

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

Luis Alberto ROCHA PRIEGO*

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

Introducción

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

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

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

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

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

nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Diversas audiencias de revisión de medidas cautelares

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

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

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

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

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

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

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

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

con la naturaleza y características propias y específicas del caso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Oportunidad probatoria relacionada con las medidas cautelares

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tal juicio de proporcionalidad, visto así como metodología aplicada a

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

⁷ Se hace referencia, únicamente a dos de ellas, que revelan dicho *Juicio de Proporcionalidad*, inmerso en su emisión, como metodología para la imposición de tal restricción de derechos fundamentales, y corresponden a las siguientes: *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Párrafo 106. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Párrafo 68. La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusiones

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

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

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

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

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

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

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

Fuentes consultadas

Bibliografía

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

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

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

cautelares, etapa de investigación, Santiago de Chile 2003.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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

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

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

Código Nacional de Procedimientos Penales

Legislación Internacional

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

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

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

Convención Americana sobre Derechos Humanos.