

MEDIDAS CAUTELARES: NECESARIAS PARA GARANTIZAR EL DEBIDO PROCESO

Daniel ESPINOSA RAMÍREZ*

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

Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal Acusatorio

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

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

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

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

Así, se crearon medidas cautelares personales, distintas de la

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

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

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

I.1 Concepto de Medidas Cautelares

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

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

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

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

asegurar los fines del procedimiento»³.

I.2 Principios de las Medidas Cautelares

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

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

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

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

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

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

² *Ídem.*

³ *Ibidem.*, p. 79.

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

I.3 Características de las medidas cautelares

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

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

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

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

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

II. La apariencia del buen derecho y las medidas cautelares

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

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

Público, que justifiquen la solicitud de las medidas.

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

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

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

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

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

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

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

adopción comprende indefectiblemente a la apariencia del buen derecho.

II.1 Peligro de sustracción del imputado

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

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

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

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

II.2 Peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación

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

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

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

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

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

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

II.4 Peligro para la seguridad de la sociedad

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

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

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

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

III. La prisión preventiva como medida cautelar

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

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

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

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

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

III.1. La prisión preventiva y la prisión punitiva

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

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

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

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

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

Luego de haber judicializado la investigación, el Ministerio Público,

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

«La Constitución Política de los Estados Unidos

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusiones

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

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

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

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

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

las garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

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

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

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

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

Fuentes consultadas

Bibliografía

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

Legislación Nacional

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