

Las medidas cautelares y la prisión preventiva en el nuevo sistema acusatorio adversarial*

Reflections on the Precautionary Measures and Awaiting Trial in the New Adversarial System

ABRAHAM MARTÍNEZ BAZÁN**

RESUMEN

El proceso penal y su aplicación, ha sido objeto de análisis desde la perspectiva académica como forense; y la mayoría de las veces, no resulta paralela la aplicación de la ley en la práctica. No se trata de hacer críticas subjetivas a los aparatos de procuración e impartición de justicia, se trata de hacer investigación basada tanto en la teoría como en la práctica diaria del abogado postulante, que todos los días pretende hacer cumplir las disposiciones normativas ya dadas por el legislador, para hacerlas eficaces en cuanto a aplicación. El cambio del procedimiento penal a partir de la reforma constitucional del dieciocho de junio del dos mil ocho, lleva consigo un reto en su implementación. Al tratarse de materia procesal, no se puede dejar el contenido de la reforma como un mero simbolismo, debe ser práctico y aplicable a los casos concretos que surgen en la cotidianidad. Es así, que se mencionan en este artículo, desde un enfoque académico y práctico, las medidas cautelares, destacando, la prisión preventiva, como medida cautelar emblemática que dista mucho de lo que el constituyente permanente pretendió con la reforma.

PALABRAS CLAVE

Reforma constitucional. Medidas cautelares.
Prisión preventiva

ABSTRACT

The criminal process and its application, has been analyzed from a forensic academic perspective; and most of the time, the deliverance of the law is not parallel to its practice. It is not in any way a subjective criticism to the procurement and delivery of justice. As it is a matter of investigation based in theory and the daily practice of an applicant lawyer who seeks to enforce legal provisions established by the legislator and to implement them in effective terms. The change of the criminal procedure from the constitutional reform that took effect on June 18, 2008, its implementation becomes a challenge in procedural matters. The content of the reform cannot be taken as mere symbolism; it must be practical and applicable to specific cases that arise daily. The precautionary measures mentioned in this article, from an academic and practical approach, highlighting, preventive detention, as an emblematic precautionary measure that are far from what the constituent power intended to reform.

KEYWORDS

Constitutional reform, precautionary measures, preventive prison

* Artículo recibido: 22 de febrero de 2016. Aceptado para publicación: 28 de marzo de 2016.

** Profesor investigador en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. (abrahammartinezbazan@gmail.com)

SUMARIO / 1. Introducción / 2. Las medidas cautelares / 3. Las medidas cautelares en el nuevo sistema de justicia penal en México / 4. La Prisión preventiva / 5. Análisis de la prisión preventiva como excepción.

1. INTRODUCCIÓN

El dieciocho de junio del dos mil ocho¹, en nuestro país, se llevó a cabo una de las reformas constitucionales en materia penal más significativas que haya tenido desde su promulgación en 1917. Se dice esto, porque se transita de un sistema de impartición de justicia de corte mixto inquisitorio, a uno mixto acusatorio adversarial.² Este cambio en la impartición de justicia obedece a un reclamo de la sociedad actual, que no estaba conforme con la forma de hacer justicia en México, por lo que fue necesario hacer modificaciones estructurales de fondo, y no solo en cuanto al procedimiento, sino a todo el sistema de justicia penal, en el que se involucran desde la prevención del delito hasta su sanción y readaptación a la sociedad de las personas que los han cometido. No se trató de una reforma mediática, sino de un verdadero cambio, incluso en el paradigma de todos los que nos dedicamos a esta noble profesión, desde cualquier arista. Una transición que tenía como antecedente, la reforma de sistemas penales en la mayoría de países latinoamericanos³: Colombia en 1991, Argentina en el 92, Guatemala en el 94, Costa Rica en el 98, El Salvador, Paraguay y Venezuela en el 99, Chile en el 2000, Bolivia y Ecuador en el 2001 y Honduras en el 2002.

Este cambio de sistema, trajo consigo una serie de novedades que ilusionó a todos los que escuchamos con atención la sonada transición, primicias que incluso distorsionaron un poco la verdadera naturaleza de un sistema acusatorio. En un principio se habló de la reforma de los “juicios orales”, dándole a esta característica, el mayor reconocimiento; cuando en realidad no es más que una parte de toda una estructura tanto gubernamental como social, que es la que soportará, como otras, el sistema de impartición de justicia

¹ Reforma constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 18 de junio del año 2008.

² Se dice mixto, porque propiamente en nuestro país nunca se ha tenido un modelo puro ni de corte inquisitivo ni acusatorio, Cfr. BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. México, McGraw-Hill/Interamericana Editores, S.A. DE C.V., 2009. p. 32.

³ CARBONELL, Miguel, *et al.* ¿Qué son y para qué sirven los juicios orales? 3ª ed. México, Editorial Porrúa, RENACE, UNAM, 2008. p. 51.

penal de corte acusatorio y adversarial que estamos iniciando.⁴ Se habló también que ahora en México, los juicios serían como en Estados Unidos; ¡falsa idea!, en dicho país, por ejemplo, existe la figura del jurado, que es un grupo de ciudadanos comunes que tienen voto en las decisiones de los jueces, condición que en nuestro país no existe, aunado a que por las raíces coloniales que cada país guarda, Inglesa y Española, respectivamente; tanto México, como nuestro vecino del norte, tienen como base sistemas jurídicos distintos, uno Anglosajón y otro Romano-Germánico.

Así pues, es que el tercer artículo transitorio de dicha reforma, estableció que cada entidad federativa, contaba con ocho años a partir de la reforma para que homologara sus codificaciones procesales (con fundamento en su autonomía legislativa) para dar cumplimiento al mandato constitucional. Uno de los primeros Estados en acatar la orden fue Chihuahua, al que dicho sea de paso, no le fue muy bien, ya que saltó a la opinión pública y fue criticado por el famoso juicio de homicidio doloso, mejor conocido como Caso Rubí⁵ (por el nombre de la víctima), en el que el acusado, antes de ser condenado en audiencia pública, pidió perdón a la madre de la occisa, entendiéndose esto, para la mayoría de la gente, como una aceptación tácita de su responsabilidad, empero, el tribunal de enjuiciamiento resolvió dictar sentencia absolutoria, ante la deficiencia de la investigación a cargo del Ministerio Público, en adelante MP, y tomando en consideración que la manifestación del acusado, en este sistema de corte acusatorio no constituye confesión, en atención al principio de no incriminación; es decir, que no basta que un imputado⁶ reconozca su participación en un hecho delictivo, sino que éste deberá ser comprobado con datos, medios o pruebas, que valorados por la autoridad judicial de manera libre y lógica, arriben a la certeza de dicha responsabilidad, más allá de toda duda razonable.

Los problemas no terminaron ahí, resulta que cada entidad federativa, al menos las pioneras en el sistema, comenzaron a legislar en materia procesal penal, con ciertas deficiencias como era obvio, ya que se trataba de un sistema nuevo; lo que provocó una pluralidad de criterios en cuanto al procedimiento que exigía la reforma, fue así que se pensó en una codificación única, y después

⁴ Cfr. Artículo 20 primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵ [Consultado el 13 de agosto de 2017] Disponible en línea: <https://www.youtube.com/watch?v=hNOYjr5vx-Y>.

⁶ El nombre de la persona que es sometida a un procedimiento penal, adoptará distintos nombres de acuerdo a la etapa correspondiente, indiciado, imputado, procesado, acusado, sentenciado; pero el artículo 112 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que: "*Se denominará genéricamente imputado a quien sea señalado por el Ministerio Público como posible autor o partícipe de un hecho que la ley señale como delito*".

de algunas oposiciones por parte de los conservadores y defensores de la autonomía legislativa que la federación concede a cada uno de los estados que confirman la república, se logró unificar el procedimiento penal naciendo a la vida jurídica el Código Nacional de Procedimientos Penales, en adelante CNPP, mismo que fue publicado en el Diario oficial de la Federación el cinco de marzo del dos mil catorce, que a la fecha de elaboración de este artículo ha entrado en vigor en toda la república y cuenta con tres reformas, publicadas en el Diario Oficial de la Federación los días veintinueve de Diciembre del 2014, doce de enero del 2016 y diecisiete de junio del 2016. Hasta este punto del antecedente, se puede advertir que la aplicación de un nuevo sistema de impartición de justicia no es una tarea fácil, depende de un gran esfuerzo en todos los sectores relacionados con este sistema, tanto público como privado.

Se menciona en este apartado introductorio, que las citas bibliográficas insertadas siempre son referenciales del marco teórico y práctico, ya que no existe aún desarrollo en el tema propiamente de Prisión Preventiva y su aplicación en nuestro país, por el obvio de su reciente consideración como última *ratio* en nuestro sistema jurídico, lo que a su vez permite fundar el valor social de este trabajo, por su novedad y los alcances que puede representar en materia de Juicio Oral Penal a nivel nacional. Finalmente, es preciso orientar al lector en el objetivo de este material, que no es propiamente una propuesta de reforma, ni mucho menos una monografía; más bien, como bien se menciona en el propio título, pretende ser un artículo de reflexión bajo la óptica de quien lo escribe, en el que invitamos a quien lo lee a hacer un ejercicio intelectual sobre dicha figura jurídica y tener un punto de vista distinto al que se maneja en el foro, contribuyendo así a la conformación del sistema jurídico nacional en ciernes.

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Para lograr los fines de todo proceso jurisdiccional, éste debe concluirse satisfactoriamente con el dictado de una sentencia en la que se diga el derecho y se proceda conforme a la pretensión de la parte vencedora. Empero, en todo proceso existen riesgos, que ponen en peligro el derecho de todo gobernado a la tutela judicial efectiva. La finalidad de toda medida de cautela es no frustrar el derecho que se encuentra en litigio ante un tribunal.⁷

⁷ Vid. Sánchez Zepeda, Rodolfo, *El Juez federal penal especializado en medidas cautelares*, Porrúa, México, 2010, p. 144.

En materia penal, recordando que nuestro sistema jurídico mexicano recién ha incorporado el sistema acusatorio adversarial, tanto los académicos como los operadores del sistema nos hemos apoyado en la literatura de otros países del continente americano, sobre todo con los que mayor similitud tenemos, como Colombia, Argentina y Chile; así, mencionando a López Masle⁸, las medidas cautelares “son aquellas que limitan exclusivamente las libertades y derechos de la persona imputada en el curso del procedimiento para asegurar la realización de los fines penales del procedimiento”. Por su parte, Rey Cantor, considera como medidas cautelares la anticipación provisional de ciertos efectos de la providencia definitiva, efectos que son encaminados a prevenir el daño que podría derivar del retardo de un fallo.⁹

En nuestro país poco se ha escrito específicamente en cuanto a medidas de cautela, pero es destacable el análisis sistemático que realizan autores nacionales como Ovando Ramón, que destaca que el tema de las medidas cautelares en el proceso penal se encuentra en definición, “[...] es notorio que su origen se encuentra en el derecho procesal civil, por lo que además de la adecuación necesaria en razón de su origen se le suma el hecho de que el modelo de enjuiciamiento penal de corte acusatorio esta también en un proceso de definición en nuestro país, dado que venimos de una tradición procesal mixta, con regulación profusa e los diversos códigos de la entidades federativas y el Código Federal de Procedimientos Penales, de tal suerte que la doctrina también tiene que ajustarse la forma en que se ha regulado el modelo acusatorio a nivel constitucional y del CNPP, legislación secundaria que viene a favorecer la definición de las instituciones propias del sistema acusatorio[...].”¹⁰ En el mismo sentido se opina por parte de Aguilar García y Carrasco Solís, al mencionar además el reto que significa la aplicación del catálogo de medidas cautelares al caso concreto, en el que sin duda la subjetividad del juez no puede apartarse de la norma, ya que el riesgo procesal es apreciado de acuerdo a las máximas de la experiencia del juzgador.¹¹ No puede pasar desapercibido lo que nos indica González Chévez¹², quien insiste

⁸ López Masle, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago – Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 74.

⁹ Cfr. Rey Cantor, Ernesto, et al. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2008. p. 361.

¹⁰ Ovando Ramón, Ludwig, *Medidas Cautelares en el Código Nacional de Procedimientos penales*, Editorial Flores, México, 2015, p. 3.

¹¹ Cfr. Aguilar García, Ana y Carrasco Solís, Javier, *Servicios previos al juicio: Manual de implementación*, Edición actualizada, México, USAID, Instituto de Justicia Procesal Penal, 2013, p. 154.

¹² Cfr. González Chévez, Héctor, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, Ediciones Coyoacán, México, 2009, p. 61.

en que las medidas cautelares no deben tener otro sustento más que el de una tutela judicial efectiva.

El fundamento legal de las medidas cautelares, lo tenemos en la normatividad tanto nacional como internacional,¹³ que nos convence de que son medidas necesarias para lograr las finalidades del proceso aun cuando éstas llevan implícito un carácter restrictivo de derechos. Las medidas cautelares de manera genérica, son clasificadas por la mayoría de doctrinarios, como medidas de carácter personal (como la prisión preventiva, materia de estudio de este artículo); o real (como el embargo de bienes), aunque en el CNPP no existe tal división.

3. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO.

Como ha quedado precisado en líneas anteriores, en nuestro sistema jurídico mexicano es un tema que merece atención, ya que es evidente que su estudio por la doctrina mexicana hasta la reforma del 2008 es escaso,¹⁴ consideramos que en nuestro país, en materia penal se le ha dado más importancia a la teoría del delito que a temas procesales, por lo que trabajos de estudio a las figuras procesales merece necesaria importancia; analicemos entonces que con la entrada en vigencia del CNPP, se estableció un catálogo amplio de medidas cautelares, que serán las formas en las que el Estado procurará que se disminuyan al mínimo los riesgos del proceso, sobre todo el más común, la no comparecencia del imputado. Pero atendiendo a las novedades de este sistema, como lo es la audiencia de formulación de imputación, origina otros dos riesgos, como lo son la seguridad de la víctima u ofendido y del testigo y la obstaculización del procedimiento, ya que en la audiencia mencionada, de acuerdo con la ley procesal, consiste en que el MP de manera directa en audiencia pública, tiene la obligación de informar al imputado ante el juez de control los hechos por los que es investigado, el hecho que se le atribuye, la calificación jurídica preliminar, la fecha, lugar y modo de su comisión, la

¹³ En el derecho procesal internacional de los derechos humanos, las medidas precautorias o cautelares asumen una trascendencia fundamental, puesto que se considera que, si no se dictan de manera oportuna y adecuada, los daños que se pueden causar a los afectados, pueden ser de carácter irreparable. *Vid.* Rey Cantor, Ernesto. *Op. cit.*, nota 211, p. 361.

¹⁴ De hecho una búsqueda de los términos: Medidas cautelares/proceso penal/México, en la biblioteca del IJ de la UNAM arroja solo dos resultados: un artículo de David Cienfuegos Salgado y otro de Camilo Constantino, a los que habría que agregar los recientes trabajos que ya hemos y citado en el capítulo anterior y tal vez algunos otros de reciente edición.

forma de intervención que haya tenido en el mismo, así como “el nombre de su acusador” y de “las personas que deponen en su contra”, por lo que es posible que el imputado pretenda hacer algo en contra de estas personas que eventualmente le están generando un problema.

Claro es que existen excepciones a lo anterior explicado, hay casos en los que sería muy peligroso que el imputado conozca de las personas que deponen en su contra, estas excepciones están establecidas expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en adelante CPEUM y por la ley adjetiva,¹⁵ como en el caso de delincuencia organizada, en las que por obvias razones nadie se atrevería a señalar a alguien por este delito si supiera que el señalado conocerá su nombre, pero como se dijo, esto solo es la excepción.

Siguiendo con el tema, se menciona que nuestra ley procesal establece un abanico de opciones con las que cuenta el juez para que, previa solicitud y justificación del MP o de la víctima u ofendido¹⁶, pueda, mediante resolución judicial, imponer una de las siguientes medidas cautelares que de manera breve comentaremos desde la perspectiva práctica y mencionando el derecho humano que consideramos se involucra, por considerarlo pertinente:

- I. *La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe.* Se trata de la medida cautelar más común en cuanto a su aplicación, consiste en que el imputado debe acudir al órgano jurisdiccional o ante la Autoridad de supervisión de medidas cautelares¹⁷ de manera periódica, a presentarse y demostrar con esto que no se ha sustraído de la acción de la justicia, es decir: no se ha fugado. Comúnmente, el registro se lleva de manera sencilla con un libro de registro en el que el imputado firma su comparecencia, de ahí que el común de la gente entiende esta medida de cautela como “ir a firmar”, aunque existen órganos jurisdiccionales que cuentan con sistemas avanzados de registro a través de huella digital. Derecho humano involucrado: Libertad personal, en su modalidad de

¹⁵ Cfr. Artículo 311 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

¹⁶ Cfr. Artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

¹⁷ Se trata de una nueva figura de autoridad a la que se refiere el 105 fracción VIII, 164 y todo el capítulo V del libro II del Código Nacional de Procedimientos Penales, que de acuerdo al tercer transitorio de la reforma a la ley procesal referida con anterioridad, la Federación y las entidades federativas en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán contar con una autoridad de supervisión de medidas Cautelares y de la Suspensión Condicional del Proceso.

libre deambulaci3n. Contexto jur3dico: Art3culo 11 de la CPEUM y Art3culo 22 de la Convenci3n Americana sobre Derechos Humanos en adelante CADH.

II. *La exhibici3n de una garant3a econ3mica.* La segunda m3s com3n, que regularmente se impone de manera conjunta con la primera;¹⁸ consiste en un dep3sito de dinero en cualquiera de las formas que establece la ley,¹⁹ aunque la forma que m3s se utiliza en este nuevo sistema es el dep3sito en efectivo en la cuenta del 3rgano jurisdiccional. Derecho humano involucrado: a no ser molestado en su posesi3n o propiedad. Contexto jur3dico: Art3culo 16 de la CPEUM y Art3culo 21 de la CADH.

III. *El embargo de bienes* y IV. *La inmovilizaci3n de cuentas y dem3s valores que se encuentren dentro del sistema financiero.* Las dos anteriores se consideran inapropiadas para los fines que persigue en este sistema Las medidas cautelares, ya que la Ley procesal es clara al establecer que “*Las medidas cautelares ser3n impuestas mediante resoluci3n judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la v3ctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculizaci3n del procedimiento*”.²⁰ De lo anterior se colige que son tres los fines de las medidas cautelares:

- a) Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento.
- b) Garantizar la seguridad de la v3ctima u ofendido o del testigo.
- c) Evitar la obstaculizaci3n del procedimiento.

En ese sentido, consideramos que el legislador no abandona el sistema tradicional que se pretende abrogar, en el que las personas sometidas a un proceso jurisdiccional, para gozar de su libertad ten3a que garantizar el pago de la reparaci3n del da1o, que en su caso resultare en una sentencia condenatoria. Derecho humano involucrado: a no ser molestado en su posesi3n o propiedad. Contexto jur3dico: Art3culo 16 de la CPEUM y Art3culo 21 de la CADH.

V. *La prohibici3n de salir sin autorizaci3n del pa3s, de la localidad en la cual reside o del 3mbito territorial que fije el juez.* Esta medida

¹⁸ Es importante mencionar que de acuerdo al numeral 157 del C3digo Nacional de Procedimientos Penales, todas las medidas cautelares que instrumenta la ley procesal, son combinables entre s3, con la finalidad de disminuir al m3nimo alguno de los riesgos procesales, a excepci3n de la presi3n preventiva.

¹⁹ Cfr. Art3culo 173 del C3digo Nacional de Procedimientos Penales.

²⁰ Cfr. Art3culo 153 del C3digo Nacional de Procedimientos Penales.

de seguridad es de las más leves sin consideramos que se trata de evitar que el imputado de pretenda fugar, empero, el juez deberá tomar distintas circunstancias para su imposición, como lo podría ser la profesión u oficio del imputado, supóngase que se trata de un chofer. O bien, como es de percatarse, las divisiones políticas que surgieron al principio del siglo pasado, donde había menos de la mitad de habitantes de los que hay ahora, son ahora prácticamente inservibles, ya que ahora nos encontramos cada vez más pegados entre comunidades, téngase como ejemplo la Ciudad de Puebla y Cholula. Derechos humanos involucrados: libre deambulación y residencia. Contexto jurídico: Artículo 11 de la CPEUM, Artículo 22 de la CADH y Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en adelante PIDCP.

- VI. *El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada.* VII. *La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares.* VIII. *La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa.* Como es obvio, estas medidas restrictivas, tienen como finalidad proteger a la víctima u ofendido, testigo, incluso de la comunidad. En cuanto a la primera de las mencionadas, se considera que será necesaria cuando el imputado que tenga problemas con algún tipo de adicción o problema psicoemocional, que altera sus capacidades de percepción de la realidad, y que con esto arriesga incluso su propia integridad física. Derechos humanos involucrados: libre autodeterminación²¹, libertad personal, libertad de reunión, libre deambulación, no intromisión arbitraria a la vida privada derechos a la convivencia familiar. Contexto jurídico: Artículos 9, 11 y 16, de la CPEUM y Artículos 7, 11, 15, 17.1 (si la prohibición de convivencia es con familiares) y 22 de la CADH. 9, 12, 17 y 21 del PIDCP.
- IX. *La separación inmediata del domicilio.* Consideramos que esta medida cautelar solo será aplicable en delitos de violencia familiar o delitos sexuales en los que el agresor vive en el mismo domicilio de

²¹ Para su mejor comprensión, *Vid*: Corte Interamericana de Derecho Humanos, caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2012, párrafo 142; y caso Atala Riffo vs. Chile, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, párrafo 52.

la víctima. Derechos humanos involucrados: a no ser molestado en su posesión o propiedad y derecho a la convivencia familiar. Contexto jurídico: Artículo 16 de la CPEUM y Artículos 17.1, 21 y 22.1 de la CADH.

- X. *La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos.* Consideramos que se trata de evitar que en el ejercicio de sus funciones, el funcionario público obstaculice el procedimiento, ocultando información o impidiendo el desarrollo normal de una investigación o bien, pueda afectar la seguridad de víctimas o testigos. Derecho humano involucrado: al trabajo y su remuneración. Contexto jurídico: Artículo 5 y 11 de la CPEUM.
- XI. *La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral.* Similar a la anterior, será aplicada a cualquier ciudadano quien en ejercicio de su actividad preponderante, pueda obstaculizar el procedimiento, ocultando información o impidiendo el desarrollo normal de una investigación, o bien, pueda afectar la seguridad de víctimas o testigos. Piénsese en un profesor de una escuela vinculado a proceso por hostigamiento sexual, por ejemplo. Derecho humano involucrado: al trabajo. Contexto jurídico: Artículo 5 de la CPEUM.
- XII. *La colocación de localizadores electrónicos.* Resulta sin duda una de las novedades en el sistema jurídico mexicano, que nos remite de manera instantánea a lo que los filmes de Hollywood nos han informado que sucede en nuestro vecino del norte. Empero, en la actualidad en nuestro país no contamos con la infraestructura para dar seguimiento y eficacia a esta medida restrictiva, esperamos que en poco tiempo sea una realidad. Derecho humano involucrado: libre deambulacion. Contexto jurídico: Artículo 11 de la CPEUM, artículo 22 de la CADH y artículo 12 del PIDCP.
- XIII. *El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga.* Se trata de una medida de carácter personal, que pretende disminuir el riesgo de sustracción, y se entiende aplicable a personas de edad avanzada, embarazadas o con alguna enfermedad que así lo amerite. Derecho humano involucrado: libertad personal. Contexto jurídico: Artículo 16 de la CPEUM, artículo 7 de la CADH y artículo 9 del PIDCP.

XIV. La prisión preventiva. La medida cautelar de carácter personal más lesiva y controvertida en los sistemas jurídicos contemporáneos, misma que es materia de análisis en líneas subsecuentes.

4. LA PRISIÓN PREVENTIVA.

La regla general es que nadie puede ser encarcelado, sino mediante una sentencia condenatoria, en la que más allá de toda duda razonable se tiene la total certeza de la culpabilidad de la persona sentenciada como responsable de un delito. Empero, existe la figura de *Prisión Preventiva*, que de facto, es una pena de prisión sin sentencia, ante la elevada posibilidad de condena en un juicio y ante un riesgo alto de fuga de la persona imputada de un delito. El proceso de reforma al sistema de justicia penal que tiene como exigencia el respeto a la presunción de inocencia pero también un fuerte compromiso de combate a la delincuencia y de evitar el famoso efecto de la puerta giratoria, con el que la sociedad vislumbra al sistema de impartición de justicia, más aún con el poder de difusión que ésta tiene a través de internet, que hace mayor el reclamo a nuestras autoridades; por eso, consideramos en este trabajo, que en nuestro país se ha abusado y aún en este sistema, se sigue abusando de la prisión preventiva, coincidiendo en el comentario de ZEPEDA LEUCONA que dice: "... en el proceso de reforma del sistema de justicia penal se encuentra el reto de establecer un proceso penal que, por una 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 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-..."²²

La prisión preventiva, siguiendo a ROXIN²³, puede decirse que persigue claramente tres objetivos: a) asegurar la presencia del imputado; b) garantizar

²² Zepeda Leucona, Guillermo, *El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México*, ponencia al congreso Internacional de derecho procesal. [Consultado el 13 de agosto de 2017] Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-516s.pdf>

²³ Es preciso mencionar que se recurre para asentar las bases de la figura procesal en estudio a este autor alemán, en razón que sus posturas han sido base obligatoria para la mayoría de penalistas mexicanos contemporáneos.

la investigación de los hechos en debida forma (la no obstaculización de la indagatoria), y c) asegurar la ejecución de la sanción pena.²⁴

Existe consenso y crítica en cuanto a que la prisión preventiva, es considerada en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas como medida de seguridad ante la eventual fuga del imputado, empero, esta medida no puede ser utilizada como sanción anticipada, como regularmente ocurre; Ferrajoli²⁵ incluso, propone la eliminación de la prisión preventiva como medida cautelar, pues pese a lo que pudiera argumentarse para justificar ese “mal necesario”, la prisión preventiva contraviene la presunción de inocencia y la califica como una medida desproporcionada en virtud de que existen otras medidas cautelares para asegurar lo que él llama *Bienes Procesales Legítimos*²⁶; por tal razón, nuestra ley procesal, recién su publicación establecía que no podría exceder de un año,²⁷ a menos que su prolongación obedeciera a su ejercicio de defensa, no obstante que en la Constitución Política establecía que ésta tendría una duración de hasta dos años,²⁸ por lo que es era un área de oportunidad para que los jueces pudiera hacer un control *ex officio* de la convencionalidad.

Siguiendo con los aportes doctrinarios, el maestro Roxin²⁹ afirma que la imposición de la prisión preventiva es un “cuerpo extraño en el sistema de los presupuestos de la detención [...] aquí se impone una la privación de la libertad en razón de un sospecha no probada, tanto en lo que se refiere al hecho punible cometido como al hecho punible que se espera”.

Por su parte, López Masle refiere que esta una justificación problemática para la prisión preventiva al no ser una finalidad legítima para la prisión y contravenir el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y 9.3 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁰.

En ese derrotero y escuchado que ha sido a la academia, mencionamos que una de las quejas que persistían en el sistema que abandonamos, era que en todo procedimiento penal, la regla general era que la personas señaladas

²⁴ Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*, trad. de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p 257.

²⁵ También se cita este autor, por la influencia que ha tenido en nuestros académicos nacionales del sistema jurídico de corte garantista.

²⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta. 1995, pp.559 y ss.

²⁷ A partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de junio del 2016 se establece que podrá ser hasta de dos años.

²⁸ Cfr. Artículo 20 apartado B, fracción VII de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁹ Roxin, Claus. Ob. cit., pp. 261 y 262.

³⁰ Cfr. López Masle, Julián. “Las medidas cautelares en el proceso penal” en Horvitz Lennon, María Inés, *Derecho procesal penal chileno*, t. I, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 345.

como probables responsables en la comisión de un delito, eran privadas de su libertad hasta en tanto no se resolviera sobre su condena o absolución mediante una sentencia definitiva; y esto, ocasionaba que el 80 por ciento de los internos de los Centros de Readaptación Social de todo el país, estuvieran privados de su derecho fundamental, aun sin sentencia, misma que en muchos casos llegaba después de varios años de litigio. Es decir, las cárceles estaban llenas de personas inocentes, ya que aún no se demostrara lo contrario. De esto hay muchas historias y no es necesario un estudio científico para creerlas.

Esto era así, porque para que se impusiera prisión preventiva a una persona, bastaba que fuera señalada como probable responsable de la comisión de un delito grave, ¡así como se escribe! Por otra parte, resulta lógico que personas que presuntamente han cometido un delito de los que más lastiman a la sociedad, merezcan ser encarceladas, vélgase la expresión, ya que las mismas, al menos de manera presuntiva constituyen un riesgo para la comunidad, piénsese un asesino asueldo, un violador, un secuestrador.

El problema es que, el catálogo de delitos graves era muy amplio³¹, por ejemplo, en el Estado de Puebla lo eran los siguientes:

“... Artículo 69 del Código Penal del Estado de Puebla:

Se clasifican como delitos graves, para todos los efectos legales por transgredir valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los siguientes artículos del Código de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Puebla, así como su tentativa:

- A.- Homicidio y lesiones por culpa grave previsto en los artículos 85 Bis y 86;
- B.- Rebelión, previsto en los artículos 147 y 149;
- C.- Terrorismo, previsto en los artículos 160, 162 y 165;
- D.- Evasión de presos, previsto en el artículo 173;
- E.- Ataque a los medios de transporte, previsto en los artículos 191 y 192;

³¹ “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 estos fueran excepcionales. No obstante, la experiencia estatal y federal ha demostrado 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 1° 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.

- F.- Corrupción y Pornografía de menores e incapaces o personas que no pudieren resistir, cuando se encuentren en los supuestos previstos por los artículos 217, 220 y 229 Ter.
- G.- Lenocinio y Trata de Personas previstos en los artículos 226, 228 y 229 Ter;
- H.- Violación, previsto en los artículos 267, 268 y 272;
- I.- Asalto y atraco, previsto en los artículos 294, 295, 297 y 298;
- J.- Plagio o secuestro previsto en el artículo 302, excepto el segundo párrafo de la fracción V;
- K.- Homicidio, previsto en el artículo 312, en relación con los artículos 316, 323, 331, 334 y 336;
K Bis.- Femicidio, previsto en el artículo 338 y 338 Quáter.
- L.- Robo previsto en el artículo 373, en relación con las fracciones IV, VI y VII del artículo 374; las fracciones I, II, V y VI del artículo 375; y las fracciones I, II, III, IV, VII, IX, X, XI, XVII, XIX, XX, XXIII, XXIV y XXV del artículo 380.
- M.- Asociación delictuosa, previsto en el artículo 183, delincuencia organizada, previsto en el artículo 186 Bis, y operaciones con recursos de procedencia ilícita previsto en los artículos 453, 454, 455, 456 y 457;
- N.- Robo de ganado, previsto en el artículo 390, en relación con los artículos 392, fracción I y 393;
- Ñ.- Robo de frutos, previsto en el artículo 391, en relación con el artículo 394 fracción IV;*
- O.- Daño en propiedad ajena, previsto en los artículos 412, 413, y la fracción III del 413 Ter;
- P.- Extorsión, previsto en el artículo 292 Bis;
- Q.- Peculado, previsto en el artículo 428;
- R.- Enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 432;
- S.- Tortura, previsto en los artículos 449, 450, 451 y 452;
- T.- Falsificación de acciones, obligaciones y otros documentos de crédito público, previsto en los artículos 245 y 245 Bis;*
- U.- Falsificación de sellos, marcas y punzones, previsto en el artículo 248;
- V.- Falsificación de documentos públicos previstos en el artículo 198 Bis fracción I, 252 segundo párrafo y 253 fracciones I y II en relación con los artículos 250, 251, 253 Bis primer párrafo, 442 frac-

ción XI, 443 fracción VIII y 445 fracción II, así como falsedad en declaraciones e informes dados a una autoridad, previstos en el artículo 255 fracción II, cuando se encuentre en el supuesto previsto en el párrafo tercero;

- W.- Lesiones, previstas en los artículos 307 y 308 cuando se cometan en cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 323;
- X.- Fraude, previsto en el artículo 406 bis;
- Y.- Delitos que afectan la Procuración y Administración de Justicia, previstos en el artículo 421 fracción XXXV; *
- Z.- Se deroga;
- AA. Encubrimiento por receptación, cuando se encuentren en los supuestos del artículo 212 Bis cuarto párrafo; y
- AB. Despojo, previsto en los artículos 409 y 409 Bis...”.

De lo anterior se desprendía que eran muy pocos los delitos que no eran considerados graves y que por consecuencia gozarían del derecho de libertad bajo caución.

En ese derrotero, el legislador estableció que en este sistema acusatorio adversarial, la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, debería ser la excepción; es decir, de ser necesario se aplicarían otras medidas cautelares menos lesivas para el probable responsable de cometer un delito, para cumplir con esta disposición; y así fue que en el CNPP en su artículo 155 enumeró un listado de medidas cautelares que ya han sido mencionadas en líneas que anteceden.

Sin embargo, el constituyente consideró que habría hechos delictivos que por su magnitud, ameritaban la imposición de prisión preventiva de manera OFICIOSA, es decir, sin necesidad de ser solicitada por el MP, y fue así que desde la Constitución, el legislador se reservó ciertos tipos penales en los que se aplicaría dicha medida, así, en el artículo 19 párrafo segundo estableció:

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

En el mismo sentido, el CNPP estableció en el artículo 167:

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

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

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

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

- I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;
- II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
- III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
- IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
- V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
- VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;
- VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
- VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
- IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen

capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis;

- X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;
- XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero...”

5. ANÁLISIS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO EXCEPCIÓN.

La excepcionalidad de la prisión preventiva tiene como fundamento un contexto internacional de protección a derechos humanos, por lo que la aplicación de la figura procesal sujeta a estudio debe tener como tamiz el control convencional para verificar si la restricción a la libertad personal es válida, y así lo han acogido los tribunales constitucionales del país en diversas tesis de jurisprudencia como la identificada bajo el rubro: “PRISIÓN PREVENTIVA. SU REGULACIÓN EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”³². Siguiendo en este contexto, es preciso mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que la regla general es la libertad y la limitación o restricción es siempre la excepción³³ y que además deberá cumplir siempre con el principio de legalidad, que quiere decir que cualquier privación de la libertad únicamente procederá en los casos y bajo los términos expresamente determinados por la Constitución y por leyes aplicables.³⁴

Empero, de lo narrado en el capítulo anterior, se sostiene que en nuestro sistema jurídico mexicano, de *facto*, la imposición de la Prisión Preventiva no es la excepción como fue el anhelo del constituyente permanente, y que fue explicado en la exposición de motivos de la reforma, al referir que se pretendía despresurizar el sistema carcelario de personas sometidas a una prisión sin sentencia, a una prisión preventiva; y esto es así, porque como se

³² Época: Novena Época. Registro: 166872. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Julio de 2009. Materia(s): Penal Tesis: XXII.1o.23 P. Página: 2028.

³³ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del Pueblo indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279. Párr. 309.

³⁴ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218. Párr. 166. Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Párrs. 245 y 310, 311 y 312. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170 Párr. 93. Corte IDH. Caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180. Párr. 98. Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. Párr. 129.

deprende de los dispositivos legales mencionados, son también un considerable número de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, más aún, como lo hemos visto en líneas que anteceden, la CPEUM y el CNPP establecen que ameritaran prisión preventiva oficiosa los delitos cometidos con “medios violentos” como armas o explosivos, dejando a consideración del órgano jurisdiccional lo que en el caso concreto considere como arma o explosivos. Este tema, el de los “medios violentos” a los que se refirió el constituyente permanente, consideramos que se convirtió en un “comodín”, ya que será a criterio del juez el imponer prisión preventiva, incluso por cualquier delito, argumentando que fue cometido con medios violentos; de esto surgen tres interrogantes: ¿Qué se entiende por medios violentos?, ¿Qué se entiende por arma? y ¿Qué se entiende por explosivo?

Medios violentos. El legislador se ocupó únicamente de ejemplificarlos con las armas y los explosivos, pero no establecer que únicamente estos lo serían, ya que de lo contrario se habría referido que ameritan prisión preventiva los delitos cometidos “con” armas o explosivos, y no “como” armas y explosivos.

Arma. El legislador no estableció arma de fuego, solo “arma” por tanto, prácticamente cualquier objeto puede servir de arma si se utiliza con la finalidad de causar daño, ya que por sus características puede causar una lesión, incluso la muerte, un ejemplo es el uso del corta papel, que comúnmente utilizamos con el nombre de cutter, que ya ha sido considerado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito en tesis de jurisprudencia como arma, como se desprende de la tesis de jurisprudencia identificada bajo el rubro: “ROBO CALIFICADO. LA AGRAVANTE PREVISTA EN LA FRACCIÓN XI DEL ARTÍCULO 236 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE JALISCO, RELATIVA A CUANDO LA VIOLENCIA EN EL DELITO SE EJERZA VALIÉNDOSE DE UN ARMA, SE ACTUALIZA CUANDO EL INCULPADO UTILIZA UN “CÚTER” PARA EJECUTARLO”³⁵.

Explosivo. Se entiende por explosivo aquella sustancia que por alguna causa externa (roce, calor, percusión, etc.) se transforma en gases; liberando calor, presión o radiación en un tiempo muy breve. Hay muchos tipos de explosivos según su composición química. La clasificación de las sustancias explosivas de diferentes tipos puede efectuarse de múltiples maneras, no

³⁵ Época: Décima Época. Registro: 2010402. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo IV. Materia(s): Penal. Tesis: III.2o2.P.86 P (10a.).Página: 3648.

obstante, hay tres formas principales ampliamente aceptadas: por naturaleza, por sensibilidad y por utilización. Así encontramos que por su naturaleza explosiva podremos encontrar a los deflagrantes y detonantes; por su sensibilidad: primarios, secundarios y terciarios; por su utilización: iniciador, carga y multiplicador, etcétera³⁶. De lo anterior se tiene entonces que es un tema también difícil de concretar, y que deja al arbitrio judicial el ubicarlo como supuesto de Proción privativa o no.

Siguiendo con el tema de la imposición preventiva, de acuerdo con el CNPP, esta se aplicará cuando exista un riesgo elevado de sustracción del imputado a la acción de la justicia, y el numeral 168 establece que el juez deberá tomar en cuenta para decidir si está garantizada o no la comparecencia del imputado en el proceso, tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias, mismas que de acuerdo a:

- I. El arraigo³⁷ que tenga en el lugar donde deba ser juzgado determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y las facilidades para abandonar el lugar o permanecer oculto. La falsedad sobre el domicilio del imputado constituye presunción de riesgo de fuga;
- II. El máximo de la pena que en su caso pudiera llegar a imponerse de acuerdo al delito de que se trate y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante éste;
- III. El comportamiento del imputado posterior al hecho cometido durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal;
- IV. La inobservancia de medidas cautelares previamente impuestas, o
- V. El desacato de citaciones para actos procesales y que, conforme a derecho, le hubieran realizado las autoridades investigadoras o jurisdiccionales.

De esto tenemos que la facción segunda del numeral transcrito, se convierte otro “comodín” para imponer prisión preventiva oficiosa, ya que basta con una simple valoración aritmética de la pena privativa de la libertad que pu-

³⁶ Información [Consultado el 13 de agosto de 2017] Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Explosivo>.

³⁷ Importante destacar que dicha palabra, “arraigo”, que el legislador ocupa en su sentido literal en este apartado, ha sido confundida con su homónima “Arraigo”, como medida constitucional restrictiva de libertad en tratándose de delincuencia organizada.

diera llegar a imponérsele al imputado para tener como elevado el riesgo de sustracción y en aplicación de esta medida restrictiva de libertad. Situación por supuesto que viola el principio de presunción de inocencia.

Se critica también que la magnitud de la pena sea motivo suficiente para justificar la prisión preventiva, y en colación bien han establecido los Tribunales Colegiados de Circuito en la tesis “PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. LA IMPOSICIÓN DE ESTA MEDIDA CAUTELAR BAJO EL ARGUMENTO DE QUE POR LA PENA DE PRISIÓN QUE MERECE EL HECHO DELICTUOSO QUE SE IMPUTA AL ACUSADO, ÉSTE PODRÍA SUSTRARSE DE LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA Y NO COMPARECER A JUICIO, VIOLA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, EN SU VERTIENTE DE REGLA DE TRATO PROCESAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO)”³⁸. Ya que generalmente la persona evade la acción de la justicia no por el alcance de la pena, sino por la propia amenaza a la prisión preventiva, así como tampoco es legítimo adelantar el juicio de culpabilidad presumiendo que el imputado será merecedor de la pena privativa de la libertad.³⁹ Incluso puede convertirse en instrumento de política criminal o medio de presión para que el imputado colabore con la investigación o bien, opte por una forma anticipada de terminación del proceso (procedimiento abreviado), con los beneficios de reducción de la pena que éste le concede.⁴⁰

CONCLUSIONES

La reforma constitucional presupuso una nueva forma de garantizar los fines del proceso penal, esto mediante la ampliación del catálogo de medidas de cautela. Pero como se ha explicado, los anhelos del constituyente han quedado superados por la práctica, ya que es a través de la actividad jurisdiccional, en la que se pone a prueba la efectividad de la norma. Es en ese contexto, como se ha desarrollado en el presente artículo, el aumento de opciones legales con los que cuenta el juez de control para la imposición de una medida cautelar y con esto garantizar la comparecencia del imputado a

³⁸ Época: Décima Época. Registro: 2011746. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Publicación: viernes 27 de mayo de 2016 10:27 h. Materia(s): (Constitucional). Tesis: II.1o.33 P (10a.).

³⁹ Vid. Bovino, Alberto. Problemas del derecho procesal contemporáneo. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998. pp. 114 y ss.

⁴⁰ Vid. Asencio Mellado, José María. “La reforma del sistema de medidas cautelares”, en Cuadrado Salinas, Carmen (Coord.) La reforma del proceso penal. Madrid: La Ley, 2001. p. 302; y Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho procesal penal, t. II, Buenos Aires: Ediciones Lerner, 1969. p. 475.

juicio, la protección de personas que intervienen directamente en el mismo y el desarrollo sin obstáculos del procedimiento, no es sinónimo de eficacia. En cuanto a la prisión preventiva, figura jurídica controvertida en los sistemas jurídicos latinoamericanos por resultar en la realidad una pena anticipada, resulta que su imposición rompe con el principio de presunción de inocencia y su aplicación no resulta como se pensó. Se mencionó en los albores de la reforma constitucional, que desaparecían los delitos graves (que en el sistema que abandonamos eran el presupuesto de su imposición), empero, se quedó a nivel legislativo un catálogo de conductas que ameritan la imposición de la prisión preventiva de manera oficiosa, que resulta igual de extenso que el catálogo de delitos graves, es decir, resulto lo mismo. En la práctica entonces, basta que se formule imputación o se vincule a proceso a una persona por un hecho aparentemente delictivo, cuya clasificación jurídica encuadre en la hipótesis normativa de prisión preventiva oficiosa, para que, sin mediar razonamiento alguno, es decir, por mera subsunción, se prive de la libertad a una persona y se le encarcele, aunque sea de manera preventiva. Es importante mencionar también, que de acuerdo a la reducción del estándar probatorio para el dictado de un auto de vinculación a proceso,⁴¹ resulta fácil entonces y por silogismo, la imposición de esta medida cautelar, resultando entonces, que la imposición de la prisión preventiva es distinta a como pretendió el constituyente. ¿Error en la norma o en su aplicación? *Peccata minuta*.

⁴¹ Importante el contenido de Artículo 316 del CNPP, que establece los requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso, estableciendo en su fracción II "[...] De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que **exista la probabilidad** de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y [...]" (las negritas son nuestras).