

EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

EN EL CÓDIGO NACIONAL
DE PROCEDIMIENTOS PENALES

COORDINADOR

José Reyes Saldaña González



EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Primera edición en libro electrónico, octubre 2021.

© Derechos reservados. 2021

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México

Niños Héroes número 132, colonia Doctores, alcaldía Cuauhtémoc,
C.P. 06720. Ciudad de México.

ISBN (epub): 978-607-9082-50-5

Conversión a formato digital: Enlace Gráfico S. A. de C. V.

Publicado por: Instituto de Estudios Judiciales

Niños Héroes número 150, sexto piso,
colonia Doctores, alcaldía Cuauhtémoc,
C.P. 06720, Ciudad de México.

Teléfono: 91564997, exts. 112705 y 112707.

Página web: www.iejcdmx.gob.mx

Correo electrónico: editorial@tsjcdmx.gob.mx

Las opiniones expresadas en este libro son exclusiva responsabilidad del autor y no corresponden necesariamente a las del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

EN EL CÓDIGO NACIONAL
DE PROCEDIMIENTOS PENALES

COORDINADOR

José Reyes Saldaña González

Dr. Rafael Guerra Álvarez

Magistrado Presidente del Poder Judicial de la Ciudad de México

Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México

Dr. Andrés Linares Carranza

Lic. Susana Bátiz Zavala

Dr. Ricardo Amezcua Galán

Dra. Irma Guadalupe García Mendoza

Comité Editorial

Magistrado Dr. Rafael Guerra Álvarez

Presidente

Vocales

Lic. Sadot Javier Andrade Martínez

Magistrado de la Segunda Sala en Materia de Justicia para Adolescentes

Dr. Ricardo Amezcua Galán

Consejero de la Judicatura

Lic. Judith Cova Castillo

Jueza Décimo de lo Civil

Mtro. Sergio Fontes Granados

Oficial Mayor

Dra. María Elena Ramírez Sánchez

Directora General del Instituto de Estudios Judiciales

Lic. Raciél Garrido Maldonado

Director General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial

Secretaría Técnica

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN	7
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN	9
1. INTRODUCCIÓN	11
2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD EN LAS MEDIDAS CAUTELARES	21
2.1. Aspectos generales	23
2.2. Concepto	24
2.3. Función	26
2.4. Principio de proporcionalidad	28
2.5. Principio de razonabilidad	34
3. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN CON CONTROL JUDICIAL	41
3.1. Aseguramiento de bienes	43
3.2. Concepto	44
3.3. Naturaleza jurídica	44
3.4. Requisitos (procedencia)	45
3.5. Oportunidad, competencia y legitimación	47
3.6. Trámite y lineamientos para su ejecución	47
3.7. Temporalidad	58
3.8. Autónomo o accesorio	58
3.9. Control previo o posterior y medio de impugnación	58

4. ACTOS DE INVESTIGACIÓN	63
4.1. Toma de muestra	65
4.2. Medida provisional para el restablecimiento de las cosas al estado previo, como derecho de la víctima	94
4.3. Prueba anticipada	103
4.4. Peritaje irreproducible	109
4.5. Peritaje interdisciplinario	114
4.6. Cateo	118
5. MEDIDAS	129
5.1. Medidas de protección	131
5.2. Providencias precautorias	140
5.3. Medidas especiales	153
5.4. Medidas cautelares	161
5.5. La medida cautelar de prisión preventiva oficiosa bajo el supuesto del uso de un arma	191
6. FORMAS DE CONDUCCIÓN DEL IMPUTADO AL PROCESO	231
6.1. Citación	233
6.2. Orden de comparecencia	243
6.3. Orden de aprehensión	252
6.4. Flagrancia	270
6.5. Retención	289
6.6. Caso urgente	305
7. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES	315
7.1. El procedimiento cautelar y los pueblos y comunidades indígenas	318
7.2. Procedimiento especial para la responsabilidad penal de las personas jurídicas	335
7.3. Medidas cautelares para inimputables	349
AUTORES	381
FUENTES CONSULTADAS	389

PRESENTACIÓN

En medio de la contingencia sanitaria por la que de manera global estamos atravesando, el Poder judicial de la Ciudad de México enfrenta estas dificultades implementando diversas medidas para continuar, de forma segura, en la resolución de los conflictos presentados ante este Tribunal; asimismo, reconoce la ardua labor de los jueces y magistrados, así como de todos aquellos que intervienen en esta tarea, al no cejar en nuestro compromiso con la ciudadanía y con la justicia.

La segunda edición de esta monumental obra representa el fruto del conocimiento, de la práctica y experiencia, así como del esfuerzo constante de nuestros jueces, aquellos que día a día construyen y materializan la justicia en nuestro país.

A un lustro de que viera la luz por primera vez el presente manual, nos hemos propuesto realizar una segunda edición dada la enorme importancia que el tema posee en el actual escenario del sistema de justicia penal, pues la transición al sistema oral acusatorio representó para todos los operadores judiciales un reto del que algunos de nuestros autores aquí nos hablan.

Reforzamos nuestro compromiso ante la sociedad con acciones diarias, contundentes, por ello dejamos en sus manos, lectores, esta obra con la finalidad de que puedan servirse de ella.

DR. RAFAEL GUERRA ÁLVAREZ
Presidente del Poder Judicial de la Ciudad de México

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

José Reyes Saldaña González

Coordinador

La declaratoria de inicio de la vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales para el entonces Distrito Federal, hoy Ciudad de México, fue el punto de partida de la aplicación como tal de la legislación procesal nacional, así como de una nueva generación de operadores jurídicos, experiencias prácticas, criterios jurisprudenciales e, incluso, acciones de inconstitucionalidad que decretaron inválidas porciones normativas de lo que en aquel entonces era una novedad.

Hoy, a través de la segunda edición de la presente obra, se pretende actualizar y recoger las experiencias prácticas, las reformas constitucionales y procesales y, especialmente, los criterios jurisprudenciales que han permitido darle operatividad a la justicia penal en México.

Agradecemos al presidente del Poder Judicial de la Ciudad de México, Dr. Rafael Guerra Álvarez; a la doctora María Elena Ramírez Sánchez, directora general del Instituto de Estudios Judiciales, así como a todo su profesional equipo por la elaboración de la presente obra.

Asimismo, agradezco la dedicación, tiempo y esmero de los autores, ya que a pesar de tener cargas exhaustivas de trabajo, nos aportaron su interés, experiencia y pasión en cada uno de los temas que desarrollaron.

Desafortunadamente, durante el proceso de actualización del libro falleció nuestro gran amigo y compañero Lorenzo Medina Garzón, quien participara en la primera edición y quien siempre demostró su capacidad, interés y profesionalismo, no solo durante su brillante carrera judicial, sino también en el ámbito académico. Sirva la culminación de esta obra para honrar su trayectoria, así como la labor de todas las personas que integran el Poder Judicial que se han visto afectadas por la contingencia sanitaria que impera en nuestra ciudad.

Cabe mencionar que esta segunda edición fue adicionada con tres interesantes temas de actualidad, a saber, la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa bajo el supuesto del uso de un arma, la retención y la medida provisional para el restablecimiento de las cosas al estado previo, como derecho de la víctima; todos los cuales complementan la idea original del libro: hacer accesibles las cuestiones técnica-jurídicas al público en general. Asimismo, por decisión del autor, ya no se incluye el tema de la acción penal por particulares y sus medidas cautelares.

Dejamos estas páginas en manos del apreciable lector, esperando le sean de utilidad en el desarrollo de su práctica profesional diaria.

1. INTRODUCCIÓN

**José Reyes Saldaña González y
Gilberto Cervantes Hernández**

El 5 de marzo de 2014 se publicó el Código Nacional de Procedimientos Penales (de aquí en adelante CNPP), instrumento procesal que resulta diferente a lo que la comunidad jurídica nacional se encontraba acostumbrada a operar, incluidas aquellas comunidades que adelantadamente dieron inicio al sistema acusatorio, pues este instrumento de aplicación nacional prevé instituciones, si bien iguales en nombres, diferentes en su contenido y aplicación, respecto de los códigos estatales de procedimientos penales acusatorios.

El CNPP contiene una serie de instituciones jurídicas y parámetros para su aplicación, sin embargo, para su cabal entendimiento, debe acudirse a la teoría general del proceso y distinguir los tres principales tipos de procedimientos que este estatuye, a saber: declarativo, ejecutivo y cautelar.

Esta clasificación del procedimiento obedece a los clásicos de la teoría general del proceso, Francesco Carnelutti¹ y Piero Calamandrei,² entre otros; así, entenderemos por procedimiento:

- a) *Declarativo*. Los actos que tienen como función principal asegurar la continuación o avance del procedimiento, que de igual forma sirven de base o soporte para el cautelar. Tiene como objeto establecer la aplicación obligatoria de la norma por ser una disposición de orden público. También se le conoce como procedimiento

¹ Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Uthea, 1944.

² Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, EJE, 1986.

de cognición o de conocimiento, en virtud de que se dirige a la certificación o declaración del derecho.³ En él se hace una valoración de lo acontecido, ve hacia el pasado.

b) *Cautelar*. Los actos que con base en la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora resultan necesarios para asegurar la continuación del procedimiento declarativo y para no hacer ilusoria la sentencia que llegase a imponer (que se pueda ejecutar). Trata de prevenir los daños que se pudieran ocasionar o derivarse de la tramitación del procedimiento declarativo y ejecutivo. Rocco establece que el procedimiento cautelar no es más que una actividad dirigida a comprobar desde un punto de vista objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminar el riesgo que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho.⁴ También se le conoce como de conservación. Se realiza un pronóstico, ve hacia el futuro.

c) *Ejecutivo*. Son actos que se realizan después de que se obtiene una sentencia ejecutoria, a efecto de hacerla efectiva; si la misma es condenatoria, los actos de cautela que se hayan impuesto en el procedimiento (actos de molestia) pasan a ser penas que se deben cumplir (actos privativos de derechos); si es absolutoria las medidas de cautela se levantan. También se le conoce como procedimiento de realización coactiva, en virtud de que primeramente se declaró el derecho, en seguida se aseguró su existencia y posteriormente se ejecuta.

Consecuentemente, de acuerdo con lo establecido, el procedimiento penal podrá analizarse bajo los siguientes parámetros.

3 Rocco, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Bogotá-Buenos Aires, Themis-Depalma, 1969, t. I, p. 87.

4 *Ibidem*, t. V, p. 71.

Procedimiento penal

Declarativo	Ejecutivo
Cautelar	

Existen otros actos procedimentales como los de investigación y de prueba, los de comunicación, los relativos a los incidentes, etcétera; de ellos, para los efectos del presente estudio, se pondrá especial atención a los declarativos y de investigación, dada la trascendencia que tienen para justificar la cautela.

En este sentido, el presente manual versará sobre el procedimiento cautelar o actos procedimentales de cautela, esto es así, toda vez que la aplicación del CNPP no debe realizarse de manera parcial o selectiva, pues los procedimientos declarativo, cautelar y de investigación mutuamente se implican, ya que no puede entenderse un acto declarativo (por ejemplo, que el juez de control, una vez considerados colmados los requisitos constitucionales y procesales ordene la captura de determinada persona) sin la cautela requerida para conservar uno de los objetos del proceso.

El estudio que se realiza parte de la necesidad de que, a la expedición del CNPP y en el marco de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, de los que el Estado mexicano forma parte, se genere una doctrina propia, derivada de un estudio sistemático para su aplicación en los procedimientos penales acusatorios.

No se inicia a partir de esquemas o modelos ya existentes, a efecto de evitar ideas preconcebidas que en determinado momento no se adecuen al sistema contenido en la legislación mexicana; sin embargo, en los casos que se considere útil, se echará mano de la jurisprudencia nacional e internacional, así como de la doctrina existente, procurando siempre generar la propia.

A efecto de encontrar los rasgos comunes a los actos procedimentales de cautela, primeramente se toma en consideración que en el procedimiento penal rige el principio de presunción de inocencia, el cual tiene tres vertientes:

Primera, ser (el imputado) considerado no responsable de la comisión del delito hasta en tanto se demuestre su responsabilidad penal, más allá de toda duda razonable, por sentencia ejecutoria; a esta, el Poder Judicial de la Federación le ha denominado “Regla de trato procesal”.⁵

Segunda, que impone la obligación a los jueces de absolver al acusado cuando en el proceso no se hayan aportado pruebas de cargo suficientes; a esta la Suprema Corte de Justicia de la Nación la ha denominado “Estándar de prueba o regla de juicio”.⁶

Tercera, como “regla probatoria”, le corresponde a la fiscalía demostrar con pruebas lícitas que el imputado cometió el hecho y, por tanto, se le atribuye.⁷ Aunque esta queda inmersa en la anterior.

Esta presunción admite prueba en contrario (*iuris tantum*).

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Ser considerado no responsable

Ser absuelto si no aportaron pruebas
de cargo suficientes

Carga de la prueba al acusador

5 Tesis:1º/J.24/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, t. 1, p. 497. Registro IUS 2006092.

6 Tesis:1º/J.25/2014(10º.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, t. 1, abril de 2014, p. 478. Registro IUS 2006091.

7 *Idem*.

Derivado de la aplicación del procedimiento declarativo se reducirá la presunción de inocencia si existen datos de prueba que justifiquen un acto procedimental de esa naturaleza, en ocasiones se encuentra estrechamente relacionado con uno de cautela y de investigación, que parecen una unidad, tales son:

- Detención en flagrancia
- Retención
- Detención en caso urgente
- Orden de aprehensión
- Orden de comparecencia
- Citatorio para formulación de la imputación
- Determinación de la legalidad de la detención
- Aseguramiento de bienes
- Toma de muestra
- Medida provisional para el restablecimiento de las cosas al estado previo, como derecho de la víctima
- Prueba anticipada
- Peritaje irreproducible
- Peritaje interdisciplinario
- Cateo
- Medidas de protección
- Medidas especiales
- Providencias precautorias
- Medidas cautelares
- Medida cautelar de prisión preventiva oficiosa bajo el supuesto del uso de un arma
- Procedimientos para pueblos y comunidades indígenas
- Procedimientos para personas jurídicas
- Procedimiento cautelar para inimputables

En estos casos, se sigue considerando inocente al imputado, sin embargo, existen datos de prueba que reducen la presunción de inocencia, o bien, surge la necesidad de llevar a cabo actos de investigación y conservación del elemento de conocimiento, lo que justifica continuar con cada una de las etapas declarativas del procedimiento hasta llegar a la sentencia, en la que se decide en definitiva.

De otra manera, sería imposible tramitar el procedimiento penal, ya que es ilegal su desarrollo en ausencia del imputado.

Por otra parte, atendiendo a la reducción mencionada, si existen datos de prueba adicionales a los que justifican su obligación de acudir al proceso, el ser tratado como inocente sufre otra reducción, a efecto de no hacer ilusoria la sanción, y reducir riesgos de evasión, para las personas o para la prueba, así como para que no se genere el riesgo de no llegar al procedimiento de ejecución, por lo que se impone un acto procedimental de cautela para esos fines.

Se trata de un concepto más amplio que el de medidas cautelares, ya que este queda inmerso en el procedimiento cautelar o actos procedimentales de cautela.

De ahí la afirmación de que el procedimiento cautelar tiene su base en la apariencia del buen derecho (declarativo) y el peligro en la demora (necesidad de la cautela).

Ahora, al agrupar los artículos del CNPP que hacen referencia a ciertos riesgos que se derivan del procedimiento, del artículo 153 se desprende que son:

- Peligro de evasión (asegurar la presencia del imputado en el procedimiento).
- Peligro hacia las personas (garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, testigos, peritos, comunidad, etcétera).
- Peligro para el procedimiento (obstaculización del procedimiento y riesgo para la prueba).
- Peligro de hacer ilusoria la reparación del daño (138).
- Peligro de hacer ilusorias las penas como la multa, el decomiso, etcétera.

Adicionalmente, del 168 al 170 se establecen los criterios para determinar los peligros referidos.

Dichos numerales se encuentran en el capítulo de las medidas cautelares, sin embargo, al sistematizarlos, esto es, al ordenarlos de manera coherente con los numerales relativos a los actos procedimentales de cautela enunciados, se encuentra una correlación con los mismos, por lo que resultan aplicables al procedimiento cautelar o actos procedimentales de cautela, dado que participan de la misma naturaleza (peligro en la demora), por lo que la analogía y su aplicación resulta válida, al tocar el mismo aspecto sustancial.

Los peligros o riesgos mencionados se presentan en el catálogo indicado.

OBJETO DEL ESTUDIO

El CNPP, por cuanto hace a los actos procedimentales de cautela, a efecto de atender a su estructura, organización y funcionamiento, a la luz de la Constitución y los tratados internacionales, genera una sistematización de su contenido que permite criterios sólidos que sirven para establecer pautas de audiencias y formatos de resolución.

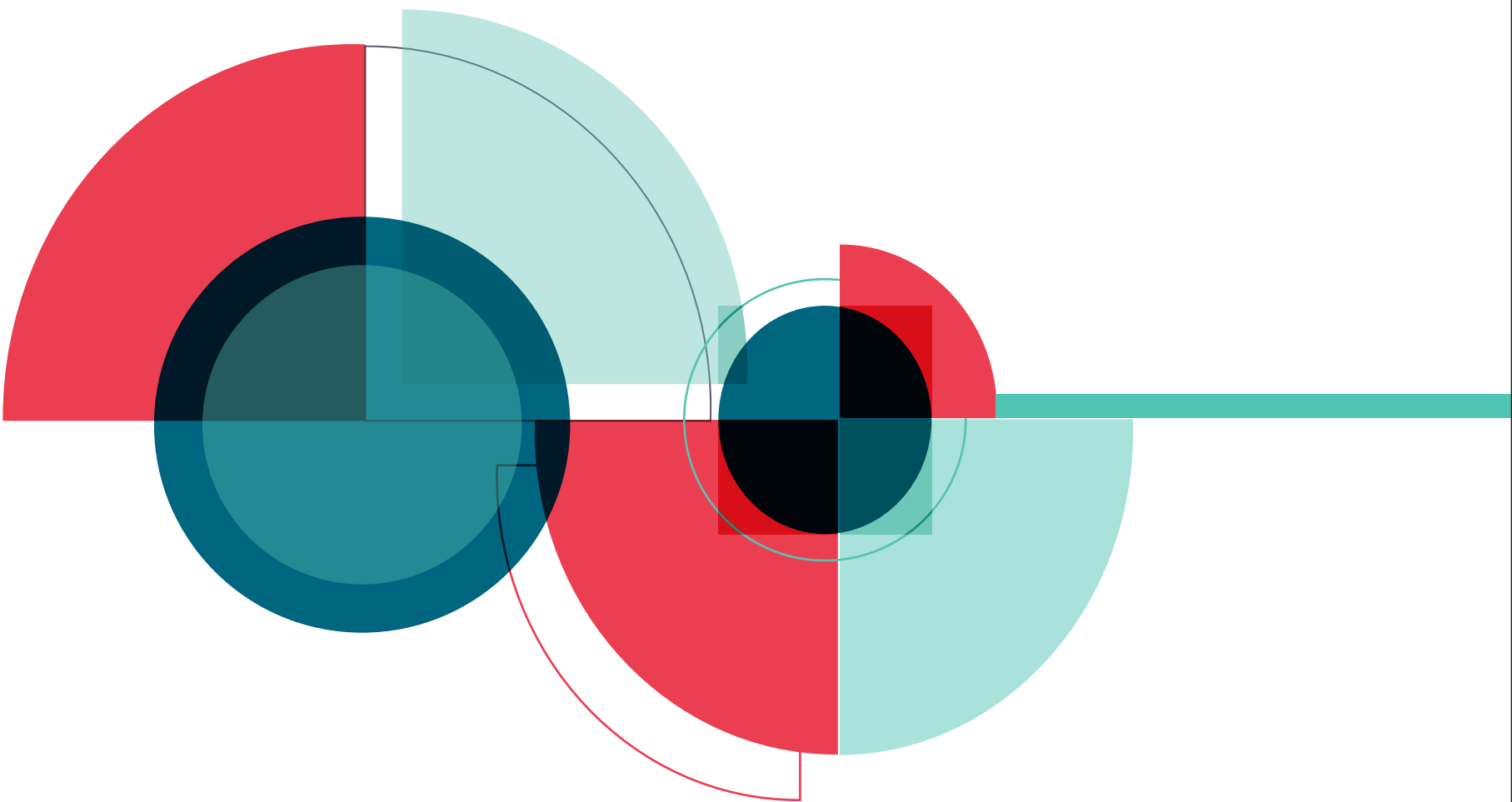
MÉTODO


Se inicia con un método dogmático, en el que se toma como verdad el contenido del CNPP; además, al compararlo con la normatividad de la Constitución y los tratados internacionales, se logra determinar si existe o no correspondencia con los mismos, es decir, si se respetan o no los derechos fundamentales.

También se aplica el método analítico, ya que *el todo* (CNPP) se descompone en los distintos procedimientos que contiene, en este caso en el estudio del procedimiento cautelar, con lo que se entiende su estructura, organización y funcionamiento individual, y se vuelve a integrar al procedimiento penal en general para ver cómo se comporta en el sistema.

De igual manera se aplica el método dialéctico; se repartieron los temas del procedimiento cautelar a los integrantes del equipo de trabajo; todos estudiaron cada uno de los temas y cada integrante se encargó de presentar una tesis al grupo; mientras que otros presentaron sus antítesis; de ello, el grupo en su totalidad determinó las conclusiones (síntesis), las cuales se consensaron, aunque no en su totalidad.

En cuanto a la sistematización y técnica, una vez agrupados los artículos por temas, se procuró orden, coherencia y correspondencia, y se revisaron sus resultados; implicó algunas dificultades, dado el lenguaje de la ley, en ocasiones vago o ambiguo, incluso omiso, por lo que hubo necesidad de interpretarlo (saber su significado) e integrarlo, y así eliminar contradicciones, ya que no solo se buscó que fuera descriptivo, sino que integrara un sistema, desde luego en el marco de la Constitución y de los tratados internacionales.





PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD EN LAS MEDIDAS CAUTELARES

2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD EN LAS MEDIDAS CAUTELARES

Jesús Reyes Hernández

2.1. ASPECTOS GENERALES

El proceso supone actividad de las partes, del juez y demás personas que puedan llegar a intervenir en él, lo cual se traduce indudablemente en tiempo.

Así, la sentencia judicial no es emitida en forma inmediata, sino que siempre deberá transcurrir un lapso, que en algunos casos puede llegar a ser prolongado, por lo cual es necesario cautelar el cumplimiento del fallo. Por ello, de manera genérica se ha considerado el aspecto temporal como fundamento para justificar las medidas cautelares, ya que además permiten anticipar la ejecución de la sentencia probable, evitando que el tiempo pueda demorar su pronunciamiento e impida su ejecución.

Por ello, y como se analizará más adelante, las medidas cautelares exigen dos requisitos fundamentales:

- La apariencia del buen derecho (*fumus boni iuris*) que se traduce en un ejercicio de reflexión efectuado por el órgano jurisdiccional para emitir una medida cautelar, basada en los elementos de convicción aportados por el solicitante que permiten adelantar, en alto grado de acierto, el sentido de la sentencia que se derive en el proceso sin que constituya prejuzgamiento de fondo del asunto. Implica también la presunción de que existe una base legal para estimar procedente alguna medida cautelar por parte del órgano jurisdiccional.

- El peligro en la demora (*periculum in mora*) que es la anticipación de los perjuicios que producirá el retardo en el pronunciamiento de la sentencia, esto es, lo que hace legítima la anticipación de la ejecución de la sentencia, a través de la imposición de una medida cautelar.

En el caso del proceso penal, la anticipación de la sentencia equivaldrá a la adopción de penas, es decir, de medidas que afecten o restrinjan algunos de los derechos personales más importantes, como lo es la libertad personal o la libre disposición de bienes.

Ahora, en el sistema procesal de corte acusatorio el tema de las medidas cautelares debe de compatibilizarse con el principio de presunción de inocencia del imputado, el cual medularmente consiste en que ninguna persona podrá ser considerada culpable, ni tratada como tal, en tanto no fuere condenada por sentencia firme.

En función de ello, la aplicación de las medidas cautelares que suponen una afectación de derechos fundamentales del imputado debe ser excepcional y, por tanto, su justificación y prueba corresponde al fiscal que lo solicita.

De esta forma, las medidas cautelares solo deben ser impuestas cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar los fines del procedimiento, y solo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación, además, deberán ser siempre decretadas mediante resolución judicial.

Es aquí donde surge la relevancia de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, pues estos serán el sustento para determinar su imposición, con base en las finalidades que las justifican.

2.2. CONCEPTO

Para el autor Camilo Constantino Rivera, la medida cautelar puede definirse como: “una institución procesal a través de la cual, el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta

ciertos efectos de un fallo definitivo, o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba [...].¹

Por su parte, José Luis Embris Vásquez señala que “las medidas cautelares implican la adopción provisoria de disposiciones mediante el uso del poder coactivo estatal, dirigidas al imputado, a quien se restringe su libertad con fines asegurativos de su presencia en el juicio, que garanticen el buen desarrollo del proceso penal, permitiendo así, preservar pruebas y favorecer que la víctima u ofendido puedan obtener protección y restitución de sus derechos [...]”.²

Cándido Conde-Pumpido Tourón, Vicente Gimeno Sendra y José Garberí Llobregat, sobre el tema de las medidas cautelares, precisan que:

Por tales medidas cabe entender las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia [...].³

De lo anterior, podemos establecer y adoptar como concepto de medida cautelar el siguiente:

Aquella figura jurídico procesal, dictada por un órgano jurisdiccional, en virtud de la cual se imponen al imputado un serie de afectaciones a sus derechos fundamentales, principalmente de su libertad personal y disposición de sus bienes, con motivo de estar vinculado

1 Constantino Rivera, Camilo y Cruz Medina, Karla Mirrella, *Medidas cautelares en el sistema acusatorio*, México, Magister, 2012, p. 34.

2 Embris Vásquez, José Luis, *Medidas cautelares. Su transición al sistema acusatorio adversarial y oral en México*, México, Porrúa, 2011, p. 67.

3 Gimeno Sendra, Vicente et al., *Los procesos penales*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 16.

a un procedimiento penal, a efecto de garantizar los fines del proceso, garantizar la seguridad de la víctima y evitar la obstrucción del procedimiento, al admitirse la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo.⁴

2.3. FUNCIÓN

Diversos autores han coincidido en que la función de las medidas cautelares es, básicamente, asegurar la realización de los fines del procedimiento y garantizar el cumplimiento de un fallo judicial, por lo que se justifica su imposición anticipada.

Para determinar si cumple o no con esta finalidad, debe evaluarse a la luz de los principios de proporcionalidad y racionalidad. Sin embargo, también deben sumarse aspectos tales como la protección de la víctima u ofendido y evitar la obstaculización del procedimiento.

Así pues, Cándido Conde-Pumpido Tourón *et al.* sobre este tópico señalan: “las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia. Si el juicio oral pudiera realizarse el mismo día de la incoación del procedimiento penal... no sería necesario disponer a lo largo del procedimiento medida cautelar alguna [...]”.⁵

Pero esta circunstancia no es factible a menos que se verificaran procedimientos abreviados o simplificados; sin embargo, esa no es la regla, por lo cual, al requerir tiempo para la preparación del juicio oral, surge la necesidad de la cautela, pues durante ese tiempo el imputado podría ocultarse a la actividad de la justicia, haciendo frustrar el posterior cumplimiento de la sentencia.

Similar aseveración efectúa Alex Carocca Pérez, pues indica que: “las medidas cautelares personales solo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables, para asegurar

4 *Idem.*

5 *Idem.*

la realización de los fines del procedimiento y solo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación, debiendo ser siempre decretadas mediante resolución judicial fundada [...]”⁶

Por su parte, Sabas Chahuán Sarrás establece que “en el CNPP, estas medidas solo pueden ser impuestas cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento y solo pueden durar mientras subsista la necesidad de su aplicación [...]”⁷

Bajo similar contexto, José Luis Embris Vásquez indica:

Lo expuesto en párrafos precedentes se traduce en un interés de salvaguarda estatal, en busca de favorecer el proceso penal, sin descuidar los intereses de los actores procesales, así como de la sociedad en general; así que los fines de las medidas cautelares podemos separarlos para su estudio en dos: uno principal y otros accesorios.

1. Principal. Asegurar el correcto desarrollo del proceso y con ello los fines de éste.
2. Accesorios. Hacer efectivo el *ius puniendi*. Asegurar la presencia del imputado en el juicio. Asegurar los medios de prueba para el proceso. Favorecer la investigación. Asegurar la condena al pago de un numerario específico. Protección de la víctima o el ofendido y la sociedad [...].⁸

Finalmente se cita a Alfredo Vélez Mariconde quien, en torno al punto planteado, señala que: “los actos de coerción penal procuran impedir que el imputado, por estar en libertad, observe una conducta que haga imposible o ponga obstáculos a la actuación efectiva de la ley penal, ya sea por impedir o estorbar la investigación, ya sea por eludir la acción de la justicia [...]”⁹

⁶ Carocca Pérez, Alex, *Manual. El nuevo sistema procesal penal*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, p. 155.

⁷ Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Córdoba, Ediciones Lerner, 1986, t.II, p. 477.

⁸ Embris Vásquez, José Luis, *op. cit.*, p. 73.

⁹ Vélez Mariconde, Alfredo, *op. cit.*, p. 477.

2.4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El “principio” de proporcionalidad (también llamado de mínima intervención) en la formulación de las normas legales y en su aplicación es una situación palpable, pese a no encontrarse expresamente formulado en nuestra Constitución (no obstante, se han generado diversos criterios jurisprudenciales donde se retoma dicho principio, sobre todo para establecer cuándo una pena es trascendental o no, o en materia de contribuciones fiscales), por lo que debe ocupar un lugar importante como instrumento de control de cualquier acto del Estado.

En consecuencia, tanto la actividad legislativa como la ejecutiva y judicial deben ser examinadas bajo la óptica de este instrumento de limitación del ejercicio de poder.

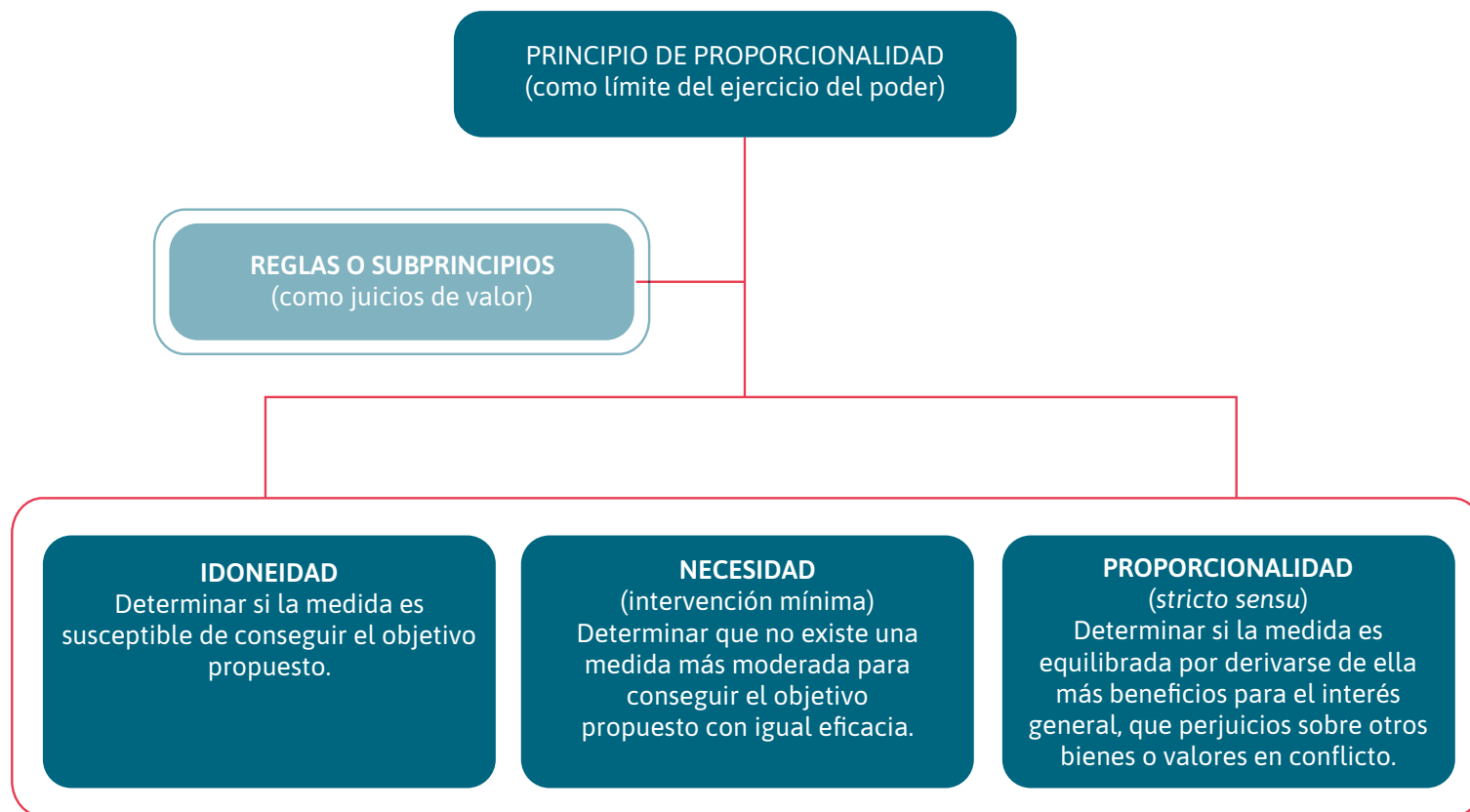
Es importante destacar que la proporcionalidad se ha presentado como un efecto de la necesaria justificación a la limitación de derechos de los gobernados; en el marco de las medidas cautelares penales, se ha conceptualizado como el margen de discrecionalidad por el que el órgano jurisdiccional, quien es el encargado de aplicar las medidas de este tipo, pondera la adecuación de la medida con el fin que se persigue, y se ha hecho depender del respeto a la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado.

Este principio cobra vigencia siempre que se superen las tres *subreglas* o *subprincipios* de la proporcionalidad, a saber:¹⁰

1. Idoneidad
2. Necesidad (intervención mínima)
3. Proporcionalidad *stricto sensu*

¹⁰ Véase diagrama 1.

DIAGRAMA 1



Desde esta perspectiva, idoneidad, necesidad (intervención mínima) y proporcionalidad *stricto sensu* son juicios de valor que deben efectuarse al determinar, en el caso que nos ocupa, la imposición de una medida cautelar por parte del órgano del Estado en contra de un gobernado, limitando de esta forma el ejercicio del poder estatal. Estos *subprincipios*, como adelante se analizará, se traducen a su vez en requisitos extrínsecos.

El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de los derechos tienda a la consecución de fines legítimos; además, requiere que las injerencias estatales cumplan ciertos requisitos de diversa naturaleza:

1. Un primer grupo está formado por los *requisitos extrínsecos* al contenido de las medidas y que se traducen en los siguientes dos incisos:
 - 1.1. *Judicialidad*. La estimación de este aspecto como requisito de la proporcionalidad se debe a que los órganos judiciales deben ser precisamente los que se encarguen de decidir sobre la limitación de los derechos fundamentales y, por ello, queda sometido a su decisión lo relativo a la proporcionalidad de las medidas limitativas.
 - 1.2. *Motivación*. La exigencia de la motivación es ante todo un requisito formal del principio de proporcionalidad, según el cual, en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales, debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida.
2. El segundo grupo se conforma por los *requisitos intrínsecos*, relativos al concreto contenido de la actuación estatal; están constituidos por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, acuñados por la doctrina y la jurisprudencia. De esta forma, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple con los siguientes subjuicios o subprincipios:

2.1. *Idoneidad.* Este juicio se traduce en determinar que la medida (injerencia estatal) sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto. Constituye un criterio de carácter empírico que forma parte del principio de proporcionalidad (o principio de prohibición de exceso), que hace referencia tanto a una perspectiva objetiva, como a una subjetiva respecto a la eficacia de las medidas, en relación con sus fines y exige que las injerencias estatales faciliten el objetivo propuesto en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y desde su ámbito de aplicación.

Una medida es idónea si con ella se consigue el fin deseado, se acerca o se facilita, y no lo es si se aleja, dificulta o simplemente la injerencia no despliega ninguna eficacia para la consecución del fin.

2.1.1. *Adecuación cualitativa y cuantitativa.* Las medidas deben ser cualitativamente idóneas para alcanzar el fin previsto, es decir, aptas por su propia naturaleza; por ejemplo, es cualitativamente adecuado autorizar el registro en un domicilio con el fin de recoger evidencias que en alto grado de probabilidad se hallan en ese lugar; no es suficiente con que el medio sea cualitativamente adecuado desde una perspectiva abstracta, es preciso además que sea previsible la aptitud de la medida para la consecución del fin.

Ahora, la medida no solo debe de ser cualitativamente idónea, pues no es suficiente establecer su aptitud para el fin que se persigue, sino que además se requiere que sea cuantitativamente idónea, es decir, que su duración e intensidad debe restringirse al mínimo posible, pues de otra forma sería intolerable en un Estado de derecho; ejemplo, en la cita a un domicilio en el cual se autoriza recoger evidencias, deben evitarse inspecciones inútiles, debe procurarse no perjudicar al interesado más de lo necesario y debe limitarse al tiempo estrictamente necesario.

2.1.2. *Adecuación del ámbito subjetivo de aplicación.* Implica que resulta estrictamente necesaria la individualización de los sujetos pasivos susceptibles de aplicación de las medidas restrictivas. En relación con las medidas cautelares, se traduce en que

no se puede someter a un conjunto indeterminado de ciudadanos a medidas que afecten al ejercicio de sus derechos fundamentales. En determinación de las medidas cautelares, las circunstancias que permiten su individualización son las mismas que fundamentan la sospecha de la participación del imputado en la comisión del hecho.

De esta manera, debe señalarse que el análisis de la idoneidad de los medios no debe detenerse en la comprobación de la aptitud abstracta de la medida para la satisfacción del fin, ni puede circunscribirse a la adecuación objetiva de las injerencias, aun tomando en consideración las circunstancias del caso concreto. Es preciso, además, preguntarse por la verdadera intención del titular del órgano judicial que adopta la medida. El respeto por el principio de idoneidad debe ser reclamado en el caso concreto y en la voluntad de quien decide la restricción de un derecho fundamental, lo que significa que los órganos de persecución penal *no pueden perseguir una finalidad distinta de la prevista por la ley*, amparándose precisamente en la habilitación que esta última ofrece.

Toda medida dirigida a la consecución de fines no previstos por la norma habilitadora de la injerencia estatal debe ser considerada inconstitucional, sea cual sea el motivo del sujeto actuante, siempre que la ley no autorice la restricción con la finalidad que efectivamente se trate de alcanzar.

2.2. *Necesidad.* Se debe determinar si la injerencia es necesaria, esto es, que no exista otra medida más moderada o menos lesiva para conseguir tal propósito con igual eficacia.

El subprincipio de necesidad, también denominado de intervención mínima, de alternativa menos gravosa o de subsidiaridad, tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos fundamentales, frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos. Obliga a los órganos del Estado a que las medidas sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que sea menos lesiva a los derechos de los gobernados.

Así pues, se establecen tres condiciones que reunidas tratan de evitar la arbitrariedad judicial en la aplicación de medidas, y si falta alguna de ellas no cobra vigencia su idoneidad, tales condiciones son:

2.2.1. *Idoneidad y menor lesividad de la medida alternativa.* Tiene como finalidad evitar perjuicios innecesarios al afectado y exige que la medida menos gravosa sea suficientemente eficaz para alcanzar la finalidad perseguida. Si esta primera condición no se cumple, no cabe hablar de aplicación del principio de intervención mínima.

2.2.2. *Cobertura legal suficiente de la limitación de los derechos que la medida restringe.* Esto es, que se encuentre regulada por la ley (taxatividad).

2.2.3. *Existencia de la infraestructura necesaria para su aplicación.* Es necesario, además, contar con una infraestructura adecuada que permita su aplicación, pues de otra manera las medidas alternativas carecen de eficacia y, por tanto, no serán idóneas.

3. *Proporcionalidad en sentido estricto.* Es el tercer subprincipio que conforma al de prohibición de exceso (principio de proporcionalidad en sentido amplio), y que se aplica una vez superados los subjuicios de idoneidad y necesidad de la medida; lo anterior con el fin de determinar mediante la utilización de técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses, en cada caso, el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia estatal; guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo, deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de los presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad.

El proceso penal es considerado generalmente un instrumento necesario de protección de los valores recogidos por el derecho penal, cuya función consiste en dotar al Estado de un modelo para ejercer el *ius puniendi*. La finalidad, por tanto, de las medidas restrictivas de derechos fundamentales susceptibles de ser adoptadas en el proceso penal se orientará

en principio a permitir a los órganos del Estado la satisfacción de los fines propios del derecho material, dando de este modo respuesta al interés de persecución penal que anima su actuación y que se opone al *ius libertatis* de los ciudadanos.

Finalmente debe señalarse que el principio de proporcionalidad (o de prohibición de exceso) se erige sobre dos presupuestos, a saber:

1. *Principio de legalidad.* Podría considerarse que este principio es ajeno al examen de proporcionalidad; sin embargo, es su primer presupuesto, pues carece de sentido ponderar la proporcionalidad de una medida si se vulnera el principio de legalidad (esto es, que tal medida no se encuentre prevista y delimitada en una ley), al que toda restricción de derechos fundamentales queda sometida. La inobservancia del principio de legalidad evita toda discusión sobre el principio de proporcionalidad.
2. *Justificación teleológica.* Toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales de un gobernado, para ser constitucionalmente aceptable, tiene que responder a una finalidad legítima; su finalidad ha de ser la de tutelar bienes constitucionales y socialmente relevantes.

La aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de los medios, pero previamente es preciso determinar cuál es el fin perseguido por la injerencia estatal, pues si dicho fin no es legítimo o es irrelevante, la medida habrá de reputarse inadmisibles por ser absolutamente arbitraria.

2.5. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Se ha establecido como origen de este principio el derecho estadounidense, pues fue en esta nación donde se forjó el concepto y posteriormente fue adoptado por otras, sobre

todo latinoamericanas (Argentina, Perú, entre otras). A este principio se le ha comparado e incluso asignado el mismo alcance que el de *proporcionalidad*, de acuño germánico (llegando a señalarse como si se tratara del mismo principio por no pocos autores), adoptado también por otros países europeos, como España y algunos latinoamericanos; motivo por el cual en este trabajo se destacarán los alcances y contenidos de este principio de manera breve, quedando a criterio del lector la significación que a bien tenga darle al mismo.

Con el objetivo de mantener el orden económico, la seguridad jurídica y evitar el subjetivismo judicial, la Corte norteamericana diseñó tres tipos de test de revisión legal, denominados *escrutinios*, de distintos niveles de intensidad en el control de la razonabilidad de las leyes.

1. *Estricto*. Es el primero y más exigente, según el cual una norma que regula un derecho fundamental o aquellas libertades “preferidas” se presume constitucional. Para superar el test, el Estado debe probar que el acto se dictó con la finalidad de promover un interés estatal imperioso y, además, que es necesario y se encuentra diseñado a la medida.
2. *Intermedio*. Es la segunda prueba y mediante ella se controlan las normas estatales referidas al ejercicio de derechos en aras de intereses estatales legítimos (ya no imperiosos), importantes; en este caso la norma se presume constitucional; el Estado debe probar que existe una relación sustancial frente a una finalidad gubernamental ya no imperiosa, sino importante.
3. *Escrutinio o control de relación razonable*. Es el tercer test y exige que la medida, que en este caso se presume constitucional, mantenga una relación razonable o racional con la finalidad perseguida, que deba ser legítima y que los medios resulten adecuados a la misma.

Estos niveles de control son aplicados por la Corte Suprema estadounidense, en el análisis de la razonabilidad de las leyes que establecen clasificaciones y pueden ser violatorias del derecho de igualdad; pero en cuanto al tercer nivel de control, que es el menos riguroso, lo aplica en cuestiones atinentes al debido proceso legal.

De esta forma, Mariano A. Sapag¹¹ sintetiza el principio de razonabilidad en la práctica, a través de tres subprincipios, siete preguntas y cinco juicios.

De acuerdo con el sistema de los tres subprincipios, corresponde analizar la razonabilidad o proporcionalidad de una medida, aplicando los siguientes juicios en forma escalonada y excluyente:

1. *El juicio o subprincipio de adecuación (o idoneidad)*. En primer lugar, corresponde detectar la finalidad de la medida para luego determinar si es constitucional y socialmente relevante. Una vez detectado el fin, se debe analizar si el medio es idóneo para alcanzarlo. Se trata de un juicio de eficacia, es decir, el medio de lograr de algún modo la finalidad propuesta.
2. *El juicio o subprincipio de necesidad (o indispensabilidad)*. Se debe examinar el grado de proporcionalidad de la medida respecto a otras medidas igualmente eficaces o más eficaces. Si existen otras medidas más eficientes, la implementada no superará el test.
3. *El juicio o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*. Se requiere que la medida mantenga una relación razonable con la finalidad; se examina la relación costo-beneficio de la medida con respecto a la finalidad.¹²

Los juicios del control de razonabilidad pueden ser desglosados en *siete preguntas* que el operador jurídico debe plantearse.¹³

En cuanto a los *cinco juicios*,¹⁴ las tres primeras preguntas pueden unificarse en un solo juicio acerca de la finalidad de la norma, el cuarto punto es el juicio de adecuación de la norma; el quinto el juicio de necesidad, mientras que la pregunta seis se identifica con el juicio de proporcionalidad y la última es el juicio de afectación o alteración del contenido esencial de los derechos en juego.

De este modo, el principio de razonabilidad supone estos cinco juicios para su configuración.

11 Sapag, Mariano A., *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite al poder del Estado: un estudio comparado*, Universidad de la Sabana, 2008, pp. 186 y 187.

12 Véase diagrama 2.

13 Véase diagrama 3.

14 Véase diagrama 4.

DIAGRAMA 2

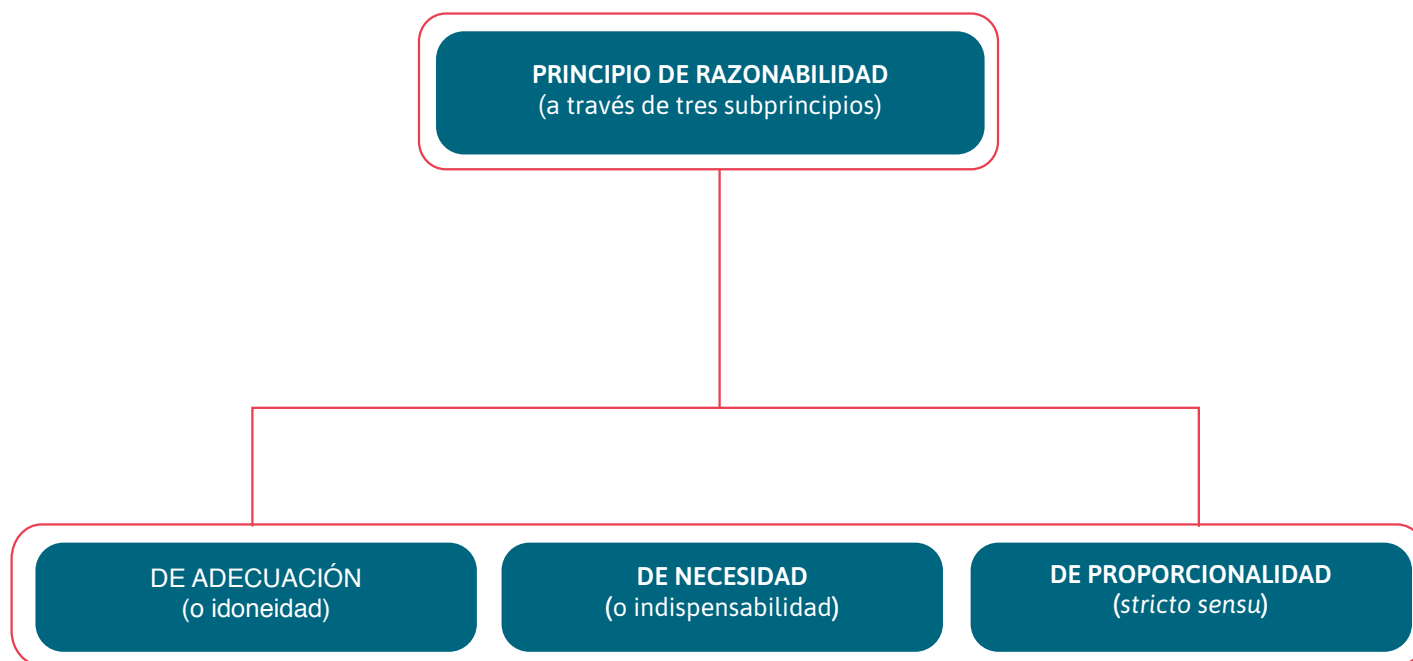
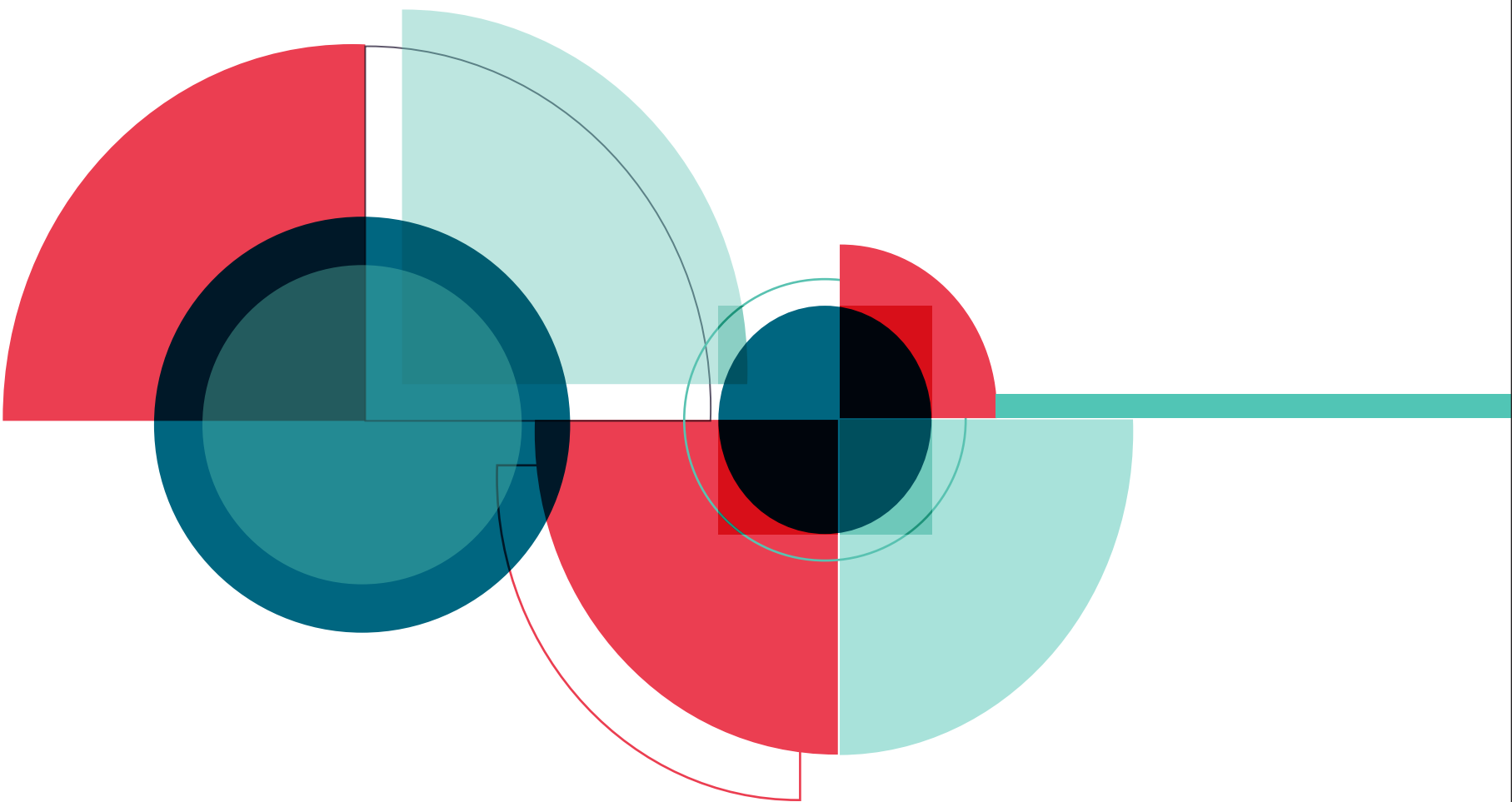


DIAGRAMA 3



DIAGRAMA 4







TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN CON CONTROL JUDICIAL

3. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN CON CONTROL JUDICIAL

Gilberto Cervantes Hernández

3.1. ASEGURAMIENTO DE BIENES

3.1.2. Consideraciones iniciales

Corresponde al ministerio público dirigir la investigación cuando tenga conocimiento de la existencia de un hecho que la ley señale como delito; en esa tarea debe reunir los datos de prueba, medios de prueba o prueba, según corresponda para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación y la reparación del daño (también para el decomiso, concesión o negación de substitutivos penales, suspensión condicional de la pena y para determinar el grado de culpabilidad del acusado), de acuerdo con lo establecido en los artículos 212 y 213 del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP).

Para realizar la investigación, debe ordenar o llevar a cabo, según corresponda, entrevistas a personas, dictámenes periciales, recepción o acopio de documentos y de elementos materiales de prueba; lo que implica reducir o evitar el peligro para la prueba y en consecuencia para el procedimiento.

De lo anterior surge en ocasiones la necesidad de aplicar algunas técnicas de investigación, como son las inspecciones, con la finalidad de recolectar la prueba y la cadena de custodia para que dicha recolección y preservación sean adecuadas.

De las inspecciones puede resultar que se localicen instrumentos, objetos o productos del delito, así como huellas, vestigios, marcas, rastros y manchas relacionados con el mismo, que a la postre, según la información que se desprenda de ellos, podrán constituirse como indicios, evidencias o medios de convicción, por tanto, como datos de prueba, medios de prueba o prueba, según corresponda.

3.2. CONCEPTO

Es una determinación del ministerio público durante la etapa de investigación que tiene por objeto principal la preservación de elementos de conocimiento (elementos materiales), útiles para el procedimiento declarativo y para los actos procedimentales de cautela.

3.3. NATURALEZA JURÍDICA

Es un acto procedimental de cautela, dado que sirve para preservar el elemento material de conocimiento; sin embargo, deriva directamente de un acto procedimental de investigación, a través del cual se logra la localización de esos elementos, en los que incluso se aplican técnicas específicas de investigación, por lo que pertenece a ambos institutos procedimentales (investigación y cautela).

3.4. REQUISITOS (PROCEDENCIA)

Solo existe un tipo de aseguramiento de bienes que corresponde al ministerio público como encargado de dirigir la investigación, cuando:

- Tiene conocimiento de la existencia de un hecho que la ley señale como delito.
- Para ello debe ordenar, entre otros actos de investigación, la localización de elementos que tengan que ver con el hecho que se investiga.
- De ser útiles, ordenar su aseguramiento para evitar o reducir el peligro para la prueba y, en consecuencia, para el procedimiento.
- Que esos bienes sean objetos, instrumentos o producto del delito, o bien, en ellos se encuentren huellas, rastros, marcas manchas o vestigios del hecho que se investiga, que pudieran tener relación con el mismo, por lo que surge la justificación de ser asegurados a fin de que no se alteren, destruyan o desaparezcan, pues a la postre podrán constituirse como indicios, evidencias o medios de convicción, por tanto, como datos de prueba, medios de prueba o prueba, según corresponda.
- El ministerio público debe elaborar un plan de investigación que justifique llevar a cabo inspecciones, sobre todo en lugares en los que requiere autorización judicial, a efecto de localizar elementos materiales de prueba.
- También debe supervisar que se aplique la cadena de custodia y, en su caso, el auxilio de peritos para que la recolección y preservación sean adecuadas.

El objetivo principal del aseguramiento de bienes es su preservación y utilización como elemento de conocimiento y, en caso de ser procedente, la devolución o restitución; la declaratoria de abandono, destrucción, embargo, declaratoria de extinción de dominio, reparación del daño o decomiso.

Los instrumentos, objetos o productos del delito, así como los bienes en los que existan huellas o pudieran tener relación con este, siempre que guarden relación directa con el lugar de los hechos o el hallazgo, serán asegurados durante el desarrollo de la investigación, a fin de que no se alteren, destruyan o desaparezcan.

Para tales efectos se establecerán controles específicos para su resguardo, que atenderán como mínimo a la naturaleza del bien y a la peligrosidad de su conservación (artículo 229 del CNPP).

Es importante destacar que la *cadena de custodia* es el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación en el lugar de los hechos o el hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión.

Con el fin de corroborar los elementos materiales probatorios y la evidencia física, la cadena de custodia aplicará atendiendo lo siguiente:

- identidad
- estado original
- condiciones de recolección
- preservación
- empaque
- traslado
- lugares y fechas de permanencia
- cambios realizados en cada custodia
- registro de nombre e identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos (artículo 227 del CNPP)

De acuerdo con el artículo 228 del CNPP:

La aplicación de la cadena es responsabilidad de quienes, en cumplimiento de las funciones propias de su encargo o actividad, en los términos de ley, tengan contacto con los indicios, vestigios, evidencias, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo.

Cuando durante el procedimiento de cadena de custodia los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito se alteren, no perderán su valor probatorio, a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia que se trate. Los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito deberán concatenarse con otros medios probatorios para tal fin. Lo anterior, con independencia de la responsabilidad en que pudieran incurrir los servidores públicos por la inobservancia de este procedimiento.

3.5. OPORTUNIDAD, COMPETENCIA Y LEGITIMACIÓN

Durante la investigación, ya sea investigación inicial o complementaria, al ser el ministerio público el encargado, también a él corresponde ordenar el aseguramiento de bienes relacionados con la misma, es decir, la etapa de investigación es el momento oportuno para llevar a cabo el aseguramiento y el fiscal es el legitimado y competente para realizarlo.

3.6. TRÁMITE Y LINEAMIENTOS PARA SU EJECUCIÓN

3.6.1. El ministerio público debe llevar a cabo un registro por separado de cada uno de esos actos procedimentales. De igual manera, debe formalmente decretar el aseguramiento de esos bienes, estableciendo controles específicos para su resguardo.

3.6.2. Reglas sobre el aseguramiento de bienes

Artículo 230. El aseguramiento de bienes se realizará conforme a lo siguiente:

- I. El Ministerio Público o la policía en auxilio de éste, deberá elaborar un inventario de todos y cada uno de los bienes que se pretendan asegurar, firmado por el imputado o la persona con quien se entienda el acto de investigación. Ante su ausencia o negativa, la relación deberá ser firmada por dos testigos presenciales que preferentemente no sean miembros de la policía y cuando ello suceda, que no hayan participado materialmente en la ejecución del acto;
- II. La policía deberá tomar las providencias necesarias para la debida preservación del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito asegurados, y
- III. Los bienes asegurados y el inventario correspondiente se pondrán a la brevedad a disposición de la autoridad competente, de conformidad con las disposiciones aplicables. Se deberá informar si los bienes asegurados son indicios, evidencia física, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo.

3.6.3. Además de las reglas generales, se establecen otras para casos específicos, a saber:

Artículo 235. Aseguramiento de narcóticos y productos relacionados con delitos de propiedad intelectual, derechos de autor e hidrocarburos

Cuando se aseguren narcóticos previstos en cualquier disposición, productos relacionados con delitos de propiedad intelectual y derechos de autor o bienes que impliquen un alto costo o peligrosidad por su conservación, si esta medida es procedente, el Ministerio Público ordenará su destrucción, previa autorización o intervención de las autoridades correspondientes, debiendo previamente fotografiarlos o videograbarlos, así como levantar un acta en la que se haga constar la naturaleza, peso, cantidad o volumen y demás características

de éstos, debiéndose recabar muestras del mismo para que obren en los registros de la investigación que al efecto se inicie.

Cuando se aseguren hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos y demás activos, se pondrán a disposición del Ministerio Público de la Federación, quien sin dilación alguna procederá a su entrega a los asignatarios, contratistas o permisionarios, o a quien resulte procedente, quienes estarán obligados a recibirlos en los mismos términos, para su destino final, previa inspección en la que se determinará la naturaleza, volumen y demás características de estos; conservando muestras respectivas para la elaboración de dictámenes periciales que hayan de producirse en la carpeta de investigación y en el proceso, según sea el caso.

Artículo 236. Objetos de gran tamaño

Los objetos de gran tamaño, como naves, aeronaves, vehículos automotores, máquinas, grúas y otros similares, después de ser examinados por peritos para recoger indicios que se hallen en ellos, podrán ser videograbados o fotografiados en su totalidad y se registrarán del mismo modo los sitios en donde se hallaron huellas, rastros, narcóticos, armas, explosivos o similares que puedan ser objeto o producto del delito.

Artículo 237. Aseguramiento de objetos de gran tamaño

Los objetos mencionados en el artículo precedente, después de que sean examinados, fotografiados, o videograbados podrán ser devueltos, con o sin reservas, al propietario, poseedor o tenedor legítimo según el caso, previa demostración de la calidad invocada, siempre y cuando no hayan sido medios eficaces para la comisión del delito.

Artículo 238. Aseguramiento de flora y fauna

Las especies de flora y fauna de reserva ecológica que se aseguren, serán provistas de los cuidados necesarios y depositados en zoológicos, viveros o en instituciones análogas,

considerando la opinión de la dependencia competente o institución de educación superior o de investigación científica.

Artículo 241. Aseguramiento de armas de fuego o explosivos

Cuando se aseguren armas o explosivos se hará del conocimiento de la Secretaría de la Defensa Nacional, así como de las demás autoridades que establezcan las disposiciones legales aplicables.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró su invalidez el 22 marzo de 2018, mediante la sentencia de acción de inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014, y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en fecha 25 de junio de 2018.

Artículo 242. Aseguramiento de bienes o derechos relacionados con operaciones financieras

El Ministerio Público o a solicitud de la Policía podrá ordenar la suspensión, o el aseguramiento de cuentas, títulos de crédito y en general cualquier bien o derecho relativos a operaciones que las instituciones financieras establecidas en el país celebren con sus clientes y dará aviso inmediato a la autoridad encargada de la administración de los bienes asegurados y a las autoridades competentes, quienes tomarán las medidas necesarias para evitar que los titulares respectivos realicen cualquier acto contrario al aseguramiento.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró su invalidez el 25 de junio de 2018, derivado de las acciones de inconstitucionalidad 10/2014 y 11/2014 respectivamente.

Artículo 243. Efectos del aseguramiento en actividades ilícitas

El aseguramiento no será causa para el cierre o suspensión de actividades de empresas, negociaciones o establecimientos con actividades lícitas.

Tratándose de los delitos que refiere la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Hidrocarburos, el Ministerio Público de la Federación, asegurará el establecimiento mercantil o empresa prestadora del servicio e inmediatamente notificará

al Servicio de Administración y Enajenación de Bienes con la finalidad de que el establecimiento mercantil o empresa asegurada le sea transferida.

Previo a que la empresa sea transferida al Servicio de Administración y Enajenación de Bienes, se retirará el producto ilícito de los contenedores del establecimiento o empresa y se suministrarán los hidrocarburos lícitos con el objeto de continuar las actividades, siempre y cuando la empresa cuente con los recursos para la compra del producto; suministro que se llevará a cabo una vez que la empresa haya sido transferida al Servicio de Administración de Bienes para su Administración.

En caso de que el establecimiento o empresa prestadora del servicio corresponda a un franquiciatario o permisionario, el aseguramiento constituirá causa justa para que el franquiciante pueda dar por terminados los contratos respectivos en términos de la Ley de la Propiedad Industrial, y tratándose del permisionario, el otorgante del permiso pueda revocarlo. Para lo anterior, previamente la autoridad ministerial o judicial deberá determinar su destino.

3.6.4. Custodia y disposición de los bienes asegurados

Artículo 232. Cuando los bienes que se aseguren hayan sido previamente embargados, intervenidos, secuestrados o asegurados, se notificará el nuevo aseguramiento a las autoridades que hayan ordenado dichos actos. Los bienes continuarán en custodia de quien se haya designado para ese fin, y a disposición de la autoridad judicial o del Ministerio Público para los efectos del procedimiento penal. De levantarse el embargo, intervención, secuestro o aseguramientos previos, quien los tenga bajo su custodia, los entregará a la autoridad competente para efectos de su administración.

Sobre los bienes asegurados no podrán ejecutarse actos de dominio por sus propietarios, depositarios, interventores o administradores, durante el tiempo que dure el aseguramiento en el procedimiento penal, salvo los casos expresamente señalados por las disposiciones aplicables.

El aseguramiento no implica modificación alguna a los gravámenes o limitaciones de dominio existentes con anterioridad sobre los bienes.

3.6.5. Registro de bienes asegurados

Artículo 233. Se hará constar en los registros públicos que correspondan, de conformidad con las disposiciones aplicables:

- I. El aseguramiento de bienes inmuebles, derechos reales, aeronaves, embarcaciones, empresas, negociaciones, establecimientos, acciones, partes sociales, títulos bursátiles y cualquier otro bien o derecho susceptible de registro o constancia, y
- II. El nombramiento del depositario, interventor o administrador de los bienes a que se refiere la fracción anterior.

El registro o su cancelación se realizarán sin más requisitos que el oficio que para tal efecto emita la autoridad judicial o el Ministerio Público.

3.6.6. Frutos de los bienes asegurados

Artículo 234. A los frutos o rendimientos de los bienes durante el tiempo del aseguramiento, se les dará el mismo tratamiento que a los bienes asegurados que los generen.

Ni el aseguramiento de bienes ni su conversión a numerario implican que éstos entren al erario público.

Artículo 239. Requisitos para el aseguramiento de vehículos

Tratándose de delitos culposos ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, estos se entregarán en depósito a quien se legitime como su propietario o poseedor.

Previo a la entrega del vehículo, el Ministerio Público debe cerciorarse:

- I. Que el vehículo no tenga reporte de robo;
- II. Que el vehículo no se encuentre relacionado con otro hecho delictivo;
- III. Que se haya dado oportunidad a la otra parte de solicitar y practicar los peritajes necesarios, y
- IV. Que no exista oposición fundada para la devolución por parte de terceros, o de la aseguradora.

Artículo 240. Aseguramiento de vehículos

En caso de que se presente alguno de los supuestos anteriores, el Ministerio Público podrá ordenar el aseguramiento y resguardo del vehículo hasta en tanto se esclarecen los hechos, sujeto a la aprobación judicial en términos de lo previsto por este Código.

3.6.7. Cosas no asegurables

Artículo 244. No estarán sujetas al aseguramiento las comunicaciones y cualquier información que se genere o intercambie entre el imputado y las personas que no están obligadas a declarar como testigos por razón de parentesco, secreto profesional o cualquiera otra establecida en la ley. En todo caso, serán inadmisibles como fuente de información o medio de prueba.

No habrá lugar a estas excepciones cuando existan indicios de que las personas mencionadas en este artículo, distintas al imputado, estén involucradas como autoras o partícipes del hecho punible o existan indicios fundados de que están encubriéndolo ilegalmente.

3.6.8. Aseguramiento con fines de declaratoria de abandono

Artículo 231. Notificación del aseguramiento y abandono

El Ministerio Público deberá notificar al interesado o a su representante legal el aseguramiento del objeto, instrumento o producto del delito, dentro de los sesenta días naturales

siguientes a su ejecución, entregando o poniendo a su disposición, según sea el caso, una copia del registro de aseguramiento, para que manifieste lo que a su derecho convenga.

Cuando se desconozca la identidad o domicilio del interesado, la notificación se hará por dos edictos que se publicarán en el Diario Oficial de la Federación o su equivalente, en el medio de difusión oficial en la Entidad federativa que corresponda y en un periódico de circulación nacional o estatal, según corresponda, con un intervalo de diez días hábiles entre cada publicación. En la notificación se apercibirá al interesado o a su representante legal para que se abstenga de ejercer actos de dominio sobre los bienes asegurados y se le apercibirá que de no manifestar lo que a su derecho convenga, en un término de noventa días naturales siguientes al de la notificación, los bienes causarán abandono a favor del Gobierno Federal o la Entidad federativa de que se trate, según corresponda.

Transcurrido dicho plazo sin que ninguna persona se haya presentado a deducir derechos sobre los bienes asegurados, el Ministerio Público solicitará al Juez de control que declare el abandono de los bienes y éste citará al interesado, a la víctima u ofendido y al Ministerio Público a una audiencia dentro de los diez días siguientes a la solicitud a que se refiere el párrafo anterior. La citación a la audiencia se realizará como sigue:

- I. Al Ministerio Público, conforme a las reglas generales establecidas en este Código;
- II. A la víctima u ofendido, de manera personal y cuando se desconozca su domicilio o identidad, por estrados y boletín judicial, y
- III. Al interesado de manera personal y cuando se desconozca su domicilio o identidad, de conformidad con las reglas de notificación previstas en el presente Código.

El Juez de control, al resolver sobre el abandono, verificará que la notificación realizada al interesado haya cumplido con las formalidades que prevé este Código; que haya transcurrido el plazo correspondiente y que no se haya presentado persona alguna ante el Ministerio Público a deducir derechos sobre los bienes asegurados o que éstos no hayan sido reconocidos o que no se hubieren cubierto los requerimientos legales.

La declaratoria de abandono será notificada, en su caso, a la autoridad competente que tenga

los bienes bajo su administración para efecto de que sean destinados al Gobierno Federal o de la Entidad federativa que corresponda, en términos de las disposiciones aplicables.

3.6.9. Devolución de bienes asegurados

Causales de procedencia para la devolución de bienes asegurados.

Artículo 245. La devolución de bienes asegurados procede en los casos siguientes:

- I. Cuando el Ministerio Público resuelva el no ejercicio de la acción penal, la aplicación de un criterio de oportunidad, la reserva o archivo temporal, se abstenga de acusar, o levante el aseguramiento de conformidad con las disposiciones aplicables, o
 - II. Cuando la autoridad judicial levante el aseguramiento o no decrete el decomiso, de conformidad con las disposiciones aplicables.
- La devolución se realizará en el estado físico de conservación que conforme a su naturaleza adquiera el bien, o el valor del mismo.

Artículo 246. Entrega de bienes

Las autoridades deberán devolver a la persona que acredite o demuestre derechos sobre los bienes que no estén sometidos a decomiso, aseguramiento, restitución o embargo, inmediatamente después de realizar las diligencias conducentes. En todo caso, se dejará constancia mediante fotografías u otros medios que resulten idóneos de estos bienes.

Esta devolución podrá ordenarse en depósito provisional y al poseedor se le podrá imponer la obligación de exhibirlos cuando se le requiera.

Dentro de los treinta días siguientes a la notificación del acuerdo de devolución, la autoridad judicial o el Ministerio Público notificarán su resolución al interesado o al representante legal, para que dentro de los diez días siguientes a dicha notificación se presente a recogerlos, bajo el apercibimiento que de no hacerlo, los bienes causarán abandono

a favor del Gobierno Federal o de la Entidad federativa de que se trate, según corresponda y se procederá en los términos previstos en este Código.

Cuando se haya hecho constar el aseguramiento de los bienes en los registros públicos, la autoridad que haya ordenado su devolución ordenará su cancelación.

Artículo 247. Devolución de bienes asegurados

La devolución de los bienes asegurados incluirá la entrega de los frutos que, en su caso, hubieren generado.

Previo a la instrucción de devolución, el Ministerio Público deberá revisar que los bienes no hayan causado abandono en los términos establecidos por este Código.

La devolución de numerario comprenderá la entrega principal y en su caso de sus rendimientos durante el tiempo en que haya sido administrado, a la tasa que cubra la Tesorería de la Federación o la instancia correspondiente en las Entidades Federativas por los depósitos a la vista que reciba.

La autoridad que haya administrado empresas, negociaciones o establecimientos, al devolverlas rendirá cuentas de la administración que hubiere realizado a la persona que tenga derecho a ello, y le entregará los documentos, objetos, numerario y, en general, todo aquello que haya comprendido la administración.

Previo a la recepción de los bienes por parte del interesado, se dará oportunidad a éste para que revise e inspeccione las condiciones en que se encuentren los mismos, a efecto de que verifique el inventario correspondiente.

Artículo 248. Bienes que hubieren sido enajenados o sobre los que exista imposibilidad de devolver

Cuando se determine por la autoridad competente la devolución de los bienes que hubieren sido convertidos a numerario o haya imposibilidad para devolverlos, deberá cubrirse a la persona que tenga la titularidad del derecho de devolución el valor de los mismos, de conformidad con la legislación aplicable.

Artículo 249. Aseguramiento por valor equivalente

En caso de que el producto, los instrumentos u objetos del hecho delictivo hayan desaparecido o no se localicen por causa atribuible al imputado, el Ministerio Público decretará o solicitará al Órgano jurisdiccional correspondiente el embargo precautorio, el aseguramiento y, en su caso, el decomiso de bienes propiedad del o de los imputados, así como de aquellos respecto de los cuales se conduzcan como dueños, cuyo valor equivalga a dicho producto, sin menoscabo de las disposiciones aplicables en materia de extinción de dominio.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las acciones de inconstitucionalidad 10/2014 y 11/2014 declaró la invalidez del artículo 249 del CNPP, exclusivamente en la porción normativa “decretará o”, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de junio de 2018.

3.6.10. Aseguramiento con fines de decomiso

Artículo 250. Decomiso

La autoridad judicial mediante sentencia en el proceso penal correspondiente, podrá decretar el decomiso de bienes, con excepción de los que hayan causado abandono en los términos del Código o respecto de aquellos sobre los cuales haya resultado la declaratoria de extinción de dominio.

[...] El numerario decomisado y los recursos que se obtengan por la enajenación de los bienes decomisados, una vez satisfecha la reparación a la víctima, y descontado el porcentaje por concepto de gastos indirectos de operación a que refiere la Ley de Ingresos de la Federación, del ejercicio fiscal que corresponda, a favor del Instituto de Administración de Bienes y Activos, serán entregados en partes iguales al Poder Judicial de la Federación, a la Fiscalía General de la República, al fondo previsto en la Ley General de Víctimas y al financiamiento de programas sociales [...]

3.7. TEMPORALIDAD

Durante el tiempo estrictamente necesario, se deberá atender a la naturaleza del bien asegurado y a la necesidad de preservarlo como prueba; si ha cumplido su objeto se debe ordenar su devolución o restitución, su destrucción, declararlo abandonado, someterlo al procedimiento de extinción de dominio u ordenar su decomiso.

3.8. AUTÓNOMO O ACCESORIO

Es accesorio al procedimiento de investigación, pues deriva de él, sin embargo, está estrechamente vinculado a este por la razón señalada, como al declarativo, dado que es a este al que sirve, ya que son precisamente los elementos de conocimiento los que permiten avanzar en la secuela procedimental.

3.9. CONTROL PREVIO O POSTERIOR Y MEDIO DE IMPUGNACIÓN

Si bien es una determinación del ministerio público que generalmente no requiere control previo, en el caso de aseguramiento de cuentas bancarias, como se mencionó previamente (artículo 242 del CNPP), el Pleno de la SCJN declaró su invalidez derivado de las acciones de inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014 publicada el 25 de junio de 2018 en el *Diario Oficial de la Federación*, y de persistir la necesidad de su aseguramiento, la fiscalía, luego de recabar los datos de prueba que considere pertinentes y suficientes, deberá acudir al juez de control para el efecto de que autorice esta técnica de investigación, pues el secreto bancario o financiero es parte del derecho a la vida privada del cliente (imputado) y, por tanto, está protegido por el principio de seguridad jurídica; en todo caso, se requerirá que

el órgano jurisdiccional autorice mediante una resolución debidamente fundada, motivada y en la que se establezcan los parámetros de una ponderación para considerar que los datos que arroja la investigación son suficientes para que se conceda dicha medida.¹

Por otra parte, de manera general, la persona que se considere afectada por el acto de investigación señalado puede solicitar al propio ministerio público la devolución; en caso de negativa, podrá acudir al juez de control, quien en audiencia pública resolverá lo conducente; si la resolución no es favorable podrá interponer recurso de revocación, a efecto de cumplir con el principio de definitividad; luego promover juicio de amparo indirecto (artículo 258 del CNPP).

De lo expresado, se advierte que el ministerio público en su función de investigación y persecución de los hechos con características de delito, en ocasiones se ve en la obligación de asegurar los bienes ya mencionados, relacionados con los hechos que investiga.

Esa investigación no inicia de manera espontánea, sino que tiene su origen en un acto procedimental declarativo (apariencia del buen derecho), que determina el inicio de la investigación, derivado de una denuncia o una querella.

El aseguramiento de estos es con la intención de preservar la prueba, tanto para el procedimiento declarativo (establecer el hecho y la probable intervención del imputado en su comisión), como para el procedimiento cautelar (peligro de evasión para el procedimiento y para las personas); incluso detalla la forma de preservar la prueba y, en caso de no ser posible conservarla materialmente, la forma de documentarla para que pueda ser utilizada en el momento oportuno. Otra finalidad la constituye el devolverlas a sus propietarios, poseedores o tenedores legítimos, en muchas ocasiones se trata de asegurar la reparación de daño; se hace de manera anticipada (se restituye en sus derechos a la víctima u ofendido, e incluso a terceros en tanto se hace la declaratoria definitiva o sentencia).

1 SECRETO BANCARIO. EL ARTÍCULO 117, FRACCIÓN II DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE ENERO DE 2014, VIOLA EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA.

En caso de que estos no lo reclamen en los plazos y previo el procedimiento establecido para ello, se declara el abandono de esos bienes, que es otro objetivo de su aseguramiento.

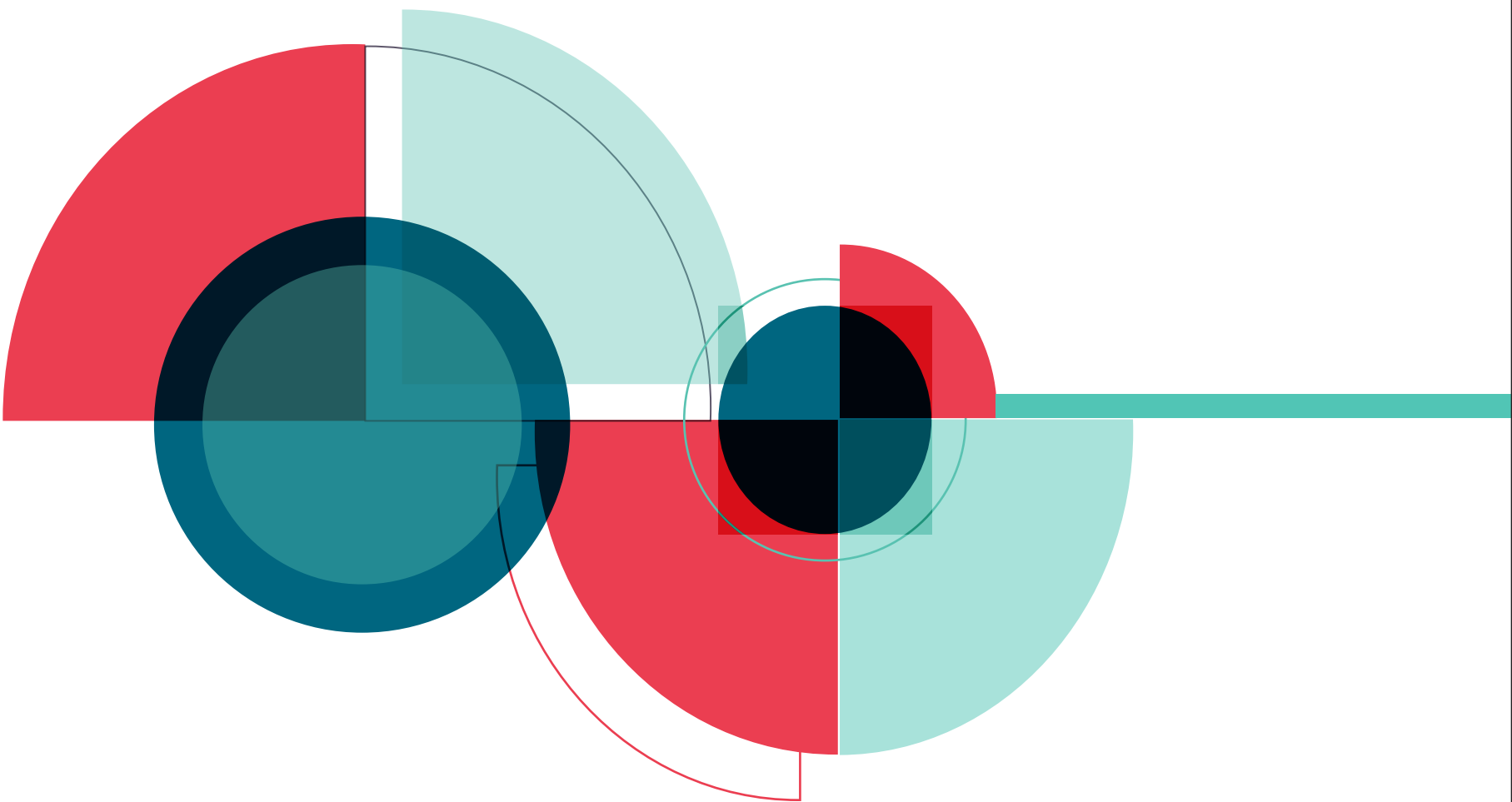
Asimismo, se establece la forma de hacerlo, en ambos supuestos, para el caso de bienes de características particulares.

De igual manera, el aseguramiento puede dar lugar al procedimiento de declaratoria de extinción de dominio e, igualmente, del aseguramiento pasar al decomiso de los bienes en caso de ser procedente.

Todos los aseguramientos de bienes mencionados surgen de la necesidad de evitar o reducir peligros, ya sea para la prueba, o bien, para garantizar la reparación del daño, cumplir con el decomiso, restituir a su propietario, poseedor o tenedor, declarar su abandono y extinción de dominio, o su destrucción, según corresponda, por lo que es un acto procedimental en el procedimiento cautelar.

Una vez decretado el aseguramiento de bienes, como medio de impugnación, únicamente se cuenta con el medio extraordinario de defensa, como lo es el juicio de amparo indirecto, pues el CNPP no contiene algún dispositivo que tenga tal propósito.

Al respecto, puede consultarse el criterio jurisprudencial identificado con el número de registro IUS 2017400, de rubro: OMISIÓN LEGISLATIVA. NO CONSTITUYE UN MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE AMPARO QUE JUSTIFIQUE SU DESECHAMIENTO DE PLANO, CUANDO SE RECLAMA LA RELATIVA A QUE EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES NO SE INCLUYÓ UN RECURSO QUE PERMITA IMPUGNAR EL ASEGURAMIENTO DE BIENES DECRETADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO EN UNA CARPETA DE INVESTIGACIÓN, BAJO EL ARGUMENTO DE QUE UNA EVENTUAL CONCESIÓN DEL AMPARO CONTRAVENDRÍA EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS.



A large, stylized number '4' in a light pink color, positioned on the right side of the page. It has a thick, rounded stroke and a diagonal bar that crosses the vertical stem.

ACTOS DE INVESTIGACIÓN

4.1. TOMA DE MUESTRA

Elizabeth Alejandra Flores Gaytán

Los actos de investigación y la legalidad de la prueba encuentran una íntima relación con el nuevo modelo de procedimiento penal. Para ello, el tratadista Luis Fernando Bedoya Sierra, considerando pertinente distinguir entre los actos de investigación y los actos de prueba, cita un fragmento de la sentencia C-396/07 de la Corte Constitucional de Colombia en su libro *La prueba en el proceso penal colombiano*:

Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes [...] para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.¹

1 Bedoya Sierra, Luis Fernando, *La prueba en el proceso penal colombiano*, Bogotá, Fiscalía General de la Nación-Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses, 2008, p. 39.

Los actos de investigación que se adelantan y que serán utilizados, ya sea para fundar el ejercicio de la acción penal o que pudieran producirse en juicio oral, tienen incidencia en los derechos fundamentales, como la intimidad, la dignidad, la integridad física y la libre autodeterminación, los cuales solo pueden afectar al imputado.

La técnica de investigación de toma de muestra, establecida en el artículo 252, fracción IV, del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), es considerada una prueba preconstituida, cuyo objeto en el proceso penal consiste en comprobar la existencia o inexistencia de las proposiciones de las partes relativas al hecho materia del proceso y las circunstancias en que se produjo. Para ello se recurre a este tipo de actos de investigación, puesto que se pretende obtener del cuerpo del imputado, o terceros, indicios o datos relevantes para el esclarecimiento del hecho investigado, los que pudieran perderse o bien no estar los testigos para su práctica, que de ser así no podría acreditarse el segmento del hecho criminoso buscado; resultando por ello necesario el llevar a cabo el acto de investigación.

En estos actos de investigación se atiende principalmente al principio de proporcionalidad, que supone la verificación de tres aspectos fundamentales frente a las actuaciones que comprometan derechos humanos, pues debe verificarse la idoneidad del procedimiento para alcanzar el fin buscado; es decir, debe establecerse que no existan otros mecanismos menos lesivos en la obtención de la muestra que permitan alcanzar el mismo fin, así como que exista proporcionalidad entre el fin perseguido y el nivel de afectación de derechos humanos.

4.1.1. Concepto de toma de muestra

La toma de muestra es el conjunto de procedimientos de investigación y de cautela destinados a obtener una parte representativa de un todo, contenido en el cuerpo humano.

El profesor Camilo Constantino Rivera señala que es una institución procesal a través de la cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todo un fallo definitivo, o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia

de derecho y el peligro que pueda significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba.²

Este autor aborda los actos procedimentales de investigación y de cautela, dado que hace alusión al aseguramiento de prueba y a la necesidad de preservación de esta. Asimismo, la autora colombiana Piedad Venegas considera que la toma de muestra constituye una técnica especial de un acto de investigación y de cautela, a través del cual el juez de control autoriza la obtención de una parte representativa de fluidos corporales como sangre, vello y saliva exámenes corporales de carácter biológico; extracciones de sangre u otros análogos; estudios de gabinete que permitan obtener imágenes internas o externas de alguna parte del cuerpo (impresión dactilar, radiográfica, odontológica) o bien lograr que una persona suministre muestras caligráficas, dactilares o fonéticas para ser sometidas a un posterior cotejo³ con la finalidad de obtener elementos materiales de conocimiento para sustentar o no el ejercicio de la acción penal y eventualmente ser producida en juicio oral.

Por otra parte, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos en su artículo 2º inciso iv) precisa lo que debe entenderse por muestra biológica: “Cualquier muestra de sustancia biológica (por ejemplo, sangre, piel, células óseas o plasma sanguíneo) que albergue ácidos nucleicos y contenga la dotación genética característica de una persona”.

De lo anterior concluimos que la toma de muestra es una diligencia de investigación a través de la cual la fiscalía, ante la negativa del imputado y atendiendo a una línea de investigación, solicita al juez de control se autorice el procedimiento a través del cual se intervendrá el cuerpo humano del acusado, a fin de extraer determinados elementos externos o internos de este para ser sometido a informe pericial, o una exposición a radiaciones. En estos supuestos, el derecho que por lo general se verá afectado es el derecho a la integridad física, así como el de la dignidad y, en algunos casos, el de la intimidad. Se puede

² Constantino Rivera, Camilo, *Economía procesal*, 3ª. ed., México, MaGister, 2010, p. 138.

³ Véase Venegas Villa, Piedad Lucía, *Las audiencias preliminares en el Sistema Penal Acusatorio*, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2007, p. 122.

distinguir entre intervenciones corporales graves (punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etcétera), y leves (análisis de sangre, orina, extracción de pelo o uñas, entre otros). El CNPP solo regula aquellas de carácter intrusivo.⁴

4.1.2. Naturaleza jurídica

La toma de muestra es parte tanto del procedimiento de investigación como del cautelar, pues son diligencias o técnicas de investigación para recabar elementos de conocimiento, y a la par se vela por la conservación de estos para evitar peligro de alteración o desaparición; adicionalmente, es una excepción a la protección del derecho humano a la intimidad.⁵

4.1.3. Tipos de tomas de muestra

Intrusivos. Consistentes en un tolerar por parte de quien deba aportar la muestra, considerado como objeto de prueba. Se encuentran establecidos en el artículo 269 del CNPP, ejemplo de ellos son:

- a) fluidos corporales
- b) tricológicas
- c) papiloscópicas
- d) odontológicas
- e) de gabinete (rayos X, TAC [tomografía computarizada] y resonancia magnética)
- f) rastreo de metales en palma de las manos

4 Artículo 252. Actos de investigación que requieren autorización previa del Juez de Control [] IV.- La toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma. Artículo 263. Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código.

5 Constantino Rivera, Camilo, *op. cit.*, p. 137.

De aportación. Consisten en un hacer por parte del sujeto que habrá de aportar la muestra, ejemplo de ellos son:

- a) muestra fonética
- b) muestra de escritura
- c) muestra psicológica, etcétera

Es importante destacar que el ordinal 269 de la legislación procesal penal nacional solo regula las muestras de carácter intrusivo. Mucho se ha discutido que este tipo de actos de investigación atentan el derecho a la no autoincriminación (negarse a dar información que pudiera ser utilizada como carga). Sin embargo, en este sentido, la doctrina ha considerado que el imputado o vinculado, si bien es sujeto del procedimiento, *también es un objeto de investigación*, en cuanto a que esa información ya existe en su cuerpo y lo único que se hace es recabarla, por lo que no está obligado a colaborar con las autoridades de manera activa, pero sí de forma pasiva a través de las injerencias corporales que en un momento dado pueden contribuir a su culpabilidad, por lo que se requiere de una orden de autoridad judicial escrita con la cual se le imponga la obligación de tolerar, y por la que se antepone el interés de investigar y esclarecer los hechos al interés particular del imputado de mantener en secreto la información.⁶

Asimismo, se advierte que la legislación procesal penal referida es omisa tratándose de las muestras que constituyen una aportación, es decir, cuando se solicita un hacer al sujeto que habrá de aportar la muestra, como en el caso de realizar ejercicios caligráficos, fonéticos o pruebas psicológicas; las que son igualmente importantes y por lo regular se utilizan en los

⁶ Cfr. Roxin, Claus, "La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán", *Revista Penal*, Valencia, Universidad de Salamanca, Tirant lo Blanch, núm. 6, 2000, pp. 115-126. Disponible en https://www.google.com.mx/search?client=safari&rls=en&q=La+Protección+de+la+Persona+en+el+Derecho+Procesal+Alemán&ie=UTF-8&oe=UTF-8&fe_rd=cr&ei=x3gHVZ-6lHKOR8QfeulGYBg [consulta: 16 de marzo de 2015].

hechos relacionados con delincuencia organizada, extorsión, secuestro, violencia familiar, etcétera; que en la mayoría de los casos son determinantes para el esclarecimiento del hecho materia de la investigación, razón por la cual es pertinente regular en el ordenamiento procesal este tipo de técnicas.

Muestras intrusivas

a) Fluidos corporales. “Se usan en algunos casos para la determinación de ADN (ácido desoxirribonucleico), la identidad y/o parentesco de una persona y su relevancia en el ámbito forense. ADN nuclear y mitocondrial. La determinación de la ‘huella genética’ por analogía digital y los alcances del método del ADN *fingerprint*. La técnica de ampliación por PCR y la búsqueda del código genético. Se compone por una molécula lineal (ADN). Esta evidencia puede ser obtenida a partir de una muestra de sangre, semen, célula del bulbo piloso o de la saliva y permite comparar evidencias biológicas de distinto origen, por ejemplo: sangre, líquido seminal y saliva. El resultado no varía y se pueden almacenar en un banco de datos”.⁷ En otros casos la sangre constituye un rastro de identificación personal, de lo que se ocupa la serología forense, por la que, a través de principios básicos —antígenos y anticuerpos—, se determinan los diferentes grupos sanguíneos, la propiedad secretora del individuo, los métodos de determinación de los grupos ABO, Rh, MN y Lewis.

Enzimas y proteínas polimórficas, su capacidad como marcadores genéticos, como ejemplo de estas técnicas encontramos:

7 Cfr. Posada García, Luciano Walter, *Manual básico de investigación criminal*. Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos32/investigacion-criminal/investigacion-criminal2.shtml#identifgen#ixzz3SA8LFKO9> [consulta: 18 de febrero de 2015].

- *Antidoping*. Se determina a través de sangre y orina.
- Hisopado vaginal, anal o bucal. Para determinación de ataque sexual.
- Hisopado bucal. Para determinación e identificación de ADN. Esta es la más común por la facilidad y el carácter no invasivo de la toma.
- Sangre. Se sugiere usar un papel extractor y tomar por punción dactilar y cabellos con bulbo.

b) Tricológicas (pelo y cuero cabelludo). Consisten en la obtención de elementos pilosos; son de gran relevancia para efectos de investigación, ya que a pesar de su tamaño poseen información que permite determinar científicamente su procedencia. De esta manera, mediante el principio criminalístico de transferencia también conocido como principio de Locard (el cual establece que cada contacto deja un rastro o traza) si se tienen *sospechosos*, *imputados* u *ofendidos*, o un *cadáver* al que se le practicará la respectiva autopsia se puede pedir una toma de muestras tricológicas para analizar y determinar si es posible vincular a los sospechosos con la escena del crimen, o bien si es posible determinar que hubo contacto entre el sospechoso y la víctima o el fallecido.

Entre las características por las que los elementos pilosos son valiosos para la investigación criminalística se encuentran:

- El ser humano, a través de los elementos pilosos, deja vestigio de su presencia en determinados lugares y los estudios tricológicos permiten determinar la zona del cuerpo de la que provienen.
- Son fácilmente transferibles por sus características de ubicación exterior.
- Renovación periódica. Los elementos pilosos en el cuerpo humano tienen una duración aproximada de mil días, y luego se caen naturalmente, situación que facilita que se obtengan rastros.
- Resistencia a la putrefacción. Contienen agentes químicos, físicos y biológicos, que aseguran su larga permanencia.

- Conservan su estructura a pesar de encontrarse en condiciones adversas (en ambientes húmedos, enterrados, etcétera).
 - Alteraciones de naturaleza traumática y patológica.
 - Absorción. Los elementos pilosos absorben y mantienen olores, esto permite detectar químicos a los que el sujeto haya sido expuesto.
- c) Papiloscópica. La papiloscopía es una disciplina técnico-científica de la criminalística que estudia íntegramente la conformación y el diseño de las crestas papilares humanas, plasmadas en los dígitos y palmas de las manos, así como en las plantas de los pies, con el fin de establecer categóricamente e indubitadamente la identidad física de las personas.⁸ Tal disciplina comprende cuatro grupos de estudio:
1. Dactiloscopía. Es una técnica cuyo objeto es el estudio de los calcos o estampas de las crestas o eminencias papilares, obrantes en la cara interna de la tercera falange digital (pulpejos), con el fin de establecer la identidad física humana.⁹
 2. Palametoscopía. Es una técnica de la papiloscopía, cuyo objeto es el estudio de la impresión, calco o estampa de las crestas papilares, obrantes en la cara interna de las manos (palma), con el fin de establecer la identidad física humana.
 3. Pelmatoscopía. Técnica cuyo objeto es el estudio de la impresión, calco o estampa de las crestas papilares, obrantes en la cara interna de los pies (planta), con el fin de establecer la identidad física humana.¹⁰
 4. Poroscopía. Es una técnica no sistematizada, que se ocupa del estudio de los poros de la piel, con la finalidad de establecer la identidad humana (no reúne requisitos para establecer su identificación, ya que su observación es microscópica). La finalidad de esta rama de la criminalística es la identificación de personas; cuyo método es el denominado “tradicional”.

⁸ Salas, Azul M., “Papiloscopía”. Disponible en <http://identificadoresargentinos.blogspot.com> [consulta: 26 de febrero de 2015].

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

El método “tradicional” requiere:

- Ficha dactiloscópica o decadactilar, dobladas longitudinalmente, utilizando como guía la línea que divide las casillas.¹¹ La cantidad dependerá del fin que persiga la toma, aunque se recomienda conservar varios ejemplares de esta, a fin de evitar inconvenientes que obliguen a repetir la toma.
- Tinta litográfica (oleaginosa) como la que se utiliza en imprentas (ocasiona manchas y no se alcanza a percibir).
- Rodillo de goma o hule.
- Plancha o platina donde esparcir y “batir” la tinta.
- Tablilla acanalada.

El procedimiento consiste en llevar a cabo los siguientes pasos:

- Se aplica una pequeña cantidad de tinta sobre la plancha y se esparce con el rodillo hasta obtener una capa delgada y uniforme en toda la superficie.
- La persona a la cual se reseñará debe estar de pie frente al técnico responsable.
- Se comienza el entintado con la mano derecha del sujeto y luego con la izquierda, empezando el proceso con el dedo pulgar y culminando con el meñique.
- Se toma con los dedos pulgar e índice el dedo a entintar a la altura de la falange media.
- Se apoya, del lado interior, sobre la plancha entintada, y se hace rotar (de izquierda a derecha en la mano izquierda y al contrario en la derecha), ejerciendo presión sobre la uña. Efectuado esto, se retira el dedo, continuando el movimiento de giro para evitar el resbalamiento.
- Culminada la operación de entintado, se procede a la impresión en la ficha tomándola con la mano inhábil (izquierda para las diestros y derecha para los zurdos) y colocando la ficha sobre ella, de modo que la serie quede hacia la muñeca del responsable de la toma.

11 Para mayor información, consúltese <https://es.scribd.com/document/12950736/Blog-Huellas-Digitales>

Se coloca el dedo a imprimir del mismo modo antes mencionado, por la falange intermedia con los dedos medio e índice, y se apoya y gira contra la tablilla acanalada de la misma forma que durante el entintado. Esta impresión se denomina impresión rodada y debe abarcar desde el pliegue interfalángico hasta el limbo superior del dactilograma, de esta manera se obtiene la impresión de un gran campo hacia los laterales.

- d) Odontológica. La odontología forense, como su nombre lo indica, es una rama de las ciencias forenses dedicada a la aplicación de los conocimientos odontológicos con fines de identificación y tiene utilidad en el derecho penal. Trata del examen adecuado de la evidencia dental, es decir, del manejo, la valoración y la presentación de los hallazgos dentales que puedan tener interés por parte de la justicia. Esta disciplina es muy importante y abarca temas relevantes para las investigaciones judiciales, tales como: dictámenes de edad, recolección de evidencia odontológica en delitos sexuales, maltrato infantil, responsabilidad profesional, entre otros.

ODONTOLOGÍA FORENSE

1. Lesiones personales

2. Dictaminar edad

3. Identificación

- a) Análisis de huellas de mordeduras
- b) Técnica de queiloscopia
(huellas de los labios)
- c) Técnica de rugoscopia
(huellas del paladar)

- e) De gabinete. Están conformadas por la radiología forense, entendida como la ciencia de usar rayos X y otras tecnologías de imagen (otras formas de radiación penetrante) para asistir a la investigación y reunir evidencia; entre estas encontramos: rayos X, TAC y resonancia magnética.

A través de estos métodos se logra la obtención de evidencia en investigaciones criminales, como ejemplo encontramos las relacionadas con el tráfico ilegal de narcóticos, ya que el contrabando de drogas mediante la ingestión o la inserción en cavidades corporales es muy común, en este sentido, la radiología forense puede ayudar a los oficiales a encontrar paquetes escondidos; así como a la identificación de cuerpos, pues junto con los registros dentales y el análisis de ADN, las imágenes radiológicas pueden ser utilizadas para identificar víctimas desconocidas. Las imágenes tomadas antes de la muerte pueden ser comparadas con imágenes *post mortem* para hallar similitudes o cualquier elemento idóneo y pertinente para la investigación. Algunos tratadistas la denominan radiología judicial, debido a que la misma se practica con una autorización judicial; es comúnmente utilizada en contra de la voluntad de los imputados y sin aporte diagnóstico, en la mayoría de los casos se emplea en centros penitenciarios y aeropuertos con el propósito de advertir la presencia de objetos extraños introducidos en alguno de los orificios o cavidades del cuerpo a fin de pasar inadvertidos ante los elementos de seguridad.

- f) Rastreo de metales en palmas de manos. Es solicitada a quien deba aportarla a fin de llevar a cabo una prueba como la de rodizonato de sodio modificada, conocida también como de colorimetría; esta es la más utilizada para la identificación de elementos involucrados en el disparo de armas de fuego y se basa en la determinación de elementos metálicos, como plomo, bario, antimonio o cualquier otro. Tales elementos se llegan a localizar en las palmas de las manos del muestradante, y con ello se puede determinar si ha disparado armas de fuego. Otras pruebas que buscan el mismo fin son la prueba de la parafina (casi en desuso), Harrison Gilroy, espectrometría de ICP-MS, activación de neutrones y espectroscopio de A. A., o el microscopio electrónico de Barrido.

Muestras de aportación

- a) Fonética. El objeto de estudio de la fonética son los sonidos del habla, entendiéndose por *sonido* el fenómeno consistente en la propagación de vibraciones por el aire perceptibles por el oído, que constituye un hecho físico enfocado al *habla*. Se conforma por el estudio de los hechos físicos provocados intencionadamente por los seres humanos, mediante la puesta en funcionamiento de órganos fonatorios que les permiten la comunicación con el resto de seres humanos.¹² La toma de muestra constituye la ejecución precisamente de esos hechos físicos a través de los cuales se reproducen sonidos del habla.
- b) Escritura. Conocida como caligráfica, a este tipo de pruebas se les conoce como *muestras patrón*. Se refiere a aquellas muestras escriturales tomadas al sospechoso por la autoridad que realiza la investigación. Al tomarlas, se deben buscar métodos para evitar que el muestradante simule sus propias grafías, porque ello perturba notablemente la peritación; asimismo, se debe evitar que el muestradante tenga acceso o vea el documento cuestionado, pues induce al error. Entonces, para realizar un buen cotejo es necesario que la muestra tenga las siguientes características: abundancia, espontaneidad, variedad y coetaneidad.

4.1.4. Requisitos

Atendiendo al contenido del artículo 270 del CNPP, en el supuesto de que la persona requerida se niegue a proporcionar la muestra de manera voluntaria —excepto la víctima u ofendido, es decir, el imputado o testigos—, se podrá acudir al juez de control para solicitar la práctica

12 Cfr. Pereira, Daniel Ignacio, "El problema de la representatividad de las muestras en la investigación fonética experimental", *Estudios de fonética experimental*, núm. XX, 2011, pp. 57-69. Disponible en <http://stel.ub.edu/labfon/sites/default/files/XX-07-DIPereira.pdf> [consulta: 23 de febrero de 2015].

de esta técnica de investigación. El porqué de la exclusión del sujeto pasivo radica en que de llevarse a cabo en este podría provocar una revictimización y causar mayor afectación. En este sentido, Hesbert Benavente Chores considera que esta excepción radica en atención a los principios que aplican a la víctima, como lo son el derecho a la intimidad, privacidad, reserva y propiedad, de los que se exige respeto; además, su violación conduciría a la obtención de una prueba ilícita.

Los requisitos para llevar a cabo este acto de investigación se encuentran señalados en el artículo 270 del CNPP, los cuales son:

- a. Negativa del imputado o tercero a proporcionar la muestra.
- b. Existencia previa de un hallazgo, evidencia material o circunstancia que será materia de confrontación.
- c. Solicitud del ministerio público al juez de control (en casos urgentes por cualquier medio, de preferencia el más expedito).
- d. Justificación de la necesidad de la medida, bajo los principios de necesidad, proporcionalidad, idoneidad y razonabilidad.
- e. Expresión e identidad de la persona o personas a quienes haya de practicarse.
- f. El tipo y la extensión de la muestra o imagen a obtener.
- g. Tipo de dictamen a practicar.
- h. Que no atente la dignidad y los derechos humanos de la persona de quien se solicita la muestra.

4.1.5. Autoridad encargada de resolver

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 16, párrafo décimo cuarto establece: “Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias

precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes”.

Aunado a lo señalado, el artículo 20 constitucional, apartado A), fracciones I, IX y X, establece que el objetivo del proceso será el esclarecimiento de los hechos, que cualquier prueba obtenida con violación a derechos humanos será nula y que las audiencias preliminares al juicio atenderán a los principios generales del proceso penal acusatorio. Finalmente, regula esta actividad el numeral 252 del CNPP.

4.1.6. Oportunidad

La oportunidad para solicitar la autorización de la diligencia de investigación de toma de muestra tiene lugar durante las etapas de investigación inicial y complementaria.

4.1.7. Trámite

4.1.7.1. Presupuestos del trámite

Es la Policía o el Ministerio Público quienes requerirán a la persona que deba aportarla, dicha petición se prevé en el artículo 269 del CNPP.¹³

¹³ Artículo 269. Revisión corporal. Durante la investigación, la Policía o, en su caso el Ministerio Público, podrá solicitar a cualquier persona la aportación voluntaria de muestras de fluido corporal, vello o cabello, exámenes corporales de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, así como que se le permita obtener imágenes internas o externas de alguna parte del cuerpo, siempre que no implique riesgos para la salud y la dignidad de la persona. Se deberá informar previamente a la persona el motivo de la aportación y del derecho que tiene a negarse a proporcionar dichas muestras. En los casos de delitos que impliquen violencia contra las mujeres, en los términos de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la inspección corporal deberá ser llevada a cabo en pleno cumplimiento del consentimiento informado de la víctima y con respeto de sus derechos.

Una vez que es solicitada la aportación de muestra a la persona de quien se requiere, al no otorgar esta su consentimiento, la autoridad investigadora podrá acudir ante el juez de control, a quien pedirá su autorización de conformidad con lo dispuesto por los artículos 252 y 270 del CNPP, considerando que se satisfacen los requisitos antes mencionados para solicitar dicho acto de investigación.

Existen dos posturas respecto a la forma de emisión de la determinación judicial con la que se autoriza o no la toma de muestra:

- Primera. Sin celebración de audiencia.
- Segunda. En todos los casos, en audiencia no pública.

En cuanto a la resolución del juez, esta puede ser de la siguiente forma:

- a) concede
- b) niega

4.1.7.2. Resolución emitida en forma oral y por escrito (artículo 67 del CNPP)

Es menester mencionar que esta diligencia de investigación, no obstante la solicitud que se hace de la misma, es una facultad exclusiva del *representante social*, de conformidad con lo dispuesto por el ordinal 270 del CNPP; sin embargo, la víctima y la defensa podrán acudir ante el ministerio público a fin de que este, atendiendo a su teoría del caso y línea de investigación, se encuentre obligado a agotar la vía de investigación propuesta por estos y entonces se haga necesaria la toma de muestra. Dicho representante social la habrá de solicitar ante el juez de control de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 212, 213, 214, 215 y 216 del CNPP, atendiendo precisamente al deber de investigación penal que se le atribuye; así pues,

Las muestras o imágenes deberán ser obtenidas por personal especializado, mismo que en todo caso deberá ser del mismo sexo, o del sexo que la persona elija, con estricto apego al respeto a la dignidad y a los derechos humanos y de conformidad con los protocolos que al efecto expida la Procuraduría. Las muestras o imágenes obtenidas serán analizadas y dictaminadas por los peritos en la materia.

la iniciará de manera inmediata, eficiente, exhaustiva, profesional e imparcial; además, habrá de llevar a cabo tal investigación con respeto a los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales. Asimismo, estará orientada a explorar todas las líneas de investigación posibles que permitan allegarse de datos para el esclarecimiento del hecho que la ley señala como delito, así como la identificación de quien lo cometió o participó en su comisión. Su objeto será sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño en su caso.

El artículo 270 del CNPP establece que será a petición del ministerio público y señala de manera vaga el tratamiento que se ha de dar a este tipo de acto de investigación, pues una vez que la unidad de gestión judicial recibe la solicitud del ministerio público relativa a la autorización de toma de muestra, esta puede ser por cualquier medio, por escrito o a través de medios electrónicos, el que resulte más eficaz. El código procesal en mención no precisa la forma en que habrá de resolverse; sin embargo, relativo a este dilema, existen dos puntos de vista. El primero,¹⁴ en el sentido de que por tratarse de un procedimiento cautelar implica urgencia en la petición por razón del tipo de toma de muestra que se requiere, no se genera audiencia y solo el órgano jurisdiccional resolverá la misma. Otro criterio¹⁵ sostiene que una vez recibida la solicitud se habrá de generar audiencia, en términos del ordinal 52 del ordenamiento procesal antes invocado, la cual deberá ser programada según la urgencia y naturaleza de la diligencia sobre la que se solicita autorización, inclusive se señala que la petición se realizará por el medio más expedito. Un ejemplo de lo anterior es el examen de alcoholemia, o bien la química forense para determinar la ingestión de drogas o enervantes; de ser así, el órgano investigador cuenta inclusive con unas cuantas horas, según se trate de la droga o ingesta alcohólica. En estas condiciones se habrá de programar la audiencia casi de inmediato, en el entendido de que podría ser que el imputado se encuentre en calidad de detenido. En dicho caso es posible que el ministerio público, en espera de llevar a cabo

14 Véase diagrama 5 (sin audiencia).

15 Véase diagrama 6 (con audiencia).

la diligencia de investigación de toma de muestra, justifique los términos de la retención de las 48 horas previstas en el artículo 16 párrafo décimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (ver gráfica “El imputado como objeto de prueba”).

Una vez escuchadas a las partes y cerrado el debate, el juez de control podrá emitir su determinación de manera oral y, dentro del término de las 24 horas, habrá de emitirla por escrito.

EL IMPUTADO COMO OBJETO DE PRUEBA, SUPUESTO DE SEGUNDA POSTURA

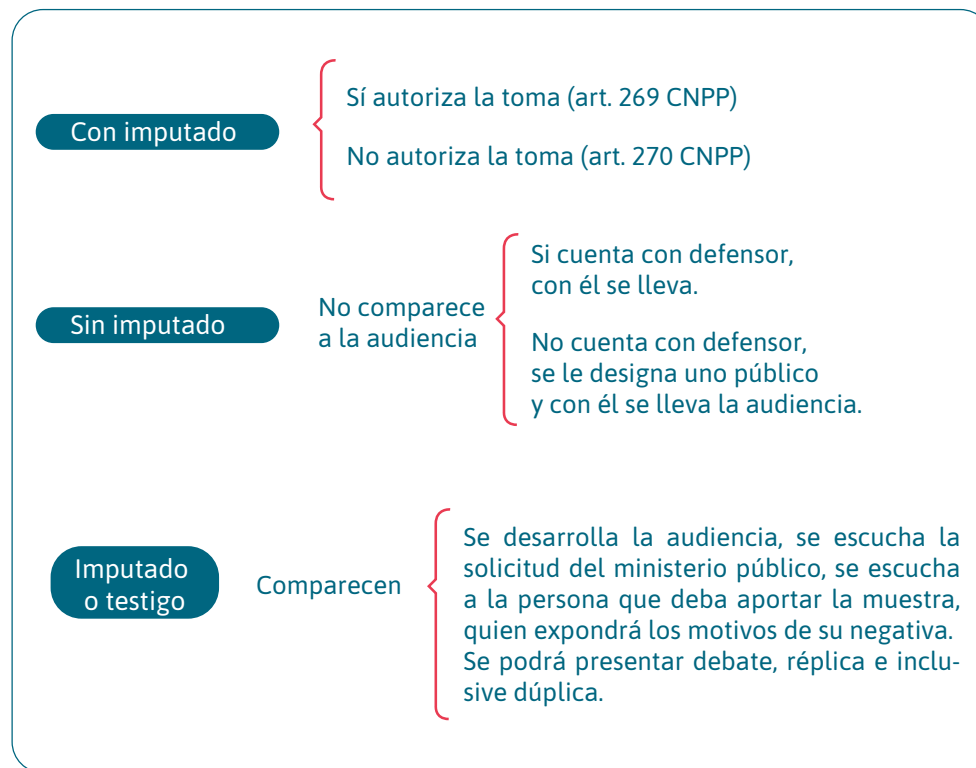


DIAGRAMA 5

Toma de muestra. Criterio uno (sin audiencia)

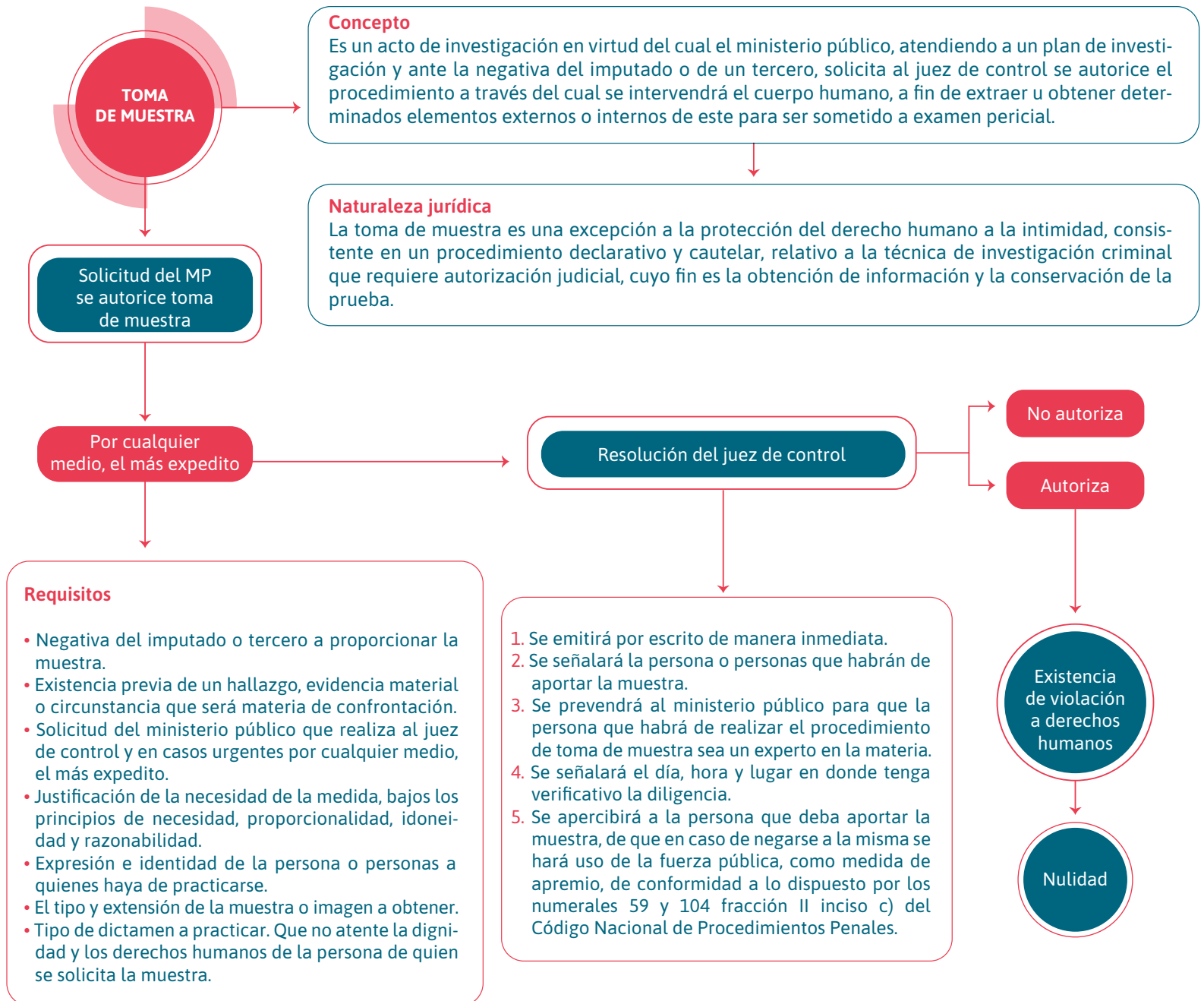
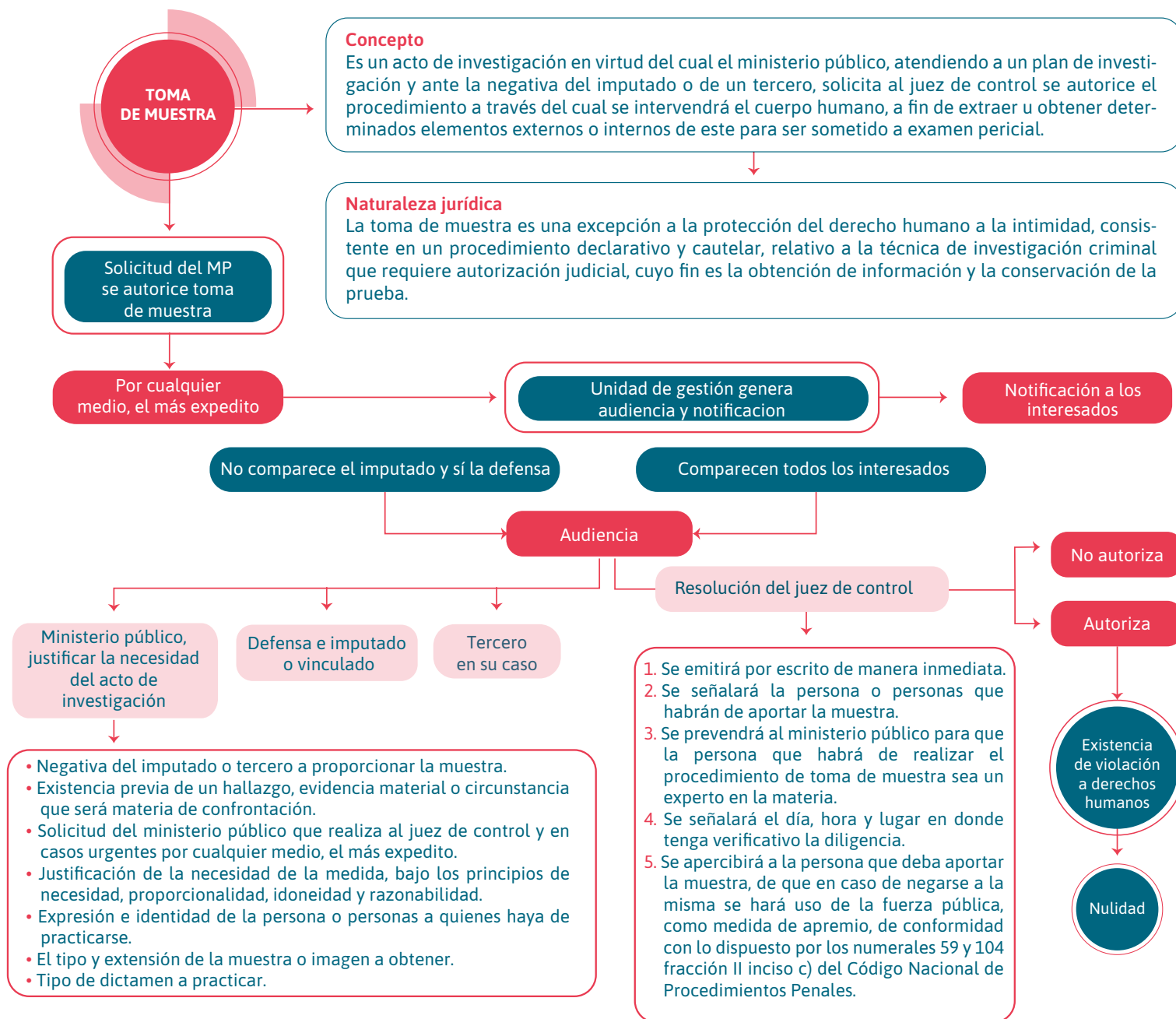


DIAGRAMA 6

Toma de muestra. Criterio dos (en audiencia)



4.1.8. Lineamientos en su ejecución

1. Se emitirá de manera oral (en caso de que se haya celebrado audiencia) y por escrito dentro de las 24 horas siguientes.
2. Se señalará a la persona o personas que habrán de aportar la muestra.
3. Se prevendrá al ministerio público para que la persona que habrá de realizar el procedimiento de toma de muestra sea un experto en la materia, es decir, un perito bajo las reglas de la *lex artis*.
4. Se señalará el día, la hora y el lugar donde tenga verificativo la diligencia.
5. Se apercibirá a la persona que deba aportar la muestra de que en caso de negarse a la misma se hará uso de la fuerza pública como medida de apremio, de conformidad con lo dispuesto por los numerales 59 y 104, fracción II inciso c), del CNPP; en el entendido de que deberá atenderse al principio de proporcionalidad, con respeto a la dignidad humana, así como considerarse que la técnica utilizada para su obtención sea la menos invasiva y ello represente protección a la salud. El apercibimiento deberá hacerse efectivo, pues de no ser así se desnaturalizaría la diligencia de toma de muestra, por tal motivo se acude al juez de control para que este la autorice ante la negativa de quien deba aportarla. Es preciso considerar que el órgano jurisdiccional, atendiendo a los artículos 16 constitucional y 252 del CNPP, se pronunció previamente ponderando la petición con base en los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, por lo que se autorizó dicho acto de injerencia en los derechos humanos de una persona para el efecto de obtener la información que sirva para el esclarecimiento del hecho que se investiga (este mismo criterio se sigue en Alemania, Costa Rica y Colombia).
6. Asimismo, señalará que la persona que deba aportar la muestra, tratándose del imputado, al momento de esta podrá estar acompañado de su defensor o de una tercera persona de confianza, y cuando sea menor de edad, por quien ejerza la patria potestad, tutela o curatela.
7. El tipo y la extensión de la muestra o imagen a obtener.

4.1.9. Accesoriedad

Se trata de un acto procedimental de investigación y de cautela, por tanto, es accesorio y sirve al procedimiento declarativo.

4.1.10. Control

La toma de muestra es una diligencia de investigación que constituye un acto de molestia, debido a que se traduce en una afectación en los derechos humanos o fundamentales, como lo son los de intimidad, libertad, salud, dignidad, defensa y debido proceso. Estos requieren control previo por parte del juez de control, quien atendiendo a los principios de necesidad, proporcionalidad, idoneidad y razonabilidad habrá o no de autorizar dicho acto en el que se verán trastocados. En este sentido, María Inés Horvitz Lennon señala:

Está constituido por aquellos mecanismos procesales previstos en el Código Procesal Penal para controlar la actividad persecutoria del Ministerio Público, especialmente cuando afecten derechos fundamentales. Así, el juez de garantía debe autorizar previamente todas aquellas diligencias de investigación 'que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben'.¹⁶

4.1.11. Medio de impugnación

El CNPP no admite recurso ordinario para efecto de inconformarse, ya sea porque se negó la toma de muestra o porque se autorizó. El único medio de impugnación es el juicio de amparo indirecto, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 107, fracción IV de la Ley de Amparo.

¹⁶ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno, Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, t. 1, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 135.

4.1.12. Resolución

En audiencia (según se trate) se habrá de emitir resolución en la que se autorice o no la diligencia de investigación solicitada por el ministerio público, y debe obrar por escrito a más tardar dentro de las 24 horas siguientes, según lo dispone el artículo 67 del CNPP. En esta se habrá de atender al contenido del artículo 16 constitucional, referente a la debida fundamentación y motivación, por constituir un acto de molestia que afecta en alguna medida los derechos humanos, como son la integridad física, la dignidad, la intimidad y la libertad. Tales derechos se pueden ver restringidos cuando se justifica la necesidad, la proporcionalidad, la idoneidad y la razonabilidad.

4.1.13. Toma de muestra como prueba ilícita y sus efectos en el procedimiento

Al ministerio público le corresponde demostrar en su oportunidad la culpabilidad, atendiendo a que sobre él recae la carga de la prueba de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 del CNPP. Entre las obligaciones que tiene, relacionadas con la diligencia de investigación de toma de muestra, según dispone el ordinal 131 del citado ordenamiento legal, se encuentran:

- a) Vigilar que en toda investigación de los delitos se cumpla estrictamente con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales.
- b) Ordenar o supervisar, según sea el caso, la aplicación y ejecución de las medidas necesarias para impedir que se pierdan, destruyan o alteren los indicios, una vez que tenga noticia de estos, así como cerciorarse de que se han seguido las reglas y protocolos para su preservación y procesamiento.

Luego, al advertir el representante social que para efecto de cumplir con su función persecutora es necesaria la práctica de una diligencia de investigación, como lo es la toma

de muestra, primero deberá atender al contenido de los artículos 266 y 269, último párrafo, del CNPP. La misma debe llevarse a cabo atendiendo a la dignidad de la persona de quien se solicita la muestra, y demás derechos humanos, informándole los derechos que le asisten y el motivo de la aportación; la persona, en su caso, puede negarse a la práctica de la misma. En la audiencia o en su petición preliminar (en caso de ser por escrito), el ministerio público debe argumentar la solicitud de toma de muestra con base en su importancia y atendiendo a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

El acto de investigación de toma de muestra se caracteriza por requerir un complemento para lograr los fines buscados, esto es, que no solo se trata de llevar a cabo la citada diligencia, sino que el fiscal deberá explicar que la misma va seguida de la práctica de un procedimiento comparativo o de cotejo. Asimismo, deberá precisar que el único fin del examen que se practica a las muestras es que el resultado de dicho análisis tenga relación con los fluidos hallados en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima, pero de ninguna manera las muestras citadas o su resultado sean usadas para estudios que no resulten útiles para la investigación, pues existe la posibilidad de que comprometan la intimidad del afectado, es decir, esto implica que el fiscal debe justificar la necesidad de la medida. Además, hará alusión a los procedimientos posteriores (exámenes o cotejos), ya que resultan útiles para establecer la idoneidad de la medida, señalando de manera clara y precisa que se realizará el procedimiento menos invasivo, lo cual facilitará el análisis sobre la proporcionalidad en sentido estricto, pues los exámenes posteriores pueden representar mayor afectación de los derechos fundamentales que la propia toma de la muestra.

Se entiende como *digno* que alguien es merecedor de algo o que una cosa posee un nivel de calidad aceptable. La *dignidad humana* es un derecho fundamental inviolable e intangible de la persona, es el valor inherente al ser humano; ser racional con libertad de decidir. La dignidad se basa en el respeto y la estima que una persona tiene de sí misma, y es merecedora de ese mismo respeto por otros, porque todos, sin distinción, somos merecedores de él.

En este sentido, el artículo 129 del CNPP señala:

Deber de objetividad y debida diligencia

La investigación debe ser objetiva y referirse tanto a los elementos de cargo como de descargo y conducida con la debida diligencia, a efecto de garantizar el respeto de los derechos de las partes y el debido proceso.

Al concluir la investigación complementaria puede solicitar el sobreseimiento del proceso, o bien, en la audiencia de juicio podrá concluir solicitando la absolución o una condena más leve que aquella que sugiere la acusación, cuando en ésta surjan elementos que conduzcan a esa conclusión, de conformidad con lo previsto en este Código.

Durante la investigación, tanto el imputado como su Defensor, así como la víctima o el ofendido, podrán solicitar al Ministerio Público todos aquellos actos de investigación que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Ministerio Público dentro del plazo de tres días resolverá sobre dicha solicitud. Para tal efecto, podrá disponer que se lleven a cabo las diligencias que se estimen conducentes para efectos de la investigación.

El Ministerio Público podrá, con pleno respeto a los derechos que lo amparan y en presencia del Defensor, solicitar la comparecencia del imputado y/u ordenar su declaración, cuando considere que es relevante para esclarecer la existencia del hecho delictivo y la probable participación o intervención.

El ministerio público está obligado a tomar las medidas necesarias para evitar que los indicios se pierdan o destruyan, asimismo, a conducir y vigilar que durante toda la investigación se respeten los derechos humanos, para ello habrá de coordinarse con la policía de investigación y los peritos; función que se prevé en los numerales 130 y 131 del referido código procesal penal.

Los derechos humanos que se pueden ver involucrados son:

- a) derecho a la integridad física
- b) derecho a la intimidad
- c) derecho a la libertad
- d) derecho a la dignidad
- e) derecho de defensa y debido proceso

Legislaciones que protegen los derechos humanos involucrados en tomas de muestra:

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: artículo 1°
2. Declaración Universal de Derechos Humanos: artículos 3°, 5° y 12
3. Convención Americana sobre Derechos Humanos: artículos 5.1, 5.2, 7.1, 11.1 y 11.2
4. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: artículos I y V
5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 7°
6. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: artículos 1° y 8°
7. Convenio Europeo de Derechos Humanos: artículo 8°
9. Las Reglas de Brasilia (2008)

La polémica en este tipo de procedimientos de investigación se suscita en el momento en que el juez de control autoriza la toma de muestra y la persona que ha de proporcionarla es renuente y reitera su negativa a aportarla; entonces, se habrán de agotar los medios de apremio contenidos en la legislación procesal penal, de conformidad con los numerales 59 y 104, fracción II, consistentes en el auxilio de la fuerza pública y arresto hasta por treinta y seis horas; lo anterior para hacer cumplir sus determinaciones. En este sentido, se ha cuestionado mucho respecto de si el atender al auxilio de la fuerza pública es adecuado o no, pues algunos defensores y doctrinarios del derecho argumentan que se violentan derechos humanos;

en relación con esto, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, en su artículo 8°, inciso a), establece:

Para recolectar datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas, sea o no invasivo el procedimiento utilizado, y para su ulterior tratamiento, utilización y conservación, ya sean públicas o privadas las instituciones que se ocupan de ello, debería obtenerse el consentimiento previo, libre, informado y expreso de la persona interesada, sin tratar de influir en su decisión mediante incentivos económicos u otros beneficios personales. Sólo debería imponer límites a este principio del consentimiento por razones poderosas el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

De lo que se advierte una excepción al principio de *consentimiento* por razones poderosas, como sería la investigación de un hecho con apariencia de delito. El hecho de exigir el cumplimiento de la determinación judicial en la que se autoriza la toma de muestra no constituye una violación a los derechos humanos, por encontrarse justificada en el supuesto de realizarse con el auxilio de la fuerza pública, ya que previo a ello se atendió al principio de *debido proceso*, en el que fue escuchada la persona respecto a los motivos por los cuales se niega a otorgar la aportación que se solicita. De ahí que se afirme que, en tratándose de medicina legal y procesos del orden penal, existe una excepción al principio de consentimiento, al existir razones suficientes que autorizan esta posibilidad, puesto que el sujeto de quien se solicita tiene el carácter de objeto de prueba; mejor aún, no él sino lo contenido en su cuerpo, lo que ya existe; de este modo, se practica sin su voluntad y contra ella. De otra suerte, carecería de sentido que el juez de control autorizara y ordenara la toma de muestras, si ante la insistente negativa no pudiera ejecutarse; en este sentido, el Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado emitiendo el siguiente criterio:

PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN). EL ARTÍCULO 130 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, AL PREVER LA TOMA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS, LA CUAL TIENE COMO FIN EXCLUSIVO EL DE CONSTATAR O REVELAR HECHOS QUE SIRVEN DE FUENTE O MEDIO DE PRUEBA EN UN PROCESO JUDICIAL, NO VIOLA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN Y A LA INTIMIDAD PERSONAL, NI GENERA UN ACTO DE MOLESTIA A QUIEN SE DIRIGE. El precepto citado, aplicable hasta el 12 de junio de 2016, en virtud de la declaratoria de inicio de vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales, al prever la toma de muestras de carácter biológico contra la voluntad del quejoso autorizada judicialmente, no viola su derecho fundamental de no autoincriminación, pues de su redacción y alcances no se obtiene que se obligue al individuo a hacer manifestaciones, decir o hacer declaraciones verbales o escritas que pudieran comprometer una sentencia condenatoria en su contra, ni permite una interpretación en el sentido de que de negarse a hacerla voluntariamente, conllevaría la aceptación tácita del hecho imputado; únicamente dota al juzgador de la facultad de autorizarla cuando el imputado, el afectado por el hecho punible u otras personas, se hayan negado, y bajo las condiciones fácticas, técnicas y jurídicas ahí descritas, entre otras, que no ocasionen menoscabo en la salud o dignidad, actos de humillación ni degradación o la toma de muestras bajo la producción de cierto grado de dolor o sufrimiento en la persona a quien va dirigida la autorización judicial, la cual se condiciona en todo momento a la observancia del derecho a su intimidad personal, el cual no es absoluto, como lo señala el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al que sólo por ley, siempre que medie un interés superior, se permite su intromisión o limitación en ciertos casos. Además, el artículo citado tampoco viola la intimidad personal ni genera un acto de molestia a quien se dirige la toma de la muestra del ácido desoxirribonucleico (ADN), al ser ésta una medida de inspección, registro o tratamiento sobre la interioridad del cuerpo humano, con el fin exclusivo de constatar o revelar hechos que sirven de fuente o medio de prueba en un proceso judicial, las cuales se sobreponen a la voluntad del individuo cuando se efectúan mediante autorización judicial, porque su finalidad es comprobar o descartar hechos materia de investigación por parte del Ministerio Público, o bien de carga

probatoria. Por tanto, las muestras para realizar un examen, entre ellos el de ADN, pueden tomarse en cualquier etapa que el proceso lo permita, dependiendo del grado de urgencia en tomarlas, sin dejar de lado el hecho de que el acusado tiene derecho a la defensa y a controlar la toma de la muestra, además de los derechos referidos anteriormente.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 84/2019. 11 de octubre de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: José Raymundo Cornejo Olvera. Secretario: Jorge Luis Olivares López.

Esta tesis se publicó el viernes 31 de enero de 2020 a las 10:32 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.¹⁷

Es importante considerar que una vez obtenida la muestra, esta no podrá de ninguna manera utilizarse para otro fin diverso al autorizado, ya que hacerlo transgrede los derechos humanos de quien la otorgara, quien fuera en su momento informado de la forma y bajo qué supuesto de investigación se utilizaría. Por tanto, una vez recabada y realizado el cotejo correspondiente, la muestra deberá ser destruida, siendo la excepción la conservación de la información de datos genómicos y proteicos, tal y como se regula en la Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos, en sus artículos 1° inciso c), 5° inciso iii) y 12.

Desafortunadamente en la actualidad existe ayuno respecto a la normatividad nacional e internacional en relación con otro tipo de muestras, diversas a las referidas (muestra biológica, fluidos, etcétera). Se considera que aquellas deben seguir la misma suerte, en el sentido de que una vez recabadas y cotejadas deberán ser destruidas, ya que la información que arrojan también constituye información de carácter personal y sensible, sujeta a una investigación de naturaleza penal o criminal.

Una vez establecida la importancia de los derechos humanos en la práctica de técnicas de investigación como en la *toma de muestra*, de vulnerarse cualquiera de estos derechos

17 Tesis: XVII.1o.P.A.97 P(10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, enero de 2020, p. 2643.

referidos en líneas anteriores, se produciría necesariamente la nulidad de la prueba, por haberla obtenido de manera ilícita. En este sentido, el CNPP así lo establece:

Artículo 263. Licitud probatoria

Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código.

Artículo 264. Nulidad de la prueba

Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.

CAPÍTULO VII. NULIDAD DE ACTOS PROCEDIMENTALES

Artículo 97. Principio general

Cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado y su nulidad deberá ser declarada de oficio por el Órgano jurisdiccional al momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento.

Los actos ejecutados en contravención de las formalidades previstas en este Código podrán ser declarados nulos, salvo que el defecto haya sido saneado o convalidado, de acuerdo con lo señalado en el presente Capítulo.

4.2. MEDIDA PROVISIONAL PARA EL RESTABLECIMIENTO DE LAS COSAS AL ESTADO PREVIO, COMO DERECHO DE LA VÍCTIMA

José Reyes Saldaña González

4.2.1. Concepto

Es una medida provisional¹⁸ de carácter jurisdiccional que se encuentra establecida en el artículo 111 del CNNP; únicamente puede ser solicitada por la víctima o su asesor jurídico siempre y cuando haya suficientes elementos para establecer que aquella es titular de bienes, objetos o productos que son materia de la investigación del delito o de alguna circunstancia respecto al estado de las cosas que se vieron alteradas por la comisión del hecho delictuoso.

Esta medida provisional tiene por objeto, cuando la naturaleza del hecho lo permita, *restituir, restablecer o reponer* a la víctima, en cualquier etapa del procedimiento, los bienes, cosas o el estado de las circunstancias que tenía previas al hecho delictuoso.

4.2.2. Naturaleza jurídica

Es un derecho de la víctima a la acción de tutela¹⁹ para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un *procedimiento preferente y sumario*, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos con el objeto de que estos le sean restituidos, restablecidos o repuestos de manera temporal, mientras se dirime el fondo del asunto.

18 Las medidas provisionales son aquellos instrumentos jurídicos procesales con los cuales se pretende evitar que la amenaza al derecho se convierta en violación o que se produzca un daño más gravoso, con efectos negativos y que haga ineficaz el resultado del fallo una vez dictado. Es un adelantamiento de la línea de defensa por parte del Estado para la conservación y tutela de los derechos públicos y privados.

19 La Constitución Política de la Ciudad de México establece lo que es la acción de tutela en el artículo 36, inciso B, numeral 2.

Podemos aseverar que es la medida provisional por antonomasia establecida en el CNPP, pues conforme a su trámite y naturaleza, debe ser eficaz en el ámbito temporal y eficiente en lo material respecto de los derechos de la víctima frente al actuar delictuoso y como expectativa de las obligaciones estatales.

4.2.3. Requisitos²⁰

a) Formales

- Que se encuentre abierto y vigente un procedimiento penal ordinario en cualquiera de sus etapas y previo al dictado de la sentencia definitiva, conforme al artículo 211 del CNPP.
- Que se haya acreditado el carácter de víctima u ofendido.
- Que la víctima u ofendido realice la petición de audiencia al juez de control en turno para el debate de la autorización de la medida provisional para el restablecimiento al estado previo.

b) Procesales/materiales

- Que haya suficientes datos de prueba que permitan establecer la existencia previa del derecho, del bien o de la circunstancia a *restituir, restablecer o reponer*.
- Que existan los suficientes datos de prueba que a nivel de probabilidad indiquen que el imputado realizó el hecho con apariencia de delito y que como consecuencia de ello (nexo causal) se haya dañado, quitado, retenido algún bien o derecho, o alterado alguna circunstancia fáctica o jurídica que le atañe a la víctima u ofendido.
- Que la naturaleza de las cosas y el hecho lo permita.

²⁰ El artículo 111 del CNPP establece: Restablecimiento de las cosas al estado previo. En cualquier estado del procedimiento, la víctima u ofendido podrá solicitar al Órgano jurisdiccional, ordene como medida provisional, cuando la naturaleza del hecho lo permita, la *restitución* de sus bienes, objetos, instrumentos o productos del delito, o la *reposición* o *restablecimiento* de las cosas al estado que tenían antes del hecho, siempre que haya suficientes elementos para decidirlo. *Cursivas del autor.*

4.2.4. Oportunidad para solicitar la medida provisional para el restablecimiento de las cosas al estado previo

Conforme al dictado del artículo 111 del CNPP, la solicitud por parte de la víctima puede hacerse en cualquier estado del procedimiento, previo al dictado de la sentencia definitiva. Ello es así en virtud de que es posible que al dictar la sentencia por parte del Tribunal de Enjuiciamiento, este emita una sentencia absolutoria y con ello se desestime el derecho que le permitía a la víctima ejercitar la acción que contiene el numeral en estudio.

4.2.5. Autoridad encargada de conocer y resolver respecto de la medida provisional para el restablecimiento de las cosas al estado previo

De conformidad con el artículo 16 constitucional párrafo décimo cuarto, en relación con el artículo 111 del CNPP, la autoridad encargada de resolver es el juez de control, ya sea local o federal.

4.2.6. Trámite

En cualquier etapa del procedimiento ordinario y hasta antes del dictado de la sentencia definitiva en términos del artículo 404 del CNPP, la víctima u ofendido podrá solicitar por los medios establecidos por el Poder Judicial la audiencia para que conozca y resuelva respecto de la petición de restitución, reposición o restablecimiento de los derechos, bienes o circunstancias jurídicas y fácticas de la víctima.

Serán convocadas las siguientes personas a la audiencia que deberá citar el órgano jurisdiccional:

- víctima u ofendido
- su asesor jurídico

- fiscal investigador
- imputado
- su defensor

Al momento de abrir la audiencia, el juez de control que conozca del asunto deberá señalar el objeto de la misma y deberá dar el uso de la voz al solicitante, es decir, a la víctima, ofendido o a su asesor jurídico, quien deberá:

- Señalar el carácter de víctima, ofendido y los datos de prueba que lo respalden.
- Hacer una relación de manera técnica y sucinta del hecho con apariencia de delito.
- Establecer alguna de las hipótesis que señala el artículo 111 del CNPP, es decir, pronunciar expresamente si el objeto del debate será respecto a *restituir, restablecer o reponer* algún bien, derecho o circunstancia fáctica o jurídica.
- Invocar los datos de prueba con los que se cuenta en la carpeta de investigación, así como realizar la correspondiente argumentación lógico-jurídica de lo que de cada uno de ellos se obtiene para justificar su objetivo.

Inmediatamente después, el juez de control dará el uso de la voz al fiscal para que se pronuncie respecto de la petición de la víctima, ofendido o asesor jurídico.

- Interviene el fiscal investigador y se pronuncia al respecto.
 - a) Apoya la petición
 - b) Se opone a la petición
 - c) Establece una situación diversa (considera que no hay condiciones para que sea procedente la petición)

Por último, el juez de control, en uso del principio de contradicción, dará el uso de la voz al imputado y a su defensor.

No puede pasar por alto que la medida en estudio comúnmente es considerada por la defensa del imputado como violatoria al derecho fundamental a la presunción de inocencia, así como de los diversos criterios jurisprudenciales decretados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues en términos generales alegan:

- I. que se impone la medida provisional sin que exista previamente una sentencia definitiva,
- II. que la medida provisional se traduce en una declaratoria previa de culpabilidad, y
- III. que constituye una pena anticipada de reparación del daño.

De tal forma, la defensa de los imputados alega que se violenta el derecho fundamental de la presunción de inocencia en su regla de trato procesal, así como en su vertiente de estándar de prueba o regla de juicio, toda vez que el imputado debe ser tratado como inocente y la autoridad está obligada a impedir la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, lo que lleva implícito la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena.

Un argumento más utilizado por la defensa del imputado al momento de la audiencia para la autorización de la medida provisional, en el sentido de que se violenta el derecho fundamental de la presunción de inocencia en su vertiente de estándar probatorio o regla de juicio, pues considera que es al imputado a quien le corresponde acreditar la no existencia del hecho por el cual se le aplica la medida provisional de restitución.

En este orden de ideas, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo en revisión 975/2019, ha resuelto este aparente dilema pues, aplicando un ejercicio de ponderación, estableció que el artículo 111 del CNPP no supone la vulneración al derecho de presunción de inocencia, ya que la medida provisional del restablecimiento de las cosas no supone una vulneración al derecho de presunción de inocencia. Lo anterior en razón de que la medida provisional del restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes del hecho no ordena por sí misma, bajo ninguna situación, que se trate como culpable al imputado y tampoco le impone a este la obligación de probar su inocencia, ni releva a la parte

acusadora de su deber de comprobar la comisión del delito y la responsabilidad penal del imputado; tampoco exime al juzgador de su obligación de valorar debidamente las pruebas de cargo y cerciorarse de que sean suficientes para comprobar la responsabilidad del quejoso más allá de toda duda razonable.²¹

Finalmente, habiendo escuchado a todas las partes y agotado el contradictorio, el juez resuelve si concede o no la medida provisional y, en su caso, el tiempo que esta debe tener de vigencia.

4.2.7. Temporalidad

Conforme al dictado del artículo 111 del CNPP, la solicitud de la aplicación de la medida provisional en estudio se realiza en cualquier momento durante el proceso, siempre y cuando no se haya dictado la sentencia definitiva (sentencia de primera instancia); sin embargo, un tema que debe aclararse es la vigencia que debe tener la medida, en caso de ser concedida.

No debe olvidarse el tema de la instrumentalidad de la medida, es decir, no es un fin en sí misma, pues tiene un propósito diverso a la resolución del fondo; por otra parte, por propia definición legal, es una medida “provisional”, lo que implica que debe tener una fecha de caducidad, por expresarlo de alguna forma.

Consecuentemente, la temporalidad de la medida deberá ser materia de debate y de los datos de prueba que fueron expuestos ante la inmediación del juez de control, por lo que será diferente en cada caso; sin embargo, dicha medida en ninguna circunstancia podrá estar vigente más allá del dictado de la sentencia definitiva, es decir, su vigencia deberá agotarse previo a la audiencia de emisión y explicación de la sentencia.

21 Amparo en revisión 975/2019, que sostiene la constitucionalidad del artículo 111 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Disponible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2020-06/AR-975-2019-200604.pdf

4.2.8. Accesoriedad

Conforme a la construcción jurídica de la figura plasmada en el artículo 111 del CNPP, debe señalarse que la medida provisional es accesorio, pues para decretarse exige que se haya iniciado el procedimiento penal conforme a las fracciones I, II y III y hasta antes de dictarse la correspondiente sentencia definitiva.

4.2.9. Lineamientos para su ejecución

El juez ordenará al imputado restituir, reestablecer o reponer a la víctima ya sea sus bienes, objetos, derechos o circunstancias previas a la aparición del hecho con apariencia de delito, precisando que se podrán utilizar los correspondientes medios de apremio para su ejecución.

El juez de control podría, subsidiariamente, obligar a la fiscalía a que le dé seguimiento a la ejecución de la medida ordenada, pudiendo hacer uso de igual manera de los medios de apremio en contra de aquella en caso de incumplimiento.

4.2.10. Control previo y posterior de la medida provisional

Hay control previo para la autorización de la medida provisional, pues como se señaló en líneas precedentes, se requiere autorización judicial para la ejecución de la medida provisional de restablecimiento de las cosas al estado previo.

También existe un control posterior, pues el juez de control debe estar atento al seguimiento de la determinación que tomó y estar al pendiente de las manifestaciones que las partes puedan hacer respecto del cumplimiento o no de la medida provisional decretada.

4.2.11 Audiencia

Remítase al numeral 4.2.6 de este estudio.

4.2.12. Medio de impugnación

Al no encontrarse especificada la medida provisional dentro del catálogo que establece el artículo 467 del CNPP, respecto al recurso de apelación y al ser esta taxativa, solo es procedente el juicio de amparo indirecto.

Así también lo establece la siguiente tesis aislada publicada el viernes 6 de noviembre de 2020 a las 10:17 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*, identificada con el número de registro 2022369:²²

Medida provisional de restitución de bienes inmuebles objetos del delito a la víctima u ofendido, prevista en el artículo 111 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Contra la resolución que dirime su solicitud es improcedente el recurso de apelación, por lo que es innecesario agotarlo previo a la promoción del juicio de amparo indirecto [inaplicabilidad de la jurisprudencia 1a./j. 119/2011 (9a.)].²³

El artículo 467 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece los supuestos en los que procede el recurso de apelación, entre los cuales, no se encuentra prevista expresamente la determinación que dirime la solicitud de la medida provisional de restitución de bienes inmuebles objetos del delito a favor de la víctima u ofendido, toda vez que si bien en su fracción V se prevé ese recurso contra las resoluciones que se pronuncien

22 Tesis: VII.2o.P.12 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 6 de noviembre de 2020.

23 La citada tesis de jurisprudencia 1a./J. 119/2011 (9a.), de rubro: "MEDIDA PROVISIONAL DE RESTITUCIÓN O EMBARGO PRECAUTORIO CON MOTIVO DE LA COMISIÓN DE UN DELITO. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL QUE LA DECRETA DENTRO DE JUICIO NO CONSTITUYE UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD QUE RIGE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO", aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, t. 3, diciembre de 2011, p. 2235, con número de registro digital: 160536.

sobre providencias precautorias o medidas cautelares, lo cierto es que dicha medida de restitución de bienes a que refiere el precepto 111 del propio código, no participa de esa naturaleza, pues conforme a sus diversos 138, 153 y 155, las primeras tienen por objeto garantizar la reparación del daño referentes al embargo de bienes y a la inmovilización de cuentas o valores; mientras que las segundas, la de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento; en consecuencia, contra dicha determinación es improcedente el recurso de apelación y, por ende, es innecesario agotarlo previo a la promoción del juicio de amparo indirecto. Estimar lo contrario, implicaría imponer una obligación en un supuesto no previsto expresamente por la ley, mediante una interpretación adicional de diversas disposiciones legales; de ahí que sea inaplicable la jurisprudencia 1a./J. 119/2011 (9a.), porque en tal criterio no se interpretaron las disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 288/2019. 30 de enero de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Soto Martínez. Secretaria: Guadalupe Patricia Juárez Hernández.

Amparo en revisión 358/2019. 28 de febrero de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: Moisés Duarte Briz. Secretaria: Natividad Regina Martínez Ramírez.

4.3. PRUEBA ANTICIPADA

Ana Luisa Morales Briño

4.3.1. Concepto

Para establecer un concepto de prueba anticipada, primeramente es menester señalar qué debe entenderse como prueba. En este sentido, el artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP en adelante) es claro al realizar una distinción entre dato de prueba, medio de prueba y prueba. Define esta última como: “todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación”.²⁴

Se define como prueba anticipada el medio de prueba desahogado en audiencia y ante el juez de control, por medio del cual se incorpora información que por diversas circunstancias no podría realizarse ante el tribunal de enjuiciamiento.

4.3.2. Naturaleza jurídica

La prueba anticipada es un acto de investigación, un acto de prueba incompleto y un acto procedimental de cautela, porque se obtienen elementos de conocimiento; asimismo, constituye una excepción al principio de concentración a que se refiere el artículo 8° del CNPP, que permite el aseguramiento de los elementos de conocimiento.

²⁴ Tercer párrafo del artículo 261 del CNPP.

Debemos diferenciar la prueba anticipada de la prueba preconstituida. La prueba preconstituida se produce incluso con anterioridad a la existencia de un conflicto, tal es el caso de las pruebas documentales, tanto públicas como privadas. Así, encontramos entre ellas las escrituras públicas, las facturas, los poderes notariales, entre otros. El doctor Hesbert Benavente Chorres ejemplifica esto en el caso de los bancos y grandes tiendas donde se instalan cámaras fotográficas o circuitos de televisión para grabar la comisión de posibles delitos en el interior de los mismos.²⁵ Asimismo, incluye las nuevas técnicas para facilitar la averiguación de delitos de narcotráfico, tales como la infiltración de agentes encubiertos o la práctica de entregas vigiladas.

4.3.3. Requisitos para el desahogo de la prueba anticipada

El CNPP establece una serie de requisitos para que pueda llevarse a cabo el desahogo de la prueba anticipada, en este sentido, el artículo 304 de dicho ordenamiento señala que hasta antes de la celebración de la audiencia de juicio se podrá desahogar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, siempre que se satisfaga lo siguiente:

1. Sea practicada ante el juez de control;
2. Exista una solicitud por alguna de las partes, quienes deberán expresar:
 - La justificación por la cual el acto se debe realizar previo a la audiencia de juicio;
 - Tratándose de un testigo, el porqué se estima probable que este no podrá concurrir a la audiencia de juicio por alguna de las siguientes razones:
 - Vivir en el extranjero
 - Se teme su muerte
 - Dado su estado de salud
 - Incapacidad física o mental que le impidiese declarar

25 Benavente Chorres, Hesbert, "La prueba documentada en el nuevo sistema de justicia penal mexicano", *Revista Ius et Praxis*, Año 16, núm. 1, 2010, p. 201.

3. Sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.
4. Que se practique en audiencia y en cumplimiento de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

4.3.4. Oportunidad

En términos del artículo 305 del CNPP, la prueba anticipada podrá plantearse desde que se presenta la denuncia, querella o equivalente, y hasta antes de que dé inicio la audiencia de juicio oral.

En consecuencia, y en términos del artículo 211 del CNPP, se infiere que la prueba anticipada puede solicitarse y desahogarse desde la etapa de investigación en sus fases inicial y complementaria, así como en la intermedia, e incluso, si se justifica una causa que obligue al desahogo de la prueba ya admitida en el auto de apertura a juicio oral y en espera de la audiencia a juicio, se podrá desahogar en forma anticipada, incluso horas antes de la audiencia de juicio oral.

4.3.5. Autoridad encargada de autorizar el desahogo

La autoridad encargada de resolver lo relativo a la admisión y desahogo de la prueba anticipada es el juez de control, y tiene como finalidad el desahogo de la prueba testimonial o pericial en la etapa preliminar; se lleva a cabo, como se ha señalado, cuando sea necesario recibir declaraciones cuyo desahogo, por algún obstáculo, no pueda esperar hasta la audiencia de juicio oral, por ejemplo, ante la imposibilidad física del testigo de comparecer, porque deba salir del país o porque se tema su fallecimiento o afectación psíquica.

El juez de control, de estimarlo procedente, citará a las partes que deban intervenir en el juicio para que estén presentes en el desahogo.

4.3.6. Trámite para el desahogo de la prueba anticipada

El artículo 305 del CNPP establece el procedimiento para el desahogo de la prueba anticipada. En este sentido, se infieren tres momentos en su trámite, los cuales son:

1. Solicitud de desahogo de prueba anticipada por la parte interesada, que contendrá:
 - La razón por la cual solicita el desahogo de la prueba anticipada.
 - La necesidad de evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.
 - Que se cite a quienes tuvieran derecho de asistir a la audiencia de juicio oral.
 - Que se garantice el derecho de defensa y de la víctima u ofendido.
2. Admisión:
 - El órgano de gestión recibirá la solicitud y la turnará al juez de control.
 - El juez de control valorará la petición y, en su caso, generará la audiencia y ordenará la preparación.
3. Desarrollo de la audiencia. Apreciamos dos momentos:
 - Primero: Previo debate, el juez de control se pronunciará sobre la urgencia y necesidad de admitir el medio de prueba y desahogarlo.
 - Segundo: Desahogo de la prueba admitida:
 - Otorgar a las partes todas las facultades previstas para su participación en la audiencia de juicio oral.
 - Si el imputado estuviere detenido, será trasladado a la sala de audiencias.
 - Si se encuentra en libertad y no acude a la cita, se declarará evadido.
 - Si no existe imputado identificado, se designará un defensor público para que intervenga.

4.3.7. Temporalidad

En relación con la temporalidad, es menester señalar que el artículo 305 del CNPP establece que la solicitud de desahogo de prueba anticipada podrá plantearse desde que se presenta la denuncia, querella o acto equivalente y hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral, debiendo precisar que una vez desahogada la prueba anticipada, si la causa que dio origen a su existencia desaparece, ya no podrá considerarse con tal carácter y se deberá desahogar ante el tribunal de enjuiciamiento.

4.3.8. Accesoriedad o autonomía

Se estima que la solicitud y desahogo de la prueba anticipada es un acto de investigación, de prueba (imperfecta) y de cautela, que sirve al procedimiento declarativo.

4.3.9. Lineamientos para la incorporación de la prueba anticipada

En relación con los lineamientos para la incorporación de la prueba anticipada, de los artículos 20, apartado A, fracción III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 9º, 305, 306, 335, 346, 347 y 381 del CNPP, se infiere que una vez que ha sido desahogada la prueba anticipada ante la intermediación del juez de control y en presencia de las partes, debe conservarse, y toda vez que el desahogo de la misma fue videograbado, será entregada una copia a cada uno de los intervinientes, para efecto de que la prueba desahogada anticipadamente pueda ser ofrecida en la etapa intermedia o de preparación al juicio, y la prueba pueda ser incorporada por la parte interesada ante el tribunal de enjuiciamiento, de tal manera que adquiera eficacia, dado que previo a ello es imperfecta, en el entendido de que ello no trasciende a su valoración, ya que corresponde a otro momento procedimental.

Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba dejara de existir para la fecha de la audiencia de juicio, se deberá desahogar en esta el medio de prueba correspondiente. Toda prueba anticipada deberá conservarse de acuerdo con las medidas dispuestas por el juez de control.

4.3.10. Control previo o posterior

Toda vez que la prueba anticipada se realiza bajo la intermediación del juez de control, aplicando las reglas y formalidades de la etapa de juicio, se considera que esta es de control previo, es decir, se debe justificar la razón por la que se adelanta su desahogo.

4.3.11. Medio de impugnación

En términos del artículo 467, fracción I del CNPP, es apelable la resolución del juez de control que niegue el anticipo de prueba.

La admisión o el desahogo de la prueba anticipada no admite recurso o medio de impugnación ordinario alguno; sin embargo, en la etapa intermedia, la prueba anticipada podrá ser materia de debate y, en su caso, señalarse en el auto de apertura de juicio oral, ello en términos del artículo 347 fracción V del CNPP.

4.4. PERITAJE IRREPRODUCIBLE

María del Carmen Patricia Mora Brito
Sandra Karimi Chanán Velarde

4.4.1. Concepto

La obtención de un criterio experto o pericial inicia, evidentemente, como un acto de investigación en virtud de la indagación de un hecho que revista las características de un delito. Para dar una definición apegada a lo que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) como peritaje irreproducible, es necesario considerar el contenido de su artículo 274, de acuerdo con el cual podríamos afirmar que el peritaje irreproducible es un juicio experto de una materia determinada que no se puede repetir; esto debido a la naturaleza del objeto de la peritación.

4.4.2. Naturaleza jurídica

Para establecer su naturaleza jurídica, es imprescindible remitirnos a lo que la doctrina tradicional ha señalado, en cuanto a que su función es ilustrar aspectos técnicos o científicos sobre ciertas circunstancias del hecho investigado que requieren de un conocimiento especializado. No se omite mencionar que el CNPP lo considera como un acto de investigación al contenerlo dentro del título V que regula precisamente a los actos de investigación; sin embargo, también lo reconoce como una prueba al regularlo en su artículo 368, en el cual se indica

que la prueba pericial podrá ofrecerse cuando para el examen de personas, hechos, objetos o circunstancias relevantes para el proceso fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio. Entonces, puede válidamente afirmarse que, cuando se está en la etapa de investigación, tendrá el carácter de acto de investigación, mientras que en la audiencia de juicio adquirirá el carácter de prueba.

No podemos soslayar que en el paradigma acusatorio, “los peritos son concebidos como peritos de confianza de las partes, y no como auxiliares del Tribunal. Esto quiere decir que son las partes las que deciden si quieren llevar o no a un perito a juicio y a qué perito en concreto. Por así decirlo, los peritos dejan de estar al servicio del Juez y pasan al servicio de las teorías del caso o versiones de quienes los presentan”.²⁶

4.4.3. Requisitos

El peritaje irreproducible presenta los siguientes requisitos:

- Existencia de una investigación, es decir, que exista la indagación de un hecho que revista las características de un delito.
- Necesidad de contar con un conocimiento experto para poder resolver el hecho investigado, o bien, el asunto sometido a debate en la audiencia de juicio. Con base en lo anterior, se presentará ante el juez de control como dato de prueba, si es en la audiencia inicial, y como prueba en la audiencia de juicio, la experticial.
- Que los objetos que vayan a ser sometidos a peritación se consuman al momento de ser analizados; precisamente esta característica es lo que da el nombre de irreproducible a esta pericial, ya que es requisito indispensable que sea tan escasa la cantidad del objeto a examinar, que los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirlo por completo.

²⁶ Duce J., Mauricio, *La prueba pericial*, 2ª ed., Buenos Aires, Didot, 2013, p. 39.

4.4.4. Oportunidad

Si entendemos la oportunidad como el momento procesal en que procede este peritaje irreproducible, debemos atender, para ajustarnos al modelo acusatorio que regula nuestro CNPP, al contenido del artículo 211 que destaca las etapas de procedimiento acusatorio. Analicemos. Si se trata de la investigación inicial, la opinión técnica del perito se obtendrá durante esta y a la postre servirá para apuntalar la solicitud de un auto de vinculación a proceso, una orden de aprehensión o algún otro acto procesal.

Dictada la vinculación a proceso, será durante la investigación complementaria cuando también se podrá obtener este medio de prueba; una vez realizado el descubrimiento probatorio a que se refiere el artículo 337 de la codificación procesal mencionada, este medio de prueba será materia de debate exclusivamente en la audiencia intermedia, en términos del artículo 346; y una vez admitido, en la audiencia de juicio se llevará a cabo su desahogo.

4.4.5. Autoridad que resuelve

En este rubro tenemos que hacer algunas acotaciones. Por ejemplo, es un hecho cierto que si se está en la etapa indagatoria, el ministerio público puede ordenar su práctica como acto de investigación. El imputado y su defensa, así como la víctima u ofendido, también pueden solicitarla al ministerio público de conformidad con las facultades que les otorga el artículo 216 del Código Nacional Procesal, si lo consideran pertinente y útil, empero, en este último caso, el ministerio público será quien resuelva dicha petición de considerar conducente la práctica de este peritaje irreproducible.

En la audiencia intermedia, el debate sobre la admisión o exclusión probatoria de esta experticia será resuelto únicamente por el juez de control, en términos del artículo 346. Es importante aclarar que este debate es exclusivamente sobre pertinencia, ya que se trata de una audiencia de preparación del juicio, es decir, que haya relación entre el medio de prueba ofertado, con el hecho que se pretende probar.

4.4.6. Trámite

El artículo 274 del CNPP establece una acotación importante para el peritaje irreproducible que está íntimamente relacionado con el derecho de defensa.

La redacción del citado numeral señala que cuando los peritos no puedan emitir su opinión sin consumir el objeto de análisis por completo, o en cualquier otro caso semejante, que impida que con posterioridad se practique un peritaje independiente, el ministerio público deberá notificar al defensor del imputado, si este ya se hubiere designado o, en caso contrario, al defensor público para que si lo estima necesario los peritos de ambas partes, y de manera conjunta, practiquen el examen, o bien para que el perito de la defensa acuda a presenciar la realización del peritaje.

Lo anterior implica claramente que cuando sea un acto de investigación, a efecto de no vulnerar el derecho de defensa, se debe notificar a esta la práctica de un peritaje con estas características; de esta forma, el experto de la defensa puede participar con el de la fiscalía para llevar a cabo la experticial, o bien, puede solo acudir a presenciar su desarrollo, ya que es claro que después no podrá llevar a cabo un peritaje de manera independiente, pues el objeto materia del experimento por su escases se agotó, o bien, se alteró de tal manera el objeto al someterlo el perito de la fiscalía a su intervención, que hace imposible un nuevo estudio pericial, sin que varíen las condiciones del objeto.

4.4.7. Control

Pero, ¿qué ocurre si no se observan estos lineamientos? Consideramos que se puede solicitar la nulidad del acto procedimental y, como consecuencia de ello, la nulidad y exclusión probatoria de la pericial. En efecto, en nuestra opinión ante cualquier violación al contenido del artículo 274 del CNPP, puede hacerse valer ante el juez de control en la audiencia inicial, a través de la nulidad de actos procedimentales regulada en el artículo 97 y subsiguientes del mismo ordenamiento.

La lectura de este instituto jurídico nos lleva a distinguir entre violaciones a derechos humanos y violaciones a las formalidades previstas en el Código Nacional Procesal en cualquier acto realizado en un procedimiento penal o en la audiencia de juicio.

De conformidad con la regulación de la nulidad de actos procedimentales, si la violación es en relación con derechos fundamentales, el acto realizado se declarará nulo y no podrá ser saneado ni convalidado y su nulidad deberá ser declarada de oficio por el juez al momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento.

Si se trata de actos ejecutados en contravención de las formalidades del procedimiento, podrán ser declarados nulos salvo que el defecto haya sido saneado o convalidado.

El saneamiento se realiza reponiendo el acto, rectificando el error o realizando el acto omitido. Mientras que la convalidación se materializa cuando las partes hayan aceptado los efectos del acto irregular, o bien, cuando ninguna de ellas haya solicitado su saneamiento dentro del término de ley; es decir, por consentimiento de las partes procesales, ya sea tácito o expreso.

Ahora bien, en el caso de un peritaje irreproducible cuya práctica por parte del ministerio público no se notificó a la defensa, la violación al derecho de defensa del imputado se puede hacer valer a través de la solicitud de nulidad del acto procedimental, así como del propio peritaje, al juez de control.

Verificada por el órgano jurisdiccional esta violación al derecho fundamental de defensa, consideramos que es procedente declarar la nulidad del peritaje y su exclusión probatoria. Esta nulidad podrá promoverse ante el juez de control en audiencia: si es en la etapa intermedia, haciendo valer la actualización de la fracción II de artículo 346, para la exclusión del medio de prueba, esto es, por haberse obtenido el peritaje con violación de derechos fundamentales; o incluso, en la propia audiencia de juicio, en términos del artículo 392, pues recordemos que estas nulidades se pueden hacer valer en cualquier momento, de acuerdo con el contenido del artículo 97 del CNPP.

Finalmente, si no se prueba esta falta de notificación a la defensa, previo a la práctica del peritaje irreproducible, o si notificada dicha parte procesal, no compareciere a la realización del peritaje u omite designar un experto para tal efecto, resultará improcedente pretender la nulidad y exclusión de la experticia.

4.5. PERITAJE INTERDISCIPLINARIO

María del Carmen Patricia Mora Brito
Sandra Karimi Chanán Velarde

4.5.1. Concepto

Para dar un concepto de peritaje interdisciplinario, debemos tomar en cuenta en un primer término que se trata de una opinión o juicio que emite un experto sobre el tema que se somete a su análisis. Sin embargo, tomando en cuenta el contenido del artículo 275 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), podemos afirmar que peritaje interdisciplinario es el conjunto de diferentes experticias que se practican a personas que fueron víctimas de una agresión sexual o cuando lo amerite el hecho, para evitar su revictimización.

4.5.2. Naturaleza jurídica

Al igual que en el peritaje irreproducible, el interdisciplinario tiene el mismo tratamiento en el CNPP, es decir, como acto de investigación que lleva a cabo el ministerio público que genera un dato de prueba y a la postre será considerado como medio de prueba en el debate sobre pertinencia en la etapa intermedia y como prueba en la audiencia de juicio al desahogarse esta, de acuerdo con lo contenido en el artículo 261 de tal codificación procesal.

4.5.3. Requisitos

Para la práctica del peritaje interdisciplinario se requiere que exista una investigación en curso sobre un hecho que tenga al menos apariencia de delito.

Otro requisito es que el hecho investigado esté relacionado con agresiones de carácter sexual, lo cual resulta suficientemente claro, empero, agrega el legislador en el artículo 275 del mencionado código procesal: “cuando la naturaleza del hecho delictivo lo amerite”, refiriéndose —en opinión de las suscritas— a todos aquellos supuestos que justifiquen la necesidad de que la víctima tenga que ser sometida a diversas revisiones por expertos, en la investigación del hecho sufrido, y que en aras de disminuir la revictimización que supone su exposición a estas, se hagan en una sola sesión.

No se soslaya la vinculación que hay entre este peritaje y los diversos derechos consignados en los tratados internacionales signados por el gobierno mexicano en materia de protección a las víctimas, para establecer un marco de referencia de esta experticia al hablar de su aplicación “cuando la naturaleza del hecho lo amerite”, que busca ampliar el espectro protector a estas cuando intervienen en la investigación de un delito; principios como el interés superior de la víctima, el interés superior de la infancia, el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y todos aquellos que tienen como objetivo la defensa de grupos vulnerables consignados en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son elementos a considerar al momento de ordenar la práctica de un peritaje interdisciplinario, ya que al llevarlo a cabo, a través de la conformación de un grupo interdisciplinario de expertos cuya intervención se hace necesaria en la investigación de un hecho, a efecto de que en una sola sesión realicen las entrevistas para elaborar sus respectivos dictámenes, se amplía el marco de protección de estas víctimas y no solo las que hayan sufrido agresiones sexuales, para tratar de disminuir en la medida de lo posible su revictimización.

En función de los requisitos mencionados en párrafos previos, se incluiría como requisito la necesidad de esta pericial.

4.5.4. Oportunidad

El momento procesal en que se debe practicar este peritaje es durante la fase indagatoria, ya que es cuando se llevan a cabo los actos de investigación necesarios que le permiten al ministerio público estar en aptitud de ejercer, en su caso, la acción penal.

4.5.5. Autoridad que resuelve el trámite

Al estar en etapa indagatoria y al ser un acto de investigación de un hecho que reviste las características de un delito, es el ministerio público quien resuelve ordenar la práctica de un peritaje interdisciplinario, y quien deberá ordenar la integración del grupo interdisciplinario de expertos, dependiendo del rumbo que tome la investigación, esto es, que lo dirija a establecer que hubo agresiones sexuales en contra de las víctimas o bien, cuando considere que la naturaleza del hecho lo amerite.

4.5.6. Control

De acuerdo con la ley procesal aplicable, el peritaje interdisciplinario no es un acto que requiera la autorización del juez de control, atendiendo al contenido del artículo 251 del CNPP, por tanto, es decisión del ministerio público ordenar su práctica en los términos referidos por el numeral 275.

No obstante lo anterior, apreciamos que ante una negativa del ministerio público a ordenar dicho acto de investigación por considerar que no hay necesidad del mismo, ya sea porque se abstiene de investigar o porque no se encuentren antecedentes, datos suficientes o elementos de los que se puedan establecer líneas de investigación tendentes a esclarecer los hechos, o porque concluya su investigación por considerar que se actualiza alguna de las causales de sobreseimiento previstas en el artículo 327 del CNPP; es posible impugnar

cualquiera de estas determinaciones a través del recurso innominado previsto en el artículo 258 de la ley procesal nacional.

Sin embargo, debemos aclarar que no hay recurso alguno para combatir exclusivamente la negativa ministerial a practicar este peritaje, por ende, la interposición del recurso deberá atender a las causales de procedencia que marca el código procesal e integrarse como parte de los argumentos en los que se basa la inconformidad, la omisión de practicarlo y otros actos de investigación que vulneran el derecho de la parte afectada a tener acceso a la justicia.

Por último, solo deseamos agregar que, en caso de no llevarse a cabo este peritaje en los términos previstos por el artículo 275 del CNPP, consideramos que es materia de valoración del juez de control o bien del tribunal de enjuiciamiento, dependiendo de los argumentos hechos valer en el debate por los sujetos procesales.

4.6. CATEO

María Cristina Torres Sánchez

4.6.1. Concepto

La orden de cateo es una técnica especial de investigación, ordenada por una autoridad judicial y solicitada por el fiscal, derivada del plan de investigación, por medio de la cual el juez autoriza a los servidores públicos precisados en la solicitud, el ingreso a un domicilio o propiedad privada nacional o extranjera en territorio mexicano, con el propósito de inspeccionar el lugar o asegurar objetos y personas relacionados con el hecho investigado.

4.6.2. Naturaleza jurídica

Es un acto de investigación que requiere control judicial bajo una técnica especial, que tiene como fin preservar objetos o aprehender personas relacionadas con el hecho investigado, y puede tener injerencia en el proceso.

4.6.3. Requisitos

- La existencia de una investigación ministerial.
- Petición por parte del ministerio público ante el juez de control.

- La solicitud o petición se puede hacer por cualquier medio que garantice su autenticidad, es decir, por medio telefónico, vía internet, telégrafo, correo, por escrito o en audiencia privada de manera oral.²⁷ Dicha solicitud debe contener:
 - a) El lugar a inspeccionarse.
 - b) El nombre de la persona o personas que han de aprehenderse.
 - c) Los objetos que se buscan.
 - d) Justificación de la medida.
 - e) El nombre de los servidores públicos que intervendrán en dicho acto de investigación.
 - f) Si para la práctica del cateo es necesaria la presencia de alguna persona diferente a los servidores públicos propuestos para ello, la fiscalía deberá incluir los datos de aquella o aquellas personas, así como la motivación correspondiente en la solicitud del acto de investigación. En caso de ser procedente la autorización referida, los particulares deberán, durante la diligencia, omitir cualquier intervención material en la misma y solo podrán tener comunicación con el servidor público que dirija la práctica del cateo.
 - g) La firma autógrafa o en su caso la firma electrónica.

Cada una de las solicitudes de cateo presentadas deberá contar con un registro individualizado.

4.6.4. Oportunidad

Durante la etapa de investigación inicial y complementaria.

²⁷ En caso de que se presente por correo electrónico o cualquier otro medio electrónico, deberá contarse con una firma electrónica previamente autorizada; en todos los casos que se utilicen medios diversos al escrito presentado en la Oficialía de Partes, se requiere que se garantice la autenticidad del emisor.

4.6.5. Autoridad para resolver

El juez de control, de conformidad con los artículos 16, párrafos primero, undécimo y décimo cuarto de la Constitución Política y 282 del CNPP del contenido literal; en forma de reproducción: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. “En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público [...]”. “Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos”.

Asimismo, respecto del ordenamiento referido en segundo término, se establece que:

Quando en la investigación el Ministerio Público estime necesaria la práctica de un cateo, en razón de que el lugar a inspeccionar es un domicilio o una propiedad privada, solicitará por cualquier medio la autorización judicial para practicar el acto de investigación correspondiente. En la solicitud, que contará con un registro, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que han de aprehenderse y los objetos que se buscan, señalando los motivos e indicios que sustentan la necesidad de la orden, así como los servidores públicos que podrán practicar o intervenir en dicho acto de investigación. Si el lugar a inspeccionar es de acceso público y forma parte del domicilio particular, este último no será sujeto de cateo, a menos que así se haya ordenado.

Debe precisarse que en fecha 15 de mayo de 2017 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Acuerdo General 3/2017 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se crea el Centro Nacional de Justicia Especializado en Control de Técnicas de Investigación, Arraigo e Intervención de Comunicaciones y sus posteriores reformas, que establece

la existencia de jueces de control especializados para conocer específicamente de dicha técnica de investigación.

No obstante, de acuerdo con las reglas establecidas por el propio Consejo de la Judicatura Federal, en caso de que se requiera del empleo de esta técnica de investigación por parte de la fiscalía y la investigación ya haya sido judicializada, será el juez de control ante el que se judicializó la misma, quien deberá conocer de la solicitud y resolución de la intervención de comunicaciones.

4.6.6. Trámite²⁸

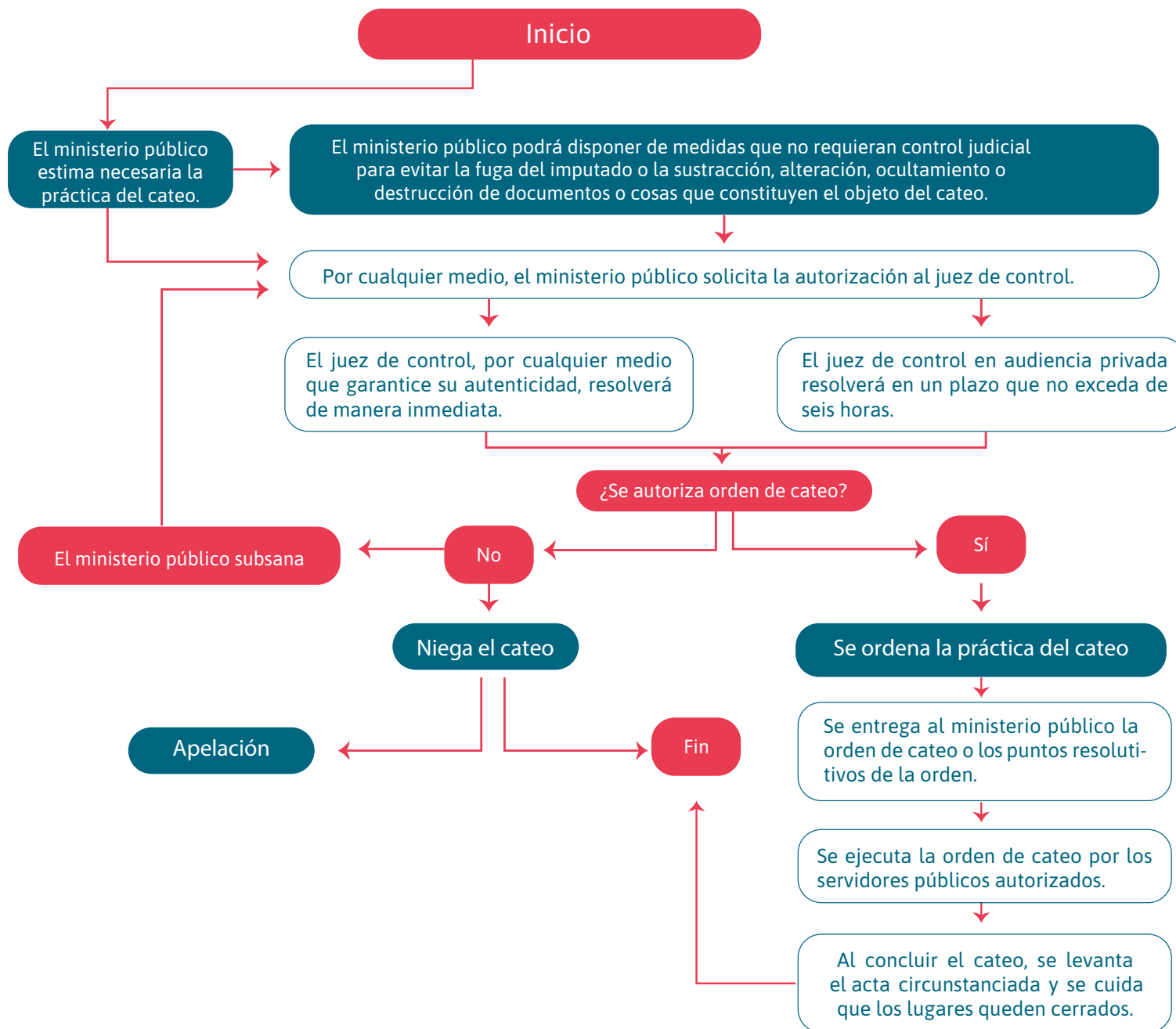
Existen dos opciones respecto de la solicitud y consecuentemente dos vías respecto del trámite de cada una de ellas, a saber:

- 1) Por cualquier medio (teléfono, fax, correo electrónico, videoconferencia, etcétera, siempre y cuando se garantice su autenticidad).
 - a) Solicitud realizada al juez de control.²⁹
 - b) Realizar el registro individualizado de la comunicación.
 - c) Análisis de la petición por parte del juez de control.
 - d) Existencia de la investigación y, dentro de esta, la denuncia, querella o el acto equivalente.
 - e) Revisar el objeto del cateo; inspección de lugar, aprehender personas, buscar o localizar objetos.
 - f) Precisar el lugar a inspeccionar, así como los objetos y personas a localizar.
 - g) Indicar y autorizar la intervención tanto de los servidores públicos como de los particulares que, en su caso, intervendrán en la diligencia.

²⁸ Véase diagrama 7.

²⁹ Cfr. *Supra*. Tercer punto del apartado 4.6.3.

DIAGRAMA 7
Cateo



- h) Expresar los motivos o indicios que justifiquen la intromisión de la autoridad en el lugar señalado en la solicitud para:
- La ejecución de una orden de aprehensión, en virtud de que existe información de que el requerido se encuentra en el lugar, con el propósito de conducir al imputado al proceso.
 - Búsqueda de objetos, con el propósito de asegurarlos e incorporarlos al proceso.
- 2) En audiencia. Se presenta la solicitud de audiencia privada a la cual solo asistirá el fiscal, se producirá el correspondiente registro individualizado de la petición, que deberá contener lo precisado en el inciso 1 anterior. Sin embargo, respecto de la resolución y notificación de la misma, esta se hará en la propia audiencia, por lo que en el caso de que el juez de control haya autorizado el cateo, ordenará se transcriban los resolutivos que entregará al fiscal solicitante para su ejecución.
- 3) Resolución que ordena el cateo. Los requisitos que debe contener la resolución que ordena el cateo son:
- a) Fecha, hora y lugar.
 - b) Precisión del lugar o lugares donde se practicará la diligencia; el nombre de la o las personas que han de aprehenderse o, en su caso, los objetos que habrán de buscarse, así como la solicitud expresa de ruptura de cerraduras en caso de encontrarse vacío el lugar o ante la negativa de los ocupantes. Tratándose de una asistencia jurídica internacional consistente en un cateo, de igual forma deberá señalarse el o los lugares que se encuentran en territorio extranjero; así mismo, se deberá acompañar la documentación relacionada a la orden dictada en términos del numeral 449 del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP), documentos digitalizados, fotografías, videos u otros análogos.

- c) Razones que justifiquen el cateo. Deberá realizarse bajo los principios de proporcionalidad, necesidad, idoneidad y razonabilidad, sustentado en datos de prueba (indicios, evidencia material y elementos de convicción).
 - d) Cuando la fiscalía lo solicite, día y hora. El juez de control señalará el día y la hora en que deberá ejecutarse la diligencia, siendo esta congruente y coherente con la petición.
 - e) Cuando la fiscalía no precise una fecha específica, el juez de control, al autorizarlo, determinará que de no ejecutarse dentro de los tres días siguientes a su autorización, quedará sin efectos.
 - f) La precisión de los servidores públicos que practicarán el cateo y en su caso los particulares que intervendrán.
 - g) La prevención de que, en caso de que al momento de ejecutar la orden de cateo se encuentren menores de edad, así como personas pertenecientes a grupos vulnerables, se garantice su estabilidad emocional y sean separados del lugar de manera inmediata.
 - h) La transcripción de los puntos resolutivos de la resolución, siempre y cuando la resolución se emita o registre por medios diversos al escrito.
 - i) El nombre del juez de control que lo autoriza y el número del proceso en el que se resuelve.
- 4) Resolución que niega la orden de cateo. Procede su negativa cuando no se reúnen aquellos requisitos constitucionales y legales establecidos para su procedencia, en cuyo caso, el fiscal podrá optar por alguna de las siguientes vías:
- a) Subsanan las deficiencias apreciadas y solicitar nuevamente la orden de cateo, para lo cual la legislación no prevé plazo específico.³⁰
 - b) Interponer el recurso de apelación, a partir de que surta efectos la notificación.

30 Cfr. 4.6.3.

4.6.7. Temporalidad

El cateo deberá practicarse el día y la hora establecidos en la resolución que la ordena, siempre y cuando así haya sido solicitado por la representación social; cuando no haya sido precisada o señalada fecha y hora específica para su realización, el cateo deberá ejecutarse dentro de los tres días siguientes a su autorización, de no ser así la orden quedará sin efectos.

4.6.8. Accesoriedad

Al ser una técnica especial de investigación y dada la urgencia de su realización por peligrar la prueba, o en su caso por existir peligro de evasión, pertenece a los procedimientos de investigación y de cautela; sin embargo, sirve al procedimiento declarativo, por lo que es accesorio a este.

4.6.9. Lineamientos para su ejecución

Será entregada una copia de los puntos resolutivos de la orden de cateo a quien habite o esté en posesión del lugar donde se efectúe, o cuando esté ausente, a su encargado y, a falta de este, a cualquier persona mayor de edad que se halle en el lugar.

Cuando no se encuentre persona alguna, se fijará la copia de los puntos resolutivos que autorizan el cateo a la entrada del inmueble, debiendo hacerse constar en el acta, y se hará uso de la fuerza pública para ingresar.

Al concluir el cateo se levantará un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique el cateo, pero la designación no podrá recaer sobre los elementos que pertenezcan a la autoridad que lo practicó, salvo que no hayan participado en el mismo. Cuando no se cumplan estos requisitos, los elementos encontrados en el cateo carecerán de todo valor probatorio, sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar.

Al terminar el cateo se cuidará que los lugares queden cerrados y, de no ser posible inmediatamente, se asegurará que otras personas no ingresen en el lugar hasta lograr el cierre.

Si para la práctica del cateo es necesaria la presencia de alguna persona diferente a los servidores públicos propuestos para ello, la fiscalía deberá incluir los datos de aquella, así como la motivación correspondiente en la solicitud del acto de investigación.

En caso de autorizarse la presencia de particulares en el cateo, estos deberán omitir cualquier intervención material en la misma y solo podrán tener comunicación con el servidor público que dirija la práctica del cateo.

Aun antes de que el juez de control competente dicte la orden de cateo, la fiscalía podrá disponer las medidas de vigilancia o cualquiera otra que no requiera control judicial, que estime conveniente para evitar la fuga del imputado o la sustracción, alteración, ocultamiento o destrucción de documentos o cosas que constituyen el objeto del cateo.

4.6.10. Autoridades encargadas de su ejecución

Una vez que le fueron notificados los puntos resolutivos a la fiscalía, instruirá conforme al artículo 131, fracciones III, XV y XXIV del CNPP, a la Policía de Investigación, al igual que a la Policía de Seguridad Pública, estatal o federal, según sea el caso; de igual forma, respecto de la intervención de los peritos.

Para la práctica de un cateo en la residencia u oficina de cualquiera de los poderes (ejecutivo, legislativo o judicial) de los tres órdenes de gobierno o, en su caso, organismos constitucionales autónomos, la Policía o la Fiscalía recabarán la autorización correspondiente en los términos previstos en el CNPP.

Para realizar el cateo en el domicilio oficial de un agente diplomático es preciso recibir instrucciones de la Secretaría de Relaciones Exteriores, sin perjuicio de adoptar en el exterior del inmueble las providencias pertinentes.

Para practicarlo en buques mercantes extranjeros debe actuarse de acuerdo con las leyes y reglamentos marítimos.

4.6.11. Control previo, posterior o ambos

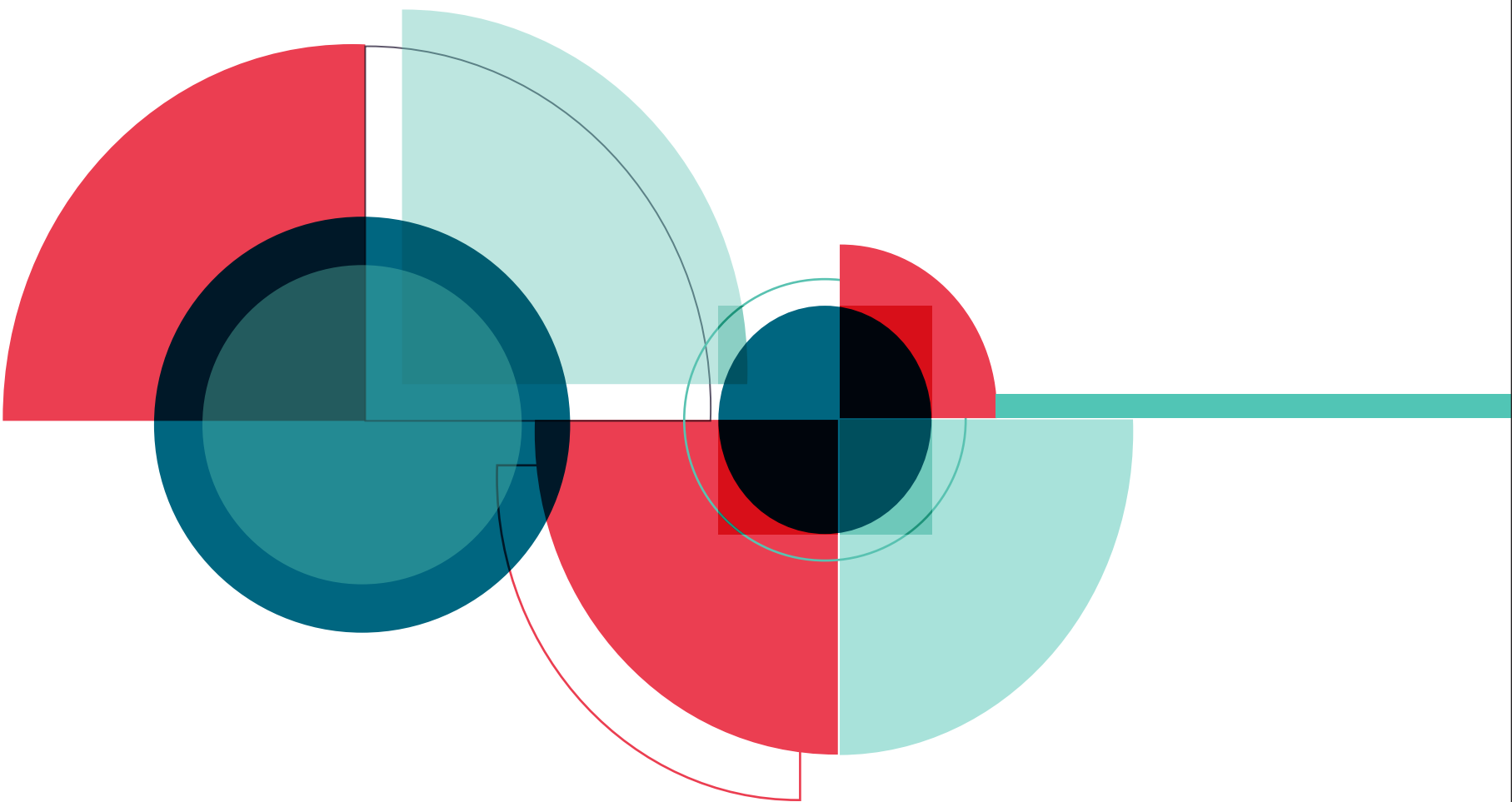
- Previo. Respecto de la necesidad de reunir todos y cada uno de los requisitos señalados en el artículo 16, párrafos segundo y décimo cuarto de la Constitución y 282 del CNPP.
- Posterior. Únicamente respecto de su ejecución, pues se requiere conocer que se haya realizado en el término y bajo las prevenciones autorizadas para ello.

4.6.12. Medios de impugnación

En caso de negativa, procede el recurso de apelación; generalmente el plazo es de tres días para la presentación del recurso, sin embargo, dada la naturaleza y fin, se espera que la fiscalía lo interponga a la brevedad. Por otra parte, su resolución deberá dictarse por parte del Tribunal de Alzada dentro de doce horas contadas a partir de la notificación.

4.6.13. Excepción a la orden de cateo

La permisión para que, en caso de delito flagrante, la policía pueda ingresar al domicilio de alguna persona con fines de auxilio o de detención del participante. Toda vez que esta no fue incluida en el párrafo décimo segundo del artículo 16 de la Norma suprema y el artículo 290 del CNPP.





MEDIDAS

5.1. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

María Cristina Torres Sánchez

En el presente estudio se analizará lo relativo a las fracciones I, II y III del artículo 137 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), que son las únicas que requieren control judicial; numeral que, además, en su parte final remite a la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. No obstante, debe tenerse en consideración que, al corresponder a derechos humanos de tutela hacia la víctima, concretamente, en diversos ordenamientos jurídicos, en tal caso no necesariamente debe atenderse a la supletoriedad indicada, ya que al respecto resulta necesario aplicar el criterio hermenéutico recogido en el principio pro persona dentro del control de convencionalidad inmerso en el artículo primero, párrafo tercero de la Constitución política mexicana.

5.1.1. Concepto

Atento a lo anterior, son aquellas medidas ordenadas por el fiscal, tendentes a proteger, prevenir, interrumpir o impedir la consumación o la prolongación de actos que atenten, pongan en peligro o en riesgo, la integridad física y psíquica, libertad o seguridad de las víctimas de un delito.

Las medidas de protección establecidas en las fracciones I, II y III del artículo 137 del CNPP se imponen mediante una resolución de la autoridad competente que en su primera fase es ministerial, requieren de control judicial en los casos en que existan indicios fundados de la

comisión de delitos de violencia doméstica y exista una situación objetiva de riesgo para la víctima, pues se ordena su protección mediante la adopción de medidas encaminadas a la salvaguarda de la vida, la integridad física, psíquica, moral y emocional de las víctimas u ofendidos, además de activar las medidas de asistencia y protección social necesarias.¹

5.1.2. Naturaleza jurídica

Es un acto procedimental de cautela realizado por la fiscalía durante la investigación inicial; en los supuestos referidos requiere control posterior y su objeto es el mencionado en líneas anteriores.

5.1.3. Requisitos para su imposición

- Inicio de investigación ministerial, por denuncia o querrella.
- La justificación de la medida, por presentarse algún riesgo inminente en contra de la seguridad de la víctima u ofendido.
- Requisitos para su ratificación ante el juez de control.
- Que la fiscalía la solicite al juez de control dentro de los cinco días siguientes a la imposición de la medida.
- Que peligre la vida o exista riesgo inminente de la integridad física y psíquica, libertad o la seguridad de las víctimas de violencia familiar.

1 En el ámbito internacional, bajo el esquema de los sistemas Universal e Interamericano de Protección de Derechos Humanos, se han adoptado diversos preceptos para la protección de la mujer, tal como lo precisa el artículo 1° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) al definir la violencia contra las mujeres como: “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido en la sentencia del 16 de noviembre de 2009, conocida como Campo Algodonero, que es obligación del Estado mexicano actuar con la debida diligencia para combatir y erradicar todos los actos constitutivos de violencia contra las mujeres. La Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) consagra el principio de igualdad del hombre y la mujer.

5.1.4. Autoridad que resuelve

- a) En un primer momento, el ministerio público, bajo su más estricta responsabilidad, impone la medida de protección.
- b) En un segundo momento, el juez de control podrá cancelarla, modificarla o ratificarla.

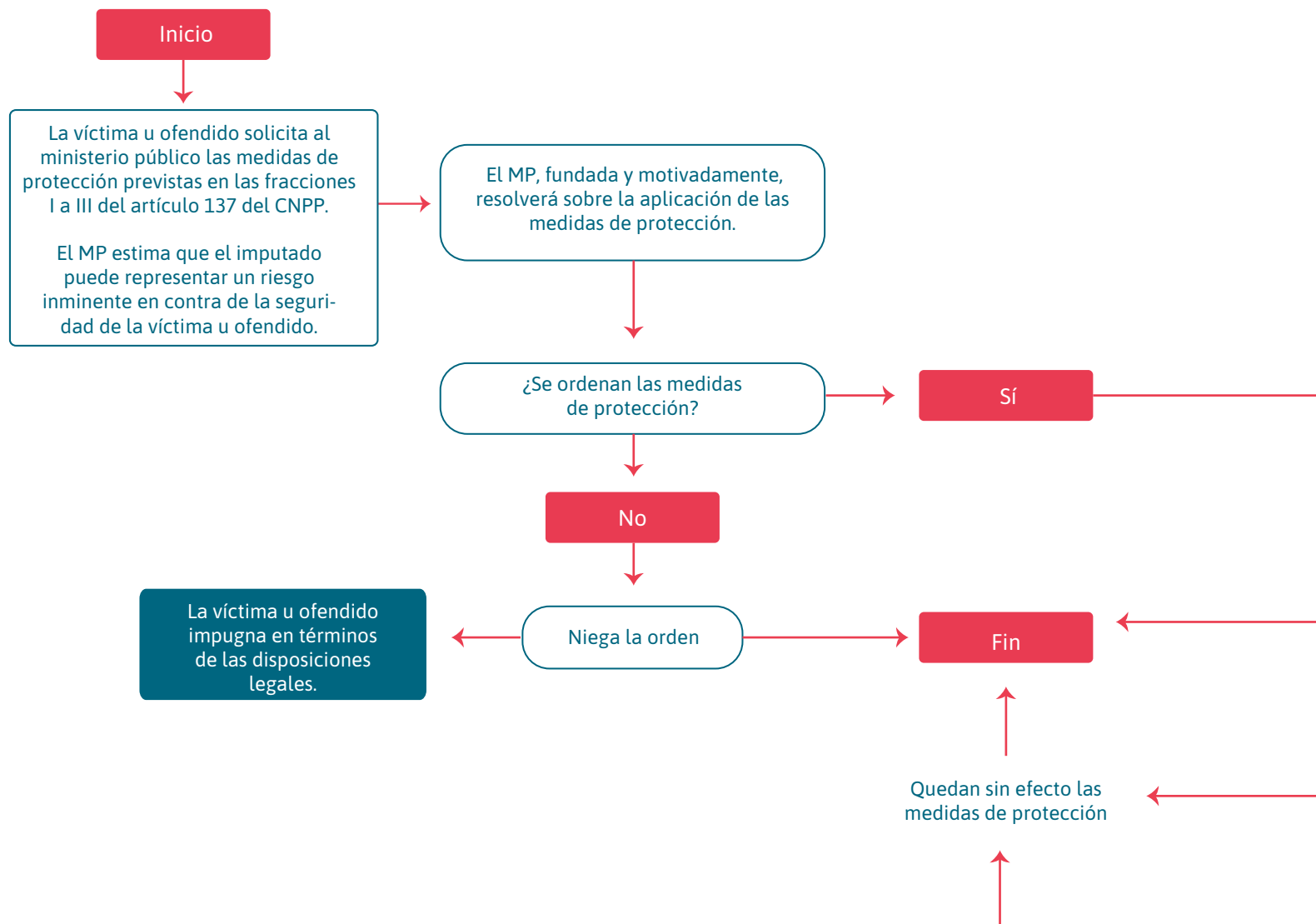
5.1.5. Trámite²

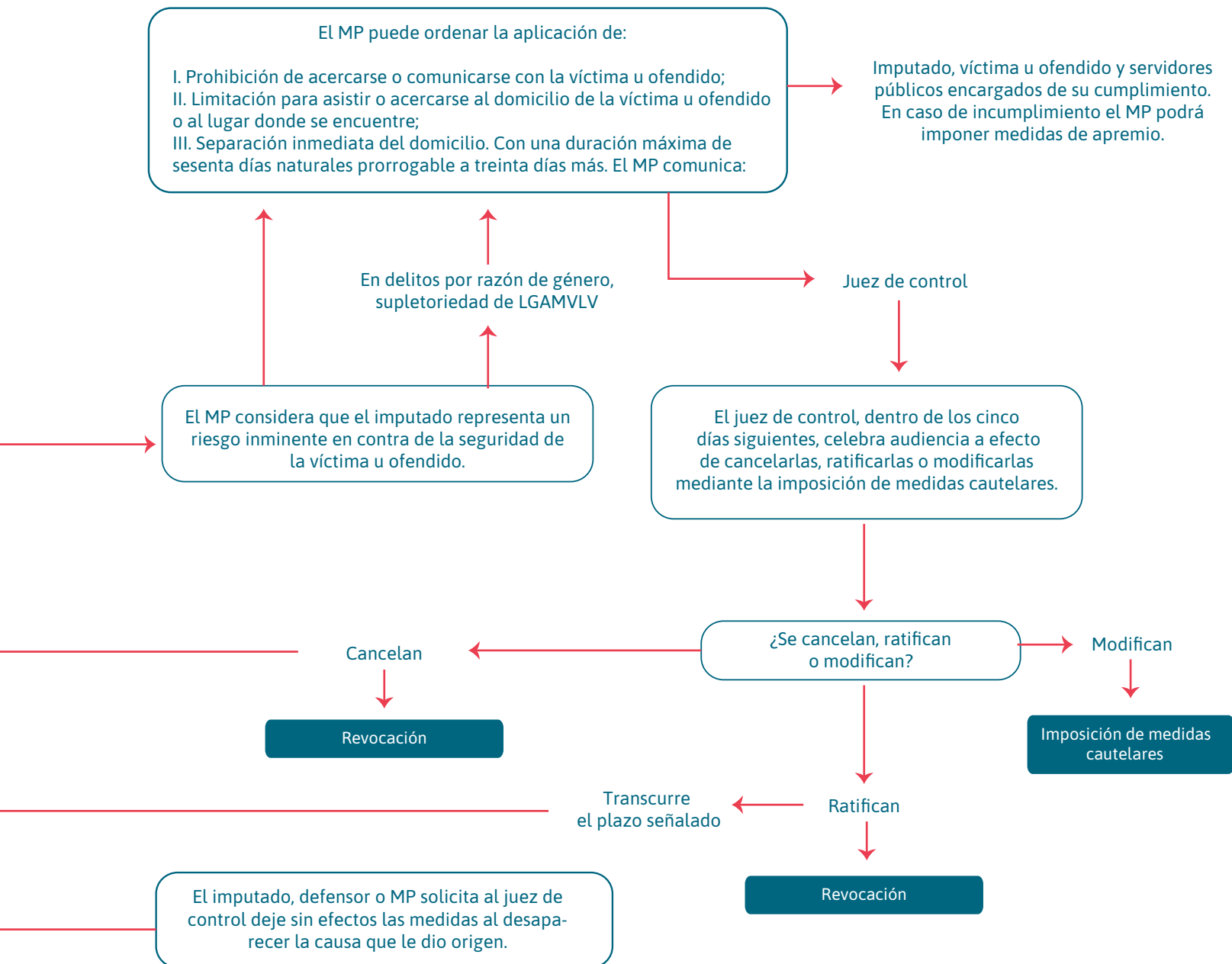
- Ante el fiscal, una vez presentada la denuncia o querrela por parte de la víctima u ofendido, aquel al apreciar las circunstancias del caso y advertir su necesidad, por cualquier medio (oral, escrito, electrónico) resuelve de forma inmediata. En cuanto a su ejecución, con el auxilio de la policía de investigación o, en su caso, de los elementos de la Secretaría de Seguridad Ciudadana para su cumplimiento.
- Ante el juez de control, una vez que fue ordenada por la fiscalía y a petición de esta se convocará dentro de los siguientes cinco días a su imposición a una audiencia para el control de la medida de protección.
- Se convoca a las partes procesales, es decir, al fiscal, al asesor jurídico, a la víctima, al defensor y al imputado quienes pueden o no asistir, pues su presencia no es requisito formal para la celebración de la audiencia.
- El juez de control analiza la petición de la fiscalía.
- Se identifica el tema: género, violencia familiar, otro delito.
- Si se trata de violencia de género (artículo 109 *in fine* del CNPP), conforme a la presentación de los hechos realizada por la fiscalía, el juez dicta ajustes razonables en caso de ser necesario, conforme a la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y demás disposiciones aplicables.

2 Véase diagrama 8: Medidas de Protección, artículo 137 del CNPP.

DIAGRAMA 8

Medidas de protección, artículo 137 del CNPP





5.1.6. Resolución

La resolución que dicte el juez de control deberá contener:

- Fecha, hora y lugar.
- Razones que justifiquen la medida. Deberá analizarse bajo los principios de proporcionalidad, necesidad, confidencialidad, oportunidad y eficacia, sustentados en datos de prueba idóneos, útiles y pertinentes (certificados médicos, físicos, psicológicos, entrevistas, inspecciones, entre otros registros).
- Deberán ser acordes con el peligro, riesgo o amenaza.
- Tomará en cuenta la opinión de la víctima, el tipo de conflicto y la gravedad del mismo.
- El juez podrá cancelar, ratificar o modificar la medida.
- Notifica a los intervinientes en la misma audiencia, artículo 63 del CNPP; en su caso, instruir al órgano de gestión en términos del artículo 82 del mismo ordenamiento, ante la incomparecencia del agresor para efectos de notificación de la determinación judicial.
- Se elabora un oficio para el apoyo de la fuerza pública en caso de continuar con la medida para que se encuentre enterado el agresor de tal determinación.
- Luego de dictarse en audiencia la resolución, deberá transcribirse por escrito en forma inmediata (primer párrafo del artículo 16 constitucional).
- Firma del juez de control.

5.1.7. Temporalidad

De acuerdo con el numeral 139 del CNPP, la duración de la medida de protección será hasta de sesenta días naturales, prorrogables por otros treinta días más.

Si la causa que dio origen a la medida de protección hubiese desaparecido, el imputado, su defensor o el ministerio público podrán solicitar al juez de control que se deje sin efectos la medida previamente autorizada.

5.1.8 Accesoriedad

Además de ser accesorias al peligro, riesgo o amenaza de la víctima u ofendido, son sumarias.

Se busca asegurar y garantizar la protección de la integridad física y psíquica de la víctima, de forma temporal.

5.1.9. Lineamientos para su ejecución

En caso de su ratificación, en audiencia o por escrito, se le notifica al imputado la medida de protección, el tipo y su duración, y se ordena su cumplimiento con el apercibimiento de desacato, pudiendo solicitar el fiscal la imposición de medidas cautelares y el apoyo de la fuerza pública, y en este último caso se elabora un oficio solicitando el apoyo e intervención de la fuerza pública.

Tratándose de modificación de la medida cautelar, el juez de control podrá aplicar alguna otra, o bien, una distinta a las señaladas por el artículo 137 del CNPP, mediante la imposición de medidas cautelares aplicables. No obstante el cambio de la medida de protección por medida cautelar, se considera que no es procedente el cambio de naturaleza de la institución procesal, en virtud de que no se está ante el supuesto legal de oportunidad por emisión de medidas cautelares en términos del artículo 154 del CNPP, ello además por que tales medidas de protección encuentran compatibilidad con las medidas cautelares, recogido por el artículo 155, fracciones VII, VIII y IX en cuyo caso dentro de la oportunidad establecida, y de persistir la necesidad de protección hacia la víctima, puede ser planteada.

En el caso de la cancelación, el juez de control ordenará dejar sin efectos dichas medidas.

Cuando con posterioridad a la celebración de la audiencia, hubiere desaparecido la causa que le dio origen a la medida de protección decretada al imputado, su defensor o en su caso el fiscal podrán solicitar al juez de control que la deje sin efectos.

5.1.10. Control posterior

Como se explicó, una vez que el ministerio público decretó la medida de protección a favor de la víctima u ofendido, dentro de los cinco días siguientes deberá celebrarse una audiencia para controlar dicha determinación ministerial, por lo que para subsistir deberá reunir todos y cada uno de los requisitos legales y constitucionales.

5.1.11. Medios de impugnación

En el caso concreto, en términos del artículo 467 del CNPP, no es procedente el recurso de apelación, por lo que, en todo caso, podrá interponerse el juicio de amparo indirecto en contra de la resolución del juez de control que autorice o niegue la medida de protección.

Tratándose del caso de modificación de la medida de protección, y si esta se sustituye por una medida cautelar, la fracción V del artículo antes mencionado establece que será apelable la resolución que se pronuncie sobre la imposición de la medida cautelar.

5.1.12. Jurisprudencia aplicable

De acuerdo con el inicio de la Décima Época de la jurisprudencia y con la entrada en vigor del CNPP en todo el territorio mexicano, tanto la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como los Tribunales Colegiados de Circuito, han desarrollado de manera paulatina una serie de criterios jurisprudenciales que han nutrido, explicado e interpretado

dicha figura jurídica; dentro de los más representativos se encuentran aquellos que corresponden a los números de registro del Buscador del *Semanario Judicial de la Federación* en línea: 2011439, 2011438, 2010348, 2010215, 2010217, 2010140, 2009084, 2005810, 2005799, 2005795, 2005533, 2004968, 2004956, 2003805 y 2001815.³

3 Disponibles en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/tesis.aspx>

5.2. PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

Luis Alberto Rocha Priego

En el ámbito del sistema procesal penal acusatorio, las providencias precautorias constituyen medidas de naturaleza cautelar, de configuración real o patrimonial, dirigidas al fin específico de garantizar el cumplimiento de la eventual condena a la reparación del daño devenida de la perpetración delictiva, a través del aseguramiento de los bienes, cuentas o valores inmersos en el sistema financiero, e integrantes de la esfera patrimonial del investigado o imputado.⁴

El propósito de las providencias precautorias es garantizar la sanción reparatoria que, además de ser una sanción pública de carácter pecuniario, también abarca el derecho fundamental de la titularidad de la víctima u ofendido, preconizado por la Constitución general en el artículo 20, apartados A y C, fracciones I y IV, respectivamente, y regulado hacia la plena observancia de su cumplimiento como garantía específica de la víctima u ofendido en términos del artículo 16, párrafo decimocuarto, de la propia Ley Fundamental.⁵

De acuerdo con lo establecido en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), el trámite específico para su procedencia debe ceñirse a un ajustado control que permita asegurar el cabal cumplimiento de los derechos fundamentales en juego, que atañen, por un lado, a la esfera jurídica de la víctima u ofendido y, por el otro, a la del investigado o imputado. En el primer caso, en lo referente a la víctima u ofendido, la reparación del daño se ve enmarcada como un derecho fundamental, por lo que bajo esa categoría, la garantía

4 Habida cuenta de que pueden decretarse, de manera previa a que haya sido formulada la imputación, al momento en que el investigado adquiere propiamente la condición de imputado.

5 Que constituye el fundamento de la figura jurídica del juez de control dentro del sistema procesal penal acusatorio.

real o patrimonial que pueda constituirse hacia su cumplimiento a través de las providencias precautorias alcanzará dicha condición de derecho fundamental, ello bajo el indispensable cumplimiento para su emisión —lo que justamente dará lugar a la observancia de los derechos fundamentales que, por su parte, habrán de atenderse con relación a la esfera jurídica del investigado o imputado, a través de la garantía de legalidad proclamada por el artículo 16, párrafo primero, de la Constitución federal— de requerimientos mínimos que deberán ser examinados de modo puntual e inmersos en el ineluctable juicio de proporcionalidad que lleve a atender la procedencia de la limitación en la esfera patrimonial del investigado o imputado, justamente al aplicarse en aquella tal garantía de cumplimiento, lo cual incluso puede involucrar la actuación de carácter urgente por el juez de control, dentro del contexto que prevé el invocado artículo 16 constitucional, párrafo decimocuarto, ante la posibilidad de atender la solicitud que le sea dirigida hacia ese propósito, de forma inmediata, así como por cualquier medio.

5.2.1. Concepto

Dentro del procedimiento cautelar previsto en el sistema procesal penal acusatorio, la providencia precautoria se erige como un mecanismo dirigido al aseguramiento en el cumplimiento de la obligación a cargo del investigado o imputado, referida al daño a reparar generado por una conducta delictiva atribuible a este. Dicha reparación a través de la afectación que recae en su esfera patrimonial, ceñida a bienes propios embargables, a cuentas o valores de su titularidad o de los que tenga derecho a disponer que se encuentren dentro del sistema financiero, es impuesta por un juez de control y debe atender al juicio de proporcionalidad o razonabilidad restrictiva sobre el patrimonio del investigado o imputado. Ello comprende, a su vez, una garantía individual de la titularidad de la víctima u ofendido, orientada al cumplimiento de un derecho fundamental como es, precisamente, la reparación del daño generado por una conducta delictiva.

5.2.2. Naturaleza jurídica

Sobre la base del concepto antes precisado, puede sostenerse que la providencia precautoria mantiene la naturaleza jurídica de un procedimiento cautelar, circunscrito a la afectación de la esfera patrimonial del investigado o imputado, a partir de la reunión de requisitos específicos para ello, y se aplica en aras de precaver el cumplimiento de una obligación pecuniaria de orden público, como corresponde a la reparación del daño generado por la perpetración delictiva, misma que a la vez constituye un derecho fundamental para la víctima u ofendido.

Si bien no pasa inadvertido que el mencionado procedimiento pudiera guardar, solo en apariencia, la condición de medida cautelar, pues de acuerdo con lo previsto en las fracciones III y IV del artículo 155 del CNPP se recogen como medidas cautelares el embargo de bienes y la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero, y que tales supuestos comprenden la materia patrimonial que bajo la forma de providencia precautoria puede ceñirse a la preservación del cumplimiento de la sanción reparatoria, de acuerdo con el artículo 138 de la invocada codificación, resulta importante enfatizar en ese contexto que las medidas cautelares, de acuerdo con lo previsto por el artículo 153 del mismo código adjetivo nacional, mantienen como fines legítimos⁶ el aseguramiento de la presencia del imputado dentro del curso procedimental y la garantía de seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, adicionalmente a la de la comunidad, en tratándose de la prisión preventiva; asimismo, persiguen evitar la obstaculización del procedimiento.⁷ Esto último debe atenderse imperiosamente en conjugación y contraste con la prohibición

6 Los cuales deben ser vistos a partir de una estricta apreciación, que como rigidez ineluctable se ve implicada en la imposición de las medidas cautelares, bajo el concepto de “restricción expresa”, emanado de la Contradicción de Tesis 293/2011, emitida por el Pleno del máximo órgano judicial del país, y dada la restricción que conlleva hacia el derecho fundamental de la libertad personal del imputado.

7 Lo que, por su parte, de forma coincidente establece la Ley de Amparo en el artículo 166, antepenúltimo párrafo, al referirse a la procedencia de la prisión cuando sea decretada la suspensión provisional en el incidente respectivo y el quejoso ya se encuentre materialmente detenido.

específica, expresamente establecida y dirigida al juez de control, conforme al artículo 157, último párrafo, del invocado cuerpo normativo, respecto a que en ningún caso el juez de control está autorizado a aplicar medidas cautelares sin tomar en cuenta el objeto o la finalidad de las mismas, lo que implica que las medidas cautelares no guardan como fin legítimo la sanción reparatoria.

Ello es así, pues de manera inexacta se ven contempladas dentro de las especies de medidas cautelares de acuerdo con el artículo 155 del CNPP, pese a no ligarse con la finalidad de estas como anteriormente se ha mencionado, por tanto, la eventual mutación que se produjera bajo la naturaleza de providencias precautorias y ser consideradas como medidas cautelares, al momento de debatirse sobre su procedencia, resultaría imposible su imposición por no tener como objeto la garantía de la sanción reparatoria que en su caso llegara a imponerse.

Además de lo anterior, una diferencia que reafirma la condición cautelar e instrumental de las providencias precautorias es lo relativo a su vigencia, pues una vez decretadas, se ven necesariamente sujetas al plazo máximo de duración señalado en el artículo 139 del CNPP, que establece como duración máxima la de sesenta días naturales, prorrogables hasta por treinta días, salvo la posibilidad conforme al caso específico de atenderse al principio pro persona, bajo las vertientes de observancia del mayor derecho —el cual consiste en garantizar el cumplimiento de la sanción reparatoria—, o bien, *la interpretación más favorable*, orientada a no hacer nugatorio el propósito de las providencias precautorias, por lo que se está ante la posibilidad de extensión de su duración a la totalidad de la secuela procedimental, hasta en tanto se resuelve ejecutoriadamente sobre la sanción reparatoria respecto de la que se garantiza su cumplimiento.

5.2.3. Requisitos

Los requisitos que deben reunirse para realizar la imposición de las providencias precautorias corresponden a la solicitud que efectúe por cualquier medio⁸ y ante el juez de control, la parte procesal legitimada —que puede corresponder al ministerio público o a la víctima u ofendido, ya sea por propio derecho o a través de su asesor jurídico—, en la que deberán ser expuestos los datos de prueba de los que derivará, a consideración del juez de control al analizar la procedencia de dicha medida, la posible reparación del daño, en la inteligencia de que este debe encontrarse ligado de forma inmediata con un hecho que la ley señale como delito y del cual tenga surgimiento la probabilidad de que el imputado será el responsable de reparar tal daño (lo que implica que cometió o participó en la comisión del hecho que la ley señala como delito y del cual surge dicho daño), conforme a lo previsto por el artículo 138 del CNPP.

5.2.4. Sujetos legitimados

De acuerdo con el primer párrafo del artículo 138 del CNPP, son sujetos del procedimiento con legitimación para solicitar al juez de control sean decretadas providencias precautorias: la víctima, el ofendido y la fiscalía o el ministerio público. En relación con el último párrafo del artículo 110 correspondiente al mismo ordenamiento, la víctima u ofendido podrán dirigir tal solicitud por su propio derecho o a través de su asesor jurídico, cuya intervención se generará para orientar, asesorar o intervenir de forma legal en el procedimiento en representación de la víctima u ofendido, y solo promoverá lo que previamente informe a su representado.

8 El artículo 52 del CNPP prevé que los actos procedimentales que deban ser resueltos por el órgano jurisdiccional se llevarán a cabo mediante audiencias, con lo cual se garantizan los principios de inmediación y contradicción, adicionalmente al de publicidad, conforme al artículo 20, párrafo inicial de la Ley Fundamental; asimismo, se establece que ello será observado, salvo los casos de excepción que prevea dicho ordenamiento, lo que se relaciona con lo establecido en el artículo 16 constitucional, párrafo decimocuarto, referente a que los jueces de control resolverán de forma inmediata y por cualquier medio las solicitudes de providencias precautorias; la expresión “por cualquier medio” da la pauta para establecer que la solicitud respectiva no necesariamente deberá desarrollarse en audiencia pública, en ese sentido posibilita que la solicitud respectiva sea atendida mediante el uso de sistemas informáticos.

Resulta importante destacar la diferencia entre víctima y ofendido. El artículo 108 del CNPP considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva; el ofendido, en cambio, corresponde a la persona física o moral, titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley como delito, así como en los eventos delictivos en los que fuera producida la muerte de la víctima, o bien en los casos en los que esta no pudiese ejercer de manera personal sus derechos. Serán considerados como ofendidos, en orden preferente: el o la cónyuge, la concubina o el concubinario, así como el conviviente, los parientes por consanguinidad en línea recta ascendente o descendente, sin limitación de grado, así como por afinidad y civil; asimismo, podrá considerarse ofendido a cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima.

Por su parte, la Ley General de Víctimas prevé en su artículo 4° la existencia de víctimas directas, indirectas y potenciales. Entre las primeras se encuentran las personas físicas que hubieren sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional o, en general, cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito. Las víctimas indirectas son los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ellas; y, por último, son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima, derivado de impedir o detener la comisión de un delito.

Ahora bien, la ley en mención destaca que la calidad de víctima se adquiere con la acreditación del daño, con independencia de que se identifique, aprehenda o condene al responsable del daño, o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo; incluso prevé que son víctimas los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito.

El Código Penal para el Distrito Federal, ahora Ciudad de México, prevé en su artículo 45, que tienen derecho a la reparación del daño, la víctima y el ofendido, destacando que en los

casos de violencia contra las mujeres también tendrán derecho a la reparación del daño las víctimas indirectas, entendidas estas como los familiares de la víctima o las personas que tuvieran o hubieran tenido relación o convivencia con la víctima en el momento de la comisión del delito; asimismo, tienen derecho a la reparación del daño, a falta de la víctima o el ofendido, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables.

De lo anterior se sigue que el procedimiento cautelar que atañe a la imposición de las providencias precautorias se ciñe a garantizar el cumplimiento a la sanción reparatoria, la cual es de orden público y constituye un derecho fundamental para la víctima u ofendido. Ante esta última condición, la legitimación para la solicitud de la providencia precautoria efectuada por la víctima u ofendido deberá atenderse a la luz del criterio hermenéutico pro persona, de acuerdo con el caso particular que sea planteado, y en referencia a la legitimación aducida, conforme a lo antes precisado y a partir de la legislación que le reconozca dicha condición a quien se arroge la condición de víctima u ofendido para promover la imposición de las providencias precautorias. Todo ello deberá ser acorde con la obligación de las autoridades del Estado mexicano, en apego al artículo 1º, párrafo tercero de la Constitución, de promover, respetar, proteger y garantizar la plena observancia de tal derecho fundamental, así como la garantía de legalidad y seguridad jurídica que entraña dicho procedimiento cautelar, según corresponda, ya como instrumento de acceso a tal garantía, por cuanto hace a la víctima u ofendido, o bien en su caso, a la limitación a su esfera patrimonial, en lo que toca al investigado o imputado, ante el deber imprescindible de colmarse los requisitos mínimos indispensables hacia la generación de tal acto de molestia, referido a la garantía de seguridad jurídica que preconiza el artículo 16, párrafo primero, de la Constitución.

Por último, cabe señalar que una vez decretada la providencia precautoria, podrá promoverse su revisión, orientada a generar modificación, sustitución o cancelación, a petición del investigado o imputado, o bien de terceros interesados, con necesaria audiencia de la víctima u ofendido, así como del ministerio público.

5.2.5. Oportunidad

En cualquier momento de la etapa de investigación, ya sea en forma previa o posterior a la formulación de la imputación, y hasta antes de formularse la acusación, dentro de la fase escrita de la etapa intermedia con la que se apertura.

5.2.6. Autoridad que resuelve

El juez de control, incluso por cualquier medio diverso al escrito. Lo anterior queda establecido en el artículo 16, párrafo decimocuarto de la Constitución, ya que es dicho precepto el que origina la figura jurídica del juez de control y establece que dicho órgano jurisdiccional resolverá en forma inmediata y “por cualquier medio”, las solicitudes de providencias precautorias, además de las medidas cautelares y las técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial, destacando que al emitirse dichas resoluciones deberán garantizarse los derechos, tanto de los investigados, como de las víctimas u ofendidos.

Dado que la determinación podrá emitirse por cualquier medio, la solicitud puede efectuarse por medios informáticos o bien, a través de la celebración de la audiencia correspondiente. En este sentido, y atinente a la garantía de legalidad que preconiza el artículo 16, párrafo primero de la Norma Suprema, reformado por publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del 15 de septiembre de 2017, en el que se estatuye que el acto de molestia, dirigido a la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones del gobernado, debe emanar de mandamiento “escrito” de autoridad competente, debe observarse lo establecido por el artículo 67, párrafo segundo, del CNPP, referente a que los autos y resoluciones del órgano jurisdiccional serán emitidos vía oral y originados en la celebración de la audiencia correspondiente. Conforme a lo previsto por el artículo 52 del invocado ordenamiento, específicamente las resoluciones que prevé el artículo 67 referido anteriormente, entre ellas, las que resuelvan sobre providencias precautorias, deberán constar por escrito después de su emisión oral, aunado a que conforme a dicho artículo,

la resolución escrita no deberá exceder en ningún caso el alcance de la emitida de forma oral, y deberá dictarse a la par de su emisión oral, sin exceder el término de veinticuatro horas, no obstante que surta efecto inmediatamente. Sin embargo, es de notar que, si la resolución que versa sobre la procedencia de la providencia precautoria no fue emitida oralmente en audiencia y, en cambio, tuvo lugar por medio diverso al escrito y fuera de audiencia, deberá en tal caso, y con el propósito de atenderse a la aludida garantía de legalidad, obrar por escrito conforme a lo previsto en el artículo 67 de la codificación adjetiva en consulta. En tanto que si la determinación que establece la procedencia de la providencia precautoria se emitió dentro de audiencia en la que se encontró presente el investigado o imputado y de acuerdo con la reforma constitucional antes precisada, sobre la que se añadió que: “en los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo” (fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento), se estima que la videograbación obtenida sobre el desarrollo de la audiencia y la propia determinación judicial que emite el acto de molestia en la misma corresponden a la constancia que dota de seguridad jurídica al investigado o imputado, para conocer las razones y el fundamento del acto de autoridad;⁹ en caso de que este último no se hubiere hallado presente en la audiencia, se estima la necesidad de emitirse la determinación que decreta la providencia precautoria por escrito para cumplir con la garantía de legalidad en comento.

5.2.7. Trámite

Se realiza a través de una solicitud efectuada por cualquier medio, bajo el fundamento constitucional precisado en el punto precedente, o bien mediante el planteamiento formulado

9 Lo cual se sustenta en el criterio emitido a través de la tesis aislada de la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* con registro 2019617, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el rubro: ORDEN DE APREHENSIÓN. LA VIDEOGRABACIÓN DE LA AUDIENCIA QUE LA CONTIENE EN LA QUE EL JUEZ DE CONTROL LA EMITIÓ, CONSTITUYE EL REGISTRO EXIGIDO POR EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PARA QUE EL IMPUTADO CONOZCA LA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE AQUEL ACTO DE MOLESTIA.

en audiencia pública —salvo los supuestos de excepción a la publicidad que prevé el artículo 64 del CNPP—, a la cual podrá concurrir el investigado y deberá necesariamente acudir el imputado,¹⁰ con la finalidad de que pueda señalar a su elección el contenido económico o patrimonial al que pueda ceñirse el embargo de bienes o, en su caso, las cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero que puedan ser aseguradas de conformidad con lo previsto por el artículo 437 del Código Federal de Procedimientos Civiles.¹¹ Lo anterior sin menoscabo de la posibilidad de ser observadas, para alcanzar el propósito de las providencias precautorias, las especies de garantía económica que recoge el artículo 173 del CNPP, conforme a la necesaria aceptación de la víctima u ofendido.

5.2.8. Temporalidad

En principio y de conformidad con lo establecido por el artículo 139 del CNPP, la vigencia de la providencia precautoria se ve limitada a noventa días naturales, incluida la prórroga de treinta días, que será concedida al plazo máximo inicial de sesenta días. No obstante, bajo la aplicación del principio pro persona como criterio hermenéutico en la observancia y aplicación de los derechos fundamentales y de acuerdo con el fin perseguido por dicha medida, además de atender a la obligación indefectible de tutela de los derechos fundamentales que proclama el artículo 1º, párrafo tercero de la Constitución, se sostiene la posibilidad de la vigencia temporal de las providencias precautorias, con extensión a la totalidad del trámite procedimental hasta su legal conclusión, en aras de no hacer nugatoria la garantía real o patrimonial concedida que atañe al fin particular de dichas providencias.

De acuerdo con los párrafos penúltimo y antepenúltimo del artículo 138 del CNPP, una vez decretada la providencia precautoria, podrá ser revisada y en su caso modificada, sustituida o cancelada a petición del imputado o de terceros interesados, con audiencia de la víctima

¹⁰ En caso de haberse formulado imputación.

¹¹ Legislación aplicable conforme a lo previsto en el artículo 138, último párrafo del CNPP.

u ofendido, así como del ministerio público. La cancelación de la providencia precautoria procederá siempre y cuando el imputado garantice, por medio diverso y equivalente a la propia providencia decretada,¹² el cumplimiento de la reparación del daño o cumpla con la obligación que entrañe la misma; en caso de existir condena ejecutoria o en el supuesto de que hubieran sido decretadas las providencias precautorias de forma previa a la celebración de la audiencia inicial y el ministerio público no entablara ninguna solicitud durante dicha actuación; si no hubiere hecho solicitud de orden de aprehensión, en su oportunidad, dentro del plazo de noventa días, correspondiente al máximo de vigencia de las providencias precautorias; en la hipótesis de declararse fundada la solicitud efectuada hacia ese propósito por parte del investigado o imputado, en contra de quien se decretó o bien, del tercero interesado; cuando se emita la sentencia absolutoria; se decrete el sobreseimiento o exista absolución específica referida a la reparación del daño.

5.2.9. Accesoriedad o autonomía

Se trata de una figura accesoria al curso procedimental principal, a expensas de que exista y sea justificable ante el juez de control para su emisión una posible reparación del daño que resarcir, así como la cuantificación económica del monto al que podría ascender.

5.2.10. Lineamientos de ejecución

Respecto al embargo como especie de providencia precautoria, se estará a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 138 del CNPP y serán atendibles las reglas generales del embargo previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles, de los artículos 432 al 468.

Como se destacó en el apartado anterior, de acuerdo con el propósito que persiguen las providencias precautorias, puede sin duda atenderse para su constitución a las garantías económicas como medios eficaces dirigidos al aseguramiento en el cumplimiento de la sanción

¹² Que se vería sustituida por garantía diversa y, por lo tanto, no se estaría materialmente ante una cancelación.

reparatoria; y en cuanto hace a las mismas, de acuerdo con lo previsto por el artículo 173 del CNPP, se prevé que estarán regidas por las reglas generales contenidas en el Código Civil Federal o de cada entidad federativa, según corresponda, y se atenderá también a las demás legislaciones aplicables.

5.2.11. Control judicial previo o posterior

Se estará en aplicación del ejercicio de un control judicial *ex ante* o previo a la determinación judicial que establezca su procedencia, al imponerse las providencias precautorias por resolución judicial emitida por el juez de control, a través de la verificación de los requisitos legales hacia su procedencia previstos por el artículo 138 del CNPP.

5.2.12. Medio de impugnación

De acuerdo con lo previsto por el artículo 467, fracción V del CNPP, es apelable la resolución del juez de control en la que se emita pronunciamiento sobre las providencias precautorias o medidas cautelares. Tal resolución puede versar sobre la concesión o denegación de la providencia precautoria solicitada, según estime que se reúnan o no los requisitos para su procedencia, de acuerdo con el artículo 138, párrafo segundo del CNPP; o bien en los supuestos en que se resuelva sobre la modificación, sustitución o cancelación de la providencia precautoria decretada. En los términos del artículo invocado, párrafos penúltimo y antepenúltimo, se estará en tales hipótesis ante determinaciones impugnables mediante el recurso de apelación y conforme al supuesto resolutivo que puede entrañar la determinación que se emita sobre providencias precautorias, estará de forma consecuente la generación de agravios que se estime se irrogue en la esfera jurídica de las partes involucradas. Tal recurso podrá ser interpuesto por el investigado o imputado, por su propio derecho o a través de su defensa, así como por el órgano ministerial o por la víctima u ofendido, de manera directa o a través

de su asesor jurídico. Sin embargo, en el artículo 459 del CNPP se prevén de modo casuístico las resoluciones impugnables por la víctima u ofendido, en forma directa o a través del órgano ministerial, con independencia de que se hubiere o no constituido su coadyuvancia en la acusación, entre las que se encuentran las que versen sobre la reparación del daño causado por el delito. Así pues, debe tenerse con claridad como impugnable por la víctima u ofendido la determinación que resuelva sobre la solicitud de providencias precautorias, con independencia de que dentro de las determinaciones impugnables por la víctima u ofendido, conforme al fundamento anterior, se prevén de forma amplia las que versen sobre la reparación del daño causado por el delito; y ya que las providencias precautorias constituyen mecanismos pertinentes para precaver el cumplimiento de dicha obligación de naturaleza pecuniaria cuando llegare a declararse judicialmente a cargo del condenado ejecutoriamente, una vez generada de manera formal la condena respectiva en el marco del debido proceso legal, se aprecia de modo paladino la posibilidad de que sea impugnada la determinación sobre las providencias precautorias de manera directa por la víctima u ofendido o a través de su asesor jurídico, en caso de considerarse que se genere agravio en su esfera jurídica. Por último, es el derecho específico de la víctima u ofendido el impugnar mediante recurso ordinario, en el ámbito del derecho fundamental de recurrir ante un juez o tribunal superior de acuerdo con lo previsto por los artículos 1º, párrafos primero (bloque de constitucionalidad), 2º (principio pro persona) y 3º (obligación de las autoridades del país, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los artículos 1º, 2º y 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5.3. MEDIDAS ESPECIALES

Martín Gerardo Ríos Castro

El uso de la nomenclatura establecida en el presente apartado no pretende generar confusiones en relación con la terminología que emplea el legislador en el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP).

Así pues, acotando el objeto de estudio, los artículos que motivan el desarrollo de este apartado son el 367 y el 370 del CNPP, los cuales corresponden, respectivamente, a protección a testigos y a medidas de protección. Ambos títulos hacen alusión a medidas de protección, no obstante, es importante destacar que el artículo 137 del CNPP, específica y propiamente, se refiere a las medidas de protección en el procedimiento declarativo penal, del cual se ha dado cuenta ya en el presente trabajo bajo el numeral 5.1.

En este sentido, las medidas contenidas en dichos artículos tienen el carácter de especiales y se impondrán extraordinariamente a causa de la participación de un testigo, perito o un tercero en un determinado procedimiento, y que por dicha intervención en el mismo se origine un riesgo en su integridad, su vida o la de su familia.

La terminología de medidas especiales que aquí se emplea —y no la utilizada por la Ley Federal— pretende evitar confusiones, ya que expresiones como “medidas de seguridad” o “de protección” causarían cierto desconcierto si se emplearan para referirse a las susodichas medidas especiales, pues cuando el CNPP emplea las frases de “medidas de protección”

y “medidas de seguridad” se refiere a aspectos diferentes de las medidas que son materia de este estudio.

Una vez señalado que el CNPP no emplea la expresión “medidas especiales”, es importante destacar que en este trabajo se emplea para designar aquellas medidas que el juez y las autoridades correspondientes deben adoptar para salvaguardar la vida y la integridad de los sujetos que intervienen en el procedimiento, de sus familiares o de terceros.

El numeral 367 del CNPP contiene las medidas que puede tomar la autoridad judicial cuando los testigos o sus familiares requieran que se proteja su integridad física o psicológica, derivado de su intervención como testigos en el procedimiento penal. Asimismo, dicho precepto establece que el ministerio público y la autoridad correspondiente deben adoptar las medidas que se precisen para proteger a los sujetos del procedimiento que intervengan en él, así como a sus familiares, siempre y cuando corra peligro su vida o integridad.

El numeral 370 del CNPP,¹³ por su parte, refiere que a los peritos y terceros que deban intervenir en el procedimiento, la autoridad correspondiente les brindará la protección que se prevé para los testigos.

Considero que las medidas especiales enunciadas son las que se refieren a la seguridad que deben tener los sujetos del procedimiento, mismas que pertenecen propiamente al procedimiento penal cautelar.

Otro elemento a considerar en lo relativo a las medidas de seguridad es la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal, publicada el 8 de junio de 2012 en el *Diario Oficial de la Federación*, aplicable exclusivamente a personas que intervienen en un procedimiento penal federal que verse sobre delitos que merecen prisión preventiva oficiosa o relacionados con otros delitos por las características del hecho, las circunstancias de ejecución, la relevancia social, por razones de seguridad o por otras que

13 Artículo 370. Medidas de protección

En caso necesario, los peritos y otros terceros que deban intervenir en el procedimiento para efectos probatorios, podrán pedir a la autoridad correspondiente que adopte medidas tendentes a que se les brinde la protección prevista para los testigos, en los términos de la legislación aplicable.

impidan garantizar el adecuado desarrollo del procedimiento, atento a su artículo 13.¹⁴ De la lectura de este último precepto se advierte que la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal desglosa o pormenoriza lo que el CNPP establece respecto a las medidas especiales para los sujetos del procedimiento en los artículos 367 y 370.

Es importante señalar que el artículo 16 de la Ley Federal en mención dispone que las medidas de protección previstas serán de dos tipos: de asistencia y de seguridad. Estas últimas son las correspondientes a los artículos 367 y 370 del CNPP, desarrolladas, a su vez, en el artículo 18, fracciones I a la IV, y VIII incisos a)-c) de la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal.

5.3.1. Concepto

Las medidas especiales son acciones cautelares que pueden adoptarse durante todo el procedimiento con la finalidad de brindar las condiciones necesarias de seguridad y así preservar la vida e integridad de los sujetos del procedimiento que intervienen directamente en él, o bien de sus familiares.

5.3.2. Naturaleza jurídica

Su naturaleza es procesal cautelar; procesal porque puede darse únicamente debido a la existencia y dentro de un procedimiento penal, y cautelar, debido a que su fin último es proteger al órgano de prueba y garantizar la seguridad de la víctima, de los testigos, de los sujetos del procedimiento y también la de sus familiares; siempre que su seguridad y/o integridad se encuentren en riesgo con motivo de su intervención en el procedimiento penal.

14 Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPIPP_170616.pdf

5.3.3. Requisitos

- Que se haya iniciado un procedimiento penal.
- Que el sujeto que interviene en el procedimiento o su familiar presenten riesgo en su seguridad o integridad, precisamente con motivo de esa intervención.
- Que la autoridad competente así lo determine.

5.3.4. Oportunidad

- Durante todo el desarrollo del procedimiento penal.
- Cuando objetivamente la vida o integridad del sujeto del procedimiento (o su familiar) esté en peligro.

5.3.5. Autoridad encargada de resolver

De acuerdo con los artículos 131, fracción XV; 367 y 370 del CNPP, así como el 18, fracción VIII de la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal, corresponde al juez determinar sobre el otorgamiento de las medidas especiales; sin embargo, dadas sus características de urgencia, también pueden ser otorgadas por el ministerio público y por los cuerpos de seguridad pública; es decir, las autoridades que pueden conceder medidas especiales son las encargadas de la seguridad pública, procuración e impartición de justicia.

El hecho de que distintas autoridades puedan conceder válidamente medidas especiales se justifica por la urgencia que requiere su otorgamiento, debido al riesgo que atraviesa algún sujeto del procedimiento y porque su concesión no requiere indispensablemente un debate ante el juez.

5.3.6. Trámite¹⁵

- La persona, o su representante, que con motivo de su intervención en un procedimiento penal considere en peligro su seguridad o integridad, o la de un familiar, las solicitará ante la autoridad que esté conociendo de dicho procedimiento.
- La autoridad ante quien sea presentada la solicitud, o bien, si la autoridad advierte la necesidad, previa consideración de la procedencia (proporcionalidad y razonabilidad) de una medida especial puede determinar la concesión de la misma.
- Si es el ministerio público quien advierte la necesidad del otorgamiento de medidas especiales, pero no es urgente su concesión, solicitará justificadamente por escrito dichas medidas ante el juez.
- El órgano jurisdiccional resolverá su procedencia o no, atendiendo a la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida.

5.3.7. Temporalidad

La autoridad que resolvió la procedencia de la medida especial también establecerá su temporalidad, la cual puede ser hasta por la totalidad del procedimiento penal.

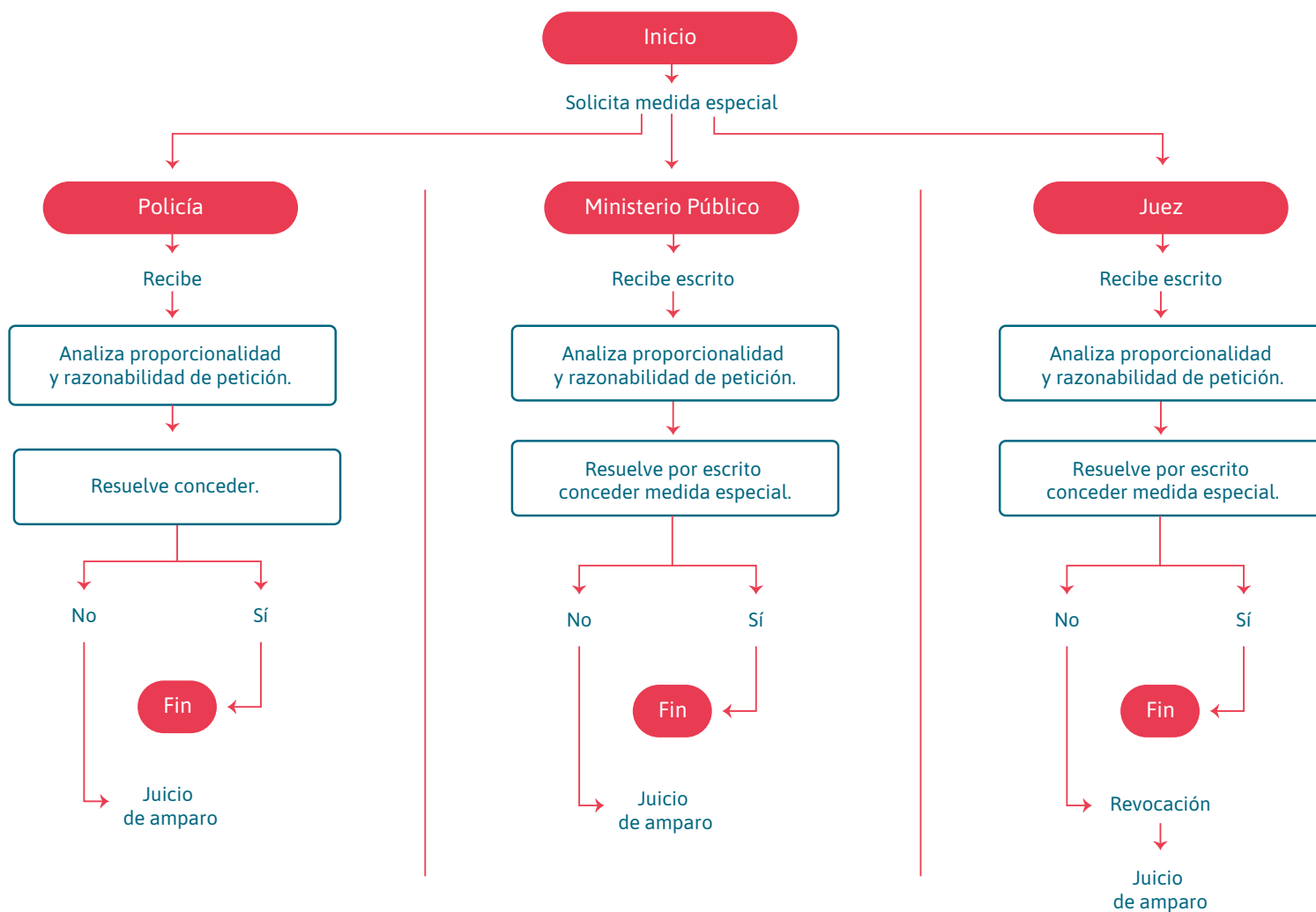
Por disposición expresa del artículo 367, párrafo primero del CNPP, el otorgamiento de una medida de seguridad se aplicará bajo el principio de razonabilidad (por el tiempo que perdure la causa que pone en peligro la seguridad o integridad de la persona a quien se concede). Las medidas especiales concedidas por la autoridad correspondiente pueden, en el supuesto de ser necesario, renovarse cuantas veces sea preciso para garantizar la seguridad e integridad del sujeto del procedimiento o de su familiar.

15 Véase diagrama 9: Medidas especiales, artículos 367 y 370 del CNPP.

DIAGRAMA 9

Medidas especiales, artículos 367 y 370 del CNPP

Cualquier sujeto del procedimiento o tercero que intervenga en él, o su familiar



5.3.8. Accesoriedad o autonomía

Las medidas especiales en el procedimiento penal cautelar son accesorias por las siguientes razones:

- Pueden presentarse o no durante el desarrollo del procedimiento penal.
- Para su actualización se requiere que un sujeto del procedimiento, o un familiar, tenga en riesgo su seguridad o integridad con motivo de su intervención en dicho procedimiento.

5.3.9. Lineamientos para su ejecución

La autoridad que determine el otorgamiento de una medida especial en su resolución debe establecer: a) la clase de medida otorgada; b) su duración; c) el lugar en donde debe ejecutarse; d) la autoridad de seguridad pública encargada de llevar a cabo su desarrollo, y e) el mecanismo y periodicidad mediante el que esta autoridad informará a la mandante el resultado de la ejecución de la referida medida especial.

Desaparecida la causa que motiva el riesgo en la seguridad o integridad del sujeto del procedimiento, o de su familiar, la autoridad que concedió la medida especial deberá ordenar su terminación.

5.3.10. Control previo o posterior

Para conceder una medida especial se requiere un control previo por la autoridad que va o no a otorgarla, ya que debe ponderar la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad para resolver si es o no procedente otorgar la medida en cuestión.

Una vez concedida la medida especial, la autoridad que la otorgó debe efectuar un control posterior (puede ser a través de informes que rinda periódicamente la autoridad de seguridad

pública encargada de ejecutarla), puesto que está obligada a garantizar la seguridad e integridad del sujeto del procedimiento, o su familiar, que presenta riesgo en virtud de su intervención en él.

5.3.11. Medio de impugnación

El juicio de amparo indirecto procede contra la resolución de una autoridad distinta de la judicial que niega el otorgamiento de una medida de seguridad.

Si es un juez quien emite la negativa de otorgar una medida de seguridad, entonces procede el recurso de revocación (artículo 465 del CNPP).

5.3.12. Trámite en audiencia o por escrito

El trámite puede ser por escrito o en audiencia oral por ser de carácter relevante la concesión de una medida especial, puesto que su finalidad es preservar la vida, seguridad e integridad de un sujeto que interviene en el procedimiento penal (o un familiar) que se ha puesto en peligro con motivo de su intervención en él. La tramitación puede o no llevarse a debate, ya que con motivo del grado de urgencia la petición puede hacerse por escrito y esperar la determinación por igual vía, o en audiencia oral, siendo atendida inmediatamente en el desarrollo de la misma.

5.4. MEDIDAS CAUTELARES

Victoria Arreola Valdés

Aquello que en la primera edición de este libro fue considerado como la innovación más relevante en la reforma constitucional del 2018, es decir, la protección de uno de los derechos humanos de mayor trascendencia como es la libertad del hombre, hoy vuelve la mirada hacia atrás debido al “fracaso” de privilegiar el seguimiento de los procesos en libertad. Esto a unos cuantos años de la entrada en vigor del llamado nuevo sistema penal acusatorio, en el que la regla general preveía que las personas involucradas en los delitos siguieran su proceso en libertad bajo una medida cautelar distinta a la prisión preventiva oficiosa.

La libertad personal es un derecho humano complejo considerado en diversas disposiciones jurídicas no solo a nivel constitucional, sino también, por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 3° y 9°; en el numeral 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en los artículos 1° y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como en el artículo 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales prevén que toda persona tiene derecho a la libertad. Sin embargo, este derecho —como cualquier otro— tiene sus límites, máxime cuando esa libertad se encuentra relacionada con el derecho penal y existe una “medida cautelar” de prisión preventiva (oficiosa o justificada), ya que entonces puede convertirse en pena de acuerdo con la fracción IX, último párrafo inciso B) del artículo 20 constitucional, el cual establece la obligación de los jueces de computar el tiempo de detención en toda sentencia que se imponga pena privativa de libertad.

Actualmente se incrementó el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, con lo que se busca enfrentar la grave repercusión social que tuvo el que el listado de delitos con prisión preventiva oficiosa fuera mínimo y que la prisión preventiva justificada quedara sujeta a la valoración en cada caso particular. Cabe mencionar que el listado inicial dejó fuera delitos de gran impacto social, como el robo a casa habitación (ya incluido) o la extorsión (aún no considerada), pese a ser un mal que aqueja a todos los habitantes de este país.

Lo anterior es el resultado natural de dos factores trascendentes: el primero es que no hemos sido educados bajo normas morales o éticas que permitan una sana convivencia social; el segundo es la corrupción y la violencia generada por la falta de oportunidades y el desempleo. Debido a ello, nuestros legisladores deben realizar una valoración constante de la realidad social a fin de incluir, como ya se hizo en materia de hidrocarburos, corrupción o delitos electorales, los factores que atentan gravemente la estabilidad económica y social de México.

Asimismo, debe considerarse que el sistema de justicia penal intenta ser garante del principio de presunción de inocencia que recoge la máxima: “Todo hombre es inocente hasta que se pruebe lo contrario” y que obliga al ministerio público a probar la culpabilidad, sin que el imputado tenga la carga de acreditar su inocencia.

En este sentido, las medidas en el proceso penal tienen la difícil tarea de conciliar la necesidad de proteger a la sociedad —y en especial a la víctima u ofendido del delito—, y el Estado tiene la obligación de respetar los derechos del individuo sujeto a proceso.

Los fines específicos de las medidas cautelares son: 1) asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, 2) garantizar la seguridad de la víctima, ofendido o testigo y 3) evitar la obstaculización del procedimiento.

La necesidad de cautela existe cuando en un primer momento se trate de un delito que amerite prisión preventiva oficiosa, así como cuando existan datos que hagan presumir que el imputado se puede sustraer de la acción de la justicia, obstaculizar el desarrollo de la investigación o representar un riesgo para la víctima, el ofendido, los testigos o para la comunidad.

Las medidas cautelares por antonomasia son aquellas que permiten prever o precaver alguno de los fines del procedimiento y evitar que este se quede sin materia; por ello, es importante destacar sus características primordiales, a saber:

Apariencia del buen derecho y peligro en la demora

a) Respecto de la apariencia del buen derecho, también conocido con el brocardo *fumus bonis iuris*, los tratadistas señalan que estamos en presencia de un juicio de probabilidades y de verosimilitud por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho; sin embargo, tratándose de una medida cautelar, basta que la existencia del derecho parezca verosímil, es decir, de acuerdo con la suma de elementos objetivos se podrá prever que la providencia o tema principal declarará el derecho en sentido favorable al peticionario de la medida cautelar, por lo que el resultado de la cognición sumaria tiene el valor de hipótesis.

b) El peligro en la demora, o *periculum in mora*, está estrechamente relacionado con el concepto anterior. Según Calamandrei, el peligro en la demora es el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares, es decir, configura el interés para el obrar necesario con la finalidad de obtener del órgano jurisdiccional el dictado de una medida cautelar. El *periculum in mora* se refiere a la amenaza de que el proceso principal se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva; su existencia no necesariamente está sustentada en la posibilidad de que los actos del sujeto activo impidan el cumplimiento de lo pretendido por el solicitante, sino en que el solo transcurso del tiempo constituye, por sí mismo, un estado de amenaza que merece tutela especial.

Bajo el esquema planteado por el legislador en el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP), destaca que la necesidad de cautela existirá cuando para proteger

y/o garantizar cualquiera de los propósitos o fines que establece este ordenamiento en su artículo 153, se torne indispensable aplicar una de las medidas expresamente señaladas, a su vez, en el artículo 155, en el que se distinguen los siguientes parámetros:

- Peligro
 - a) de sustracción del imputado
 - b) de obstaculización del desarrollo de la investigación
- Riesgo
 - a) para la víctima, el ofendido, los testigos o para la comunidad

Las medias cautelares se aplican conforme a los siguientes principios rectores:

- **Legalidad o principio de reserva de ley.** Solo podrán ser impuestas aquellas medidas que impliquen formas de restricción o privación de la libertad que se encuentren establecidas en la ley.
- **Jurisdiccionalidad.** Las medidas cautelares solo podrán ser impuestas por y ante el juez de control competente.
- **Excepcionalidad.** Son la excepción a la regla general que señala que la persona sometida a la jurisdicción penal siempre estará en libertad; por lo tanto, su imposición adquiere el carácter de contingente.
- **Instrumentalidad.** No constituyen un fin en sí mismas, ya que solo son instrumentos que permiten la consecución de los fines del procedimiento penal.
- **Provisionalidad.** Su vigencia se encuentra supeditada a la necesidad de su aplicación, es decir, mientras permanezca pendiente el procedimiento penal al que instrumentalmente sirven. Tratándose de la prisión preventiva, esta no debe exceder un año, a excepción del ejercicio del derecho de defensa.
- **Proporcionalidad o de mínima intervención.** La medida cautelar debe regirse por la míni-

ma intervención, en relación con las circunstancias particulares de la persona implicada, así como las circunstancias específicas de la comisión del hecho, lo que se traduce en que debe ser proporcional al hecho, al imputado y al daño ocasionado a la víctima.

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina tradicional, las medidas cautelares se clasifican en reales y personales. Por una parte, las cautelares *reales* se imponen al imputado con el fin de garantizar su presencia durante el proceso. Atendiendo a los requisitos que señala la legislación nacional, estas no se encuentran diseñadas con el objeto de garantizar el daño o perjuicio generado con motivo de la comisión de un hecho con apariencia de delito.

La clasificación de estas medidas determina que son: la exhibición de una garantía económica, el embargo de bienes, así como la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero.

Sobre la medida cautelar consistente en la garantía económica:

[...]el Juez de control previamente tomará en consideración la idoneidad de la medida solicitada por el Ministerio Público. Para resolver sobre dicho monto, el Juez de control deberá tomar en cuenta el peligro de sustracción del imputado a juicio, el peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación y el riesgo para la víctima u ofendido, para los testigos o para la comunidad. Adicionalmente deberá considerar las características del imputado, su capacidad económica, la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo.

El Juez de control hará la estimación de modo que constituya un motivo eficaz para que el imputado se abstenga de incumplir sus obligaciones y deberá fijar un plazo razonable para exhibir la garantía.¹⁶

16 Artículo 172 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

La garantía económica podrá constituirse de las siguientes maneras:

- I. Depósito en efectivo;
- II. Fianza de institución autorizada;
- III. Hipoteca;
- IV. Prenda;
- V. Fideicomiso, o
- VI. Cualquier otra que a criterio del Juez de control cumpla suficientemente con esta finalidad.¹⁷

Dejando al arbitrio del juez la posibilidad de ampliar la forma de la garantía.

Por otra parte, las medidas cautelares *personales* son las que restringen o privan de la libertad a una persona. Son medidas restrictivas o privativas de la libertad personal que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento. Estas medidas rompen la lógica general de la presunción de inocencia, de modo que su procedencia y límites se encuentran definidos por los fines penales del procedimiento y los principios del sistema.

Como medidas cautelares personales en la legislación nacional encontramos: la presentación periódica ante el juez o ante una autoridad distinta que aquel designe; la prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; el sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución específica o su internamiento a alguna institución determinada; la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares; la prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa; la separación inmediata del domicilio; la suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se atribuye un delito cometido por servidores públicos; la suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral; la colocación de localizadores electrónicos, el resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga o la prisión preventiva.

¹⁷ *Ibidem*, artículo 173.

En resumen, al fijar las posturas que prevalecen en la doctrina cuya clasificación obedece al tipo de derecho restringido, resulta que las medidas cautelares reales son las que limitan la libre disposición o administración de bienes y su contenido es eminentemente patrimonial; en tanto que las medidas cautelares personales atentan directamente a la libertad deambulatoria del ser humano. Pese a ello, cualquier medida cautelar, ya sea real o personal, contiene alguna restricción al concepto de “libertad”, entendido este como una cualidad inherente al ser humano y por voluntad de él.

Algunos autores hacen alusión al carácter tuitivo (es decir, que guarda, ampara y defiende) de las medidas cautelares. Bajo ese concepto se busca evitar la continuación o permanencia del estado antijurídico generado por el delito o evitar el mantenimiento o incremento del daño o algún efecto perjudicial; se espera, asimismo, que tenga un efecto anticipatorio respecto a alguna de las prestaciones que pueda ordenarse en la sentencia, dicha protección es de carácter urgente y la demora podría convertir en inútil la decisión que ponga fin al proceso.

De acuerdo con lo anterior, se estima que las fracciones I, II, V, XII, XIII y XIV del artículo 155 del CNPP tienen como finalidad garantizar (proteger) el proceso hasta su conclusión.¹⁸

Por cuanto hace a las fracciones III y IV también del numeral 155, su finalidad será evitar que el imputado dilapide los bienes con los que pudiera responder en caso de una resolución definitiva, esto es, garantizar la eficacia de una parte de la ejecución de la sentencia que busca proteger al pasivo del delito, al imputado mismo o a un tercero. Las fracciones V, VII, VIII y IX del artículo 170 del CNPP están dirigidas a la protección de la víctima, ofendido o testigos y, por último, las fracciones X y XI del artículo 155 están dirigidas a la protección de la comunidad; tienden a evitar la reiteración delictiva, dada la eventual utilización de la profesión o cargo público que pueda ejercer un imputado para la comisión de algún delito que requiera una calidad específica relacionada con el tipo de hecho delictivo atribuible en el proceso penal.

Las medidas cautelares también pueden ser clasificadas por el momento en que se imponen en *judiciales* o *prejudiciales*, este último concepto aplicaría únicamente tratándose

18 *Ibidem*, artículo 168.

de las medidas de protección establecidas en las fracciones I a III del artículo 137 del CNPP, atentos al contenido del párrafo antepenúltimo del mismo precepto legal, que señala la obligación del ministerio público de acudir ante el juez de control dentro de los cinco días siguientes a que se hubiese impuesto la prohibición del imputado de acercarse o comunicarse con la víctima u ofendido, la limitación para asistir o acercarse al domicilio de la víctima u ofendido o al lugar donde se encuentre, o bien, en el caso de haberse dispuesto la separación inmediata del domicilio, en cuyo caso el juez de control podrá modificarlas mediante la imposición de las medidas cautelares que correspondan, ello si no cancela o ratifica las medidas de protección citadas.

Otra clasificación de naturaleza eminentemente civil podría ser de acuerdo con la obligación contenida “de dar, de hacer o de no hacer”. En la primera clasificación, el mandamiento cautelar es asegurar la cosa y la entrega a quien tiene derecho sobre ella. En las obligaciones de hacer o no hacer se reviste un doble carácter, uno destinado a evitar agravar el daño y otro a garantizar la ejecución del derecho en favor de quien tiene derecho reconocido en la ley, encuadrando en esta clasificación de dar las fracciones II, III y IV del artículo 155 del CNPP; en la clasificación de hacer se ubican las fracciones I, VI, IX, XII, XIII y XIV; y en la de no hacer las fracciones V, VII, VIII, X y XI del artículo en cita.

5.4.1. Concepto

Las medidas cautelares son las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional que pueden adoptarse contra el imputado de un hecho con apariencia de delito por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes, a fin de garantizar la efectividad del proceso penal ante eventuales conductas del imputado que constituyen un peligro para su vigencia y realización.

5.4.2. Naturaleza jurídica

Es un mecanismo de coerción estatal durante el proceso penal, incorporado explícitamente a los tratados internacionales de derechos humanos y a las declaraciones sobre derechos fundamentales. Otras referencias a su naturaleza son las siguientes:

- Como acción cautelar. Corresponde originalmente al Estado la facultad de ejercer ese derecho de acción, delegada hoy también a la víctima u ofendido, quienes buscan la protección y/o restitución de sus derechos, con lo que surge la figura de la acción privada.
- Como proceso cautelar. En razón de ser una actividad jurisdiccional que responde a la necesidad de referir el proceso cuya finalidad es garantizar una pretensión declarativa y ejecutiva.

Consecuentemente, la naturaleza jurídica de la medida cautelar está conformada por actos asegurativos de carácter instrumental que buscan proteger las contingencias que puedan presentarse hasta en tanto se resuelva en definitiva el hecho controvertido. De ahí su naturaleza dependiente o accesorio a un proceso, quedando condicionada su vigencia y aplicación a la propia vigencia del proceso.

- Como acto asegurativo de carácter instrumental. Al anticipar parte de las actuaciones que formarán la ejecución futura, pues si la medida cautelar está preordenada, se convierte en la manera más útil de conseguir la efectividad del proceso y la ejecutividad de las decisiones que se tomen, sea cual sea la sentencia que recaiga en juicio.

5.4.3. Oportunidad¹⁹

Se entiende como el momento en el que las medidas cautelares pueden ser aplicadas o solicitadas durante el procedimiento. Cabe mencionar que estas pueden ser solicitadas, modificadas o canceladas en diversos momentos.

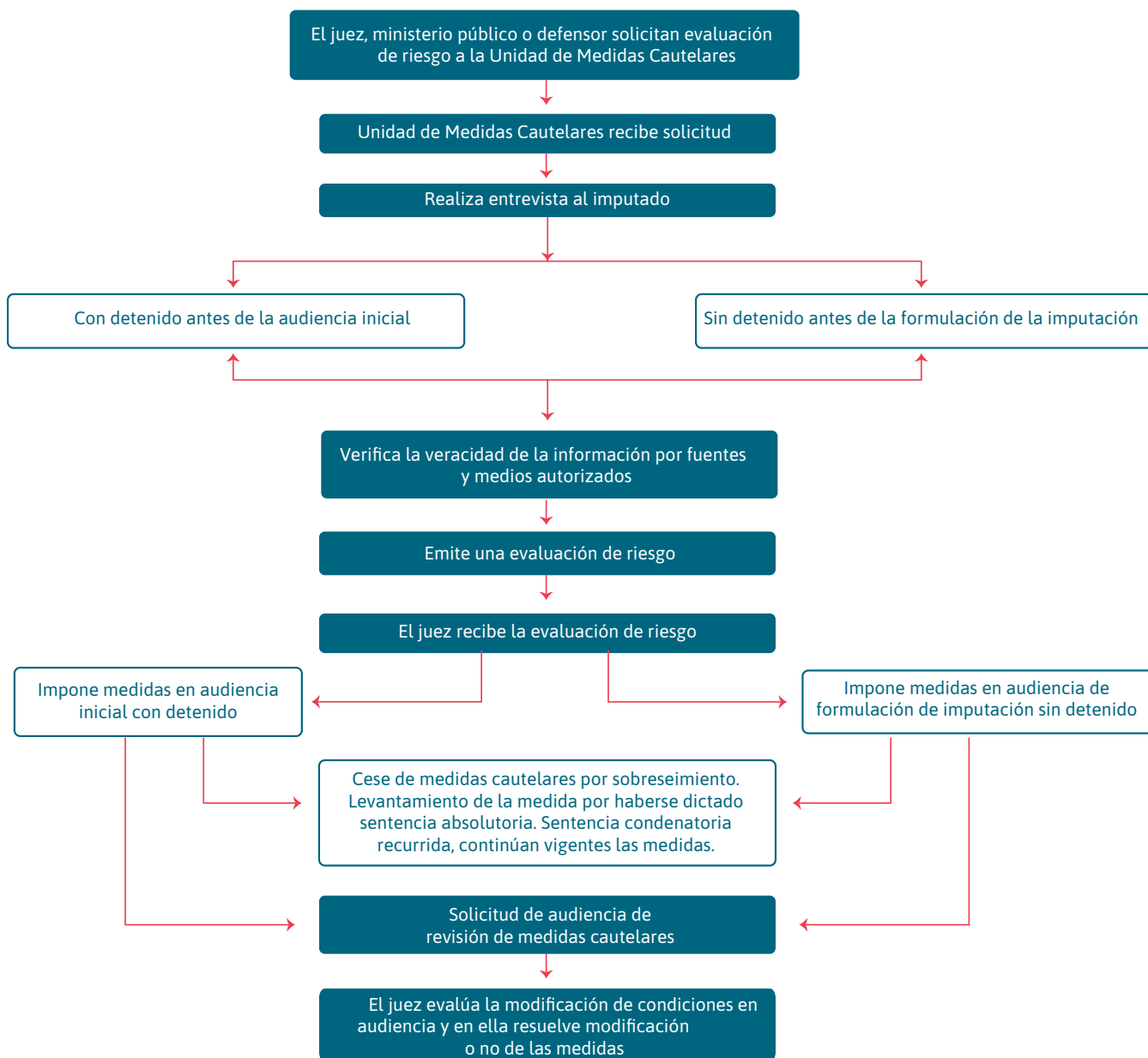
En todos los casos, las medidas cautelares se rigen por el principio de inmediación, bajo los siguientes supuestos:

- Formulación de imputación a personas que comparecen en virtud de una causa diversa a la detención por flagrancia. El ministerio público solicitará al juez de control que cite al imputado que se encuentra en libertad para dar apertura a la audiencia inicial, la cual deberá tener verificativo dentro de los quince días siguientes a la solicitud; en su caso, de considerarlo necesario, la fiscalía puede solicitar orden de comparecencia u orden de aprehensión para lograr la presencia del requerido. Una vez ante la presencia judicial, el ministerio público formulará la imputación y después de que el juez de control se haya cerciorado de que el imputado la entendió, le hará saber que tiene derecho a declarar.
- Formulación de imputación a personas que se encuentren a disposición del juez de control en virtud de una detención en flagrancia. En este caso, una vez que se ha calificado de legal la detención en flagrancia o caso urgente y luego de cerciorarse de que se encuentren cubiertos los requisitos constitucionales y legales, la fiscalía formulará la imputación y, concluida esta, después de que el juez de control se asegure de que el imputado la entendió, le hará saber que tiene derecho a declarar.

¹⁹ Véase diagrama 10.

DIAGRAMA 10

Medidas cautelares



En ambos casos es requisito para la procedencia de la discusión de las medidas cautelares que, de inicio, el ministerio público manifieste su expresa intención de vincular al imputado a proceso, pues de dicha petición surge la necesidad de que el juez de control explique los momentos en que deba ser resuelta la situación jurídica del imputado, ya que de ello depende el momento preciso en que deberá tener verificativo el mencionado debate, toda vez que el imputado puede elegir los siguientes momentos para la resolución de su situación jurídica:

- a) en ese momento, es decir, después de que haya declarado o manifestado su deseo de no hacerlo;
- b) en el término de setenta y dos horas, o
- c) en el término de ciento cuarenta y cuatro horas, si optó por la duplicidad del plazo constitucional.

Si el imputado elige la primera opción, continuará el trámite de la vinculación a proceso, pues existe la posibilidad de que se le decrete la libertad y, en ese caso, sería innecesario el debate de la medida cautelar; diverso es el escenario si es vinculado a proceso, pues de manera fáctica sería indispensable determinar su postura ante el proceso, de donde surge la necesidad de abrir el debate de las medidas cautelares y estar en condiciones de entrar al último acto procesal de la inicial, es decir, el plazo para el cierre de la investigación y así concluir con dicha audiencia.

Ahora bien, si el imputado elige cualquiera de las dos opciones relativas a las setenta y dos horas o a su dupla de ciento cuarenta y cuatro, ante la inminente suspensión de la audiencia inicial, dada la actividad de defensa que seguramente se desarrollará durante dicho plazo, la medida cautelar se vuelve imprescindible, por lo que de inmediato el ministerio público, al enterarse de la petición del imputado, bajo el principio dispositivo solicitará la apertura del debate de las medidas cautelares para establecer la situación que guarde el imputado ante el proceso.

Es importante destacar que, para la imposición y modificación de las medidas cautelares, las partes podrán ofrecer aquellos medios de prueba pertinentes para analizar

la procedencia de la medida solicitada, siempre y cuando la misma sea susceptible de ser desahogada en las siguientes veinticuatro horas, tal como lo dispone el último párrafo del artículo 154 del CNPP.

El artículo 163 del mismo ordenamiento contempla el derecho de las partes de invocar datos u ofrecer medios de prueba para que se imponga, confirme, modifique o revoque, según el caso, la medida cautelar. Para tal fin, el solicitante puede invocar los registros incorporados en la carpeta de investigación, con la finalidad de que sirvan de sustento a su petición.

De acuerdo con el principio de legalidad y jurisdiccionalidad, el CNPP contempla la facultad del juez de imponer al imputado una o varias de las medidas enlistadas en el artículo 155. Esto es, el legislador agrupó un listado de medidas cautelares, preferentes a la prisión preventiva, en el entendido de que ninguna de ellas podrá ser usada como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal.

La prisión preventiva es, como se ha señalado, de carácter oficiosa, al tratarse del catálogo establecido tanto en el artículo 19, segundo párrafo de la Constitución (reformado el 12 de abril de 2019), como en el párrafo tercero del artículo 167 del CNPP, por lo que la misma puede hacerse valer como medida cautelar en el momento posterior a que se formuló la imputación y se le hizo saber el derecho a declarar, conforme lo dispone el artículo 309, párrafo tercero del CNPP.

5.4.4. Personas facultadas para solicitar medidas cautelares

- El ministerio público, como una obligación contenida en la fracción XIX del artículo 131, en relación con los artículos 154, párrafo primero y 155, párrafo primero, todos del CNPP. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 157 del código en mención: “Sólo el Ministerio Público podrá solicitar la prisión preventiva, la cual no podrá combinarse con otras medidas cautelares previstas en este Código, salvo el embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero”.

- La víctima u ofendido (excepto la prisión preventiva), como uno de los derechos contenidos en el artículo 109, fracción XIX del CNPP, en relación con los artículos 154, párrafo primero y 155, párrafo primero de la misma legislación.
- El imputado mismo, en términos del artículo 113, fracción VII, podrá “solicitar ante la autoridad judicial la modificación de la medida cautelar que se le haya impuesto, en los casos en que se encuentre en prisión preventiva, en los supuestos señalados por este Código”.

5.4.5. Autoridad encargada de resolver

Al estar sometidas al principio de jurisdiccionalidad, las medidas cautelares solo pueden ser decretadas por el órgano jurisdiccional, de acuerdo con una interpretación armónica de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 18, párrafo primero y 19, párrafo segundo, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Los dos primeros artículos, es decir, los numerales 14 y 16, se refieren a la autorización judicial para afectar la libertad, papeles, bienes o posesiones de las personas; los dos últimos hablan específicamente sobre la afectación a la libertad personal del imputado (prisión preventiva).

La competencia jurisdiccional (artículo 133 del CNPP) comprende los siguientes órganos: juez de control, tribunal de enjuiciamiento y tribunal de alzada. Estas autoridades —dada su naturaleza urgente y en cumplimiento al principio de inmediatez que rige la resolución cautelar, así como al contenido del artículo 94, párrafo tercero, de la ley adjetiva nacional— serán las competentes para resolver sobre la imposición, modificación o revocación de una medida cautelar.

El juez de control es quien emite la primera resolución de medida cautelar durante la audiencia inicial; sin embargo, dada su naturaleza temporal, dicha resolución puede ser modificada en cualquier momento del proceso, quedando a cargo del órgano jurisdiccional de la etapa del proceso en que se actúe emitir la resolución que corresponda, si han variado los supuestos que originaron la imposición e incluso pronunciarse sobre la imposición de ella (s) si por alguna causa no fue solicitada o bien acordada(s) de conformidad ante el juez de control.

5.4.6. Clasificación de las medidas cautelares

De acuerdo con la doctrina tradicional, se clasifican en reales y personales.

Las medidas cautelares reales se imponen al imputado con el fin, no de garantizar el daño o perjuicio generado con motivo de la comisión de un hecho con apariencia de delito, sino simplemente de garantizar su presentación durante el proceso, atendiendo a los requisitos que señala la legislación nacional. En la clasificación de este tipo de medidas se encuentran la exhibición de una garantía económica, el embargo de bienes, así como la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero.

Por su parte, el artículo 174 párrafo tercero del CNPP señala la consecuencia para el imputado en el caso de haber exhibido una garantía económica y sea citado para comparecer ante el juez e incumpla, en dicho caso se requerirá al garante para que presente al imputado en un plazo no mayor a ocho días, advertidos ambos (garante e imputado) de que si no lo hicieren o no justificaren la incomparecencia, se hará efectiva la garantía a favor del Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral o sus equivalentes en las entidades federativas, previstos en la Ley General de Víctimas.

Las medidas cautelares personales tienen por objeto asegurar la presencia del inculpado en todas las fases del proceso y, singularmente, en la de juicio oral, así como la eventual ejecución de la pena impuesta, lo que se logra mediante la restricción, más o menos intensa, de su libertad. Todas las medidas cautelares personales se caracterizan por lo siguiente:

- 1) Instrumentalidad, pues no constituyen un fin en sí mismas, sino un medio para el logro de la efectividad de la sentencia que se dicte.
- 2) Provisionalidad, que conlleva su necesaria extinción cuando el proceso termine.
- 3) Variabilidad, ya que pueden ser modificadas, o dejadas sin efectos, o adoptadas de nuevo, a lo largo del proceso, en la medida que varíen, desaparezcan o resurjan los presupuestos que las hagan necesarias.

5.4.7. Prisión preventiva

Ahora bien, atendiendo a que el CNPP establece la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar, es menester mencionar los dos regímenes que a partir del 2008 ha adoptado la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sobre este tema:

- 1) El artículo 19 constitucional (reformado en 2019) amplió la lista de delitos de prisión preventiva oficiosa, considerando delitos como tales los siguientes:

abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción, tratándose de delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

Manteniendo la reserva de ley que permite, mediante normas secundarias, ampliar el catálogo de delitos graves atendiendo a los bienes jurídicos tutelados.

- 2) La prisión preventiva a solicitud del ministerio público (de acuerdo con el artículo 167 del CNPP): “cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”.

De la interpretación de la Norma Suprema, algunos autores consideran que la prisión preventiva no es en su concepción constitucional una medida cautelar, ello al ser en principio contrario a los derechos de libertad personal y presunción de inocencia por las siguientes razones:

- Establece la prisión preventiva oficiosamente, sin posibilidad de medida sustitutiva, atendiendo al tipo de delito imputado y no a las características del caso concreto, salvo la facultad del ministerio público contenida en el párrafo último del artículo 167 del CNPP de no solicitar dicha medida por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad, condicionando dicha solicitud a la autorización del procurador o del funcionario en quien se delegue esa facultad.
- No respeta los fines legítimos de la prisión preventiva, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Por su construcción normativa, la prisión preventiva oficiosa es una regla en esos casos y no una excepción.

Si bien es cierto que la libertad personal es un derecho fundamental cuya protección está garantizada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros tratados de derechos humanos, bajo la óptica constitucional, la prisión preventiva es una afectación a la libertad personal que riñe en primer término con el concepto de presunción de inocencia; sin embargo, estos mismos instrumentos internacionales señalan las condiciones en que un Estado puede llegar a restringir esa libertad, por ello se sostiene que debe tratarse de una excepción y cumplir, en términos de los derechos humanos reconocidos convencionalmente, con ciertos requisitos. Es decir, no puede imponerse como regla atendiendo solo a la existencia de indicios racionales de culpabilidad o al tipo

de delito imputado, sino que debe cumplir otros requisitos que la hagan idónea y proporcional en el caso concreto.

Así pues, si se analiza la prisión preventiva a partir del control difuso de la constitucionalidad y la convencionalidad, y en aplicación del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los jueces de cualquier fuero pueden inaplicar el sistema constitucional y legal de prisión preventiva para adoptar el establecido en las convenciones de derechos humanos, todo ello en aplicación de los principios *pro homine*, de progresividad, universalidad, interdependencia e indivisibilidad, que se sustenta con lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la tesis “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”. En este tenor, el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito ha establecido el criterio jurisprudencial “PRISIÓN PREVENTIVA. SU REGULACIÓN EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que será una detención arbitraria toda aquella que, aun establecida en la ley, sea irrazonable, imprevisible o desproporcionada. Bajo estos principios, e interpretando el artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicha jurisdicción internacional obliga a los Estados parte a no restringir la libertad personal más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que el imputado no impida el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eluda la acción de la justicia. Así pues, si bien se exige la existencia de indicios de responsabilidad, es requisito *sine qua non* para decretar la detención preventiva, que se cumpla con los fines legítimos que son asegurar que el imputado no impedirá el desarrollo del procedimiento, no eludirá la acción de la justicia ni pondrá en riesgo a la víctima, ofendido, testigo o a la comunidad.

Existen argumentos contenidos en el CNPP que hacen referencia a los criterios de idoneidad y proporcionalidad de las medidas, así como al principio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona (artículo 156 de dicho ordenamiento), adicionales al listado de delitos en los que aplica la prisión preventiva.

Cabe advertir que la prisión preventiva no podrá exceder los dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido ese término no se ha dictado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares (artículo 165 del CNPP). Este plazo se amplía en términos de lo previsto en la fracción IX, párrafo segundo del apartado B) del artículo 20 constitucional, que fija el plazo de dos años de duración de la prisión preventiva y que se justifica en el derecho de defensa.

En otro orden de ideas, la prisión preventiva justificada opera en contra del imputado solo cuando sea necesario:

- 1) garantizar su comparecencia en juicio,
- 2) garantizar el desarrollo de la investigación,
- 3) la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad y
- 4) cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea conexa o acumulable.

Es así que puede concluirse que, en una sociedad democrática, la prisión preventiva se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad de la medida, por lo que debe aplicarse de forma excepcional en virtud de que la libertad del procesado debe ser la regla mientras se resuelve en juicio. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito imputado no son justificación suficiente para imponer esta medida cautelar, que por ningún motivo debe concebirse como de carácter punitivo en virtud de la presunción de inocencia.

Es importante señalar que la imposición de la prisión preventiva justificada debe solicitarse y probarse bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad establecidos en un apartado anterior del presente trabajo.

5.4.7.1. Excepciones a la prisión preventiva

Estas excepciones están contempladas en el artículo 166 del CNPP y son las siguientes:

1. Cuando el imputado sea una persona mayor de 70 años o padezca una enfermedad grave terminal, se podrá ordenar prisión preventiva en el domicilio o en un centro geriátrico.
2. Mujeres embarazadas.
3. Madres durante la lactancia.

En esos casos, el juez podrá imponer las medidas cautelares que procedan de acuerdo con su criterio. Sin embargo, no gozarán de esas prerrogativas quienes a criterio del juez de control puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social. Las excepciones relativas al lugar en donde se pueda cumplir una privación de libertad en un lugar distinto a un centro de internamiento se supeditan al arbitrio del juzgador con los límites que la propia ley señala.

5.4.8. Temporalidad, autonomía y accesoriedad

El estudio de este apartado se hará a la luz de dos de sus características:

1. Provisionalidad. Las medidas cautelares son “siempre temporales” y tienen como máximo de duración el tiempo en que se lleve a cabo el proceso principal; sin embargo, pueden finalizar o transformarse si se modifican los presupuestos y circunstancias que justificaron su adopción. Las medidas podrán ser modificadas o dejadas sin efecto, de oficio o a instancia de parte según corresponda. Lo temporal es lo que no dura en el tiempo, en tanto que lo provisional está destinado a subsistir hasta que sobrevenga otro evento, es por ello que las medidas cautelares son provisionales, es decir, su duración corresponde

al tiempo que transcurre entre la resolución de la que emana la medida cautelar y el dictado de otra resolución que será considerada definitiva.

2. Instrumentalidad. Las medidas cautelares están sometidas a un proceso principal en curso y al ser instrumentales habrán de finalizar necesariamente con dicho proceso, extinguiendo sus efectos o transformándose. Bajo esta característica lo urgente no es la satisfacción del derecho, sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la resolución principal sea justa y eficaz en la práctica, por ello, aún decretada la medida cautelar, continúa la litis en el procedimiento, la medida no prejuzga, la instrumentalidad es hipotética dado que no anticipa un resultado concreto en el procedimiento.

En materia penal, una medida cautelar no se puede solicitar, obtener o ejecutar si no ha iniciado el proceso. Como ejemplo de ello, respecto de la vigencia de la medida cautelar, el CNPP sostiene lo siguiente:

1. “Cuando se determine la suspensión condicional de proceso, la autoridad judicial deberá suspender las medidas cautelares impuestas, las que podrán continuar en los mismos términos o modificarse, si el proceso se reanuda, de acuerdo con las peticiones de las partes y la determinación judicial” (artículo 179 del CNPP).

En este caso, si el imputado se encontrara en prisión preventiva deberá abrirse debate para resolver sobre la modificación de la medida.

2. “Cuando el sentenciado recurra a la sentencia condenatoria, continuará la vigencia de las medidas cautelares impuestas hasta que cause estado la sentencia, sin perjuicio de que puedan ser sujetas de revisión” (artículo 180 del CNPP).
3. “Cuando el proceso sea suspendido en virtud de que la autoridad judicial haya determinado la sustracción de la acción de la justicia, las medidas cautelares continuarán vigentes, salvo las que resulten de imposible cumplimiento” (artículo 181 del CNPP).

4. “En caso de que el proceso se suspenda por la falta de un requisito de procedibilidad, las medidas cautelares continuarán vigentes por el plazo que determine la autoridad judicial que no podrá exceder de cuarenta y ocho horas” (artículo 181 del CNPP).
5. “Si el imputado es declarado inimputable, se citará a una audiencia de revisión de la medida cautelar proveyendo, en su caso, la aplicación de ajustes razonables solicitados por las partes” (artículo 181 del CNPP).
6. Si se celebran acuerdos reparatorios de cumplimiento inmediato, el juez ordenará el cese de la medida cautelar, una vez declarada la extinción de la acción penal y en su caso dictado el sobreseimiento (artículo 328 en relación con la fracción VI del artículo 327, ambos preceptos del CNPP).
7. Si los acuerdos reparatorios fueren de cumplimiento diferido, la medida cautelar quedará vigente. Si fuese prisión preventiva lo procedente será abrir debate para la modificación de la medida.
8. Decretado el sobreseimiento con efectos de sentencia absolutoria, el juez ordenará el cese de todas las medidas cautelares que se hubieren decretado (artículo 328 del CNPP).

5.4.9. Control previo, control posterior

La medida cautelar requiere de control previo respecto de la evaluación de riesgo para la emisión de la resolución, esto cuando la medida sea distinta a la prisión preventiva.

Para el caso de la prisión, el juez evaluará su procedencia en los términos ya analizados, atendiendo a los principios de idoneidad, proporcionalidad y mínima intervención, mismos que aplican al grupo de medidas cautelares contenidos en las fracciones I a XIII del artículo 155 del CNPP.

El juez de control llevará a cabo dicha supervisión a fin de que el ministerio público y la víctima u ofendido sean congruentes en su solicitud, no solo en el número de medidas cautelares solicitadas, sino en la idoneidad de las mismas en relación con la naturaleza del delito

por el que se procesará al imputado, la necesidad de salvaguardar al proceso, a la víctima, al ofendido, a los testigos o a la comunidad.

El control posterior y hasta la culminación del proceso, cualquiera que sea la forma ordinaria o excepcional de terminación del mismo, corre a cargo del juez, de la autoridad de supervisión de medidas cautelares o del centro de internamiento correspondiente, ello de conformidad con la medida cautelar de que se trate.

5.4.10. Ejecución

Cuando se trata de prisión preventiva, la ejecución de dicha medida cautelar corresponde a los centros de internamiento creados para tal fin, tomando en consideración el contenido del párrafo segundo del artículo 153 del CNPP, que señala que “corresponderá a las autoridades competentes de la Federación y de las entidades federativas, para medidas cautelares, vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido”.

Por su parte, el artículo 18 constitucional en su párrafo primero parte segunda señala que el sitio donde se cumplirá la prisión preventiva “será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.

Una de las grandes aportaciones del CNPP es la creación de la autoridad competente denominada “autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso”, la cual cuenta con una base de datos nacional que permite dar seguimiento al cumplimiento de las medidas cautelares y el ministerio público está obligado a consultarla cuando realiza algunas solicitudes; como ha ocurrido en algunos estados.

La autoridad judicial solicitará un informe sobre el caso para decidir y resolver sobre la necesidad de imponer o revisar las medidas cautelares. El imputado y la defensa pueden acceder a la información disponible por parte de la autoridad para la supervisión y ejecución de medidas y salidas alternas, previo a la audiencia para debatir sobre la solicitud de la medida cautelar.

La evaluación de riesgo y seguimiento de medidas cautelares se inicia con la solicitud del ministerio público, defensa o juez. Dicha evaluación deberá ser realizada por personal especializado en la materia, integrado por un equipo multidisciplinario, cuya actuación deberá regirse por los principios de neutralidad, objetividad, imparcialidad y confidencialidad.

Si el imputado se encuentra detenido, la autoridad de supervisión de medidas cautelares realizará una entrevista inicial antes de que se solicite la audiencia inicial —dado que en ella se abrirá el debate de medidas cautelares—, formulada la imputación o dictado el auto de vinculación a proceso, según corresponda. Por el contrario, si el imputado no se encuentra detenido, la entrevista debe obrar previo al debate de formulación de la imputación.

Realizada la entrevista, la autoridad de supervisión verificará por los medios y fuentes autorizadas la veracidad de la información obtenida. Una vez elaborada la evaluación, la autoridad hará entrega a las partes de la información —previo a la celebración de la audiencia inicial o de la audiencia de formulación de imputación, según corresponda—, la cual será analizada previamente por el ministerio público o la defensa para estar en condiciones de hacer al juez las peticiones pertinentes. Sin embargo, la autoridad de supervisión de medidas cautelares iniciará la evaluación siempre y cuando las medidas cautelares sean distintas a la prisión preventiva, en cuyo caso rigen las reglas ya analizadas.

La autoridad deberá informar al imputado sobre los alcances y lineamientos de la supervisión a que estará sujeto. Esta autoridad recopilará la información necesaria para desarrollar un plan de supervisión que permita la canalización adecuada del imputado a los servicios de asistencia, públicos o privados, en materia de salud, empleo, educación, vivienda o de apoyo jurídico, debiendo llevar un seguimiento del plan y registrar las actividades necesarias para que se tenga certeza del cumplimiento o incumplimiento de las medidas cautelares. En caso de que se advierta un riesgo objetivo inminente de fuga o de afectación a la integridad personal de los intervinientes, deberá informarse a las partes de forma inmediata para que puedan solicitar al juez la revisión de la medida cautelar.

Esta autoridad se encuentra regulada en los artículos 176 a 182 del CNPP y es a quien corresponde vigilar el cumplimiento y eficacia de las medidas cautelares que sean distintas a la prisión preventiva.

La autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso tendrá las obligaciones que establece el artículo 177 del CNPP, debiendo proporcionar a las partes la evaluación de riesgo del imputado, así como informarles, y al juez, el seguimiento de las medidas cautelares.

La experiencia en los años de aplicación de este sistema penal acusatorio ha mostrado que los imputados, una vez puestos en libertad bajo una medida cautelar distinta a la prisión preventiva, inician cumpliendo con ella y por tanto dando lugar a la terminación de los procesos con soluciones alternas o formas de terminación anticipada; sin embargo, actualmente puede verse que los imputados incumplen con esta oportunidad que les confiere la ley para seguir su proceso en libertad, adoptando rebeldía en el cumplimiento de las medidas impuestas por el juez, lo que origina que ante el aviso de incumplimiento, el ministerio público solicite una audiencia ante el juez de control con el fin de solicitar la modificación o revocación de la medida cautelar impuesta inicialmente.

5.4.11. Medios de impugnación

El CNPP es muy claro en señalar que: “Todas las decisiones judiciales relativas a las medidas cautelares reguladas por este Código son apelables” (artículos 160 y 247, fracción V).

La interposición del recurso no suspende la ejecución de la resolución impugnada, lo que significa que el recurso de apelación tiene efectos devolutivos en tanto no exista cambio de situación jurídica.

Las personas autorizadas para recurrir por escrito dentro de los tres días siguientes a que surta efectos la notificación de la resolución cautelar son el ministerio público y/o la víctima u ofendido y el imputado (artículo 471 del CNPP).

La víctima u ofendido tendrá derecho en el proceso a solicitar medidas cautelares (artículo 109 fracción XIX en relación con los artículos 467, fracción V y 472, del CNPP).

El imputado, por su parte, tiene derecho a solicitar ante la autoridad judicial la modificación de la medida cautelar que se le haya impuesto, en los casos en que se encuentre en prisión preventiva (artículo 113, fracción VII, en relación con los artículos 467, fracción V y 472 de la ley adjetiva nacional).

5.4.12. Trámite vía audiencia

Para que el órgano jurisdiccional pueda imponer una medida cautelar, esté o no detenido el imputado, resulta necesaria la celebración de una audiencia con las partes, en la que se efectúen alegaciones y pruebas sobre su procedencia. En esta audiencia debe estar presente el ministerio público, el imputado —asistido por su abogado—, así como la víctima u ofendido y su asesor jurídico; no obstante, la inasistencia de estos últimos no impide la celebración de la audiencia, el trámite se sustancia en términos de los artículos 153 a 175 del CNPP.

La legislación nacional exige la celebración de una audiencia tanto para solicitar como para modificar o revocar una medida cautelar.

Existen diversos supuestos que darán lugar a la celebración de audiencias donde se debata la procedencia de la imposición o no de una o varias medidas cautelares:

1. Medida cautelar por razones de seguridad. De acuerdo con el artículo 22 del CNPP:

Será competente para conocer de un asunto un Órgano jurisdiccional distinto al del lugar de la comisión del delito, o al que resultare competente con motivo de las reglas antes señaladas, cuando atendiendo a las características del hecho investigado, por razones de seguridad en las prisiones o por otras que impidan garantizar el desarrollo adecuado del proceso.

Lo anterior es igualmente aplicable para los casos en que por las mismas razones la autoridad judicial, a petición de parte, estime necesario trasladar a un imputado a algún centro de reclusión de máxima seguridad, en el que será competente el Órgano jurisdiccional del lugar en que se ubique dicho centro.

Con el objeto de que los procesados por delitos federales puedan cumplir su medida cautelar en los centros o establecimientos penitenciarios más cercanos al lugar en el que se desarrolla su procedimiento, las entidades federativas deberán aceptar internarlos en los centros o establecimientos penitenciarios locales con el fin de llevar a cabo su debido proceso, salvo la regla prevista en el párrafo anterior y en los casos en que sean procedentes medidas especiales de seguridad no disponibles en dichos centros.

2. Actuaciones urgentes ante juez de control incompetente. En relación con el artículo 29 del CNPP:

La competencia por declinatoria o inhibitoria no podrá resolverse sino hasta después de que se practiquen las actuaciones que no admitan demora como las providencias precautorias y, en caso de que exista detenido, cuando se haya resuelto sobre la legalidad de la detención, formulado la imputación, resuelto la procedencia de las medidas cautelares solicitadas y la vinculación a proceso.

El juez de control incompetente por declinatoria o inhibitoria enviará de oficio los registros y, en su caso, pondrá a disposición al imputado del juez de control competente después de haber practicado las diligencias urgentes enunciadas en el párrafo anterior.

Si la autoridad judicial a quien se remitan las actuaciones no admite la competencia, devolverá los registros al declinante; si este insiste en rechazarla, elevará las diligencias practicadas ante el Órgano jurisdiccional competente, de conformidad con lo que establezca la Ley Orgánica respectiva, con el propósito de que se pronuncie sobre quién deba conocer. Ningún Órgano jurisdiccional puede promover competencia a favor de su superior en grado.

En este caso no se puede promover incidente de incompetencia por inhibitoria, por disposición expresa del artículo 28, penúltimo párrafo del CNPP.

Si se resuelve la acumulación, el Juez de control solicitará la remisión de los registros, y en su caso, que se ponga a su disposición inmediatamente al imputado o imputados. El Juez de control notificará a aquellos que tienen una medida cautelar diversa a la prisión preventiva la obligación de presentarse en un término perentorio ante él, así como a la víctima u ofendido (artículo 34 del CNPP).

3. Como derecho del imputado a solicitar la modificación de la medida que se le haya impuesto ante la autoridad judicial en los casos en que se encuentre en prisión preventiva (artículo 113 fracción VII del CNPP).
4. Si se trata de medidas de protección en los casos en los que el ministerio público ordenó, fundada y motivadamente, la aplicación de las medidas de protección contenidas en las fracciones I, II y III del artículo 137 del CNPP que son: la prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima u ofendido; la limitación para asistir o acercarse al domicilio de la víctima u ofendido o al lugar donde se encuentre; la separación inmediata del domicilio. Dentro de los cinco días siguientes a la imposición de las medidas de protección previstas en las fracciones en mención, deberá celebrarse una audiencia en la que el juez podrá cancelarlas, ratificarlas o modificarlas mediante la imposición de las medidas cautelares correspondientes.
5. Cuando una vez concluido el juicio, la sentencia se dicta por un delito que ya no se encuentre contemplado en los delitos de prisión preventiva oficiosa.
6. Por prisión preventiva de los inculpadados en el sistema procesal penal mixto. Aplicabilidad del artículo 5° transitorio de la legislación nacional (vía incidental ante el juez tradicional).

Con la intención de actualizar el presente manual, resulta trascendente señalar parte del desarrollo jurisprudencial que se ha estado forjando en los últimos años y que ha permitido aclarar la institución procesal que ahora se analiza.

En este sentido, se precisan algunos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre los que destacan:

PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. PARA IMPONERLA, BASTA ACREDITAR QUE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES SON INSUFICIENTES PARA GARANTIZAR ALGUNO DE LOS SUPUESTOS ESTABLECIDOS EN LOS ARTÍCULOS 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y 167, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, O QUE EL IMPUTADO ESTÁ SIENDO PROCESADO O FUE SENTENCIADO PREVIAMENTE POR LA COMISIÓN DE UN DELITO DOLOSO, SIN NECESIDAD DE VERIFICAR Y ANALIZAR TODAS Y CADA UNA DE DICHAS HIPÓTESIS.²⁰

PRISIÓN PREVENTIVA. PROCEDE ORDENAR SU CESE Y LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR DISTINTA, CUANDO SU DURACIÓN HA EXCEDIDO EL PLAZO DE DOS AÑOS, SIN QUE ELLO DERIVE DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO, SINO DE OTRA CIRCUNSTANCIA, COMO LA SOLUCIÓN DE UN CONFLICTO COMPETENCIAL SUSCITADO EN LA CAUSA.²¹

RATIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CUANDO SE RECLAMA COMO ÚNICO ACTO, POR HABERSE CONSUMADO CON MOTIVO DE LA MEDIDA CAUTELAR QUE PARA ESE MOMENTO RIGE SU SITUACIÓN JURÍDICA.²²

PRISIÓN PREVENTIVA. LAPSO QUE DEBE CONSIDERARSE COMO TAL.²³

20 Tesis: XVII. 2o.P.A.36, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, noviembre de 2019, p. 2449.

21 Tesis: II.3o.P.54, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, marzo de 2019, p. 2762.

22 Tesis: II.1o.43P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. IV, septiembre de 2016, p. 2940.

23 Tesis: 1ª. CLXXXII/2011(9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. 2, octubre de 2011, p. 1095.

PRISION PREVENTIVA. PROCEDE QUE LOS INCUPLADOS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL MIXTO SOLICITEN LA REVISIÓN DE DICHA MEDIDA, DE CONFORMIDAD CON EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO QUINTO TRANSITORIO DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, PUBLICADO EN EL *DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN* EL 17 DE JUNIO DE 2016.²⁴

Estos criterios ilustran sobre el fin que se busca al imponer una prisión preventiva, el momento en que la medida cautelar rige la situación jurídica de los imputados, el lapso que comprende la prisión preventiva, el máximo de duración, así como la interpretación del artículo 5° transitorio de la legislación nacional.

En síntesis, el juez, en el marco de su poder decisorio, ponderará los intereses legítimos contrapuestos hechos valer en audiencia bajo las reglas del debido proceso para la persona investigada y velará por los intereses de la víctima u ofendido, buscando la efectividad de la aplicación de la ley, para lo cual se servirá de las medidas cautelares solicitadas por las partes en audiencia pública donde se expongan los fundamentos fácticos y jurídicos de la petición sustentada con los datos de prueba con que cuente el solicitante. El juez deberá resolver no solo con base en la legalidad de la solicitud, sino en estricto respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, los tratados internacionales y las legislaciones aplicables.

Este fin solo se alcanzará con la profesionalización de los operadores del sistema. Dado que la imagen que lo permea actualmente es de fracaso, cuyo origen es multifactorial, pero deriva particularmente del gran número de carpetas que se judicializan sin el debido sustento en materia de investigación y de la falta de interés de las partes de acudir a juicio, así como del soborno, la intimidación o las amenazas a víctimas y testigos, particularmente. Motivos por los cuales los operadores de justicia debemos estar “preparados” para enfrentar el reto de sacar adelante este sistema, al tener en nuestras manos la oportunidad de mejorar y hacer más eficiente la justicia penal en México.

24 Tesis 1a./J.74/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, octubre de 2017, p. 453.

5.5. LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA BAJO EL SUPUESTO DEL USO DE UN ARMA

Mauricio Lozoya Alonso

5.5.1. Un acercamiento al tema de la prisión preventiva oficiosa bajo el supuesto del uso de un arma

5.5.1.1. Bloque de constitucionalidad. Derechos humanos, límite al poder estatal

La consideración de un Estado de derecho actualmente debe hacerse bajo la lupa indispensable de una Constitución que recoge los derechos fundamentales como parámetro para ostentar tal calificativo que permita considerarlo realmente como democrático. No basta asumir una democracia meramente formal si los seres humanos no son garantizados en su dignidad como tales, de ahí que deba recogerse un espíritu sustancial de la democracia en el que la Constitución sea el principal instrumento para ello, pues solo así puede hablarse de un verdadero Estado democrático de derecho como protector y garante efectivo de la realización de los derechos fundamentales; de otra suerte, siguiendo la distinción que hace Elías Díaz, solo podríamos hablar de un Estado con derecho, mas no de un Estado de derecho en el que su razón de ser son precisamente los derechos humanos.²⁵

25 Díaz, Elías, "Estado de derecho y legitimidad democrática", en Carbonell, Miguel et al. (comps.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002, pp. 63, 68 y 69.

Así, la Constitución es el instrumento que establece la directriz para el contenido de las demás normas que componen un sistema jurídico, también llamadas normas de segundo orden, porque implica precisamente dicha exigencia: que las demás normas se adapten a la *serie de principios y obligaciones* que establece aquella.²⁶ En este sentido, las autoridades legislativas, administrativas y judiciales deberán ajustar su actuación al respeto irrestricto de esos principios y obligaciones, entendidos como la esfera de lo que no pueden trastocar o modificar, lo indecible para ellos, al grado de que el acato a ello debe imperar incluso ante propuestas mayoritarias.²⁷ Lo anterior en atención al carácter sustancial que la democracia adquiere a raíz del propio Estado de derecho aludido²⁸ y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha resaltado al señalar:

[...] la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales [...] la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ [...] que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial [...] el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley.²⁹

26 Summers, Robert S., *La naturaleza formal del derecho*, traducción de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2001, pp. 79-81.

27 Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 2017, pp. 95-100.

28 Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2010, pp. 212-215.

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia del 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones), párrafo 239.

En ese sentido resulta que la Constitución establece los límites de actuación de la autoridad pública, como también la exigencia de deberes, ya que esta priva en jerarquía sobre las demás normas que componen el ordenamiento jurídico de un Estado, es lo que implica el llamado *imperio de la ley* a que alude Elías Díaz,³⁰ y que trasciende a una nueva visión de la idea de legalidad; dicho de otra forma, no se trata solo de la existencia de leyes, sino de la sujeción de todos los poderes a la Constitución como receptora de los derechos humanos, de tal suerte que Legislativo, Ejecutivo y Judicial se encuentren controlados por la ley. El *principio de imperatividad*, como lo llama Rodolfo Vázquez, nos lleva a destacar que:

[...] la primacía de la ley no agota su justificación en el principio de legalidad, sus exigencias van más allá de la mera existencia de las normas jurídicas [...] y que nos dice [dicho principio] no como es, sino como debe ser el derecho.³¹

La nueva visión de la Norma Suprema ha conducido a hablar de constitucionalismo o democracia constitucional, donde los derechos fundamentales reconocidos en ella se ostentan como el principal parámetro de actuación de toda autoridad. Ya no se trata de una simple legalidad como base de legitimación de los actos de autoridad, sino de advertir que la propia Constitución trasciende como una barrera infranqueable de su actividad, tal cual son los derechos fundamentales, resultando así límites no solo formales, sino materiales al poder,³² por lo que puede afirmarse que el derecho no es un instrumento del poder, sino a la inversa, el poder es un instrumento del derecho,³³ ya no es un derecho del Estado, sino un derecho sobre el Estado.³⁴

30 Díaz, Elías, *op. cit.*, p. 68.

31 Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, 1ª reimp. Madrid, Trotta, 2016, pp. 204 y 205.

32 Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2006, pp. 72, 85-87.

33 Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, *op. cit.*, p. 210.

34 Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 114.

La transformación que se vive con este nuevo paradigma es radical, pues los derechos fundamentales dejan de contemplarse de forma programática, para entenderlos de manera normativa³⁵ como fuente de derechos y como un marco que representa las obligaciones del Estado y de los diversos poderes que lo integran con relación a aquellos, de tal suerte que conlleva una vinculación directa para los mismos.³⁶

Así, el Poder Legislativo al crear las leyes no solo deberá respetar el proceso formal para ello, sino tener presente que bajo los límites que imponen los derechos humanos asimilados por la Constitución deberá respetarlos, con la certeza de que, de no hacerlo, la ley creada será neutralizada por el órgano jurisdiccional. Esta aplicación directa incumbe de la misma manera al Poder Judicial, dado que habrá de considerar los derechos humanos en toda su actuación, incluso al formar juicio sobre la ley; esto es, la función del juzgador no se reduce simple y llanamente a aplicar la ley ordinaria, sino que habrá de considerar si en su aplicación afecta o no un derecho fundamental, lo que conlleva que esa vinculación directa lo faculte para aplicar el dispositivo constitucional, lo cual tiene una proyección tal que podrá realizarlo aun cuando no encuentre regulación en la norma ordinaria.³⁷

Acorde con lo anterior, los derechos fundamentales podrán ostentarse como *guías imperativas en la creación del derecho* para el Poder Legislativo, en torno a aquello que puede o no hacer; a su vez, por lo que hace al Poder Judicial, este se erige cabalmente como órgano de control de la actuación de aquel, destacando así diversas opciones y teniendo como base los derechos fundamentales, es decir, regirá su actuar como *baremo de interpretación y aplicación de las demás normas*. Circunstancia que, como se dijo, puede llevarse a cabo de manera directa, ya sea porque la *materia concreta no está regulada* en la norma ordinaria, o bien, *porque se encuentra regulada de manera deficiente* considerando evidentemente para ello *todo el bloque normativo* que implica ese derecho fundamental y, en el último extremo,

35 Nash Rojas, Claudio, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, Fontamara, 2010, pp. 67-69.

36 Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 88-92.

37 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, pp. 114-120.

dejar de aplicar la norma ordinaria que se cuestiona por ser contraria a aquel, de tal manera que los *derechos fundamentales* se traducen en *criterios preferentes de interpretación* donde la misma deberá eficientar los derechos fundamentales, *la interpretación más favorable para su efectividad*.³⁸

Los jueces ordinarios se encuentran vinculados a esta obligación, aunque son los tribunales constitucionales los encargados de declarar la inconstitucionalidad,³⁹ como se destaca en los artículos 1° y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), y que en lo relativo al proceso penal, se enfatiza en el artículo 2° del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). Los tribunales federales⁴⁰ han destacado el marco internacional como el control difuso de la constitucionalidad de las normas, aunque quizá habría sido idóneo que se contemplara de manera literal como en su momento lo hiciera el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, ahora Ciudad de México, que aun cuando no llegó a tener aplicación, en ese aspecto resultaba un modelo a seguir cuando en su artículo 15 establecía:

PRINCIPIO DE LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Los jueces o Magistrados y los Ministerios Públicos deberán integrar las normas procedimentales con las de carácter constitucional e internacional, interpretando y aplicando las primeras de modo que den cumplimiento a las exigencias contenidas en las dos últimas.⁴¹

Considero dicho numeral un texto claro y concreto que reflejaba propiamente lo que representa la Constitución en lo que atañe a los derechos fundamentales, a la vinculación

38 *Idem*.

39 Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 91-94.

40 Tesis P. LXVII/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, t. I, diciembre de 2011, p. 535, registro 160589, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

41 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicado el 22 de julio del 2013 en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* (ahora Ciudad de México).

directa, a los límites del legislador, así como a los criterios preferentes de interpretación y de armonización, señalando claramente lo que representa el constitucionalismo y el bloque de constitucionalidad.

5.5.1.2. Límites (obligaciones)

Al ser vinculados directamente los poderes estatales con los derechos fundamentales, y observados estos como barreras a su actuar, puede concluirse que el establecimiento de límites en torno a los derechos fundamentales entraña una relación muy particular que, en lo que interesa a este trabajo, se ilustra bajo la fórmula de los derechos subjetivos como derechos reflejos. Esto es, si consideramos que el afirmar que cada persona es titular de un derecho presupone la relación donde otro está sujeto a una obligación determinada, sea de no hacer (abstención o pasiva) o bien de hacer (derechos que enmarcan prestaciones por parte del obligado),⁴² donde su incumplimiento llevara aparejada o la invalidez de una norma o la exigencia de cumplimiento a través de la tutela judicial, puede expresarse de la siguiente forma:

Ante el derecho “X” de una persona El Estado debe abstenerse de interferirlo

No obstante, los derechos habrán de ser regulados, considerando que los límites del derecho de cada cual están restringidos por los derechos de terceros u otros bienes o valores jurídicos de interés general,⁴³ de ahí que se diga que no se trata de derechos absolutos;⁴⁴ sin embargo, tales limitaciones, interferencias o restricciones no están dispuestas a la arbitrariedad de la autoridad, sino que deben satisfacer diversas exigencias.

⁴² Prieto Sanchís, *op. cit.*, pp. 129-131.

⁴³ Nash Rojas, Claudio y Núñez Donald, Constanza, *Derechos Humanos y proceso penal: estándares de la jurisprudencia interamericana*, México, Ubijus, 2016, pp. 32-36.

⁴⁴ Prieto Sanchís, *op. cit.*, pp. 146-148.

La restricción de un derecho no puede implicar su destrucción o transformación, es decir, que resulte irreconocible luego de la restricción, pues trastocaría su contenido esencial;⁴⁵ ciertamente, podría plantearse, por ejemplo, que con la restricción de un derecho se protege la seguridad o el orden social, pero no es factible pretender que se consiga a cualquier costo.⁴⁶ Asimismo, si un legislador o un juzgador restringe un derecho deberá justificarlo ponderando los derechos en conflicto, de manera que se satisfaga el principio de proporcionalidad.⁴⁷

Así pues, la restricción tendrá que estar contemplada por la ley, bajo la idea de poder o facultad, pues para ser legítima debe respetar el contenido esencial del derecho y satisfacer el principio de proporcionalidad, como se ilustra en el siguiente esquema:

El Estado tiene el poder para interferir “X”	si cumple con “Y”
Si el Estado no cumple con “Y”	el acto de interferencia es nulo

Es de destacar que en el caso de nuestro país, no puede haber más restricciones a los derechos humanos que aquellos que la propia CPEUM establece,⁴⁸ de tal suerte que la regulación que haga el legislador habrá de tomar en consideración tal supuesto, de otro modo, simple y llanamente será inconstitucional, y correlativamente, al regular dichas restricciones tendrá que cumplir con las exigencias señaladas. A su vez, el juzgador deberá formar juicio sobre la norma o el acto para verificar si se satisfacen tales supuestos, *buscando la interpretación que de mejor manera garantice la efectividad del derecho en cuestión*, como lo señalamos con antelación; la vinculación con la Constitución abarca el considerar los derechos fundamentales como pautas normativas de interpretación, así como el principio pro persona al que nos referimos más adelante.

45 *Ibidem*, pp. 140-143.

46 Nash Rojas y Núñez, *op. cit.*, pp. 113 y 114.

47 *Idem*.

48 Artículo 1o. [...] todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece [...].

5.5.2. Bloque de constitucionalidad y obligatoriedad

La Constitución no puede ser vista como un embudo cerrado en cuanto a los derechos que protege, en cuanto a lo indecible, pues es factible que la misma se integre por principios y valores que de manera expresa no se detallan en su texto, pero que deben tenerse como parte de ella. Lo anterior representa el llamado bloque de constitucionalidad,⁴⁹ lo cual puede verificarse por remisión de la propia Constitución en su artículo 1° al establecer que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en ella, así como en los tratados internacionales de los que sea parte, denotando en ello la integración como normas regidoras del actuar de toda autoridad aquellas normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales, destacando su obligatoriedad (por si tal ordinal no bastare) por el reconocimiento de los tratados internacionales de los que forme parte como norma suprema, según establece el artículo 133 de la propia Carta Magna.

En ese sentido, tenemos que el bloque de constitucionalidad se integra tanto por lo que nuestra Constitución establece en materia de derechos humanos (que se ve reflejado en el título I), como por todas aquellas normas relativas a estos que se contemplan en los tratados internacionales de los que sea parte, así como también por, considerando los alcances de dichos tratados, la jurisprudencia de la Corte IDH, no solo porque el Estado mexicano asumió la competencia contenciosa de dicho órgano internacional el 16 de diciembre de 1998, sino porque tal instrumento es el intérprete primordial de las reglas que contiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),⁵⁰ ya sea a través de su jurisprudencia al decidir un caso determinado, o bien a través de opiniones consultivas que cualquier Estado parte puede solicitar a la propia Corte, según previenen los artículos 64 y 67 del referido

49 Uprimny Yepes, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, 2008, p. 31.

50 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), adoptada el 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Senado el 18 de diciembre de 1980, según Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del día 9 de enero de 1981.

instrumento internacional.⁵¹ Así pues, si esta es quien determina los alcances de la Convención, ineludiblemente dicha interpretación debe tenerse presente en la apreciación de la misma, como lo ha expuesto la propia Corte IDH en un caso sometido a su conocimiento precisamente contra el Estado mexicano:

[...] este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella [...] En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁵²

Es así que las disposiciones de los tratados internacionales, las opiniones consultivas y la jurisprudencia de la Corte IDH se integran al bloque de constitucionalidad y resultan de observancia obligatoria para todo el Estado, lo cual es aún más enfático cuando ello ha sido reiterado en la solución de casos en los que México ha sido parte, entre ellos el de Radilla, resultando de esta manera que la primacía con la que cuenta la Constitución —digamos— escrita se comparte con aquellas normas internacionales, esto es, se extiende a favor de la protección de los derechos humanos.⁵³

Como se aprecia, las fuentes del derecho se entienden ampliadas para toda autoridad estatal, entre ellos, muy particularmente para quienes desempeñan la función jurisdiccional, de tal suerte que si hay un derecho humano precisado en el marco internacional debe ser

51 Sagüés, Néstor Pedro, *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 458 y 459.

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia del 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 339.

53 Herrerías Cuevas, Ignacio F. y del Rosario Rodríguez, Marcos, *El control de constitucionalidad y convencionalidad*, México, Ubijus, 2012, p. 73.

acatado como parte del bloque de constitucionalidad, ya sea porque el ordenamiento interno (Constitución escrita o leyes secundarias) no lo contempla, *lo establece de manera deficiente o establece reglas contradictorias* con aquel,⁵⁴ pero necesariamente deberá atenderse como norma suprema que es. Esto mismo acontece con el derecho de libertad personal.

5.5.3. Principio pro persona

El principio pro persona es un tópico relevante a considerar cuando se habla de derechos humanos, tomando en consideración el objeto, la finalidad y el efecto útil del tratado en relación con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁵⁵ en su interpretación al contexto del instrumento internacional, el cual se integra —entre otros puntos— por el preámbulo —que en los instrumentos internacionales de derechos humanos resalta la protección de la persona—, el cual reitera que no se trata de una vinculación jurídica entre Estados, sino ante el individuo al cual el Estado tiene la obligación de proteger.⁵⁶

Lo anterior nos permite atender dos visiones. La primera es la interpretación extensiva de los derechos que implica reiterar que habrá de buscarse siempre la efectividad de los mismos; de tal suerte que cuando, por ejemplo, la norma esté regulada de manera *deficiente*, su interpretación deberá atender como parámetro a la más amplia protección del individuo en torno al derecho de que se trate. La segunda se refiere a que *ante dos o más interpretaciones posibles*, deberá atenderse a la que en mayor medida favorezca la efectividad⁵⁷ del derecho humano en cuestión, por ejemplo, una norma que por un término lingüístico pudiera implicar una interpretación que de un lado genera una restricción, ante otra que conlleva limitar aún más la restricción, se atendería esta última.

54 Nash Rojas y Núñez, *op. cit.*, pp. 57-63.

55 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada el 21 de marzo de 1986, firmada por México en la misma fecha, aprobada por el Senado el 11 de diciembre de 1987, según Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de enero de 1988.

56 Nash Rojas y Núñez, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

57 *Idem.*

Por otro lado, tratándose de restricciones de derechos, la interpretación habrá de ser restringida, taxativa,⁵⁸ considerando que debe ser precisa y concreta en la ley, con la acotación de que en el supuesto de que la norma relativa admita la posibilidad de dos interpretaciones, consideramos sería factible atender a la interpretación más favorable, cuando evidentemente no podría ser la que más afecta el derecho humano en cuestión, porque ello implicaría una interpretación extensiva de la restricción; y, por otro, tratándose de un concurso de normas en torno a una restricción, habrá de considerarse aquella que brinde mayor protección al derecho en cuestión,⁵⁹ por ejemplo, en el conflicto entre una norma que establece una restricción general de un derecho y otra que da la pauta para no ampliar su aplicación, habrá de preferirse la aplicación de esta.

5.5.4. Restricciones a la libertad (prisión preventiva). Exigencias

La libertad, como cualquier derecho, amerita una regulación. Para ello, como en toda restricción deben satisfacerse diversas exigencias con la finalidad de que en su calidad de derecho humano no sea afectado de manera ilegítima por la autoridad legislativa o judicial.

Cabe recordar que en el ámbito regional el marco de protección de la libertad personal es el artículo 7° del Pacto de San José, donde se parte de la protección general en su incisos 1 y 2, para enfatizar en los siguientes las referencias específicas al tratarse de un procedimiento penal.

En el mismo numeral del Pacto en mención, incisos 3, 4 y 5 se emplean los términos de “detención”, “encarcelamiento” y “retención”, por lo que es prudente precisar que en lo relativo al procedimiento penal se pueden presentar diversas afectaciones a partir de un punto inicial, donde la utilización de dichos términos denotan la intención de ampliar la protección del derecho a la libertad. Para aclarar tales extremos, resulta ilustrativa la Observación General N° 35 del

58 *Ibidem*, pp. 44 y ss.

59 *Ibidem*, pp. 44 y 45.

Comité de Derechos Humanos, a propósito del artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no solo por ser vinculante para nuestro país, sino por la correspondencia que tiene con el artículo 7° del Pacto de San José: “13. El término ‘detención’ se refiere a toda aprehensión de una persona que da inicio a su privación de libertad, y el término ‘prisión’ se refiere a la privación de libertad que comienza con la detención y que se prolonga desde la aprehensión hasta la puesta en libertad [...]. 24. [...] Dado que por ‘detención’ se entiende el inicio de una privación de libertad [...]”.⁶⁰

De lo anterior puede extraerse que el punto de inicio es precisamente la detención de una persona, es ahí cuando comienza la privación de la libertad, por ejemplo, una detención por flagrancia; sin embargo, posterior a ello, se pueden dar subsecuentes interferencias, y con ello restricciones, tales como el mantenimiento de la privación de la libertad, y podremos apreciar determinaciones tales como —en lo relativo a México y de acuerdo con el objetivo del presente trabajo— la retención o la prisión preventiva como medida cautelar. Precisión que se hace a efecto de destacar que todo acto (pues pueden ser independientes entre sí, aun cuando no autónomos, al derivar del acto inicial) debe satisfacer las exigencias que el bloque de constitucionalidad exige para tenerlo como legítimo. Es decir, la detención debe tener una justificación; la retención, como acto diverso, otra; y la prisión preventiva, una diversa, aun cuando cada una implique satisfacción de las mismas exigencias, como todo acto que restringe derechos humanos.

Ya hemos adelantado que las restricciones a los derechos fundamentales no son al arbitrio de la autoridad estatal, sino que deben satisfacer ciertas exigencias; por lo que hace a la libertad, la protección es amplia, de acuerdo con el artículo 7°, inciso 2 del pacto de San José que establece: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

60 ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 35. Disponible en <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=553e0fb84>

Así, resalta en el marco internacional la primera exigencia para la restricción de la libertad, esto es, atender al *principio de legalidad*,⁶¹ lo cual implica que causa de la restricción debe estar prevista por la ley, pero, al mismo tiempo, que la propia Constitución establece la restricción aun cuando sea regulada por la ley secundaria, de otra suerte esta se vería afectada en su validez sustancial.

No obstante, la exigencia de legalidad conlleva que la causa sea concreta, clara, de modo tal que se ha homologado como si del principio de tipicidad⁶² se tratara, según lo ha establecido la Corte IDH:

Esta disposición contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material) [...] ⁶³ [...] La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.⁶⁴

61 Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005, pp. 219 y 220.

62 Nash Rojas y Núñez, op. cit., pp. 32 a 34, 44, y 121 a 125.

63 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday vs. Surinam. Sentencia del 21 de enero de 1994 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 47.

64 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 57.

La causa debe ser concreta, clara, precisa y, aunado a ello, se colige —atendiendo a tales criterios jurisprudenciales— que rige un principio que podríamos llamar de no retroactividad de la causa legal de la restricción, pues esta necesariamente debe estar precisada de antemano,⁶⁵ esto es, antes de la imposición. Sin embargo, en torno a los supuestos en los que la norma restrictiva no revista la claridad y precisión, y que por esas razones pudiera tenerse como una regulación deficiente o ambigua de la misma, no se han encontrado pronunciamientos de la Corte IDH, no obstante, se puede advertir que la solución deberá encontrarse en lo que representan los derechos humanos como guías de interpretación, como en el principio pro persona, en el entendido de que aquellos deberán apreciarse de la manera más amplia y las restricciones de forma limitada, dando la mayor vigencia al derecho humano que pueda verse afectado, como en este caso, la libertad física.

El inciso 3 del artículo 7° de la CADH destaca la segunda exigencia para las restricciones que afectan la libertad: que no sean arbitrarias. En lo concerniente al presente trabajo se debe tener presente el inciso 5 del mismo numeral, pues ello nos lleva a considerar no solo cualquier afectación a la libertad, sino particularmente aquella restricción que se cristaliza en una medida cautelar: la prisión preventiva.

Al respecto, cabe mencionar que dentro de las diversas vertientes de la presunción de inocencia se encuentra la de su consideración como regla de trato, de ahí que resulte clara la tensión que se genera con relación a las medidas cautelares, en particular frente a la prisión preventiva,⁶⁶ pues de no justificarse (como implica la no arbitrariedad) se traduciría incluso en una pena anticipada para quien se presume inocente;⁶⁷ de ahí que debe entenderse que la prisión preventiva como medida cautelar es de carácter excepcional, según lo establece también el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero

65 En el mismo sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, sentencia del 21 de septiembre de 2006, párrafo 89.

66 Vegas Torres, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, La Ley, 1993, pp. 35-39.

67 García Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, México, Porrúa, 2012, p. 61.

su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.⁶⁸

La prisión preventiva es excepcional, así que cuando se afecta la libertad, además de la causa legal debe justificarse con la ausencia de arbitrariedad,⁶⁹ motivo por el cual la Corte IDH ha proporcionado diversas directrices:

53. [...] lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagra en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción.

93. (...) [N]o es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario [...] a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal

68 Adoptada en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, en vigor el 23 de marzo de 1976, adhesión de México el 24 de marzo de 1981 por decreto publicado en el *Diario oficial de la Federación* del 20 de mayo de 1981, una fe de erratas el 22 de junio del mismo año.

69 Medina Quiroga, *op. cit.*, pp. 221-223; Nash Rojas y Núñez, *op. cit.*, pp. 124-130.

supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención. 107. [...] las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. [...] las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión.⁷⁰

La Corte IDH destaca el carácter de la obligación del Estado con relación al derecho fundamental que nos atañe, lo que le implica el deber jurídico de abstención de interferencias al mismo y, en lo que se refiere a su restricción, se parte del hecho de que la prisión preventiva es excepcional y la regla es la libertad durante el procedimiento penal.⁷¹

Para la prisión preventiva deberá cumplirse con el principio de legalidad,⁷² no deberá ser arbitraria y lo será cuando no satisfaga el principio de proporcionalidad,⁷³ esto es, la medida debe tener un fin legítimo como la evitación de daños procesales única y exclusivamente,⁷⁴

70 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador, sentencia del 21 de noviembre de 2007 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 53, 93 y 107.

71 En el mismo sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia del 12 de noviembre de 1997 (Fondo), párrafo 77; caso Servellón García y otros vs. Honduras, sentencia del 21 de septiembre de 2006, párrafo 88; caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia del 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 142.

72 En el mismo sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gangaram Panday vs. Surinam, *op. cit.*, párrafo 47; caso López Álvarez Vs. Honduras, *op. cit.*, párrafo 68.

73 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Servellón García y otros vs. Honduras, *op. cit.*, párrafo 88; caso López Álvarez vs. Honduras, *op. cit.*, párrafo 68; caso Gangaram Panday, *op. cit.*, párrafo 47.

74 Medina Quiroga, *op. cit.*, p. 234.

pues sus objetivos son garantizar la comparecencia de la persona (evitar la evasión al procedimiento), que no obstaculice la investigación (destruir u obstruir pruebas, por ejemplo), lo cual es acorde con el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución,⁷⁵ así como que no se genere riesgo para las víctimas, testigos o la sociedad. Con relación a tales objetivos, debe tomarse en cuenta la idoneidad de la medida; su necesidad implica que no se presente una menos lesiva, y el test de proporcionalidad en sentido estricto que se cristaliza bajo la idea de costo-beneficio, esto es, que el sacrificio no sea desmedido con relación a las ventajas.

Asimismo, la Corte IDH ha sido enfática en la exigencia de que se justifique, esto es, fundamenten y motiven las causas por las cuales se impone la medida, es decir, aun cuando se aluda que se satisfacen las exigencias para no ser arbitraria, si ello no se justificó al momento de su imposición entonces por sí implicará su arbitrariedad.⁷⁶

A manera de ejemplo, si en México, después de la detención por flagrancia el fiscal retiene al indiciado, debe justificar su determinación al tratarse de un acto que implica prolongar la afectación a la libertad (es un acto de restricción posterior y diverso a la detención); y esa justificación, evidentemente, no puede ser posterior hasta que la persona es presentada ante el juzgador, pues, por el contrario, este al percibir que no existió —digamos— acuerdo de retención con la motivación respectiva, deberá considerarlo como una privación arbitraria; la justificación se realiza al momento que se impone la medida restrictiva, no después.

El análisis de la no arbitrariedad incide en otras cuestiones que igualmente han sido resaltadas por la Corte IDH:

[...] se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aún calificados de legales— puedan

75 Artículo 19, segundo párrafo: “El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad [...]”.

76 Nash Rojas y Núñez, *op. cit.*, pp. 114, 127.

reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, *irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad*.⁷⁷ [...] en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva [...]. En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia.⁷⁸

La regla de trato que implica la presunción de inocencia, como se ha dicho, guarda tensión cuando se impone la prisión preventiva o se afecta la libertad en un procedimiento penal, de tal suerte que debe tenerse presente y respetarse al momento de imponer la restricción a tal derecho;⁷⁹ por ende, cuando la restricción es arbitraria se afecta dicho principio y puede traducirse en la anticipación de una pena a quien merece trato de inocente. La arbitrariedad se hace manifiesta cuando la medida resulta del todo irrazonable o imprevisible, pues muestra su falta de necesidad y con ello de proporcionalidad.

Las afectaciones a la libertad pueden darse después de la detención como punto inicial (o primera restricción), lo que implica que es factible que la privación de la libertad se mantenga por actos diversos después de aquella, por lo cual debe justificarse cada acto que implique tal permanencia, de otra suerte la prolongación⁸⁰ en la afectación a la libertad sería arbitraria.

77 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gangaram Panday vs. Surinam, sentencia del 21 de enero de 1994 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 47. *Cursivas del autor.*

78 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, *op. cit.*, párrafo 77.

79 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Servellón García y otros vs. Honduras, *op. cit.*, párrafo 88; caso López Álvarez vs. Honduras, *op. cit.*, párrafo 142.

80 En el mismo sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez, *op. cit.*, párrafo 69.

La interferencia posterior a la detención en nuestro país, verbigracia, puede darse a razón de la retención (por el fiscal) o bien por la medida cautelar de prisión preventiva (por el juez), las cuales deberán justificarse (legalidad y ausencia de arbitrariedad).

Ahora bien, veamos el caso de una retención. El fiscal determina la retención y mantiene privada de su libertad a una persona por cuarenta y ocho horas, después solicita al juez una medida cautelar no privativa de la libertad, mostrándose así del todo irrazonable la retención e imprevisible (impredecible), pues denota que no había necesidad de la medida restrictiva (¿para qué afectar la libertad con la retención si se va a pedir la libertad?), aunque hayan sido solo unas horas (hay violación a la libertad sea breve o no el tiempo), ello implicó una prolongación arbitraria y desproporcional de la privación de libertad, carente de justificación, precisamente al ser innecesaria y equivale a sostener el absurdo: “yo, Estado, te retengo (te afecto en tu libertad) para pedir que seas liberado”. ¿Entonces para qué lo retuviste? La carencia de respuesta solo lleva a tener por arbitraria la restricción, cuando lo predecible (previsible), era precisamente que si tú, Estado, ibas a pedir que la persona estuviere libre, no limitarás su libertad con la retención, ya que solo prolongarías la afectación arbitrariamente.

En esta misma tesitura, la Corte IDH ha destacado que:

Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí [sic] mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva.⁸¹

[...] la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (*supra* párr. 93), en un fin legítimo.⁸²

81 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez vs. Honduras, *op. cit.*, párrafo 69.

82 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, *op. cit.*, párrafo 103.

Lo anterior es evidente si se considera, primero, que los objetivos de la restricción a la libertad solo pueden ser de carácter procesal, por ende la gravedad del hecho o las características de la persona, por sí, no tienen ese carácter; segundo, el pretender hacerla descansar en ello, equivaldría a la anticipación de la pena (así sea por corto tiempo, llámese retención o prisión preventiva), afectando de manera clara el principio de presunción de inocencia en su regla de trato, esto es, imponer la restricción por la gravedad de un hecho del que no se ha declarado responsabilidad; acorde a ello, es claro también que no pueden considerarse fines preventivos, sean estos generales o especiales porque son propios de la pena y no pueden en modo alguno incidir en la imposición de la restricción previa a la sentencia condenatoria. En tercer lugar porque afecta la dignidad de la persona, tomando como parámetro la peligrosidad que denotan sus características personales,⁸³ de ahí incluso que se cuestione la contemplación de la reincidencia como causa para aquellas,⁸⁴ razón por la cual —dicho sea de paso, pues no es el objeto de este trabajo— la contemplación de la misma por nuestra Constitución no debe, como lamentablemente se ha visto en la práctica, tomarse como un factor que por sí conlleva la restricción,⁸⁵ implicando incluso la prolongación de consecuencias de un castigo ya sufrido.

Así pues, podemos completar el esquema de las *obligaciones* en lo que atañe a la libertad:



⁸³ Nash Rojas y Núñez, *op. cit.*, pp. 135-137.

⁸⁴ Medina Quiroga, *op. cit.*, pp. 241 y 242.

⁸⁵ *Idem.*

Pero tratándose de *restricciones*:

El Estado está legitimado para interferir la libertad

Si cumple con "Y"

El Estado no cumple con "Y"

El acto de interferencia es ilegítimo, por ende, contrario al bloque de constitucionalidad

Donde "Y" implica

Principio de legalidad

No arbitrariedad

La no arbitrariedad exige

- Proporcionalidad
- Fines exclusivamente procesales: garantizar comparecencia y no obstaculizar la investigación
- Ponderar la presunción de inocencia en su regla de trato

Arbitrariedad

- Falta de justificación
- Desproporcional
- Afecta presunción de inocencia por considerar fines preventivos, generales o especiales, gravedad del hecho, características personales o peligrosidad del sujeto
- Irrazonable
- Imprevisible

Enseguida se analizará la prisión preventiva oficiosa, en particular cuando se usan armas, en el entendido de que lo hasta aquí dicho representa las bases por las cuales se adopta el criterio para su desarrollo en los términos que adelante se apuntan.

5.5.5. Prisión preventiva oficiosa por utilizar arma

5.5.5.1. Concepto

Es la medida cautelar consistente en la privación temporal de la libertad de carácter oficioso durante un procedimiento penal cuando en la comisión de un hecho que la ley señala como delito se utiliza un arma creada exprofesamente como tal.

Dicho concepto puede ser controvertido si se toma en consideración que la CPEUM en su artículo 19, párrafo segundo en lo conducente establece: “El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de [...] delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos”.

Lo anterior desde luego llevará al lector a cuestionarse las razones por las cuales el concepto propuesto alude a que se usen armas creadas exprofesamente como tales, cuando el artículo de referencia solo establece el término “armas”; sin embargo, con todo lo expuesto en las generalidades, se clarificara dicha conclusión.

Cabe destacar —de manera somera, pues no es el punto principal del presente trabajo— lo que refleja la prisión preventiva oficiosa. Se sostiene como medida cautelar y llama la atención que en puridad su imposición es forzosa,⁸⁶ pues el carácter oficioso significa que basta con que se presente el supuesto concreto para que el juez la imponga. Esto implica que se pasen por alto las exigencias contempladas por la propia Constitución y el bloque de constitucionalidad para que la restricción no sea arbitraria —las cuales ya han sido materia

⁸⁶ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional*, México, Porrúa, 2009, pp. 104-106.

de estudio—, lo cual resulta contraproducente cuando ello la desnaturaliza como medida cautelar, de ahí las múltiples críticas en el ámbito jurídico y que resaltan aún más los trabajos legislativos que llevaron a ello, entre los que destacan:

PRISIÓN PREVENTIVA Y DELITOS GRAVES

A la regulación de las medidas cautelares en aquellos casos en los que se trate de delitos graves [...] se le da un tratamiento diverso. Se pretende evitar [...] que sea el legislador ordinario el que en definitiva decida [...] cuáles requieren un tratamiento excepcional por tratarse de delitos graves [...] se requiere una regulación especial de las medidas cautelares cuando se trate de estos casos.

[...] se impone que sea la propia Constitución la que determine aquellos casos excepcionales, para los que bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva. [...]. Se prevé que el juez aplique prisión preventiva para los casos de [...] delitos cometidos con medios especialmente violentos como armas y explosivos [...].⁸⁷

Ahora se entienden las críticas a este tratamiento *excepcional*, pues con ello se prescinde de todos aquellos factores por los cuales la medida restrictiva de la libertad no debiera ser arbitraria, esto es, de la proporcionalidad, con lo que se afecta la presunción de inocencia en su regla de trato y que se hace más patente cuando ni siquiera se basa en las finalidades propias de la medida cautelar, que redundan en evitar el daño procesal, y por el contrario, el único factor que se considera es *la gravedad del hecho*.

Lamentable cuando es del todo contrario a lo que se contempla en el marco internacional del cual ya nos hemos ocupado, no puede siquiera buscarse una interpretación conforme,

87 Cámara de Diputados, Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con Proyecto de Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 11 de diciembre de 2007. Disponible en <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNOimNPZPsNLFqe0s7fey1FqriebelbbIMn9GghkbHbZJR/8HI81Dhuu1RP2Maqm4lhRkQ==> [consultado el 27 de julio de 2020].

no solo porque no sería posible ante una violación manifiesta de los estándares internacionales, sino porque nuestro máximo tribunal incluso ha cerrado su consideración al establecer en su jurisprudencia que las restricciones previstas en la Carta Magna deben prevalecer,⁸⁸ de tal suerte que aun cuando el juzgador observe notoria arbitrariedad de la medida, tendrá que acatar el mandato e imponer la prisión preventiva oficiosa.

Incluso si se acepta que no es factible plantear arbitrariedad de los supuestos previstos por la Carta Magna debido al criterio de nuestro máximo tribunal, no implica que se renuncie a atender el bloque de constitucionalidad en su *aplicación*. Esto es, si los supuestos concretos a que se refiere la prisión preventiva oficiosa no son claros y la propia ley que la reglamenta no lo precisa, deriva en una regulación deficiente, que de no concretizarse implicaría el riesgo de tornar aún más arbitraria la restricción o, si se quiere, de no considerar arbitraria de por sí la restricción constitucional, la arbitrariedad se suscite en la aplicación de la misma. Esto es precisamente lo que acontece en el caso de la comisión de un hecho utilizando un arma.

En eso degenera el CNPP, pues en su artículo 167, párrafo tercero no permite clarificar el supuesto, sino que solo transcribe en los mismos términos lo que la Carta Magna establece: “El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosa en los casos de [...] delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos”.

En tal sentido, recuérdese el principio de tipicidad tratándose de medidas restrictivas de la libertad: estas deben ser claras, precisas, concretas, para no incurrir en excesos en la afectación del derecho de libertad de manera indebida al momento de su aplicación.

En el caso que nos atañe no se satisface, sino que requiere clarificarse lo que debe entenderse por arma, que es precisamente lo que se pretende hacer en adelante para dar sustento al concepto planteado.

⁸⁸ Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202, registro 2006224, 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 AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El lector podrá preguntarse: ¿Por qué cuestionarse lo que deba entenderse por “arma” según la Constitución (y la ley secundaria)? Podrá considerar, quizá, que en todo caso debiera atenderse a la definición, esto es, al uso común del término en el lenguaje y que se corresponde de ordinario con lo que un diccionario establece.⁸⁹ No obstante, una posible respuesta es que dicha referencia solo destacaría que la regulación es insuficiente para no degenerar en ilegalidad y arbitrariedad, y que al no concretarse el supuesto de restricción de manera clara, la misma es deficiente y por ende requiere, tomando como guía interpretativa el derecho humano en cuestión y el marco de protección que le brinda el bloque de constitucionalidad, ser precisado. Para clarificar lo anterior resulta ilustrativo el análisis del siguiente criterio:

Del análisis del artículo 10 de la Constitución [...] los habitantes del país tienen derecho a poseer armas en su domicilio para su seguridad y legítima defensa, que no sean de las prohibidas por la ley federal y de las reservadas al uso exclusivo de las Fuerzas Armadas Nacionales, así como que la reglamentación detallada de este artículo se dejó al legislador ordinario federal, quien [...] previó [...] que son armas prohibidas las señaladas en el Código Penal Federal, y no consideró con tal carácter los utensilios, las herramientas o los instrumentos idóneos para realizar trabajos del campo o de cualquier oficio, arte, profesión o deporte, pero limitó su uso al lugar en que se trabaje o practiquen; sin embargo, estableció en el artículo 160 del citado código diversas penas para cualquier persona que porte sin un fin lícito instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas. Por otra parte, de la exposición de motivos de la reforma al artículo 19, segundo párrafo, de la Constitución Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el dieciocho de junio de dos mil ocho, no se colige que dentro del vocablo “armas” se haya comprendido solamente a las de fuego, sino que su redacción es genérica, esto es, comprende tanto a éstas como a aquellas que sirvan para agredir, sin que

89 Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, 3ª imp., Madrid, Ariel, 2013, pp. 51-53.

requieran deflagrar cartuchos; además, el legislador del Estado de Chihuahua tampoco hace referencia en exclusiva a las armas de fuego en el artículo 173 del Código de Procedimientos Penales de la entidad, pues igualmente se refiere al término genérico “arma”, lo que se corrobora con el contenido de la fracción II del artículo 212 del Código Penal del Estado, que prevé penas agravadas cuando el delito de robo se cometa empleándose arma blanca u otro instrumento punzo cortante o punzo penetrante. Consecuentemente, el significado del vocablo “armas” contenido en los artículos 10, 19, segundo párrafo, de la Constitución Federal y 173 del Código de Procedimientos Penales de la entidad corresponde al definido genéricamente por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española como instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse y no exclusivamente a las de fuego.⁹⁰

Cabe acotar que las manifestaciones aquí vertidas son con pleno respeto de la autoridad de la cual derivan los criterios apuntados, merecedores de nuestro reconocimiento por la noble labor que desempeñan como guías en el compromiso diario de todos por un mejor país. Su ejemplo y vocación alientan y orientan a comprometernos de la misma manera y con el mismo fin, por lo que el análisis crítico se hace de buena fe por esa misma línea.

La definición lexicográfica de *arma* no puede tomarse simple y llanamente como parámetro para establecer la prisión preventiva oficiosa, debido a la ambigüedad que deriva de la misma en su aplicación, pues tiende incluso a una interpretación extensiva de la restricción a la libertad cuando, como se ha dicho, debiera ser restringida; asimismo, se pasa por alto que acorde al bloque de constitucionalidad debiera partirse del derecho que se ve afectado para en su caso realizar una interpretación amplia del mismo.

Si se parte, como bien señala la autoridad federal, de que según el diccionario por arma se entiende el “instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse”, y se atendiera

⁹⁰ Tesis aislada: XVII.2o.P.A.36 P., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2793, registro 165340, rubro: ARMAS. EL SIGNIFICADO DE ESTE VOCABLO CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 10 Y 19, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ASÍ COMO 173 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, CORRESPONDE AL DEFINIDO POR EL DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA COMO INSTRUMENTO, MEDIO O MÁQUINA DESTINADOS A ATACAR O A DEFENDERSE Y NO EXCLUSIVAMENTE A LAS DE FUEGO.

simple y llanamente a tal concepción *genérica*, el derecho de poseer un arma llevaría al extremo de que todos los utensilios o instrumentos pueden llegar a serlo, cuando la persona ni siquiera los supone como tal; por ejemplo, poseer un utensilio de cocina como un tenedor o un cuchillo no lleva, de ninguna manera, a hacer pensar a su propietario que al tenerlos en su cocina está ejerciendo su derecho a poseer armas o bien que estos pueden transformarse en una al momento de usarlos para defenderse en su hogar, y eso es porque tales objetos *no fueron creados como armas*; de lo que resulta la ambigüedad en su *connotación* para los efectos pretendidos, pues conduce a la ilógica conclusión de que un objeto a veces será arma y a veces no, lo cual no solo es inadmisibles para satisfacer la exigencia de concreción que la restricción de libertad amerita, sino también para referenciarlo como el objeto a que se refiere el derecho de posesión a que se alude.

En realidad, respetuosamente, resulta inadecuado sostener la medida cautelar en comento, en los términos plasmados en el criterio federal, con la referencia al derecho a poseer armas y la definición lexicográfica, porque no se considera el contexto completo del primero al relacionar la segunda; el artículo 10 constitucional al aludir a la posesión del objeto utiliza la preposición “para”, lo cual implica un *objetivo o fin determinados, que en la especie es la seguridad y legítima defensa*; en tal sentido, en su relación con la concepción gramatical, en particular con el verbo “destinar” que implica asignar un uso, y “destinado” que deriva al adjetivo *predestinar*, conlleva que el instrumento concreto a que se refiere la Carta Magna en el ordinal citado es un arma, pero creada expresamente como tal, solo así se entiende que se posea con la particular finalidad de defensa, esto es, se posee un arma exclusivamente para tales fines,⁹¹ lo que conlleva que su calidad no depende del uso, sino de la propia naturaleza de un objeto (arma) que se adquiere y posee para el fin determinado.

Lo anterior se robustece al advertirse que la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos establece en su artículo 15: “En el domicilio se podrán poseer armas para la seguridad y defensa

91 Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3a ed., México, Porrúa, 2009, p. 624.

legítima de sus moradores. *Su posesión impone el deber de manifestarlas a la Secretaría de la Defensa Nacional, para su registro. Por cada arma se extenderá constancia de su registro*”.

Así pues, queda claro que la concepción de arma a que se alude en el derecho a su posesión se limita a aquellas que fueron creadas como tales, que lo son por propia naturaleza, y no así a instrumentos, objetos o utensilios que sin tener en su creación la finalidad de agredir, dependen del cambio de sentido en su uso para calificarlos de tal manera. De ser así prácticamente cualquier objeto podría revestir la calidad de arma dependiendo de la voluntad de su poseedor, y conducir a la ilógica consecuencia de que un cuchillo de cocina, un tenedor, un desarmador, una pluma, un marcatextos, una calculadora, un teléfono o una piedra, por ejemplo, tuviesen que registrarse ante la autoridad. Para ilustrar mejor lo anterior, podemos afirmar que el arma de fuego, por ejemplo, no deja de ser arma aun cuando se utilice como pisapapeles, en tanto que este último no es un arma, a menos de que se emplee para agredir.

En tal orden de ideas, la referencia al derecho de poseer armas para colegir con relación al artículo 19 constitucional —que por tales objetos basta atender de manera *genérica* a la concepción gramatical para imponer la medida cautelar— carece de sustento y evidencia la ambigüedad de un vocablo que requiere concretarse acorde al bloque de constitucionalidad y al principio de tipicidad. No obstante, dicha referencia, aunque no en los términos del criterio federal, termina por ser de utilidad, al destacar que hay dos posibilidades de interpretación en torno al término “arma” con relación a la medida cautelar: una lleva a ampliar el margen de su aplicación y con ello de afectación en mayor medida al derecho a la libertad, y que restringe (al acto de restricción) y amplía la protección de dicho derecho al limitar la interferencia estatal.

Así pues, no es factible sostener que debe atenderse a la concepción gramatical de “arma” genéricamente, sobre la base de que en la exposición de motivos del artículo 19 constitucional o de la legislación procesal de una entidad federativa no hay distinción concreta en torno a dicho término; primero, porque ello entrañaría pasar por alto la exigencia de concreción o de tipicidad de la causa de restricción, afectando con ello el propio principio de legalidad

que el bloque de constitucionalidad exige; y segundo, porque conllevaría una interpretación extensiva de la restricción y por ende contrario al principio pro persona.

El decir que la exposición de motivos no expresa una distinción concreta del término arma, ya sea constitucional o legalmente, implica pasar por alto la ambigüedad que puede representar el término, esto es, que es susceptible de percibirse bajo dos visiones, de tal suerte que se pierde de vista la exigencia de que la causa de restricción sea clara y concreta; pero, además, se asume el riesgo de interpretar de manera contraproducente el bloque de constitucionalidad en los términos ya analizados, esto es, recordemos que cuando hablamos de derechos humanos como en el caso de la libertad, el vínculo tanto para el legislador como para el juzgador conlleva atender como guía de creación y de interpretación respectivamente el propio derecho humano de referencia, y en tal sentido, no puede sostenerse que ante la falta de dilucidación en los motivos del creador de la norma deba atenderse la interpretación que más afecta al derecho en comento, esto es, optar por lo que más le afecta y no a lo que mayor eficacia le brinda.

Lo anterior refleja también pasar por alto la exigencia de no arbitrariedad en la restricción, pues como ya se ha mencionado, aun cuando el régimen de excepción que representa la prisión preventiva oficiosa no pueda cuestionarse en el ámbito interno, no implica que en torno al mismo se dejen de atender las normas que el bloque de constitucionalidad impone en su aplicación; y así, aun cuando la base para tal excepcionalidad es la consideración de delitos graves, no es factible aludir a la falta de distinción en cuanto al término *arma* en una exposición de motivos, porque al presentar dos visiones del mismo, tomar la opción interpretativa que abarca mayor número de supuestos conlleva igualmente asumir muchos más hechos basados exclusivamente en su gravedad, ante lo cual la Corte IDH ha manifestado que no es posible.

Esta circunstancia se aclara cuando ante las dos visiones del término *arma* resalta la necesaria atención del principio pro persona, el cual exige atender a lo que más favorece la protección del derecho humano en conflicto, de tal suerte que al advertirse dos posibilidades de interpretación en torno a dicho término —una que nos conduce a advertirle como aquella

creada de manera ex profesa como tal (por ejemplo, arma de fuego) y otra en la que se hace depender del uso, aun cuando el objeto (un tenedor, un cuchillo de cocina, un marcador, una engrapadora, por ejemplo) no represente un arma en sí misma (abarcando mayores supuestos de afectación basados en la gravedad) —, debe atenderse a la interpretación restringida de la restricción de libertad como lo es precisamente la primera opción señalada, pues lo contrario implica la interpretación extensiva de dicha restricción y restringida del derecho humano de la libertad; y, a su vez, obviando que ambas opciones representan dos interpretaciones posibles, debe optarse por la que más favorece a dicho derecho humano.

De la misma manera, no es factible soportar la referencia al término *genérico* de arma al aducir que ello se fortalece porque los tipos penales contemplan agravantes relativas a cuando un evento delictivo contempla el uso de un arma; en el caso particular lleva a confundir los extremos del objeto de estudio, en uno se trata de la medida cautelar que específicamente afecta a la libertad personal y que está arropada a su vez por la exigencia de no arbitrariedad y por los principios de presunción de inocencia y el de pro persona referido a la interpretación restringida de la restricción de derechos; en tanto que cuando hablamos de los tipos penales y la apreciación de lo que representa un arma, su cristalización estará en función de una relación que envuelve un contexto fáctico concreto, esto es, se aprecia un contexto de hecho con relación a un tipo penal determinado, de tal suerte que la apreciación del arma (cuando es exigida por un tipo penal o sus cualificantes) no necesariamente coincidirá con la concepción de arma como presupuesto de la medida cautelar oficiosa en comento; al respecto sirva de ilustración el diverso criterio federal, que en lo conducente reza:

Ahora bien, tratándose del delito de lesiones cuando la superioridad del activo en relación con el ofendido se funde en las armas empleadas, cuya *connotación* gramatical, respecto del arma alude a un instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defender, una piedra sí puede ser considerada como arma cuando se utilice con la verdadera intención de causar un daño en la persona del ofendido, que debido a las características propias

del objeto pedroso macizo, o sea, de una sustancia mineral dura y sólida, bien puede ocasionar una lesión externa o interna, o incluso la muerte, esto es, cuando por la ubicación corporal en que se asienta el golpe a la víctima y su intensidad, dicho objeto tiene la función de una verdadera arma, pues con ello se logra el fin ilícito de lesionar y, por su empleo, el activo logra ubicarse en un plano de superioridad en relación con su víctima.⁹²

Este criterio federal resulta sumamente ilustrativo, ya que puede apreciarse cómo la consideración de lo que debiera entenderse como arma se hace, no de manera aislada, al relacionarla con un hecho determinado, lo que connota dentro de las circunstancias de ejecución como arma un objeto que si no fuera por tal relación en modo alguno podría ostentarse como tal; sin embargo, al confrontarle con las exigencias propias que envuelven a la medida cautelar que nos atañe, no las satisface y no podría ostentarse de esa forma porque una piedra por sí misma no es un arma.

Para mayor claridad, analicemos la consideración contraria y lo absurdo que resultaría, bajo interrogantes burdas si se quiere, el hecho de considerar que cualquier piedra puede ser utilizada para agredir: ¿qué tamaño debería tener para catalogarla como arma para efectos de la medida cautelar oficiosa?, ¿una piedrita?, ¿tendría que ser mediana o bien una piedrota?, de lo que puede colegirse que por su uso, ¿incluso la más pequeña bastaría para determinar la prisión preventiva oficiosa? Evidentemente interpretarlo así resultaría absurdo, precisamente porque las exigencias en uno y otro caso son del todo diversas. La medida cautelar se rige por sus propios principios, como ha quedado destacado, y así como una piedra no deja de ser piedra, un arma no deja de ser arma, quedando este último caso como el único referente para la imposición de dicha medida cautelar, siguiendo los principios que la rigen.

92 Tesis VI.Io.P.282 P (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, libro IV, t. V, enero de 2012, p. 4493, 160390, rubro: LESIONES CALIFICADAS CON VENTAJA. LA AGRAVANTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 326, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE PUEBLA SE ACTUALIZA CUANDO EL ACTIVO EMPLEA UNA PIEDRA PARA LESIONAR A SU VÍCTIMA, SI POR LA UBICACIÓN CORPORAL EN QUE SE ASIENTA EL GOLPE Y SU INTENSIDAD, DICHO OBJETO TIENE LA FUNCIÓN DE UNA VERDADERA ARMA.

Ahora bien, volviendo al criterio federal tomado para ilustrar las presentes consideraciones, se observa que confirma lo anterior y resulta contraproducente a su propia afirmación al precisar lo siguiente: “lo que se corrobora con el contenido de la fracción II del artículo 212 del Código Penal del Estado, que prevé penas agravadas cuando el delito de robo se cometa empleándose *arma blanca* u otro *instrumento punzo cortante o punzo penetrante*”.⁹³

Resulta contraproducente el criterio federal, pues se observa que de la misma forma que en otros códigos penales estatales las agravantes en el delito de robo contemplan diversos supuestos, como lo son la referida al empleo de arma blanca o bien de instrumentos punzocortantes, punzopenetrantes, entre otros; esto enfatiza la misma distinción que se ha hecho con antelación: habrá objetos que representan un arma (blanca) porque fueron creadas como tales, en tanto que existen otros a los que podría dárseles esa connotación, aun cuando no lo son en realidad.

En el caso de estas agravantes del robo, acorde con el principio de exacta aplicación de la ley penal, resulta que señalar *arma blanca* como un supuesto y después como otro diverso a los instrumentos señalados, destaca que no son armas para los efectos de la agravante de robo y, consecuentemente, que por arma blanca habrá de entenderse solo algo que fue creado como tal; o lo que es lo mismo, aun cuando un instrumento como un cuchillo de cocina pudiera tener la connotación de arma blanca, para los efectos de la agravante no lo será, pues en todo caso sería un instrumento punzocortante.

Ahora bien, si se considera el delito de lesiones, el tratamiento sería diverso, pues si el sujeto activo utiliza un cuchillo de cocina y el pasivo no tiene arma, por el contexto fáctico tal instrumento sería *connotado* como arma al cristalizar la calificativa de ventaja.

La referencia a la descripción típica y sus agravantes no puede servir de parámetro para colegir lo que por arma deba entenderse en torno a la medida cautelar en comento. Incluso, véase cómo los ejemplos anteriores muestran que lo contrario redundaría en la ilógica consecuencia de que, por un lado, si se tratara de robo agravado no implicaría prisión

93 Tesis aislada: XVII.2o.P.A.36 P, *op. cit.* Las cursivas son del autor.

preventiva oficiosa al utilizar un instrumento punzocortante; pero, por otro, cuando se tratara de las lesiones calificadas sí, a pesar de ser el mismo objeto; ambigüedad en torno a la cual no puede descansar esta medida cautelar.

Así pues, la medida cautelar en comento, como toda restricción de derechos humanos y en el caso específico de la libertad, se rige por los principios que derivan del bloque de constitucionalidad ya analizado, donde se parte del objeto de protección como guía tanto en la creación de la propia restricción, como en la interpretación de la misma, un principio de legalidad que exige concreción, la consideración de la presunción de inocencia como regla de trato y, por ende, ausencia de arbitrariedad.

De tal suerte que si el término *arma* presenta ambigüedad, por un lado debe entenderse como aquella que es creada expresamente como tal, ante la *connotación* que se le da a un objeto cualquiera aun cuando en realidad no lo es, y habrá de atenderse al principio pro persona, el cual conlleva optar por lo que más le favorece.

El lector se habrá percatado de que en reiteradas ocasiones se resaltaron en cursivas las palabras *connotación* y *genérica*, la explicación de ello se ha reservado para este momento a manera de conclusión del presente apartado. En realidad tales palabras deben confrontarse con una diversa, como lo es la *denotación*.

La palabra *denotar* significa: “Dicho de una palabra o de una expresión: Significar objetivamente. Se opone a *connotar*”,⁹⁴ en tanto que connotar expresa: “conllevar, además de su significado propio o específico, otro de tipo expresivo o apelativo”.⁹⁵ El primero atiende a lo que se corresponde objetivamente con la realidad para todos, mientras que el segundo implica que a una palabra —independientemente de tener su significado denotativo— se le atribuye subjetivamente un sentido diverso por asociarlo con otro significado denotativo; esto es, la *connotación* conlleva un significado subjetivo que no se corresponde con el denotativo. Por ejemplo, un revólver en su significado denotativo —en su correspondencia con

94 Véase <https://dle.rae.es/denotar>

95 Véase <https://dle.rae.es/connotar>

la realidad— es un arma y no dejará de serlo aun cuando, como se ha señalado, se use como pisapapeles, sin embargo, debido a tal uso, se le podría connotar de esa manera; y en el mismo sentido, la engrapadora, pluma, martillo, piedra, marcador, cuchillo de cocina, desarmador, y prácticamente todos los objetos que denotan ser utensilios o herramientas no dejarán de serlo cuando bajo determinadas circunstancias se usen para agredir, de tal manera que no son armas por denotación, y cuando se les asocia subjetivamente, se les estaría connotando como tales; en tal sentido, un objeto no deja de ser lo que su significado denotativo le otorga, lo que realmente es y cuya naturaleza nunca pierde, en tanto la connotación llevara a asignarle un significado subjetivo que no le corresponde en la realidad.

En conclusión, no es factible aducir que basta aludir al término *genérico* arma para aplicar la prisión preventiva oficiosa en análisis, pues ello implica pasar por alto las dos acotaciones, donde solo una, por las razones ya expuestas, es la que se corresponde con el bloque de constitucionalidad con referencia a tal medida restrictiva de la libertad: aquella que se corresponde con su significado denotativo y que nos resalta con mayor claridad que *arma*, para tal efecto, será solo aquella que fue creada ex profesamente como tal, en tanto que la que se realiza por connotación se aparta de dicho bloque.

5.5.6. Naturaleza jurídica

Se trata de una medida cautelar de carácter oficioso, consistente en una restricción al derecho de libertad con fines procesales durante el desarrollo de un procedimiento penal.

5.5.7. Requisitos

El único requisito, además de la oportunidad para ello, es que la formulación de la imputación implique la comisión de un hecho que la ley señala como delito, cometido con arma, comprendiendo solo aquello que ha sido creado ex profesamente como tal.

Se precisa la necesaria formulación de imputación como requisito porque sin esta no sería factible establecer el supuesto concreto de la prisión preventiva oficiosa. Debe recordarse que tal acto conlleva satisfacer la exigencia de hacerle saber a la persona los requisitos de manera detallada, abarcando las razones de atribución y su calificación jurídica, cumpliendo así con la exigencia del debido proceso y la adecuada defensa postulados en el artículo 8.2 b) de la CADH.

En nuestro ordenamiento procesal tal comunicación se hace al formular la imputación, de tal suerte que la vinculación a proceso solo puede versar por lo que fue su materia y donde los hechos a partir de ese momento son intocables, pues son en torno a ellos que podrá seguirse el proceso, las salidas alternas, la terminación anticipada, el sobreseimiento, la acusación, aun cuando la calificación jurídica pudiese variar, erigiendo así el llamado principio de congruencia o correlación⁹⁶ de los hechos de la acusación y el fallo a la conclusión del procedimiento, como puede apreciarse de los artículos 68, 316, 318, 335 y 398 del CNPP.

5.5.8. Oportunidad

Se presentan dos momentos posibles para su imposición, ambos durante la audiencia inicial. El primero se da una vez formulada la imputación, respetando el derecho a declarar o guardar silencio, y ante la solicitud del ministerio público para la vinculación a proceso; el imputado pide se resuelva su situación jurídica dentro de las setenta y dos horas o de las ciento cuarenta y cuatro horas, caso en el que el juez de control habrá de imponerla antes de suspender la audiencia al tenor del CNPP en sus artículos 158 y 309.

El segundo momento posible es una vez que se hubiese resuelto dicha situación jurídica vinculando a proceso al imputado.

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 65-68.

5.5.9. Autoridad encargada de resolver

Al ser de carácter oficioso, el juez de control debe imponerla incluso cuando no se lo soliciten las partes en el procedimiento. No obstante, de no pronunciarse el juez, el ministerio público habrá de solicitarlo.

5.5.10. Trámite

No tiene mayor trámite que la determinación del juez de control en su imposición al percibir que el hecho fue cometido con un arma en los términos analizados.

Sin embargo, puede sujetarse a debate, en el supuesto de que el fiscal la solicite y la defensa controvierta, en particular porque el objeto utilizado no satisfaga la exigencia de arma utilizada, caso en el que el juez resolverá, y en torno a lo cual ya ha sido expuesto mi personal punto de vista.

5.5.11. Temporalidad

Como toda medida cautelar, la prisión preventiva oficiosa tendrá una duración igual a la que tenga el procedimiento.

Sin embargo, es de considerar, siguiendo el bloque de constitucionalidad, en particular el artículo 7.5 de la CADH, que está sujeta a un plazo razonable que nuestra Constitución federal en su artículo 20, apartado B, fracción IX delimita a dos años, caso en el que, independientemente del carácter oficioso, deberá ordenarse la libertad de la persona y continuar el proceso hasta su conclusión.

Esto no debe confundirse con la exigencia de plazo razonable, la diversa requerida por el artículo 8° de la propia Convención, pues se trata de dos cosas distintas, el artículo 7° protege la libertad y, por ende, que su afectación durante el proceso no se prolongue de manera

indiscriminada, en tanto que el artículo 8° se refiere a la duración del proceso del juicio.⁹⁷ Sobre esa base se entiende que si se excede del plazo razonable de la privación, la persona debe ser puesta en libertad, incluso bajo diversas medidas cautelares, independientemente de que el proceso continúe su desarrollo.

5.5.12. Accesoriedad o autonomía

Ninguna medida cautelar puede ostentarse como autónoma, debido al carácter instrumental del que está investida, por ende, debe considerarse accesorio del procedimiento penal, pues precisamente su fin es evitar el daño al proceso.

5.5.13. Lineamientos para su ejecución

Basta la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa y la comunicación al centro de detención respectivo para que la persona imputada sea o se mantenga internada en el centro de reclusión correspondiente, concerniéndole a este y al juez de ejecución la supervisión de la misma de acuerdo con el artículo 103 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

5.5.14. Control previo o posterior

El juez de control en todo momento es garante de los derechos humanos del imputado acorde con los artículos 1° y 2° de la CADH y 1° de la Constitución federal, de tal suerte que si se presenta una modificación en las condiciones que llevaron a su imposición, deberá ordenar el cese de la misma.

Sin embargo, no advertimos otra posibilidad de modificación, que aquella que resulte de una reclasificación jurídica que conlleve la no utilización del arma en la ejecución del hecho, ante lo cual habremos de recordar que el juez puede advertirlo al emitir la vinculación

97 Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, pp. 235-240, 243 y 244.

a proceso en términos del artículo 316 del CNPP, y el fiscal al formular acusación o al formular alegatos de apertura o de clausura, acorde con los artículos 335 y 398 del mismo ordenamiento procesal.

Llama la atención la posibilidad de reclasificación por parte del fiscal al exponer sus alegatos de apertura o de clausura, pues en tal caso resalta la necesidad de que no es el juez de control, sino el de enjuiciamiento quien destaque que por razones jurídicas, al ser el fiscal quien detenta el monopolio en el ejercicio de la acción penal, ha dejado de existir el presupuesto para la prisión preventiva oficiosa y, por ende, abrir incidencia para modificación de medida cautelar.

Diversa exigencia de control por parte del juez será la observancia del plazo razonable en torno a la medida cautelar de prisión preventiva, pues en el supuesto de que los dos años previstos por nuestra Carta Magna transcurran sin que una extensión sea causa de actos de defensa, habrá de ordenarse la libertad, independientemente de que se continúe con el procedimiento bajo otras medidas cautelares, caso en el que evidentemente se abrirá debate.

5.5.15. Medio de impugnación

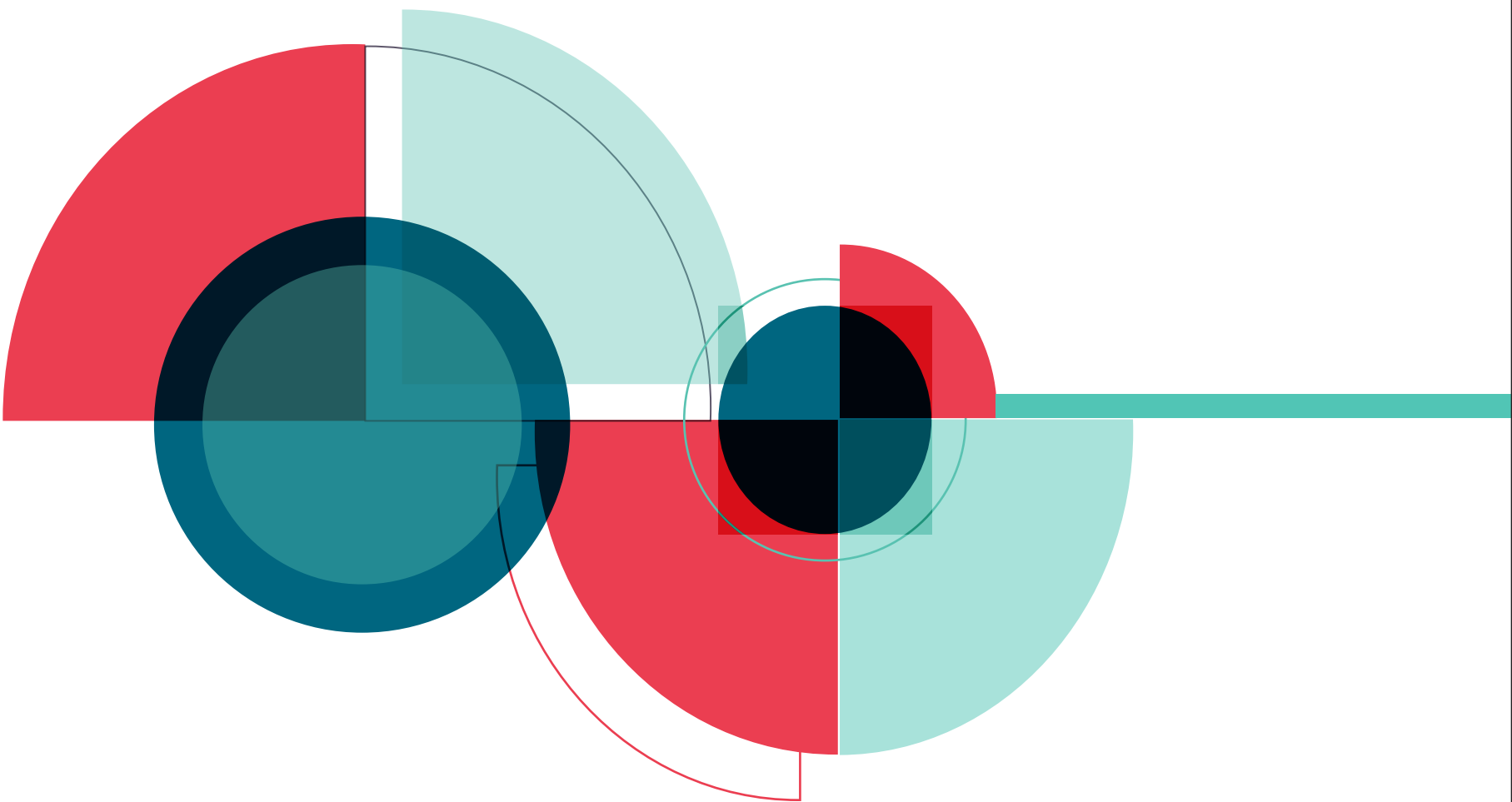
Como toda medida cautelar, la resolución que la imponga puede ser recurrida a través del recurso de apelación acorde con el artículo 467, fracción V del CNPP.

5.5.16. Trámite

En audiencia o por escrito. Como toda medida cautelar, la prisión preventiva oficiosa en comento necesariamente debe establecerse en audiencia, ya sea antes de suspender la audiencia inicial o, después de que se resolvió, vincularlo a proceso. Y, en uno u otro caso, el juez de control se limita a imponerla; sin embargo, por práctica general, el fiscal pide la voz y solicita al juzgador se pronuncie sobre la prisión preventiva oficiosa, ante lo cual,

al presentarse el supuesto, sin mayor análisis se limita a imponerla, señalando que su duración será la misma que tenga el procedimiento.

No obstante lo anterior, podrá sujetarse a debate cuando se cuestione el presupuesto, esto es, la utilización de un arma en la comisión del hecho que se señala como delito.





FORMAS DE CONDUCCIÓN DEL IMPUTADO AL PROCESO

6.1. CITACIÓN

Daniel Espinosa Ramírez

Igual que en otros casos, en la reforma constitucional de 2008 en materia de seguridad y justicia penal, el legislador optó por generar un cambio en el sistema procesal. Respecto de la restricción de la libertad personal del imputado, el Código Nacional de Procedimientos Penales implementó diversos mecanismos para asegurar que aquel acuda al proceso, en el entendido de que se privilegia el derecho a la libertad (no ser detenido arbitrariamente), lo que implica que ahora lo importante es conducir al inculpado ante la presencia del órgano jurisdiccional para que se tramite el proceso, comenzando con la audiencia inicial.

Así, con el propósito de ordenar, dar coherencia y clasificar la información del presente manual, dada la naturaleza de las instituciones procesales de estudio, se incluyó bajo este rubro las órdenes de: citación, comparecencia, aprehensión, detención y retención por flagrancia y caso urgente.

6.1.1. Orden de cita

En este apartado se estudiará la orden de cita como forma de conducción del imputado al juez de control para la celebración de la audiencia inicial, en el entendido de que existen otros tipos de citación para el imputado, con fines diversos al señalado, e incluso existe citación para otras personas, como peritos, testigos, entre otros.

El principio de presunción de inocencia, contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, apartado B, fracción I, así como en el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP), en su artículo 13, tiene tres vertientes;¹ sin embargo, el presente estudio únicamente se referirá a la de trato procesal, es decir, toda persona será considerada inocente, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia firme emitida por el órgano jurisdiccional.

Este principio tiene una cierta reducción o restricción, y tal limitación se da, entre otros, en los actos procedimentales declarativos regulados por el CNPP, ya que dichos actos llevan implícita una reducción de la presunción de inocencia, aun fugaz en ciertos casos. Esto porque si se considerara completamente inocente al imputado (como al resto de personas) sería jurídicamente imposible hacerlo comparecer al proceso.

La orden de citación guarda ciertas coincidencias con la orden de aprehensión y comparecencia, a saber: son solicitadas por el ministerio público, son resueltas por el órgano jurisdiccional, tienen como objetivo conducir al imputado ante el juez de control para la audiencia inicial y todas ellas deben contar con los datos de prueba suficientes para establecer un hecho que la ley señala como delito y en el que probablemente el imputado intervino en su realización o participó en su comisión.

La orden de citación participa de los mismos requisitos de aquellas órdenes en lo que respecta al procedimiento declarativo y solo difiere en cuanto al grado de cautela; el artículo 140 del CNPP señala que en caso de detención por flagrancia y si la fiscalía determina que no solicitará prisión preventiva como medida cautelar (lo que significa que no se justifica la cautela para mantenerlo privado de la libertad), podrá disponer de la libertad del imputado. En este caso, podrá imponerle una medida de protección, y además lo prevendrá a fin de que se abstenga de molestar o afectar a la víctima u ofendido y a los testigos del hecho, a no obstaculizar la investigación y comparecer cuantas veces sea citado para la práctica

1 La primera conocida como regla de trato procesal, la segunda como regla probatoria y la tercera como estándar de prueba. Implícitas todas ellas en la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

de diligencias de investigación, apercibiéndolo con imponerle medidas de apremio en caso de desobediencia injustificada; de donde se desprende que la investigación inicial se continuará sin detenido, pero con otros actos procedimentales de cautela. Por otra parte, es posible que desde la presentación de la denuncia, querella o acto equivalente, la fiscalía no cuente con persona detenida, caso en el que continuará la investigación hasta el ejercicio de la acción penal, y al no poder justificar la cautela para la privación de la libertad de esa persona, solo podrá solicitar que sea citado para la formulación de la imputación; para el caso de que no acuda sin justificación, se podrá solicitar su aprehensión o su comparecencia, según corresponda.

6.1.2. Concepto

Es el requerimiento que hace el juez de control a una persona, a petición de la fiscalía, a efecto de que se presente ante aquel y se le formule imputación, por existir datos de prueba que establecen la realización de un hecho que la ley señala como delito y exista la probabilidad de que el imputado lo realizó o participó en su comisión. En caso de no presentarse, injustificadamente, se podrá solicitar su comparecencia o aprehensión, según corresponda.

Otra clase de cita que se hace al imputado es el requerimiento que realiza el juez de control para que se presente ante él con la finalidad de realizar actos procesales distintos a la formulación de la imputación, sin embargo, esta no es considerada una forma de conducción del imputado al proceso.

6.1.3. Naturaleza jurídica

Es una forma de conducción del imputado ante el juez de control para el inicio o continuación del proceso, es decir, tiene que ver con el procedimiento declarativo, cautelar, de comunicación,

de investigación, e incluso puede ser un acto de prueba, si es que se desea declarar; se ubica en la sección I (Citatorio, órdenes de comparecencia y aprehensión) del capítulo III (Formas de conducción del imputado al proceso), título VI (Medidas de protección durante la investigación, formas de conducción del imputado al proceso y medidas cautelares), del libro primero (Disposiciones generales) del CNPP.

6.1.4. Requisitos

Una vez generada la audiencia:

A. Para el ministerio público

a) De forma:

1. Solicitarla ante el juez de control en audiencia y
2. especificar la clasificación jurídica del hecho con apariencia de delito que se le atribuya al imputado.
3. Mencionar el grado de ejecución del hecho, es decir, si fue en grado de tentativa o consumado; en caso de ser consumado debe establecer si el hecho señalado como delito es de consumación instantánea, permanente o continuo, o bien continuado, además de
4. la forma de intervención en el hecho que la ley señala como delito.
5. La naturaleza dolosa o culposa de la conducta que se le atribuye al imputado.
6. La sanción establecida para el hecho señalado como delito.
7. Los hechos: fecha, hora, lugar y circunstancias.
8. El anuncio de que existen datos de prueba que sustentan su petición.
9. El apercibimiento al imputado para el caso de no comparecer, sin causa justificada.
10. Los fundamentos legales.

b) De fondo:

1. Que después de que al imputado se le haya detenido en flagrancia por un hecho que la ley señale como delito que amerite pena de prisión, se haya ordenado su libertad por no estar justificada tal privación de su libertad; o bien, se haya iniciado la carpeta de investigación sin detenido.
2. Exista denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito.
3. Que los datos de prueba establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, y que exista la probabilidad de que el imputado cometiera ese hecho o participara en su comisión.
4. Que no se trate de delitos que ameriten pena de prisión preventiva oficiosa.
5. Fecha, hora, lugar y circunstancias del hecho.

B. Para el juez de control

a) De forma:

1. Dictado en audiencia.
2. Debe contener la fecha en que se dicta (la fecha y hora en que acontece el acto quedan registradas en los materiales audiovisuales).
3. Establecer el tipo penal que se le atribuye al imputado, atendiendo al planteamiento de la clasificación provisional formulada por la fiscalía, o bien a la reclasificación correspondiente hecha por el juez de control.
4. Incluir el grado de ejecución del hecho, es decir, si fue en grado de tentativa o consumado; en caso de ser consumado, debe quedar establecido si el hecho señalado como delito es de consumación instantánea, permanente o continuo, o bien, continuado.
5. Especificar la forma de intervención del imputado en el hecho que la ley señala como delito.
6. Indicar la naturaleza dolosa o culposa de la conducta que se le atribuye al imputado.

7. Que al imputado se le detuvo en flagrancia por un hecho que la ley señala como delito (mismo que amerita pena de prisión), y la fiscalía decretó su libertad al no haberse justificado la privativa de libertad; o bien, que la carpeta de investigación se inició sin detenido.
8. Que no se trate de delitos que ameriten pena de prisión preventiva oficiosa.
9. La sanción establecida para el hecho señalado como delito.
10. El apercibimiento al imputado para el caso de no comparecer sin causa justificada, de que podrá dictarse otro tipo de forma de conducción al proceso que pudiera llegar a ser hasta una orden de aprehensión.

b) De fondo:

1. Que exista denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito.
2. Que se anuncie que existen datos de prueba en la carpeta de investigación y que estos establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, y exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión; hay que recordar que el juez de control no tiene contacto con la carpeta de investigación, de tal forma que el control horizontal lo ejercen las partes convocadas, durante la audiencia.
3. Que no se trate de delitos que ameriten pena de prisión preventiva oficiosa.
4. La hora, lugar y circunstancias de los hechos.

6.1.5. Oportunidad

Toda vez que la orden de cita es una forma de conducción del imputado ante el juez de control para celebrar la audiencia inicial, la oportunidad de solicitarla y resolverla está limitada al momento en que la fiscalía decida ejercer la acción penal.²

² Véase, en ese orden, el contenido de lo establecido en el artículo 211, párrafo segundo, parte en estrecha concordancia con los numerales 141, párrafo primero, fracción I, y 310, párrafo segundo, todos del CNPP.

6.1.6. Autoridad que resuelve

En términos del numeral 141, párrafo primero del CNPP, es el juez de control.

6.1.7. Trámite

A. Previo:

1. Al ejercer la acción penal, la fiscalía emitió un acuerdo donde pidió a la unidad de gestión se turnara al juez de control correspondiente para generar audiencia de solicitud de citación.
2. La unidad de gestión debió señalar el día y la hora para la celebración de la audiencia en la que se deberá resolver respecto de dicha petición.

B. Durante:

1. La audiencia queda registrada en los materiales audiovisuales, con la fecha y hora correspondientes.
2. Una vez iniciada la audiencia, el juez de control constatará que el imputado se presentó o no a la misma, en caso de contar con su presencia, se le formulará imputación; para el caso de ausencia del imputado y con la certeza de que haya sido debidamente notificado, el fiscal está en la aptitud de solicitar en dicha audiencia una diversa forma de conducción del imputado al proceso.

6.1.8. Temporalidad

En caso de que la fiscalía solicite que se genere una audiencia para que el imputado sea citado a efecto de que se le formule imputación, el CNPP no señala plazo; esto se hace por medio del sistema informático, lo que implica que la Unidad de Gestión correspondiente

recibirá dicha solicitud y conforme a su agenda y espacio disponible en las salas de audiencia, se programará aquella, en el entendido de que a la misma deberán ser citados el imputado, su defensa, en su caso la víctima, así como el propio ministerio público.

Generada la audiencia para que se cite al imputado y durante esta, en caso de que el juez de control haya corroborado los requisitos de fondo y forma y decida otorgar la orden de cita para la formulación de la imputación, esta deberá celebrarse en el plazo de 15 días hábiles que establece el artículo 310 en relación con el numeral 94 del mismo ordenamiento, plazo en el cual deberán tomarse en cuenta las 48 horas de anticipación al acto que señala el artículo 91 del CNPP.

6.1.9. Accesoriedad o autonomía

La orden de cita es el requerimiento que hace el juez de control a una persona para que se presente a que se le formule imputación; en consecuencia, se trata de un acto procedimental de comunicación para la continuación del procedimiento declarativo (una vez cumplidos los requisitos). Ese acto procedimental lleva implícita, aunque mínima, cautela, pues tiene que ver con asegurar la asistencia del imputado al proceso, porque su inasistencia genera presunción de evasión, luego, participa de la naturaleza de actos procedimentales de comunicación, declarativos y de cautela, además de investigación y prueba, si es que desea declarar en la audiencia inicial.

6.1.10. Control

Previo

A cargo del juez de control, dado que en la solicitud de la audiencia por parte de la fiscalía, es a aquel a quien le corresponde constatar que se reúnan los requisitos para citar al imputado a la audiencia inicial. Habrá que recordar que dicha petición se hace a través de los medios tecnológicos expresamente diseñados.

Generada la audiencia, el juez debe pronunciarse sobre si es o no procedente el libramiento de la orden de cita.

- a) En caso de ser procedente su emisión, el juez puede cambiar la clasificación jurídica de los hechos y la intervención del imputado (artículo 143, párrafo cuarto del CNPP) y ordenar que el personal administrativo elabore la cita respectiva.
- b) En caso de no ser procedente su emisión, por no reunir alguno de los requisitos exigibles, el juez puede prevenir al agente de la fiscalía para que los precise o aclare; hecho lo anterior, se pronuncia (artículo 143, párrafo cuarto del CNPP).

6.1.11. Lineamientos para la ejecución

Sobre este punto conviene hacer las siguientes precisiones:

- La fiscalía ejerce acción penal y solicita que se genere una audiencia con el fin de pedir que se cite al imputado para la formulación de la imputación.
- El juez de control determina procedente, por cumplirse los requisitos legales, se cite al imputado; para tal efecto señala fecha y hora de celebración de la audiencia inicial.
- La entrega de la cita se realiza por el notificador, en términos de lo establecido en los artículos 82 al 93 del CNPP.

Contenido de la cita:

- I. Autoridad y domicilio ante la cual deberá presentarse acompañado de su defensor.
- II. Día y hora en que debe comparecer.
- III. Objeto de la misma.
- IV. Procedimiento del que deriva.
- V. Firma de la autoridad que la ordena.
- VI. Apercibimiento correspondiente.
- VII. Domicilio, número telefónico y, en su caso, datos necesarios para comunicarse con la autoridad que ordenó la cita.

Después de realizar la notificación, sea cual fuere el resultado de ella, el notificador debe informar al órgano de gestión el resultado de la misma para que:

- Si el imputado no se presenta a pesar de haber sido notificado personalmente, la fiscalía solicite al juez que se le libre orden de comparecencia u orden de aprehensión, según sea el caso.
- Si el imputado se presenta, la fiscalía procederá a formularle la imputación.

6.1.12. Medios de impugnación

Para el caso de que se niegue el libramiento de la orden de cita, es procedente el recurso de revocación que interponga la fiscalía en contra de esa determinación, en términos de lo señalado por los artículos 456 a 461, 465 y 466 del CNPP, en su caso, amparo indirecto por parte de la víctima u ofendido.

Para el caso del libramiento de la orden de cita, el CNPP no contempla recurso en su contra (en términos de los artículos 456 a 470 de la Ley Adjetiva Nacional).

Anteriormente, el imputado a quien se citaba tenía expedita la vía del amparo indirecto, sin embargo, dada la interrupción de la jurisprudencia 1a./J. 93/2013 (10a.) a partir de la publicación de la Contradicción de Tesis 141/2018, es decir, el día 7 de diciembre de 2018, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en la jurisprudencia 1a./J78/2018 que, contra el auto que ordena la citación del investigado a la audiencia inicial, es improcedente el juicio de amparo indirecto.³

3 SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO ORAL. CONTRA EL AUTO QUE ORDENA LA CITACIÓN DEL INVESTIGADO A LA AUDIENCIA INICIAL, ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO [Interrupción de la jurisprudencia 1a./J. 93/2013 (10a.)], número de registro IUS 2018828.

6.2. ORDEN DE COMPARECENCIA

Daniel Espinosa Ramírez

En este apartado se estudiará la orden de comparecencia como forma de conducción del imputado ante el juez de control, para la celebración de la audiencia inicial; en el entendido de que existen otros tipos, con fines diversos, de orden de comparecencia para el imputado.

6.2.1. Concepto

Orden que emite el juez de control, a petición de la fiscalía, para que, a través de la fuerza pública, presente a una persona, a efecto de que se le formule imputación por existir datos de prueba que establecen la realización de un hecho que la ley señale como delito y exista la probabilidad de que el imputado lo haya realizado o haya participado en su comisión, siempre y cuando a tal persona se le haya citado previamente y no haya comparecido sin justificación alguna.

6.2.2. Naturaleza jurídica

Es una forma de conducción del imputado ante el juez de control para el inicio o continuación del proceso, es decir, tiene que ver con el procedimiento declarativo, cautelar, de investigación, e incluso puede ser un acto de prueba, si es que se desea declarar en audiencia inicial; se ubica en la sección I (Citatorio, órdenes de comparecencia y aprehensión), del capítulo III

(Formas de conducción del imputado al proceso), título VI (Medidas de protección durante la investigación, formas de conducción del imputado al proceso y medidas cautelares) del libro primero (Disposiciones generales) del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP).

6.2.3. Requisitos

A. Para el ministerio público

a) De forma:

1. La solicite al juez de control
2. a través del sistema informático, o bien, se realice en audiencia privada y
3. especifique el tipo penal que se le atribuye al imputado, así como
4. el grado de ejecución del hecho, es decir, si fue en grado de tentativa o consumado; en caso de ser consumado, debe establecer si el hecho señalado como delito es de consumación instantánea, permanente o continua, o bien, continuada.
5. Forma de intervención del imputado en el hecho que la ley señala como delito.
6. La naturaleza dolosa o culposa de la conducta que se le atribuye al imputado.
7. La sanción establecida para el hecho señalado como delito.
8. La necesidad de cautela, a través de la fuerza pública.
9. Los hechos: fecha, hora, lugar y circunstancias.
10. Enunciar los datos de prueba que obran en la carpeta de investigación.
11. El apercibimiento al imputado para el caso de no comparecer sin causa justificada.

b) De fondo:

1. Que se haya iniciado la carpeta de investigación sin detenido, por tratarse de un delito que no amerita pena privativa de libertad o, mereciéndola, incluya una alternativa no privativa de la libertad.

2. Exista denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito.
3. Al imputado se le haya citado previamente y no haya comparecido, sin justificación alguna.
4. Existan datos de prueba en la carpeta de investigación que establezcan la consumación de un hecho que la ley señala como delito, y exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.
5. Que no se trate de delitos que ameriten pena de prisión preventiva oficiosa.
6. La necesidad de cautela, para conducir al imputado a través de la fuerza pública.
7. El anuncio de que existen los datos de prueba que sustenten los hechos señalados como delictuosos, precisando fecha, hora, lugar y circunstancias.

B. Para el juez de control

a) De forma:

1. Que se dicte a través del sistema informático o dentro de una audiencia privada.
2. Que contenga la fecha y hora del día en que se dicta (en el caso de ser dentro de audiencia privada, la fecha y la hora en que acontece el acto quedan registradas en los materiales audiovisuales).
3. Que se indique que al imputado se le citó previamente y no compareció sin justificación alguna.
4. La existencia de datos de prueba que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, y existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.
5. Que quede establecido el tipo penal del hecho que se atribuye al imputado, atendiendo al planteamiento de la clasificación provisional formulada por la fiscalía, o bien a la reclasificación correspondiente hecha por el juez de control.

6. Que se establezca el grado de ejecución del hecho, es decir, si fue en grado de tentativa o consumado; en caso de ser consumado, debe establecerse si el hecho señalado como delito es de consumación instantánea, permanente o continua, o bien, continuada.
7. Que se especifique la forma de intervención del imputado en el hecho que la ley señala como delito.
8. Que la carpeta de investigación se haya iniciado sin detenido.
9. Que no se trate de delitos que ameriten pena de prisión preventiva oficiosa.
10. La sanción establecida para el hecho señalado como delito, así como la necesidad de cautela a través de la fuerza pública.
11. Los datos de prueba que sustenten los hechos, el establecimiento de los mismos, así como la fecha, hora, lugar y circunstancias.
12. El apercibimiento al imputado para el caso de no comparecer sin causa justificada.
13. El oficio por el cual se ordena la comparecencia del imputado debe contener nombre y firma del juez que la dictó.

b) De fondo:

1. Que exista denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito.
2. Que al imputado se le haya citado previamente y no haya comparecido sin justificación alguna.
3. Que obren datos de prueba en la carpeta de investigación que establezcan la consumación de un hecho que la ley señala como delito, y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.
4. Que no se trate de delitos que no ameriten pena de prisión o incluyan una alternativa, no privativa de la libertad.
5. La necesidad de cautela para conducir al imputado a través de la fuerza pública.

6.2.4. Oportunidad

Toda vez que la orden de comparecencia es una forma de conducción del imputado ante el juez de control para celebrar la audiencia inicial, esta tiene como propósito (formulación de imputación por parte de la fiscalía) la oportunidad de solicitar la orden de comparecencia y resolverla, ya que dicho trámite está limitado al momento en que la fiscalía decida ejercer la acción penal.

6.2.5. Autoridad que resuelve

El juez de control en términos del numeral 141, párrafo primero del CNPP, fracción II.

6.2.6. Trámite

A. Previo

1. El ministerio público determinó ejercer la pretensión punitiva en contra del imputado, por existir datos de prueba que establecen que se cometió un hecho que la ley señala como delito y existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.
2. Al ejercer la acción penal, la fiscalía emitió un acuerdo donde pidió a la Unidad de Gestión se turnara al juez de control correspondiente la solicitud de ordenar la comparecencia del imputado.
3. En ese pedimento, también solicitó audiencia ante el juez de control para que decidiera sobre la petición, o bien si esta fue por otros medios, el juez de control contestará por la misma vía.
4. Para el caso de que se haya solicitado audiencia, la Unidad de Gestión debió señalar día y hora para la celebración de esta.

B. Durante

1. La resolución, a través del sistema informático, sobre la petición de ordenar la comparecencia del imputado debe contener la fecha y hora en que se dicta; en el caso de ser dentro de audiencia privada, además debe constar por escrito.
2. Al contestar a través del sistema informático, o bien al resolver dentro de audiencia, el juez de control debe indicar:
 - a) El tipo penal que se le atribuye al imputado, atendiendo al planteamiento de la clasificación provisional formulada por la fiscalía, o bien a la reclasificación correspondiente.
 - b) El grado de ejecución del hecho, es decir, si fue en grado de tentativa o consumado; en caso de ser consumado, debe establecerse si el hecho señalado como delito es de consumación instantánea, permanente o continua, o bien, continuada.
 - c) La forma de intervención del imputado en el hecho que la ley señala como delito.
 - d) La naturaleza dolosa o culposa de la conducta que se le atribuye al imputado.
 - e) El hecho de que el juez de control ordenó la citación del imputado para presentarse a audiencia inicial, señalándose día y hora para la celebración de la misma y, fue notificado, pero, sin justificación alguna, no compareció.
3. De concederse la solicitud a la fiscalía, en el sentido de que se ordene la comparecencia, la consecuencia legal es que el juez de control ordene girar el oficio correspondiente a efecto de que elementos de la policía de investigación procedan a hacer comparecer al imputado, el día y hora indicados por aquel.
4. El oficio que se entregue a la policía de investigación y al ministerio público debe contener el nombre y la firma del juez que lo dictó.

6.2.7. Temporalidad

En este apartado se deben distinguir dos cuestiones:

- a) Si la fiscalía solicitó audiencia para el dictado de la orden de aprehensión. En este caso, conforme a la reforma del 16 de agosto de 2016 y en concordancia con el artículo 143, párrafo segundo, debe ser convocada y desahogada dentro de las siguientes 24 horas, contadas a partir de la solicitud de la fiscalía, por tanto, es en la misma audiencia donde se deben resolver las situaciones planteadas en esta, tal como se establece en el artículo 52, párrafo único del CNPP. Asimismo, cabe mencionar que, tratándose de horas, el último párrafo del artículo 94 del mismo ordenamiento establece que los plazos establecidos en horas correrán de momento a momento.
- b) En el caso de que la fiscalía haya solicitado la orden de comparecencia a través de los medios informáticos, esta deberá ser resuelta dentro de un plazo máximo de 24 horas, conforme al párrafo tercero del reformado artículo 143 citado previamente.

6.2.8. Accesoriedad o autonomía

Si tomamos en cuenta que la orden de comparecencia es un mandato del juez de control que conlleva que, a través de la fuerza pública, se traslade al imputado a efecto de que se le formule imputación en su contra, concluimos que la orden de comparecencia es una figura accesoria, precisamente porque su origen en el proceso deriva de que al imputado se le haya citado previamente a una audiencia y no haya comparecido sin justificación alguna, de donde surge que es un acto procedimental declarativo y de cautela.

6.2.9. Lineamientos para la ejecución

La orden de comparecencia se entregará física o electrónicamente a la fiscalía, quien la ejecutará por conducto de su policía, y esta deberá cumplimentarla en sus términos, sin dilación alguna, o bien, informar los motivos por los cuales no le fue posible cumplir con el mandato judicial, lo anterior en términos de lo establecido por el artículo 145, párrafos primero a cuarto del CNPP.

6.2.10. Control

A. Previo

En virtud de que es el juez de control el encargado de constatar que se cumpla con la legalidad para su emisión.

B. Posterior

El control que tiene el juez posterior a la emisión de la orden de comparecencia tiene dos vertientes:

1. Cuando llegada la fecha y hora señalados para la comparecencia no es posible presentar al imputado porque la policía de investigación no lo ha localizado, entonces, al celebrarse la audiencia se hace del conocimiento al juez por conducto del encargado de sala que el imputado no fue presentado en la hora señalada; será entonces cuando se enterará a la fiscalía, quien hará al juez la solicitud que conforme a derecho proceda (solicitar el libramiento de la orden de aprehensión).
2. Cuando llegada la fecha y hora señaladas para la comparecencia del imputado, este sea presentado por los elementos de la policía de investigación, al abrirse la audiencia, la fiscalía procederá a formularle la imputación.

6.2.11. Medios de impugnación

Para el caso del libramiento de la orden de comparecencia, el CNPP no contempla recurso alguno contra ello (en términos de los artículos 456 a 470 de la Ley Adjetiva Nacional); sin embargo, es procedente, por parte del imputado, el amparo indirecto promovido ante el juez de Distrito de amparo en materia penal.

Para el caso de que se niegue el libramiento de la orden de comparecencia, es procedente el recurso de revocación que interponga la fiscalía, la víctima u ofendido en contra de esa determinación, en términos de lo señalado por los artículos 456 a 461, 465 y 466 del CNPP y amparo indirecto por los últimos citados.

6.3. ORDEN DE APREHENSIÓN

Joel de Jesús Garduño Venegas

6.3.1. Concepto

Es una resolución de la autoridad judicial en la que, con base en el pedimento de la fiscalía y satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional, se ordena la captura de una persona para que sea puesta de inmediato a disposición del juez de control con el objeto de formularle imputación.

6.3.2. Naturaleza jurídica

Forma parte del proceso declarativo, su finalidad es conducir a determinada persona ante el juez de control para la formulación de imputación y continuación de la secuela procesal; además, es un acto procedimental de cautela, restrictivo de la libertad personal, pues implica justificar la misma, dada su necesidad, idoneidad y proporcionalidad, a efecto de prever los riesgos de evasión para las personas y desvanecimiento o pérdida de la prueba.

6.3.3. Requisitos

El objeto de la orden de aprehensión es conducir al imputado al proceso; en este sentido, el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) establece diversas hipótesis de procedencia respecto de la orden de aprehensión, estas son:

Cuadro 1

Hipótesis	Fundamento constitucional	Fundamento procesal	Finalidad
1. La fiscalía justifique la cautela	Artículo 16, párrafos primero y tercero	141, fracción III, CNPP	Formulación de imputación
2. Resistencia o evasión a una orden de comparecencia judicial y que el delito que se le impute merezca pena privativa de libertad	Artículo 16, párrafo primero	141, párrafo III, CNPP	Formulación de imputación
3. Suspensión del proceso por sustracción a la acción de la justicia: a) Incomparecencia injustificada a una citación judicial. b) Fuga del establecimiento o lugar donde se encuentre detenido. c) Ausencia del domicilio sin aviso teniendo la obligación de darlo.	Artículo 16, párrafo primero	141 párrafo cuarto, CNPP	Reapertura del proceso y revisión de medidas cautelares
4. Incumplimiento de una medida cautelar	Artículo 16, párrafo primero	141, párrafo sexto, CNPP	Reapertura del proceso y revisión de medidas cautelares

En las hipótesis enmarcadas se exige, además, justificar la cautela, la cual puede ser examinada desde una perspectiva *ex ante*, por ejemplo, tomando en consideración la gravedad del delito (aquellos que contemplan prisión preventiva oficiosa en términos del numeral 19 constitucional, segundo párrafo en concordancia con el 167, tercer párrafo del CNPP), y cuando existan datos que tornen razonable que la asistencia del indiciado a la audiencia inicial pudiere verse dificultada; o bien, desde una perspectiva *ex post*, ello a partir de la inasistencia o incumplimiento del imputado a pesar de haber sido debidamente notificado o prevenido, lo cual torna razonable su aprehensión.

6.3.3.1 Competencia

El artículo 16 constitucional establece que solo la autoridad judicial, como el juez de control, estará facultada para librar un mandamiento de captura; habrá que atender a las reglas básicas de competencia como: fuero, materia, grado, turno, cuantía de la pena y edad, razón de género; la primera básicamente se refiere a la diversidad de fueros ya establecidos normativamente, como el federal, común o castrense, considerando la naturaleza del hecho, su regulación normativa, lugar de ejecución y calidad de sujetos activos o pasivos del mismo, entre otros; la segunda atiende a la materia de regulación de la conducta, ya sea civil, penal, mercantil o administrativa; y la tercera a la sexta atienden a las disposiciones establecidas orgánicamente en los tribunales, en armonía con el texto constitucional, como son las definiciones de primera instancia, cuantía menor, delitos no graves, adolescentes, ejecución de sanciones penales, etcétera.

La declaratoria de incorporación que establece el artículo segundo transitorio del decreto de expedición del CNPP crea un nuevo supuesto de competencia en relación con la declaración de incorporación del “nuevo” sistema de justicia penal, que a la fecha se encuentra vigente en todo el país.

6.3.3.2. Existencia de denuncia o querella de un hecho que la ley señala como delito

Son actos legítimos mediante los cuales se le hace saber a la fiscalía la existencia de hechos que pudieran ser constitutivos de delito, con el objeto de que esta ejerza la función que le confiere el artículo 21 constitucional, de investigar y perseguir los delitos.

En términos de lo establecido por el numeral 221 del CNPP, la investigación de los hechos que revistan apariencia de delito podrá iniciarse por denuncia, por querella o por su equivalente cuando la ley lo exija, estableciendo la obligación de la fiscalía y la Policía de proceder sin mayor requisito a la investigación de los hechos puestos para su conocimiento.

6.3.3.3. El delito merezca pena privativa de libertad

Este requisito deberá satisfacerse atendiendo a las disposiciones sustantivas vigentes al momento del hecho, mediante las cuales deberá verificarse que la clasificación jurídica estimada por el órgano ministerial respecto del hecho con apariencia de delito tiene como consecuencia una sanción privativa de libertad.

6.3.3.4. Existencia de datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito

En el presente apartado se desprende la obligación, por parte de la fiscalía al formular su petición, de establecer una relación de los hechos atribuidos al imputado, sustentada en forma precisa en los registros correspondientes y de exponer las razones por las que considera que se actualizaron las exigencias señaladas por el numeral 141 del CNPP; es relevante destacar que, por cuanto hace a la hipótesis contenida en la fracción III del mismo, es decir, cuando la fiscalía advierta la necesidad de cautela, esta habrá de establecer:

- I. La clasificación jurídica (hecho-tipo penal)
- II. El grado de ejecución del hecho
- III. La forma de intervención
- IV. La naturaleza dolosa o culposa
- V. Los datos de prueba que lo sustentan

6.3.3.5. La existencia de la probabilidad de que el imputado lo ha cometido o ha participado en su comisión

La carga probatoria para acreditar dichos extremos recae sobre la fiscalía, que habrá de invocar los datos de prueba allegados hasta este momento, y que deberán ser idóneos, útiles, pertinentes y, en conjunto con otros, suficientes para establecer razonablemente (con apego a la sana crítica) la probabilidad de que el imputado cometió el hecho que la ley señala como delito o participó en su comisión, siendo importante destacar que el estándar probatorio para tal efecto, atendiendo al proceso legislativo que motivó la reforma constitucional de la cual emana la legislación secundaria, podrá ser mínimo⁴ para justificar racionalmente que el inculpado sea presentado ante el juez de la causa, a fin de conocer formalmente la imputación de un hecho previsto como delito con pena privativa de libertad por la ley penal, y pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa en un proceso penal respetuoso de todos los principios del sistema acusatorio, tal como quedó precisado en la exposición de motivos del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, pues respecto a la reforma constitucional de 2008 existe un apartado denominado estándar de prueba para librar órdenes de aprehensión.

4 Tesis XV.3o.3 P (10a.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, febrero de 2017, p. 2320.

6.3.4. Oportunidad

6.3.4.1 Justificación de cautela por parte de la fiscalía

En el nuevo sistema penal, en razón de las reformas a los artículos 16, 18 y 19 de la Constitución, la orden de aprehensión no genera invariablemente, como consecuencia de ley, la prisión preventiva con base en que el delito contenga como requisito mínimo estandarizado pena privativa de libertad, ya que esta queda sujeta, con excepción de los delitos graves estipulados por la ley cuya prisión preventiva será de oficio, a la petición que la fiscalía haga al órgano judicial de manera razonable, fundada y motivada, y la procedencia de dicho pedimento que dicte la autoridad jurisdiccional, únicamente bajo los parámetros previstos en el segundo párrafo de los artículos 19 constitucional y 167 del CNPP, siempre con pleno respeto a los derechos humanos, y considerándose de carácter excepcional, tal y como lo establecen los siguientes criterios emitidos por la autoridad federal: LIBERTAD PERSONAL. ESTATUS CONSTITUCIONAL DE SU RESTRICCIÓN PROVISIONAL;⁵ DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL. CARACTERÍSTICAS DE LOS NIVELES DE CONTACTO ENTRE UNA AUTORIDAD QUE EJERCE FACULTADES DE SEGURIDAD PÚBLICA Y UNA TERCERA PERSONA;⁶ DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y DERECHO A LA PRIVACIDAD. SU LIMITACIÓN ES EXCEPCIONALÍSIMA Y CORRESPONDE A LA AUTORIDAD JUSTIFICAR SU AFECTACIÓN.⁷

Ello es así porque el constituyente, en la referida exposición de motivos del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, respecto a la reforma constitucional de 2008, incorporó como requisito para el dictado de la orden de aprehensión en su carácter de excepcionalidad a la libertad personal, la acreditación de cualquiera de los peligros o riesgos a los que se han hecho mención en el presente artículo. Lo que en el plano de la practicidad se traduce en que habrá de considerarse para

5 Tesis: 1a. XCII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 16, t. II, marzo de 2015, p. 1101.

6 Tesis: 1a. XCIII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 16, t. II, marzo de 2015, p. 1096.

7 Tesis: 1a. CII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 16, t. II, marzo de 2015, p. 1095.

la procedencia de la orden de aprehensión, con consecuencia de prisión preventiva, primeramente, que no se trate de un delito grave, así como de la materialización de alguno de los peligros o riesgos a los que se ha hecho referencia anteriormente, que justifiquen la prisión preventiva del imputado durante su proceso.

En este sentido, tratándose de una petición de orden de aprehensión de un hecho que la ley señala como delito y que conlleva prisión preventiva oficiosa, esto se considera como un aliciente para la sustracción de la justicia del imputado, y por ende la necesidad de cautela justificada; sin embargo, si el delito imputado está establecido en el catálogo constitucional y legal que lo considera de prisión preventiva oficiosa, la fiscalía deberá acreditar ante el juez dicha necesidad de cautela, entendida como los motivos o las circunstancias del porqué la asistencia del indiciado a la audiencia de la formulación de imputación pudiera verse demorada o dificultada, en caso de que fuera citado, y que hacen necesaria su aprehensión.

Lo anterior ha sido recogido en el siguiente criterio jurisprudencial: AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN. EN ARAS DE LOS PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD Y DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EL JUEZ DE CONTROL DEBE NEGAR LA ORDEN DE APREHENSIÓN SOLICITADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO PARA HACER COMPARECER AL INCULPADO A DICHA DILIGENCIA, SI EL ÓRGANO PERSECUTOR NO JUSTIFICA LOS EXTREMOS DE LA PETICIÓN DE AQUELLA MEDIDA EXCEPCIONAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).⁸

6.3.4.2. Resistencia o evasión de la orden de comparecencia judicial y el delito merezca pena privativa de libertad

Al haberse emitido una orden de comparecencia por parte de un juez de control, previamente se analizaron los requisitos del párrafo tercero del artículo 16 constitucional, por ende ya hubo un proceso declarativo previo, y si dicho mandato no fue acatado por el imputado, basta acreditar que la comparecencia del mismo fue injustificada y que el delito materia del mis-

8 Tesis: II.2o.P.253 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2278.

mo lleva aparejada pena privativa de libertad, para tener por justificado el proceso cautelar y consecuentemente la emisión del mandato de captura (hipótesis 2 del cuadro 1).

Sin embargo, si dicha incomparecencia deriva de una orden de cita, respecto de un delito que conlleva una sanción privativa de libertad, en este caso corresponde al fiscal acreditar la necesidad de la cautela, tal y como lo prevé el numeral 310, párrafo tercero del CNPP; bajo este supuesto, se debe realizar un proceso declarativo por parte del órgano jurisdiccional, en el cual, en audiencia privada se deberán verificar los extremos marcados por el artículo 16 constitucional, párrafo tercero y justificarse la necesidad de cautela por parte del representante social.

6.3.4.3. Declaración judicial de sustracción de acción de la justicia

Bajo este supuesto normativo, para la procedencia de una orden de aprehensión, previo a su emisión, se debe contar con la declaratoria judicial de sustracción de acción de la justicia, en la cual el fiscal deberá acreditar ante el juez de control su necesidad, en virtud de:

- I. La incomparecencia injustificada del imputado a una citación judicial.
- II. La fuga del imputado del establecimiento o lugar donde se encuentre detenido.
- III. La ausencia del imputado del domicilio sin aviso, teniendo obligación de darlo.

De actualizarse alguna de las hipótesis anteriores, ya no se requiere de un proceso declarativo por parte del juez de control, pues el imputado ya se encuentra previamente sometido a un procedimiento judicial en virtud de un acto procesal diverso, por lo que solo bastará la actualización de alguna de ellas para tener por justificada la cautela por parte del fiscal,⁹

⁹ Para mejor ilustración, consúltese el criterio de la autoridad federal: Tesis: III.2o.P.153 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 68, t. III, julio de 2019, p. 2133, de rubro ORDEN DE APREHENSIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL, ACUSATORIO Y ORAL. PARA DECRETLARLA CONFORME AL ARTÍCULO 141, FRACCIÓN III, PÁRRAFO CUARTO, IN FINE, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, CONTRA EL IMPUTADO DECLARADO SUSTRÁIDO A LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA, ES INNECESARIO HACER UN ESTUDIO EXHAUSTIVO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO Y DE LA PROBABLE INTERVENCIÓN DE AQUÉL EN SU COMISIÓN.

lo que dará como consecuencia, una vez emitida la declaratoria de sustracción por parte del juez de control, la suspensión del proceso en términos de lo establecido por el numeral 331, fracción I del CNPP, y la correspondiente emisión del mandamiento de captura.

6.3.4.4. Orden de aprehensión por incumplimiento de medida cautelar

La procedencia de una orden de aprehensión bajo el supuesto del incumplimiento de una medida cautelar (hipótesis 4 del cuadro 1) se basa en los numerales 141, párrafo último; 174 y 177, fracción IX del CNPP, de donde se obtiene que previo a la emisión del mandamiento de captura, deberán agotarse diversas instancias, esto es, una vez verificado el incumplimiento por la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y de la suspensión condicional del proceso, se dará vista al fiscal, a efecto de solicitar audiencia de revisión de medida cautelar ante el juez de control, quien deberá citar a comparecer al imputado y, de esta forma, resolver en audiencia sobre su modificación o en su caso revocación. Este último supuesto daría fundamento para el libramiento de la orden de aprehensión correspondiente.

6.3.5. Autoridad encargada de resolver

La autoridad competente designada para resolver sobre la solicitud de una orden de aprehensión es el juez de control, en términos de lo establecido por el artículo 16 constitucional, párrafos tercero y décimo cuatro, en relación con el artículo 141, párrafo primero del CNPP.

6.3.6. Trámite

Ahora bien, de encontrarnos en presencia de las hipótesis 1 o 2,¹⁰ los artículos 142 y 143 del CNPP establecen que la solicitud de orden de aprehensión por parte del fiscal deberá formularse por cualquier medio que garantice autenticidad, dirigido al juez del control, o en audiencia privada (excepción al principio de publicidad), por conducto de la unidad de gestión judicial, la cual deberá celebrarse en un término no mayor a veinticuatro horas; lapso en el que el juez resolverá, ya sea a través del sistema informático o en la misma audiencia, con la debida secrecía y se pronunciará sobre cada uno de los elementos planteados en la petición ministerial.

En la solicitud se hará una relación de los hechos atribuidos al imputado, sustentada en forma precisa en los registros correspondientes y el fiscal expondrá las razones por las que considera que se actualizaron las exigencias señaladas en el artículo 141 del CNPP.

Si se emite el mandamiento de captura, la misma podrá registrarse por medios diversos al escrito, sin embargo, los puntos resolutivos del mismo deberán transcribirse y entregarse al fiscal, sin que obste la obligatoriedad para el juez de control de que dicha determinación conste por escrito, tal como lo prevé el artículo 67, fracción II del CNPP, en un término no mayor a veinticuatro horas a partir de su emisión en forma oral y de manera inmediata.

Ahora bien, estando bajo los supuestos normativos de la hipótesis 3,¹¹ ya no se requiere de un proceso declarativo por parte del juez de control, pues el imputado ya se encuentra previamente sometido a un procedimiento judicial en virtud de un acto procesal diverso, por lo que solo bastará la actualización de alguna de ellas para justificarse la cautela por parte del fiscal, quien solicitará audiencia ante el juez de control, a efecto de hacer de su conocimiento dichas circunstancias, lo que dará como consecuencia, una vez emitida la declaratoria de sustracción por parte del juez de control, la suspensión del proceso en términos de lo establecido por el numeral 331, fracción I del CNPP, y la correspondiente emisión del mandamiento de captura.

¹⁰ Véanse diagramas 11 y 12, respectivamente.

¹¹ Véase diagrama 13.

DIAGRAMA 11

Orden de aprehensión (hipótesis 1)

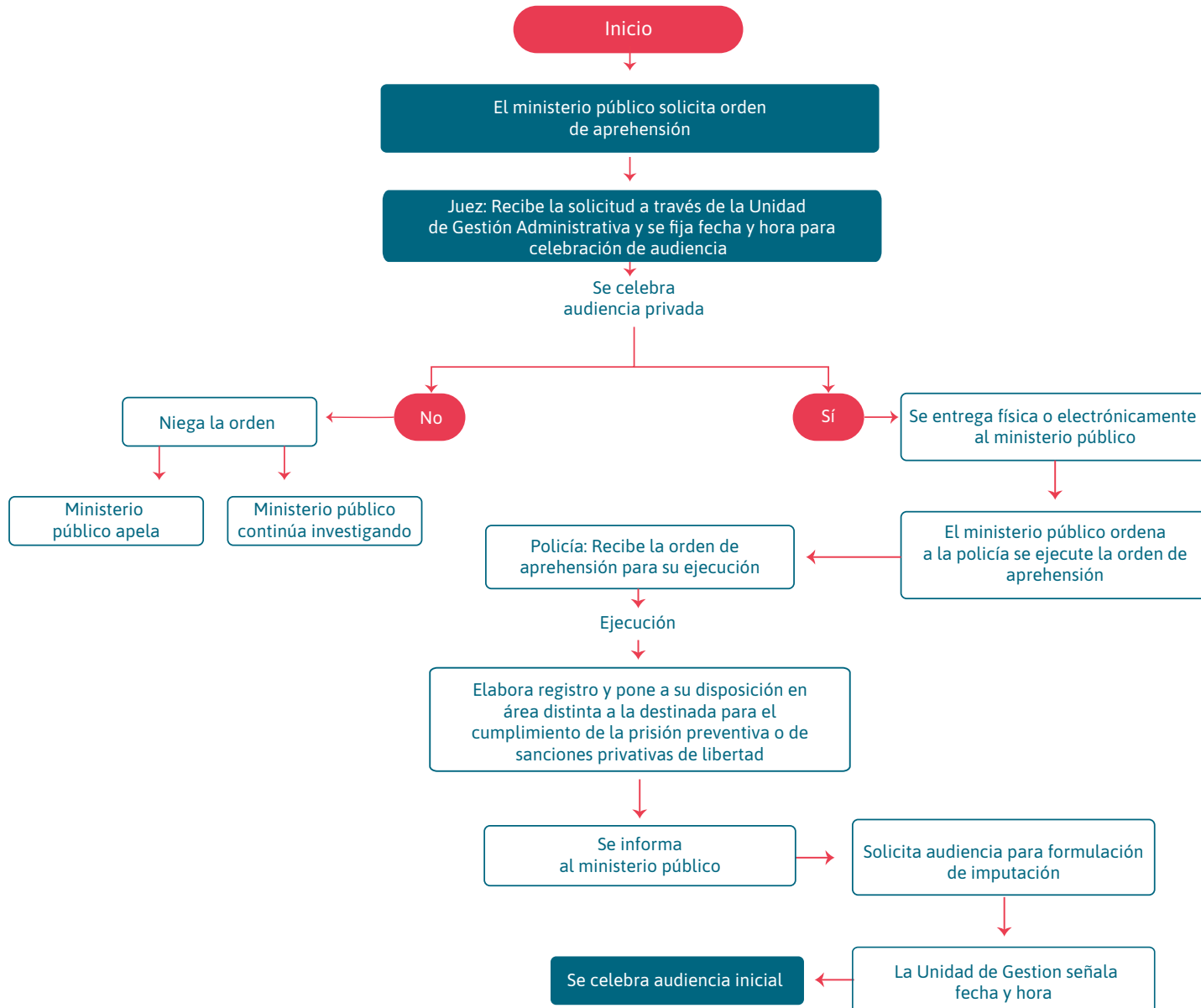


DIAGRAMA 12

Orden de aprehensión (hipótesis 2)

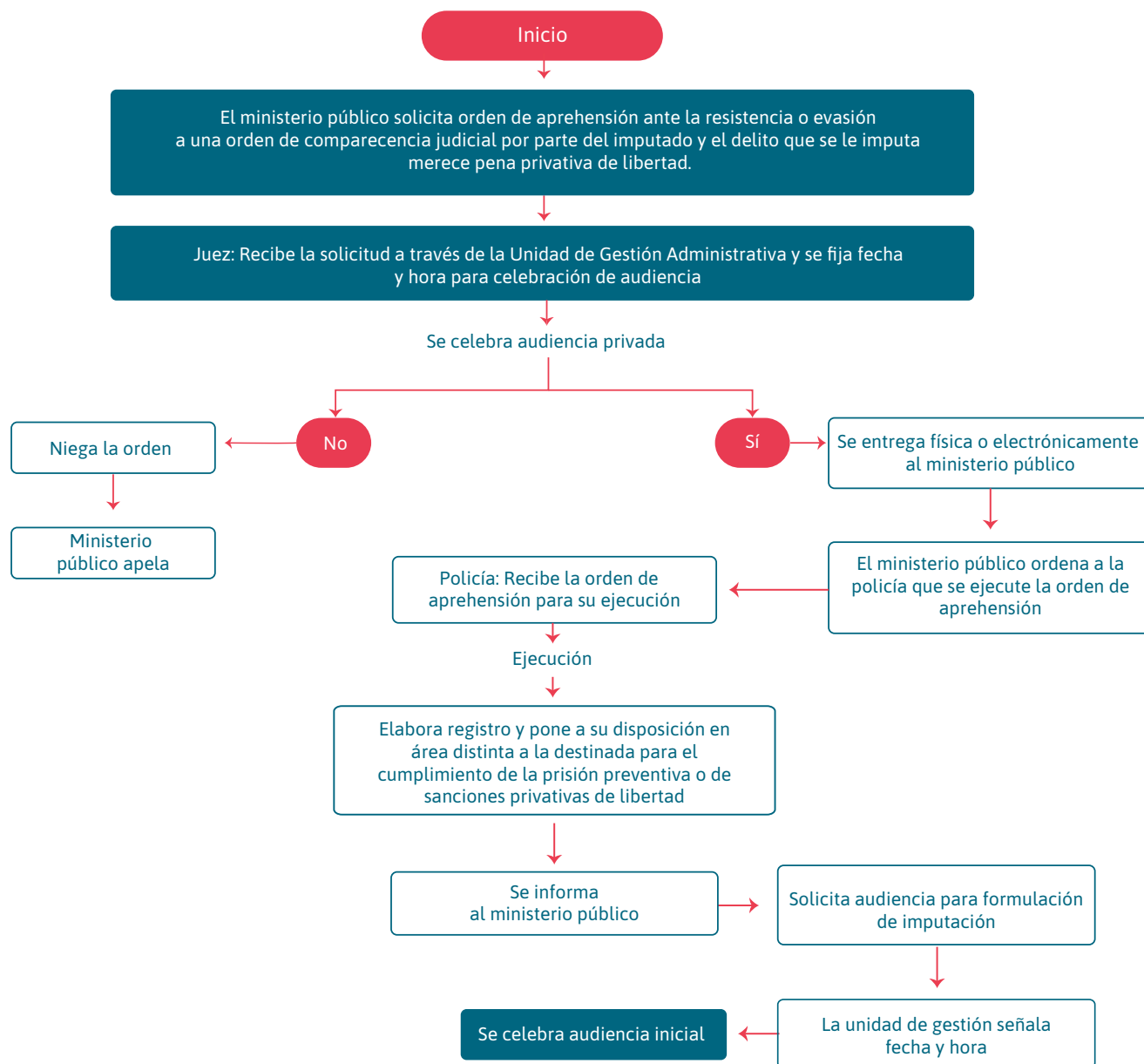
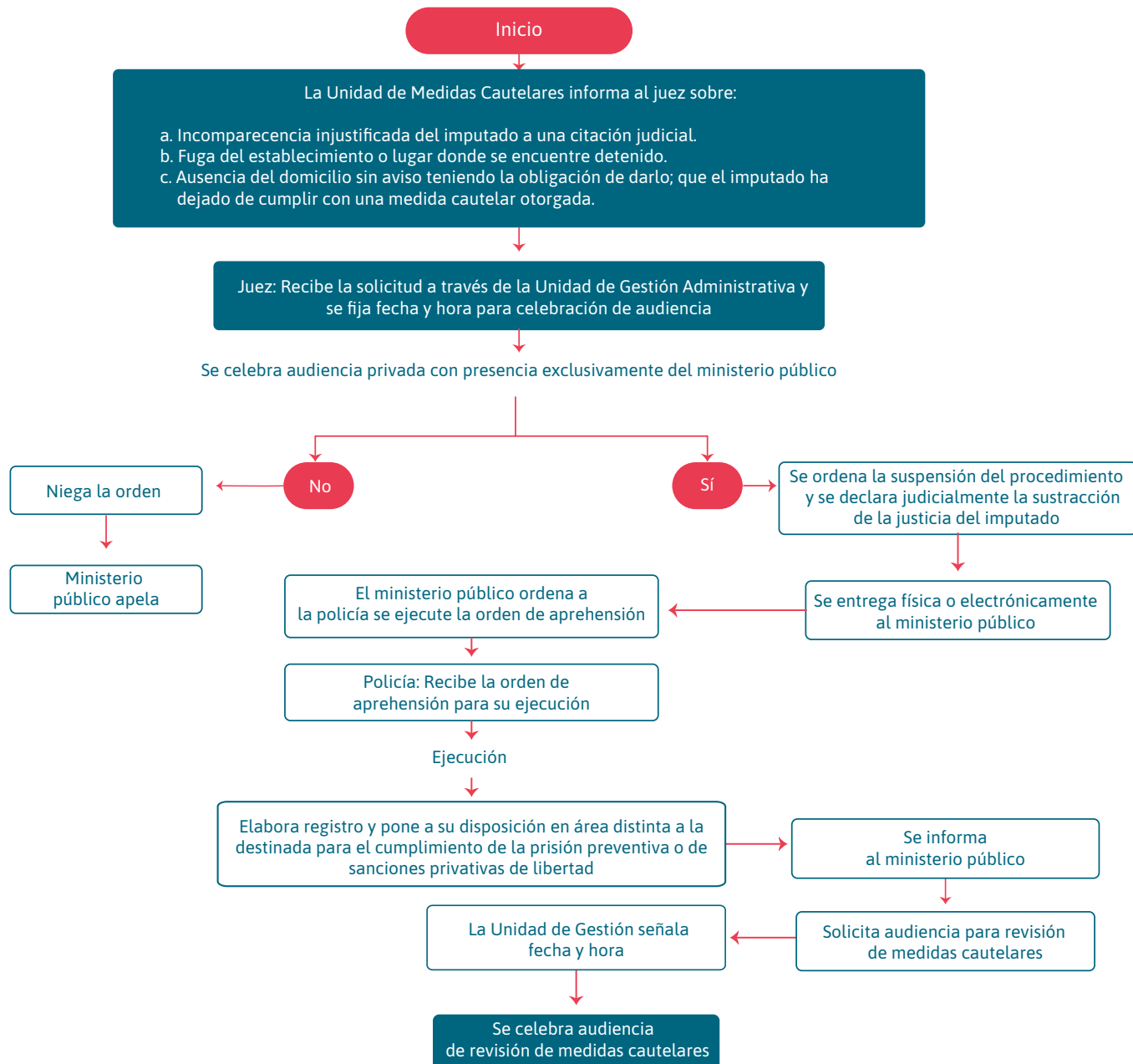


DIAGRAMA 13

Orden de aprehensión (hipótesis 3)



Por último, si la orden de aprehensión deriva del incumplimiento de una medida cautelar,¹² una vez actualizado este, la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares da cuenta al fiscal y este solicitará audiencia al juez en el que, previo a la emisión del mandamiento de captura, deberán agotarse diversas instancias. Esto es, una vez verificado el incumplimiento por la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y de la Suspensión Condicional del Proceso, se dará vista al fiscal a efectos de solicitar audiencia de revisión de medida cautelar ante el juez de control, quien deberá citar a comparecer al imputado (artículo 174, último párrafo del CNPP), o solicitar al garante su presentación en un plazo no mayor a ocho días, en caso de que la medida cautelar haya consistido en una garantía económica (artículo 174, penúltimo párrafo del CNPP), a efecto de resolver en audiencia sobre su modificación o en su caso revocación, este último supuesto es el que daría fundamento para el libramiento de la orden de aprehensión correspondiente, en el caso de que se estime estrictamente necesario (artículo 141, último párrafo del CNPP).

6.3.7. Temporalidad

Una vez emitida la orden de aprehensión, la temporalidad de su vigencia dependerá del lapso que esta tarde en ejecutarse, sujetándonos a las reglas de prescripción previstas por los artículos 105 al 120 del Código Penal para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México).

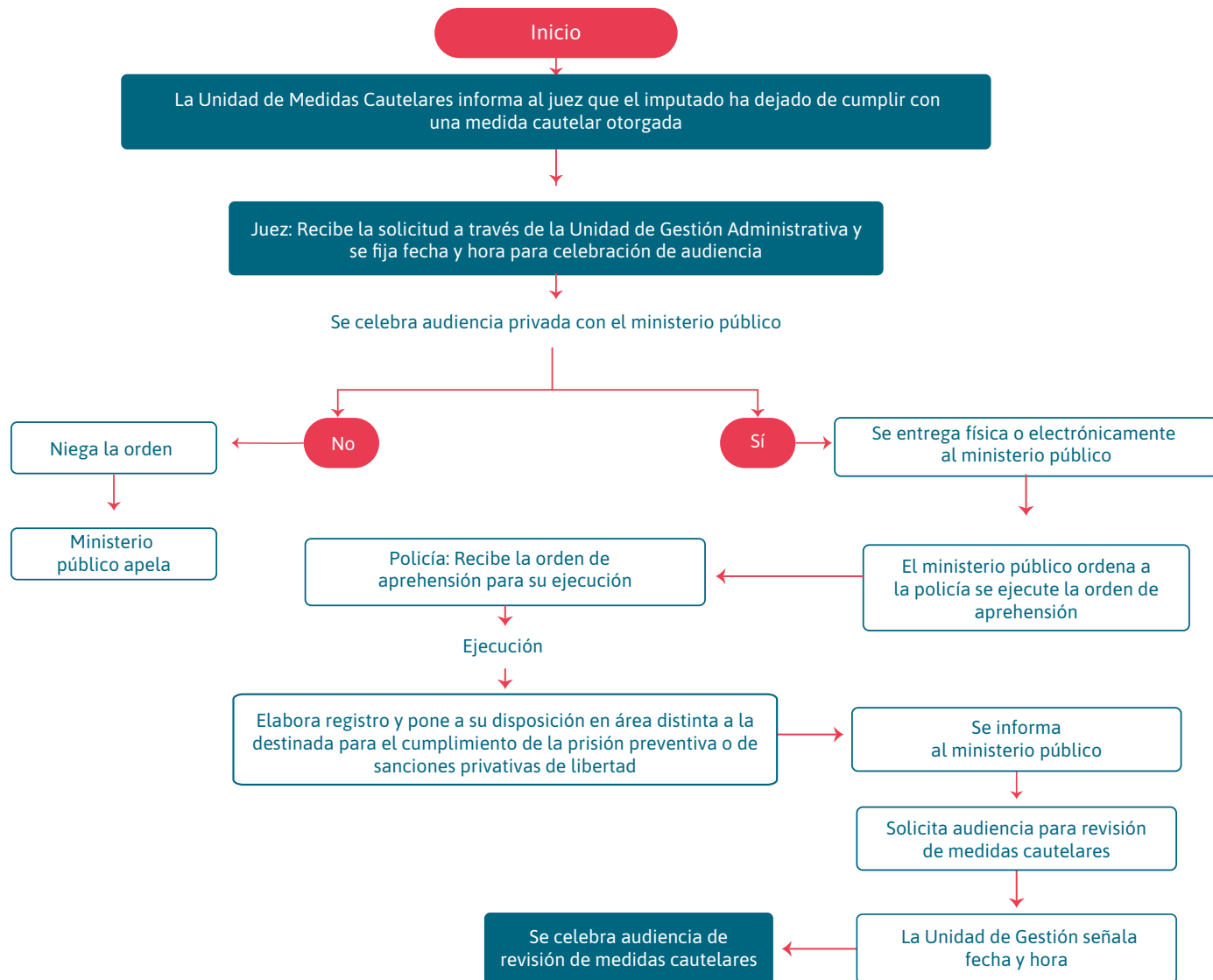
6.3.8. Accesoriedad o autonomía

Al efecto habrá de precisarse que, en tratándose del supuesto de que el mandamiento de captura derive de la necesidad de cautela advertido por el fiscal, establecido en la fracción III del numeral 141 del CNPP (hipótesis 1 del cuadro 1) o de la resistencia o evasión a una comparecencia judicial (hipótesis 2 del cuadro 1), la resolución judicial que al efecto emita

¹² Véase diagrama 14.

DIAGRAMA 14

Orden de aprehensión (hipótesis 4)



el juez de control guarda autonomía procesal por el proceso declarativo y cautelar emitido en un solo acto procesal, que constituye un mecanismo de conducción del imputado a proceso, a efecto de que le sea formulada imputación por parte del fiscal, en la cual previamente ya han analizado los requisitos constitucionales y procesales para su emisión.

En tanto que si la orden de aprehensión deriva de una declaración de sustracción de la justicia del imputado sin causa justificada (hipótesis 3 del cuadro 1) o del incumplimiento de alguna medida cautelar impuesta (hipótesis 4 del cuadro 1), tendrá un carácter accesorio, pues solo requiere de un proceso cautelar y no declarativo, ya que deriva del incumplimiento a una determinación judicial previa, por ende el órgano de control cuenta con la posibilidad de librar una orden de aprehensión como mecanismo de reanudación y continuidad del proceso ya instaurado previamente, en el cual se establecieron medidas cautelares tendentes a garantizar la presentación del imputado al mismo.

6.3.9. Lineamientos para su ejecución

En términos de lo establecido por el artículo 145, párrafos primero y segundo del CNPP, la orden de aprehensión se entregará física o electrónicamente al fiscal, quien la ejecutará por conducto de la Policía. Los agentes policiales que ejecuten una orden judicial de aprehensión pondrán al detenido inmediatamente a disposición del juez de control que hubiere expedido la orden, en área distinta a la destinada para el cumplimiento de la prisión preventiva o de sanciones privativas de libertad, informando a este acerca de la fecha, hora y lugar en que se efectuó; deberán, a su vez, entregar al imputado una copia de la misma.

Los agentes policiales deberán informar de inmediato al fiscal sobre la ejecución de la orden de aprehensión para efectos de que este solicite la celebración de la audiencia inicial, a partir de la formulación de imputación, ello en caso de encontrarnos bajo las hipótesis 1 y 2 mencionadas en el cuadro 1; en tanto que de cumplimentarse un mandamiento de captura emitido en términos de las hipótesis marcadas con el número 3 y 4, lo procedente será

informar al fiscal para que este solicite al órgano de gestión la audiencia correspondiente a la reanudación del proceso y, en su caso, la revisión de medidas cautelares.

Cabe señalar que la legislación nacional procesal no establece mecanismo alguno tendente a verificar el control de la legalidad de la ejecución del mandamiento (orden de aprehensión), lo cual origina la imposibilidad por parte del juez de control de establecer si su ejecución fue efectuada con estricto respeto a los derechos fundamentales del gobernado o en contravención a ello, así como las consecuencias jurídicas que ello conllevaría, lo que revela la inobservancia al contenido al artículo 7.6 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, donde claramente se establece que toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales.

Con independencia de lo anterior y en relación con el tema del control de la legalidad de la ejecución del mandamiento de la orden de aprehensión, debe señalarse que fue aprobada la Tesis 444/2019, que dio origen a la Tesis Jurisprudencial 1a./J. 32/2020 (10a.) de rubro: DETENCIÓN, CONTROL DE SU LEGALIDAD. NO PROCEDE EJERCERLO RESPECTO DE LAS ÓRDENES DE APREHENSIÓN (ARTÍCULO 308 DEL CNPP).

6.3.10. Control previo o posterior

Dada la naturaleza del proceso cautelar de la orden de aprehensión, se requiere de un control previo de la afectación al derecho fundamental de la libertad personal por parte del juez de control, quien previo al mandato de captura deberá verificar la vigencia de los requisitos constitucionales y procesales para su emisión o, en su caso, el incumplimiento de las determinaciones jurisdiccionales o de las medidas cautelares impuestas con antelación, al construirse como un mecanismo de presentación ante él; a efecto de formular la imputación por parte del fiscal, o en su caso la reanudación y continuidad del proceso, en el cual se efectuará la revisión de la medida cautelar y se resolverá lo conducente previo debate entre las partes.

6.3.11. Medios de impugnación

Recurso de apelación. En el supuesto de que la orden de aprehensión solicitada por el representante social sea negada por el juez de control, la misma es impugnabile tanto por el órgano técnico como por la víctima u ofendido, a través del recurso de apelación, en términos de lo que establece el artículo 467, fracción III del CNPP.

Juicio de amparo indirecto. Una orden de aprehensión librada es impugnabile por parte del imputado a través del juicio de amparo indirecto, toda vez que exista una latente afectación al derecho sustantivo de la libertad deambulatoria, en atención a los efectos que produce, lo cual se traduce en un acto de imposible reparación, susceptible de ser combatido a través del juicio de amparo, conforme a los artículos 107, fracción III, inciso b) de la Constitución federal y 107, fracción V de la Ley de Amparo vigente.

6.4. FLAGRANCIA

Víctor Elías Pacheco Patlán

6.4.1. Concepto

6.4.1.1. Flagrancia

La palabra flagrancia deriva del término flagrante, cuya raíz latina *flagrans* significa estar en llamas, ardiendo, es decir, se refiere a un acto que se está ejecutando en el momento y, como tal, se enciende a los ojos de quien lo observa.

La tesis 1a. CCLXXIX/2012 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el artículo 16 constitucional establecen “el concepto de flagrancia como al instante de la comisión del delito y al de la huida u ocultamiento del sujeto que se generan inmediatamente después de la realización de los hechos delictivos sin que establezca término”.¹³ Asimismo, se define como el acto de cautela realizado por una persona o autoridad, consistente en la detención material de un individuo en el momento o inmediatamente después de estar cometiendo un hecho con apariencia de delito, bajo los parámetros de razonabilidad y objetividad exigidos por la ley.

¹³ Tesis Aislada 1a. CCLXXIX/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Primera Sala, diciembre de 2012, p. 527. FLAGRANCIA. EL ARTÍCULO 106, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA CONTRA VIENE EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, PÁRRAFO TERCERO, POSTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008.

Un *delito flagrante* presupone la idea de una relación estrecha entre el autor y el hecho delictivo imputado. Relación de la que se desprende que una detención en flagrancia lleva implícita la certeza respecto de la persona que comete el delito¹⁴ (que se está cometiendo o bien, se acaba de cometer), ante lo cual existen los siguientes requisitos: coetaneidad o inmediatez, ostensibilidad o manifestación evidente.

- Coetaneidad o inmediatez. Son elementos de carácter subjetivo que se ponen de manifiesto con la observación de la conducta delictiva. Así, la coetaneidad o inmediatez en el delito flagrante deriva de lo previsto en el artículo 16, párrafo quinto de nuestra Carta Magna, en los supuestos en que se actualiza la detención, que son:
 1. Detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito.
 2. Detener al indiciado inmediatamente después de que haya cometido el delito.Entonces, la coetaneidad como requisito de la detención por flagrancia versa específicamente en el primero de los supuestos (la conducta delictiva se está cometiendo), cuando es apreciada por los sentidos del aprehensor. En tanto que la inmediatez hace referencia al segundo supuesto (inmediatamente después de haberlo cometido).
- Ostensibilidad o manifestación evidente. La manifestación evidente de la detención en flagrancia se constituye como un elemento esencial que se presenta en el momento mismo en que se está cometiendo el delito flagrante. La ostensibilidad atañe directamente a la realización de la conducta o acciones que se despliegan para la comisión del hecho con apariencia de delito, pues estas deben ser manifiestas o visibles para el mundo exterior. Se podrá presumir que los hechos que se están observando son constitutivos de delito a través del discernimiento de aquellos que los presencien, y de esta forma podrá ser razonable la detención de un sujeto cuando esté cometiendo la conducta delictiva.

14 Debe decirse que la flagrancia no admite la incertidumbre o duda por parte de la persona que lleva a cabo la detención con respecto a la identidad del sujeto que está o acaba de cometer el hecho delictivo, pues un hecho flagrante presupone que la persona que lleva a cabo la detención apreció a través de sus sentidos la conducta delictiva desplegada por el infractor de la norma.

6.4.1.2. Detención

Es la privación de la libertad ambulatoria de una persona¹⁵ y puede originarse por diversas situaciones. En el ámbito penal, dicho concepto adquiere importancia, ya que de él se parte para determinar el inicio de la investigación con o sin detenido.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido diversos lineamientos que los elementos policiacos deben seguir al momento de realizar una detención en flagrancia.¹⁶

6.4.1.3. Retención

Se refiere al periodo durante el cual el ministerio público, al concretarse una detención por flagrancia, puede mantener a una persona privada de la libertad de forma justificada (por presentar peligro de evasión, para las personas o para la prueba), con el propósito de realizar actos de investigación para ejercer acción penal y conducirlo ante el juez de control. Así pues, en términos simples, la retención debe entenderse como la acción de no dejar ir a una persona (imputado) durante el tiempo en que se está investigando la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de delito. Es una forma de privación de la libertad que contempla la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 16, párrafo décimo.

La retención se realiza en la etapa de investigación inicial, durante el tiempo que dure la misma (se tiene físicamente al inculpado) y no podrá exceder las cuarenta y ocho horas,

15 López Masle, Julián y Horvitz Lennon, María Inés, *Derecho Procesal Penal Chileno*, t. I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 362.

16 Consúltense las tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, registro 2010961 “CONTROL PROVISIONAL PREVENTIVO. PARÁMETROS A SEGUIR POR LOS ELEMENTOS DE LA POLICÍA PARA QUE AQUEL TENGA VALIDEZ CON POSTERIORIDAD A LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA”; 2008638, “DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL. CARACTERÍSTICAS DE LOS NIVELES DE CONTACTO ENTRE UNA AUTORIDAD QUE EJERCE FACULTADES DE SEGURIDAD PÚBLICA Y UNA TERCERA PERSONA” y 2008639, “DETENCIÓN Y RESTRICCIÓN PROVISIONAL DE LA LIBERTAD PERSONAL. SU INTERRELACIÓN Y DIFERENCIAS CONCEPTUALES”.

ya sea porque se ordene la libertad del inculcado o porque sea puesto a disposición de la autoridad judicial competente; tratándose de delincuencia organizada, el plazo de las cuarenta y ocho horas podrá duplicarse.¹⁷

6.4.2. Requisitos (formales y materiales)

La formalidad en la flagrancia radica en que la ejecución de la detención se llevará a cabo cumpliendo estricta y objetivamente el procedimiento definido para tal circunstancia, es decir, salvaguardando los derechos humanos de la persona al ponerla de inmediato ante la autoridad competente y al hacerle saber sus derechos.

Los requisitos materiales de la detención por flagrancia son los que se señalan como hipótesis de flagrancia,¹⁸ es decir, las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley que al actualizarse justifican la detención de una persona sin mandamiento judicial.¹⁹

6.4.3. Oportunidad

La detención por flagrancia tiene su origen en el mundo fáctico, es decir, es un evento de la realidad que, al constituirse como una conducta que aparentemente transgrede el ordenamiento jurídico, genera consecuencias en el derecho penal.

La detención por flagrancia tiene como consecuencia inmediata y directa el inicio de la etapa de investigación inicial dirigida por el ministerio público.²⁰ La retención, por su parte,

17 La tesis de Jurisprudencia con número de registro 182373, de rubro “MINISTERIO PÚBLICO. EL TÉRMINO DE CUARENTA Y OCHO HORAS QUE PREVE EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PARA QUE RESUELVAN LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL INDICIADO APREHENDIDO EN FLAGRANCIA, INICIA A PARTIR DE QUE ES PUESTO A DISPOSICIÓN” es clara al señalar a partir de qué hora inicia el plazo de la retención ante el agente del Ministerio Público.

18 Artículo 146 del CNPP.

19 La Primera Sala del Máximo Tribunal del país ha establecido los requisitos formales y materiales de la detención en flagrancia en la tesis con registro 2010963, de rubro: “DETENCIÓN EN FLAGRANCIA. APRECIACIÓN DE SU VALIDEZ CONSTITUCIONAL CUANDO LA AUTORIDAD TIENE CONOCIMIENTO, POR MEDIO DE UNA DENUNCIA INFORMAL, QUE SE ESTÁ COMETIENDO O SE ACABA DE COMETER UN DELITO”.

20 Véase estructura y sistemática del Código Nacional de Procedimientos Penales.

es la prolongación de esa privación de la libertad por haberse justificado la misma ante el agente del Ministerio Público.

6.4.3.1. Hipótesis de flagrancia en el CNPP

La flagrancia se encuentra regulada en el artículo 146²¹ del CNPP, sección segunda del capítulo tercero, denominado “Formas de conducción del imputado al proceso”, en el que se plantean las hipótesis específicas en las que se está en presencia de flagrancia y, aunque en tal ordenamiento jurídico resultan ser más específicas o explicativas, guardan su fundamento en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- *Detención de la persona al momento de estar cometiendo el delito.* Esta hipótesis resulta ser la más pura de una conducta flagrante, pues la detención del inculcado se realiza en el momento en que este está cometiendo el delito. Por ejemplo, un sujeto tiene dentro de su ámbito de acción y disponibilidad un arma de fuego y en ese instante es observado y detenido por policías preventivos.
- *Detención de la persona inmediatamente después de cometido el delito.* En esta hipótesis se plantea una circunstancia de tiempo que en la práctica de la flagrancia genera dos interrogantes a despejar: cuál es el tiempo inmediato y cuál es “después de cometido el delito”. Para llevar a cabo una detención por flagrancia inmediatamente después de cometido el delito, se debe saber y tener claro lo que esto significa, pues extralimitarse en

21 Artículo 146. Supuestos de flagrancia

Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando: I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que: a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo. Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

la cuestión temporal podría violar los derechos humanos del imputado. A este respecto, en nuestro país hubo legislaciones locales penales adjetivas que llegaron a señalar como tiempo inmediatamente después de cometido el delito, hasta un día después (tal fue el caso de Guerrero), o bien hasta setenta y dos horas después (como lo planteaba Baja California), razón por la que evidentemente no resulta compatible con la naturaleza de las condiciones que rodean al delito flagrante en el CNPP.

- *Cuando la persona es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente.* Dentro de la cuestión de temporalidad de la que se habló en el punto anterior, se despliega la persecución del sujeto cuando este intenta huir por ser sorprendido en la comisión de un delito flagrante, por lo que dicha persecución deberá reunir dos requisitos de validez que deben satisfacerse para el caso: la materialidad y la interrupción. El primer requisito, la materialidad, se refiere a que es la persona que sorprendió al sujeto en la comisión del delito quien debe ejecutar los actos que sean necesarios para llevar a cabo la detención del infractor de la norma, logrando la detención corporal del sujeto de que se trate; además de que esa persecución debe llevarse a cabo ininterrumpidamente, es decir, no puede suspenderse por cualquier motivo y retomarse con posterioridad. Es así que se presupone que la detención inicia desde el momento en que el sujeto que es sorprendido en la comisión de un delito pretende huir, hasta el instante en que la persona que presencié la flagrancia del delito logra su captura.

Los medios tecnológicos existentes hoy en día permiten realizar la supervisión, prevención y, en su caso, la detención en flagrancia de las personas que comenten algún delito; tal es la situación, por ejemplo, de los sistemas electrónicos de geolocalización y monitoreo de cámaras de seguridad pública en tiempo real, escenarios que también reúnen los requisitos de materialidad e ininterrupción señalados previamente.²²

22 Lo señalado anteriormente ha sido recogido por el Poder Judicial de Federación en los criterios jurisprudenciales con número de registro 2017669 de rubro “DETENCIÓN EN FLAGRANCIA. SE ACTUALIZA SI EN SEGUIDA DE QUE EL SUJETO ACTIVO COMETIÓ EL HECHO DELICTIVO, SE LE PERSIGUIÓ MEDIANTE UN SISTEMA ELECTRÓNICO DE GEOLOCALIZACIÓN SATELITAL SIN INTERRUPCIÓN ALGUNA (LEGISLACIÓN APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO ABROGADA)” Y 2017234 DE RUBRO: “DETENCIÓN EN FLAGRANCIA. SE ACTUALIZA SI INMEDIATAMENTE DESPUÉS DE QUE EL SUJETO ACTIVO COMETIÓ EL HECHO

- Cuando la persona es señalada y tenga en su poder objetos, instrumentos o productos del delito o se presuma su intervención en él. Producto de la lectura detenida y el análisis respectivo de esta hipótesis resulta un estudio muy interesante, pues a simple vista pareciera que esta hipótesis de detención no corresponde a una circunstancia flagrante en el delito, debido al señalamiento de una presunción en la intervención en él. No obstante lo anterior, esta hipótesis igualmente prevista como flagrancia en el artículo 146 del CNPP presupone un señalamiento, es decir, una condición que refiere al aviso que ya se dio a un elemento de la policía, sin dejar la flagrancia de lado.

Planteemos el caso de una persona que es desapoderada de sus pertenencias en la vía pública y que emprende la persecución del sujeto activo; durante la persecución un policía se percató de ello y también persigue al sujeto, es decir, ya se actualiza el señalamiento del imputado, en este caso por parte de la víctima. La persecución del sujeto se está llevando a cabo ininterrumpida e inmediatamente después de haber cometido el delito.²³

Ahora bien, en esa misma hipótesis se da la posibilidad de búsqueda o localización del sujeto, sin perder de vista que seguimos el momento *inmediatamente después* de cometido el delito; para explicarlo continuemos con nuestro ejemplo: ante la persecución en la que se encuentra el sujeto; este ingresa a un inmueble a fin de ocultarse y, analizando sus opciones, logra dar con la azotea del lugar; la víctima del delito y el policía siguen en la persecución y también ingresan al inmueble donde ahora se está ante la búsqueda o localización del sujeto. Resulta posible contemplar la idea de que para este momento ya hay más elementos policiales en refuerzo del aseguramiento. En este sentido, es aplicable el criterio jurisprudencial dictado por el Poder Judicial de la Federación, bajo el rubro: “DETENCIÓN DEL INculpado

DELICTIVO, SE LE PERSIGUIÓ MATERIALMENTE SIN INTERRUPCIÓN ALGUNA POR MEDIO DE MONITOREO DE LAS CÁMARAS DE SEGURIDAD PÚBLICA INSTALADAS EN EL LUGAR DEL EVENTO (LEGISLACIÓN APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO ABROGADA)”.

23 Consúltese la tesis aislada con número de registro 2020967 de rubro: “FLAGRANCIA ‘POR SEÑALAMIENTO’. EL ARTÍCULO 146, FRACCIÓN II, INCISO B), DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, QUE AUTORIZA LA DETENCIÓN DE UNA PERSONA BAJO DICHO SUPUESTO, NO CONFIGURA LA HIPÓTESIS DE ‘FLAGRANCIA EQUIPARADA’”.

DENTRO DEL DOMICILIO. ESTÁ JUSTIFICADA SI AL INGRESAR LA PERSONA O LOS POLICÍAS QUE LO ASEGURARON SE ESTABA COMETIENDO EL DELITO EN FLAGRANCIA Y LA VÍCTIMA QUE HABITA EL LUGAR PERMITIÓ EL ACCESO”.²⁴

6.4.3.2. Características de las diversas hipótesis de flagrancia

Son comunes a todos los supuestos de flagrancia las siguientes cuestiones:

- Plena seguridad en la identidad del imputado.
- La conducta desplegada por el imputado es constitutiva de un delito.
- Presupone que la conducta delictiva sea observada en el mismo momento en que se está cometiendo.
- Disminuye el principio de presunción de inocencia.
- La detención por flagrancia se legitima por el hecho de evitar la impunidad en la persecución del delito.
- Evita que el sujeto activo huya del proceso penal.
- Permite la preservación de los medios de prueba, lo más puramente posible.
- En ocasiones puede evitar la insolvencia del imputado.
- Existe una imputación suficiente, concreta y firme al imputado.

De acuerdo con lo anterior, las características de la cautela en la flagrancia y la retención son las siguientes:

- *Provisionalidad.* La provisionalidad se constituye como elemento o característica de la detención y retención por flagrancia, y atiende a la temporalidad de la misma, es decir, solo dura mientras sea necesaria su aplicación. En el caso de la detención por actualizarse un delito flagrante, esta solo podrá durar estrictamente el tiempo que va desde

24 Tesis Aislada. I.7o.P.13 P., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, febrero de 2013, p. 1353.

el momento en que se logra la captura del inculpado hasta que es puesto a disposición del ministerio público, quien se encargará de verificar si la detención se llevó a cabo con apego a la ley; en cuanto a la retención, solo podrá ordenarla si la misma se justifica en alguno de los peligros mencionados y su duración máxima será de cuarenta y ocho horas como término ordinario.

- *Instrumentalidad.* Versa en la accesoriedad de la detención y retención por flagrancia, es decir, no constituyen un fin en sí mismas; la detención se lleva a cabo para iniciar el procedimiento y la retención para continuar la investigación con detenido, en su caso, para conducirlo ante el juez de control para la audiencia inicial.
- *Peligro en la demora y apariencia del buen derecho.* Constitucionalmente se ordena que una vez detenido un indiciado en la comisión de un delito flagrante se deberá poner “sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público”; tal y como lo establece el artículo 16 de la Norma Suprema.

En este caso, la demora tiene un doble efecto, pues no solo se señala a fin de salvar la integridad personal y los derechos humanos del imputado, sino que también se busca que no intente o tenga menos posibilidades de sustraerse del proceso penal que se le iniciará como consecuencia de su conducta ilícita.²⁵

La apariencia del buen derecho está íntimamente relacionada con la ostensibilidad de la flagrancia. Como ya se precisó, es un elemento de la flagrancia que guarda estrecha relación con la forma particular de la comisión del delito, para lo cual se requiere del discernimiento de la persona que observa la conducta delictiva, a fin de que esta realice un juicio de valor que le permita identificar que la conducta observada es delictiva.

Lo anterior resulta fácil de determinar si se toma como ejemplo el hecho de observar que una persona priva de la vida a otra. Sin embargo, pudiera ser que se esté cometiendo un delito

25 A manera de ilustración, consúltese la tesis aislada con número de registro 2020552, de rubro: “DETENCIÓN EN FLAGRANCIA. NO EXISTE DEMORA INJUSTIFICADA EN LA PUESTA A DISPOSICIÓN INMEDIATA DEL INDICIADO ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO, SI POR ESTAR EN RIESGO SU VIDA, PREVIAMENTE ES TRASLADADO A UN CENTRO MÉDICO PARA SU ATENCIÓN”.

frente a una persona y, por no ser ostensible, esta no puede advertirlo, verbigracia, si un tercero observa en la fila de un banco a dos sujetos parados junto a un maletín y ve cuando uno de ellos lo toma y se va del lugar sin mayor prisa, siendo que en realidad quien tomó el maletín era un delincuente que había logrado robar, aprovechando el descuido del propietario.²⁶

- *Flagrancia y retención como acto cautelar.* La detención y retención por flagrancia son los actos idóneos, por excelencia, que sirven para evitar que el inculpado de un hecho delictivo pueda evadirse del proceso penal y consecuentemente de la imposición de la pena que se le impondrá por su participación en el delito.

Como acto cautelar, la detención y la retención en flagrancia tienen como único fin lograr el aseguramiento del imputado para que en el momento oportuno pueda comparecer ante la autoridad respectiva.

6.4.4. Autoridad encargada de resolver

Con el propósito de dar cumplimiento a los tratados internacionales de los cuales México es parte²⁷ y evitar que la detención en flagrancia sea considerada una detención arbitraria, el legislador estableció en el CNPP preliminarmente una calificación de la detención de manera inmediata por parte del ministerio público. Así, en el artículo 149 del referido ordenamiento nacional, se establece que el ministerio público deberá examinar las condiciones en las que se realizó la detención inmediatamente después de que la persona sea puesta a su disposición. Si la detención no cumple con los parámetros constitucionales y procesales, el fiscal deberá decretar la libertad.

Es ahí donde radica la importancia de que la detención de un sujeto se lleve a cabo atendiendo principalmente a los casos previstos de forma expresa como supuestos de flagrancia y salvaguardando los derechos humanos del sujeto, así como sus garantías constitucionales

26 Cisterna Pino, Adolfo, *La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2004, p. 44.

27 Véanse artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

y procesales, pues de lo contrario no podría darse paso a la retención por parte del agente del Ministerio Público.

El juez de control es la autoridad encargada de calificar el actuar de la autoridad ministerial cuando se trata de una detención y retención por flagrancia, lo que cobra gran importancia, dado que la autoridad judicial realiza un estricto y riguroso análisis de las particularidades con las que se llevó a cabo la detención del imputado, así como de la justificación de la cautela.

El ejercicio que realiza el juez de control respecto de la calificación de la detención, no solo debe limitarse a estudiar que su fundamento haya sido producto de lo que se cree fue la realización de un hecho delictivo y, por tanto, se verifique la actualización de una hipótesis de flagrancia, sino que está obligado a ejercer una tutela más amplia y efectiva en torno a la seguridad del detenido, verificando que la detención del imputado se haya llevado a cabo en estricto resguardo de sus derechos humanos y garantías judiciales. Por lo anterior, debe analizar lo siguiente:

- Que la persona no haya sufrido actos de violencia o tortura por parte de los elementos captores durante la detención o al ser puesta a disposición del Ministerio Público.
- Que la detención de la persona haya ocurrido con estricto cumplimiento a lo dispuesto por la ley, así como:
 - que se haya realizado bajo una hipótesis de flagrancia y
 - que sin demora alguna o bien, que transcurrido un tiempo racional después de la detención, la persona haya sido puesta a disposición de la autoridad competente.

Lo anterior es fundamental y necesario toda vez que la flagrancia, como se dijo antes, constituye un caso excepcionalísimo a la libertad y seguridad jurídica de los ciudadanos, por lo que se exige un verdadero control en la detención de una persona.

Por disposición legal²⁸ se contempla que cuando la detención de una persona se haya realizado sin reunir los requisitos constitucionales y legales, el juez de control deberá ordenar de inmediato la libertad del imputado, a fin de proteger y brindarle seguridad jurídica.

28 Segundo párrafo del artículo 308 del CNPP.

Sin embargo, esto no sucede en la vía de los hechos si durante la detención de una persona se violaron sus garantías judiciales, pues desafortunadamente solo genera que los datos de prueba obtenidos en esta primera fase de la investigación se declaren nulos, pero en ningún caso la libertad del imputado.

Otra situación en la que no se decreta la libertad inmediata se da cuando la detención del imputado ocurrió bajo actos de violencia o tortura, en dicho caso solo se inicia una investigación para que se demuestre tal circunstancia, comúnmente denunciada por el propio imputado.

De tal suerte que si durante su intervención, el órgano de control tiene conocimiento de manera directa o derivado del estudio y análisis de las circunstancias de la detención, de que durante la misma se ejercieron actos de tortura, violencia física o moral respecto de la persona del imputado o de algún tercero, la autoridad jurisdiccional está obligada a investigar tales actos a fin de que, de ser demostrados como ciertos, se responsabilice a la autoridad respectiva, pues tales actos constituyen un delito.²⁹

6.4.5. Trámite

La tramitación de la detención debe apegarse a las disposiciones normativas que la regulan, encontrándose esencialmente en los siguientes artículos:

- 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- 146, 147, 148, 149, 307, 308 y 309 del CNPP
- 4°, 6°, 17, 18, 19, 20, 21, 23 y 28 de la Ley Nacional del Registro de Detenciones

En la tramitación respectiva se tienen los siguientes diagramas.³⁰

²⁹ Al respecto, el Poder Judicial de la Federación ha establecido diversos criterios jurisprudenciales indicando el proceder de los órganos jurisdiccionales cuando adviertan, con motivo de sus funciones, actos de tortura. Registros IUS: 2001218, 2008502, 2006483 y 2008505.

³⁰ Véanse los diagramas 15 y 16.

DIAGRAMA 15
Tramitación respectiva

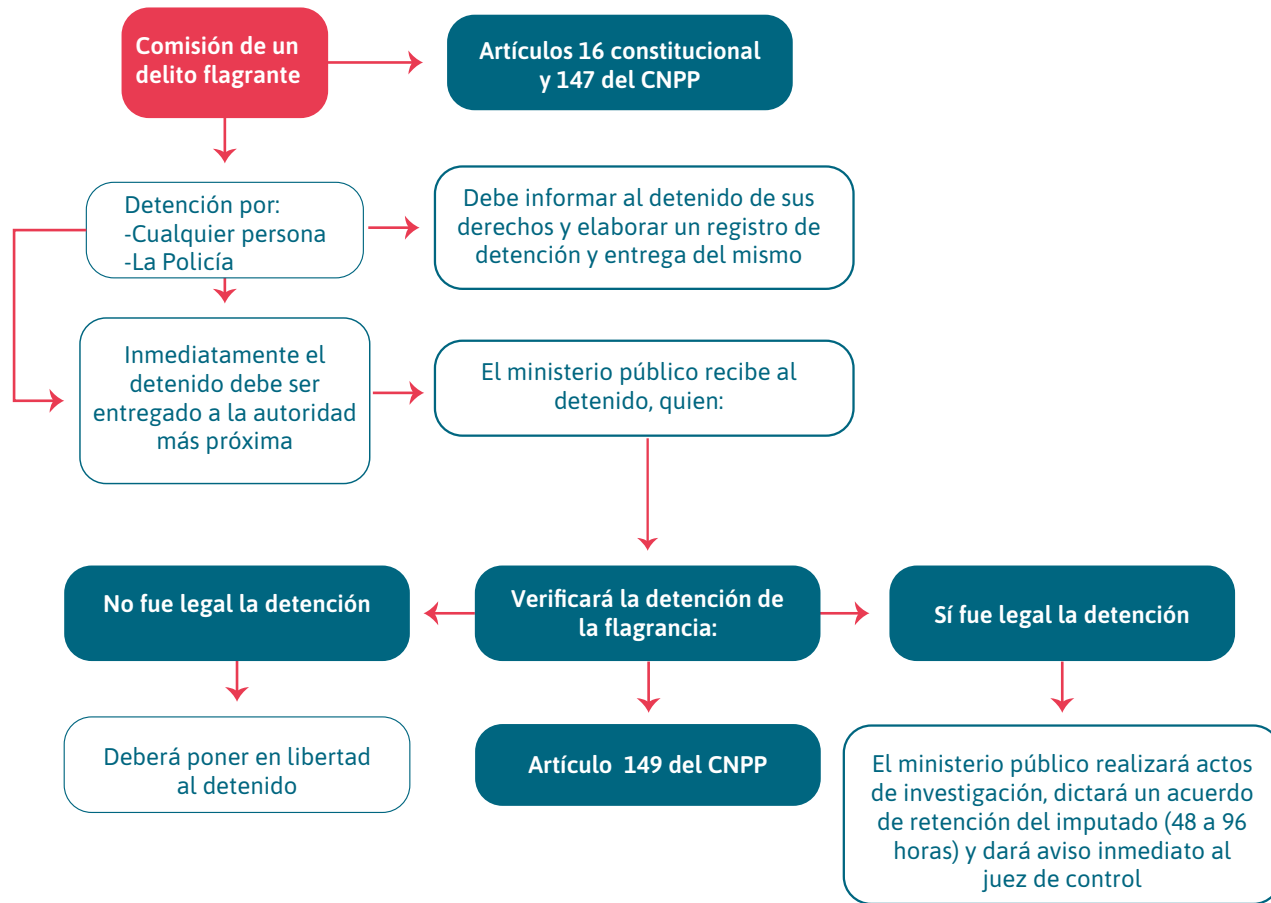
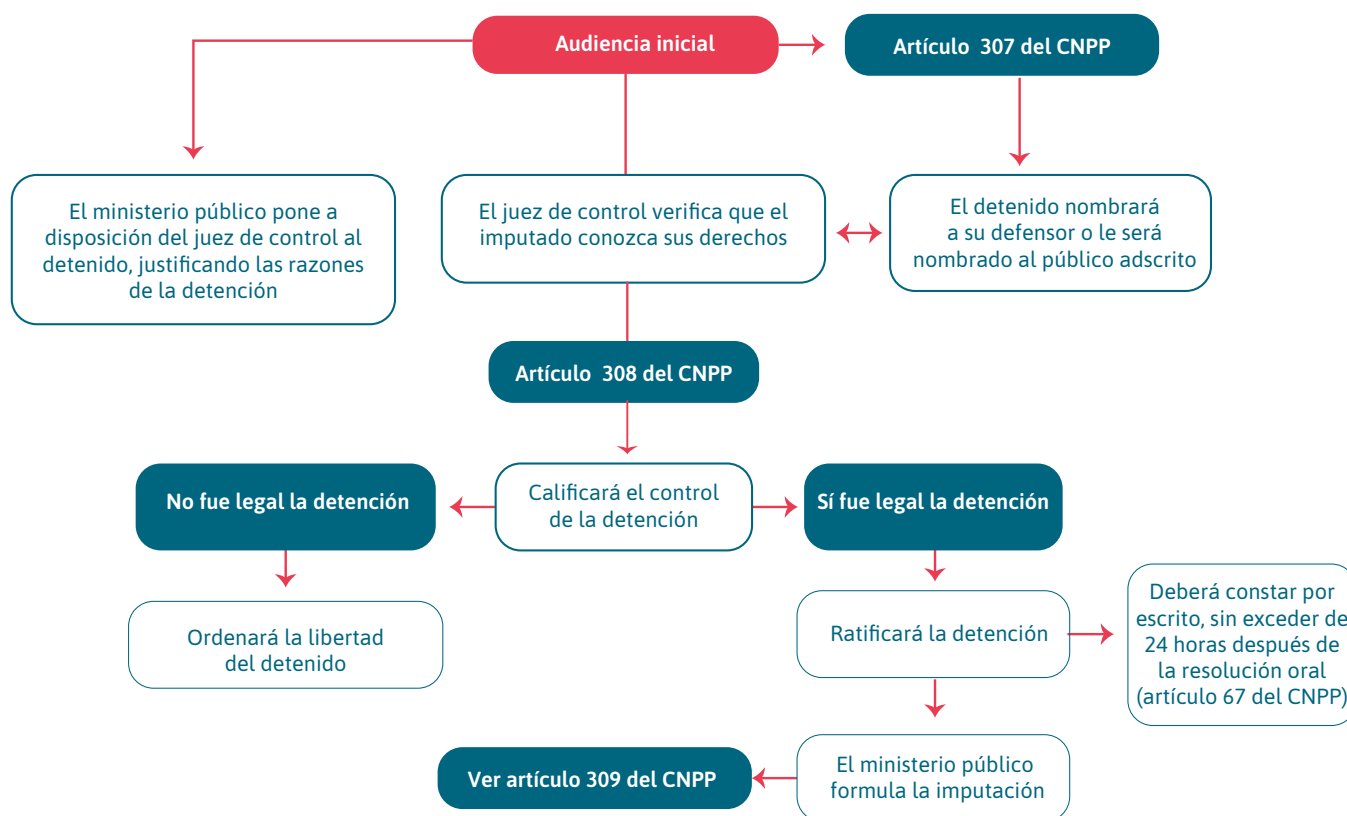


DIAGRAMA 16

Ante el juez de control (puesta a disposición)



6.4.6. Temporalidad

Los momentos previstos durante la tramitación de la flagrancia tienen fundamento en el artículo 16 constitucional y son los siguientes:

Del instante de la detención del imputado por parte de una particular, hasta que es llevado ante la autoridad más próxima: *inmediatamente*.

Para el caso de que la autoridad más próxima haya sido un elemento de la policía, o bien, la detención haya sido ejecutada por este, hasta que es llevado con la autoridad competente, es decir, ante el Ministerio Público: *inmediatamente*. El ministerio público, una vez calificada de legal la detención, podrá dictar, si se justifica, un acuerdo de retención máxima de 48 horas, o tratándose de delitos relacionados con delincuencia organizada, podrá duplicarse a 96 horas.

Concluidos los trámites anteriores, para el caso de que el ministerio público ejerza acción penal, deberá poner al detenido a disposición del juez de control de forma inmediata, quien calificará si la detención fue legal.

6.4.7. Lineamientos para su ejecución

A fin de proceder a la detención de un indiciado por flagrancia, deben ocurrir los presupuestos esenciales previstos en nuestra Constitución, mismos que podemos enunciar de la siguiente manera:

- Que la detención ocurra cuando el sujeto esté cometiendo el delito.
- Que la conducta delictiva realizada por el imputado se encuentre tipificada por la ley como delito.
- Que la detención se lleve a cabo sin arbitrariedades, ponga al imputado de forma inmediata a disposición de la autoridad competente, haga un registro de la detención y le haga saber los hechos que se le atribuyen y la salvaguarda de sus derechos.

- En el caso especial de la detención de un extranjero, también se le debe hacer saber que tiene derecho a que se le dé aviso de su detención al consulado del país del que sea nacional, así como a que lo asista un traductor.
- Para el caso de la detención de una persona perteneciente a un pueblo indígena, también se le debe hacer saber su derecho a que lo asista un intérprete.

6.4.7.1. Sujetos que la pueden ejecutar

En principio pueden clasificarse en públicos y particulares.

- **Sujetos públicos**

Se refiere propiamente a los servidores públicos que están facultados para ejecutar la detención de una persona, es decir, elementos de la policía de investigación, policía preventiva, cuerpos de seguridad privada, incluso los elementos del Ejército y la Armada de México y, actualmente, la Guarda Nacional.³¹

De acuerdo con la tesis con número de registro 2020460, de rubro: “DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. SE ACREDITA SI LOS POLICÍAS QUE DETUVIERON A LA PERSONA CUYO PARADERO SE DESCONOCIÓ A PARTIR DE ESE ACTO, NO JUSTIFICAN LA OBSERVANCIA DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y LOS PROTOCOLOS QUE RIGEN SU ACTUACIÓN”, en lo concerniente a los policías que realizan la detención y traslado del imputado hacia el Ministerio Público, se considera que guardan la calidad de garantes respecto a la integridad física y psicológica del detenido, so pena de incurrir en una desaparición forzada de personas en caso de incumplimiento de sus protocolos de detención y demora injustificada en la puesta a disposición.

- **Sujetos particulares**

31 Resulta importante destacar que tanto la Secretaría de Seguridad Pública como la Procuraduría General de Justicia, ambas de la Ciudad de México, han generado sus respectivos protocolos de actuación policial para la detención de personas en delito flagrante. Acuerdo 01/2015 publicado en la GODF el 14 de enero de 2015 y Acuerdo A/005/2012, respectivamente.

La Constitución prevé que *cualquier persona* puede detener a un sujeto sorprendido en delito flagrante, debiendo ponerlo a disposición inmediata de la autoridad competente, la cual puede ser desde un policía hasta una autoridad judicial.

No se requiere de una calidad específica en el sujeto que ejecuta la detención, sino más bien, el requisito o exigencia de esa detención es que se haya generado en virtud de estar en presencia de un delito flagrante. En este sentido, debe hacerse la aclaración de que quien se encuentra obligado a hacer del conocimiento los derechos al imputado detenido es la autoridad a quien le sea entregado materialmente.³²

- Detención de personas sujetas a fuero

La calidad de la persona detenida resulta de vital importancia, pues para la detención de sujetos que gocen de esta inmunidad con la finalidad de ser procesados penalmente en virtud de los altos cargos públicos que desempeñan, tiene lugar previamente un juicio de procedencia, que implica apartarlo del cargo y retirarle la inmunidad de la que goza, para que con posterioridad y sin perjuicio alguno se pueda iniciar en su contra un proceso penal, teniendo la posibilidad de llevar a cabo su detención como la de un particular.

6.4.8. Control previo, durante y posterior

Dada la importancia de la detención en flagrancia, se requiere que en todo tiempo exista un control por parte de los sujetos que intervienen en él; por tanto, resulta necesario señalar el control previo, durante y posterior en el delito flagrante.

Normalmente, el control previo está a cargo de la Policía, pues dadas las circunstancias en la realidad, es esta autoridad la que primeramente tiene conocimiento de un delito flagrante. La Policía debe, al momento de tener contacto con un sujeto que es detenido en flagrancia, realizar un registro inmediato de la detención respectiva, el cual deberá contener

32 Registro 2010490, rubro: "DERECHO A SER INFORMADO DE LOS MOTIVOS DE LA DETENCIÓN Y LOS DERECHOS QUE LE ASISTEN A LA PERSONA DETENIDA. DEBE HACERSE SIN DEMORA Y DESDE EL MOMENTO MISMO DE LA DETENCIÓN".

la identificación del sujeto detenido, así como proporcionar datos de la situación flagrante y expresar todos aquellos datos de prueba relevantes para el procedimiento siguiente.

El control durante tiene lugar desde el momento en que el detenido es puesto a disposición del ministerio público, pues este está obligado a realizar un control de la detención del imputado al verificar si su detención ocurrió actualizándose alguno de los supuestos de flagrancia previstos, si durante el acto mismo de la detención no ocurrieron violaciones a los derechos humanos y si la conducta flagrante constituye un delito; asimismo, deberá atender que durante el tiempo que el imputado esté a su disposición (retención), sus derechos humanos y garantías constitucionales y procesales han estado a salvo; así como mantener esa retención mientras la medida sea necesaria.

En estricto sentido, el control posterior se da cuando en audiencia inicial el juez de control realiza una calificación de la detención, a efecto de legitimar la detención y retención del imputado, y dar paso a la formulación de la imputación; de lo contrario, ordenará la inmediata libertad del detenido.

6.4.9. Medio de impugnación

El medio de impugnación previsto para la detención por flagrancia a favor del imputado es el amparo indirecto, cuyos conceptos de violación esenciales pueden ser dos: el primero de ellos consiste en que durante la detención del imputado no se actualizó ninguna de las hipótesis de flagrancia; el segundo, en que la detención del sujeto se llevó a cabo violando sus derechos humanos y garantías constitucionales (verbigracia, durante la detención del imputado se llevaron a cabo actos de tortura por parte de los aprehensores) o bien, que el sujeto no fue presentado de manera inmediata ante el ministerio público, sin justificación alguna.

Sin embargo, en la práctica difícilmente se presenta la posibilidad de interponer tal medio de impugnación, dadas las circunstancias de tiempo en las que se tramita una detención por flagrancia, pero podrá tener repercusión para la prueba, por lo que no es obstáculo para que

la detención sea materia de la demanda de amparo en amparo directo, según lo dispone la jurisprudencia 1a./J. 45/2013 (10a.) de rubro: “VIOLACIONES COMETIDAS EN LA DETENCIÓN DEL INculpADO CON MOTIVO DE LA EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL (FLAGRANCIA O CASO URGENTE). ES FAC-TIBLE SU ANÁLISIS EN AMPARO DIRECTO CUANDO NO HAYAN SIDO ANALIZADAS PREVIAMENTE EN AMPARO INDIRECTO”.³³

33 Tesis: 1ª./J/45/2003(10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXII, t. I*, julio de 2015, p. 529. Registro IUS 2004134.

6.5. RETENCIÓN

Christian Bernal Porras

Conforme al diccionario de la Real Academia Española, la retención es la “acción y efecto de retener”;³⁴ y retener conforme al mismo diccionario se entiende como: “impedir que algo salga, se mueva, se elimine o desaparezca”.³⁵

Por otro lado, el empleo del término *retención* se encuentra en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), cuando se prohíbe que una persona pueda permanecer retenida ante el agente del Ministerio Público por más de 48 horas, o bien, con la excepción que ahí se prevé respecto de la delincuencia organizada; y es precisamente a esta facultad del agente del Ministerio Público prevista constitucionalmente a la que me referiré en este breve análisis.

Como se deriva de la propia definición de la Real Academia Española, la retención presupone que alguien ya se encuentra detenido, en el caso en que una persona ha sido privada de su libertad deambulatoria *a priori* a la retención; por lo tanto, es válido afirmar que solamente puede existir la retención respecto de una persona que previamente fue detenida.

En mi consideración, la única forma de detención que podría derivar en una retención es la detención en flagrancia, pues solo bajo esta forma de detención, podremos afirmar la necesidad de la retención en los términos que la Constitución señala. Aunque esto pareciera ser, por decirlo de forma simple, “lógico”, lo cierto es que podría prestarse a discusión

34 Disponible en <https://dle.rae.es/retenci%C3%B3n>

35 Disponible en <https://dle.rae.es/retener>

derivado de otras formas de conducción al proceso, en el cual, el legislador autorizó que la persona detenida sea trasladada ante el agente del Ministerio Público antes que al juez de control, por ejemplo: en el caso urgente, tal y como se puede observar en el artículo 150 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), que en la parte conducente señala: “Los oficiales de la Policía que ejecuten una orden de detención por caso urgente, *deberán hacer el registro de la detención y presentar inmediatamente al imputado ante el Ministerio Público que haya emitido dicha orden*, quien procurará que el imputado sea presentado sin demora ante el Juez de control”.

En este caso de la detención por caso urgente, es claro que ese traslado ante el agente del Ministerio Público y la estancia en sus instalaciones —por breve que sea o si se prolonga— (circunstancia que no tendría cabida) no puede ser entendido como la figura de la retención, pues como se analizará, la retención tiene sus propias finalidades y parámetros de regulación, que no tienen que ver con esa presentación inmediata ante el agente del Ministerio Público, ya que, además, los objetivos de la retención no tienen razón de ser cuando se detiene bajo la figura del caso urgente, como se podrá vislumbrar en este análisis.

De lo anterior, podemos decir que la retención es la prolongación de la privación de la libertad deambulatoria de un gobernado una vez que este ha sido detenido en flagrancia; es así que la retención debe ser ordenada por el agente del Ministerio Público, lo cual es una obligación de este en términos de lo dispuesto por el artículo 131 del CNPP, que en la parte conducente refiere: “XI. Ordenar la detención y la retención de los imputados cuando resulte procedente en los términos que establece este Código”.

En ese orden de ideas, la retención no puede exceder bajo ningún concepto los términos a que alude el artículo 16 constitucional, que en la parte que nos interesa refiere: “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”.

Hasta este momento queda claro que la retención solamente puede ser ordenada por el agente del Ministerio Público y, en principio, no puede exceder de cuarenta y ocho horas, con la excepción de los casos de delincuencia organizada, caso en el cual dicho plazo se puede duplicar. Lo anterior nos lleva a formularnos la ampliamente debatida interrogante: ¿cuándo inicia la retención? En mi criterio, el plazo de la retención solamente debe computarse a partir de la puesta a disposición, siendo que como primer argumento señalaré que en efecto la retención solamente puede derivar de la detención en flagrancia; no obstante, es importante observar que existen dos clases de detención: la denominada en sentido estricto y otra en sentido amplio.

Ahora bien, la detención en sentido estricto implica las circunstancias inmediatas que llevaron a la detención del gobernado, mientras que la detención en sentido amplio son todos y cada uno de los actos que se realizan desde la detención, es decir, desde que se le restringió al gobernado de su libertad deambulatoria y hasta que es puesto a disposición del agente del Ministerio Público; es decir, en la detención en sentido amplio ya se incluye el traslado del detenido. Por lo tanto, si se sostiene que la retención contempla desde el momento en que fue detenido, se está confundiendo la retención con la detención en sentido amplio. Esta figura de la detención en sentido amplio tiene sus propias limitaciones, las cuales impiden confundir dichos plazos, pues la investigación del hecho no es objeto de la detención en sentido amplio, debido a que la investigación del hecho que motivó la detención estaría constitucionalmente a cargo del agente del Ministerio Público, el cual regularmente hasta ese momento no tiene conocimiento del mismo. Es importante señalar que los agentes remitentes en el caso de las detenciones en flagrancia solamente pueden recabar los indicios y evidencias que se deriven directamente de la detención en flagrancia, por ejemplo, los objetos que porta el detenido, o bien, aquellos objetos que se encuentren a su alcance a simple vista, ello a diferencia de lo que ocurre en la retención, pues durante la misma, el agente del Ministerio Público sí puede ordenar actos de investigación tendientes al esclarecimiento del hecho.

Bajo esta tesitura, no pueden entenderse las limitaciones de la detención en sentido amplio como parte de la retención, pues regularmente es con la puesta a disposición que el

agente del Ministerio Público recibe la querella o la denuncia como requisito de procedibilidad para iniciar su investigación y, como se detallará más adelante, uno de los parámetros para la retención es precisamente el de la investigación y la necesidad de ella; de ahí que tenga razón de ser el plazo de retención. Es por ello que no considero adecuado computar en la retención un plazo en que el agente del Ministerio Público no tiene la expectativa de actuación para ejercer sus facultades de investigación. Por ejemplo: si en un estado de la república mucho más grande que la Ciudad de México y con problemas de comunicación, unos policías municipales detienen en flagrancia a una persona y tardan 20 horas en ponerla a disposición del agente del Ministerio Público, pero acreditan la imposibilidad de hacerlo en menor tiempo porque se encontraban en una camino de terracería, en medio de una tormenta y sin transporte, es claro que ese tiempo de traslado no puede computarse en la retención, pues de ser así, el ministerio público tendría solo 28 horas para investigar y no las 48 horas contempladas en la Constitución.

En este sentido, incluso la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado para darle consecuencias autónomas a las demoras injustificadas en la puesta a disposición, es decir, en la detención en sentido amplio, como se puede apreciar en la jurisprudencia con número de registro 2012186.³⁶

36 DEMORA EN LA PUESTA A DISPOSICIÓN DEL DETENIDO EN FLAGRANCIA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. LA VALORACIÓN DEL PARTE INFORMATIVO U OFICIO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE LOS AGENTES APREHENSORES, DEBERÁ ATENDER A LA INDEPENDENCIA FÁCTICA Y SUSTANCIAL DE LA DETENCIÓN Y LA PUESTA A DISPOSICIÓN.

Esta Primera Sala ha determinado que la violación al derecho fundamental del detenido a ser puesto a disposición del Ministerio Público sin demora, genera la anulación de la declaración del detenido, así como la invalidez de todos los elementos de prueba que tengan como fuente directa la demora injustificada, y aquellas recabadas por iniciativa de la autoridad aprehensora, sin conducción y mando del Ministerio Público; no así las pruebas obtenidas estrictamente con motivo de la detención en flagrancia, a menos que se acredite la existencia de vicios propios de la misma detención. En ese tenor, la valoración probatoria del parte informativo u oficio de puesta a disposición de los agentes aprehensores, deberá atender a la independencia fáctica y sustancial de esos dos momentos —detención y puesta a disposición—, para lo cual se tendrá que fragmentar el contenido informativo del parte u oficio, conforme a dos elementos sustanciales: a) la descripción de las circunstancias que motivaron la intervención de la policía y aquellas en las que tuvo lugar la detención del inculcado, así como la relación de los objetos y evidencias aseguradas en esa acción; y b) todas aquellas referencias a circunstancias y medios de prueba obtenidos por la policía, que derivan directamente de la demora injustificada en la puesta a disposición del detenido, o que hayan sido recopilados con motivo de una investigación policial no dirigida y controlada por el Ministerio Público. Hecho lo anterior, se deberá excluir de la valoración probatoria únicamente lo relativo al segundo inciso, pues conforme a los parámetros establecidos por esta Primera Sala, la violación en cuestión sólo afecta la información relacionada con la siguiente acción que se

Así las cosas, partiendo del hecho de que la retención inicia con la puesta a disposición del detenido ante el agente del Ministerio Público, se deriva la obligación de este de examinar inmediatamente las condiciones en las que se realizó la detención, ello con la finalidad de verificar si dicha detención se realizó conforme a los supuestos de flagrancia, en concreto conforme a lo establecido en el artículo 146 del CNPP, pues esta es la norma que regula de forma secundaria a la flagrancia constitucionalmente prevista. Respecto de este requerimiento del CNPP, es importante señalar que, si bien es cierto que la oralidad es una característica del proceso penal conforme lo refiere el artículo 4° del CNPP, también es cierto que el agente del Ministerio Público debe dejar constancia y registro de sus actuaciones, máxime si son en investigación de un hecho que pudiera constituir un delito, tal como lo refiere el artículo 217 del CNPP. Esto es importante porque el agente del Ministerio Público debe de realizar diversos actos de investigación que arrojen antecedentes de investigación para poder analizar las circunstancias bajo las cuales ocurrió la detención, debiendo contar además como requisito para investigar con la denuncia o querella; de tal suerte que el término “inmediatamente” debe ser entendido como el tiempo estrictamente necesario para que el agente del Ministerio Público recabe la información necesaria para estar en posibilidad de analizar las circunstancias bajo las cuales ocurrió la detención, por ejemplo: las entrevistas de los policías o los particulares que llevaron a cabo la detención, e incluso la propia entrevista de la víctima o testigos de los hechos, siempre y cuando se requieran para analizar la flagrancia. En este tenor, si el agente del Ministerio Público considera que la detención no se realizó bajo los supuestos del artículo 146 del CNPP, deberá de poner en libertad al detenido.

debe realizar al detenerse a una persona, que es su presentación oportuna ante el Ministerio Público, sin que ello ocurra con la relativa al primer inciso, siempre y cuando la detención se ajuste al parámetro constitucional de la flagrancia. Contradicción de tesis 92/2015. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, 4 de noviembre de 2015. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en cuanto al fondo. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Julio César Ramírez Carreón.

Una vez analizadas las circunstancias de la detención y cuando esta se encuentre bajo algún supuesto de flagrancia, el agente del Ministerio Público deberá de analizar la necesidad de la medida de la retención durante el plazo de la misma, así se establece en el segundo párrafo del artículo 149 del CNPP, que a la letra señala: “Así también, durante el plazo de retención el Ministerio Público analizará la necesidad de dicha medida y realizará los actos de investigación que considere necesarios para, en su caso, ejercer la acción penal”.

Es importante mencionar que el Código no refiere que el análisis respecto de la necesidad de la retención deba de realizarse de forma inmediata, pues puede llevar a cometer errores en relación con la imposición de dicha medida. Es decir, a diferencia del análisis de la detención que sí exige el análisis inmediato, no ocurre lo mismo en el caso de la retención.

Para analizar la necesidad de la retención, debe interpretarse la norma de manera sistemática, partiendo de la premisa que la retención es la restricción de la libertad deambulatoria del gobernado; libertad que constituye un derecho humano, por lo que para determinar su necesidad, se debe observar lo dispuesto en el artículo 140 del CNPP, pues en él se regulan los aspectos que debe considerar el agente del Ministerio Público para determinar la imposición de dicha medida, ello en los siguientes términos:

En los casos de detención por flagrancia, cuando se trate de delitos que no merezcan prisión preventiva oficiosa y el Ministerio Público determine que no solicitará prisión preventiva como medida cautelar, podrá disponer la libertad del imputado o imponerle una medida de protección en los términos de lo dispuesto por este Código.

Cuando el Ministerio Público decreta la libertad del imputado, lo prevendrá a fin de que se abstenga de molestar o afectar a la víctima u ofendido y a los testigos del hecho, a no obstaculizar la investigación y comparecer cuantas veces sea citado para la práctica de diligencias de investigación, apercibiéndolo con imponerle medidas de apremio en caso de desobediencia injustificada.

Del anterior precepto se advierte que cuando el hecho que está investigando el agente del Ministerio Público encuadra en los delitos de prisión preventiva oficiosa, estaría imposibilitado para hacer un análisis en los términos del artículo 140 del CNPP, pues no tendría la facultad de decretar su libertad por lo que hace a dicho supuesto.

Por otro lado, cuando no se trate de delitos de prisión preventiva oficiosa, se requiere que el agente del Ministerio Público determine que no solicitará la prisión preventiva como medida cautelar; es ahí donde resulta imposible que esta determinación se realice de forma instantánea al análisis de la detención, pues para que el agente del Ministerio Público llegue a ese grado de convencimiento requiere conocer si en el caso concreto existe necesidad de cautela suficiente para sustentar ante el juez de control la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva justificada, lo que implica que deberá —una vez que analice las circunstancias de la detención— avocarse de forma inmediata a realizar una investigación en torno a la necesidad o necesidades de cautela del detenido, es decir, recabar antecedentes de investigación que lo lleven a poder hacer un análisis de la viabilidad de la prisión preventiva justificada, ya sea porque el detenido representa un riesgo a la víctima, a los testigos, a las pruebas, a la comunidad, o bien, que se vaya a sustraer de la acción de la justicia. El riesgo que logre acreditar el agente del Ministerio Público no puede ser cualquiera, sino, reitero, un riesgo que le permita presuponer que el juez de control impondrá la medida de prisión preventiva justificada, es decir, debe realizar un análisis de proporcionalidad, tal cual se hace para la imposición de la citada medida.

Una interpretación errónea que deseo analizar en este trabajo proviene del artículo 140 del CNPP: “[El agente del Ministerio Público] podrá disponer la libertad del imputado”, la cual ha sido sacada de contexto para interpretarla en el sentido que el agente del Ministerio Público tendría la facultad discrecional de disponer de la libertad del gobernado, pues se dice que “podrá”. En principio, cabe mencionar que el agente del Ministerio Público como autoridad del Estado mexicano está obligado, en términos del artículo 1° de la CPEUM, a garantizar los derechos humanos y, además, de la misma forma que todas las autoridades, debe fundar y motivar sus determinaciones como requisito constitucional, por lo tanto, cualquier decisión

que tome debe cumplir con dicho requisito. De esto se sigue que la resolución para disponer o no de la libertad de una persona no está exenta de estos requisitos y deberá señalar en cada caso concreto los motivos de hecho que lo llevaron a tal determinación, debidamente justificados bajo los fundamentos jurídicos aplicables, es decir, debe explicar bajo la proporcionalidad la razón por la que no está decretando la libertad del gobernado, decide continuar con su retención y ponerlo a disposición del juez de control en calidad de detenido; de no justificarlo así, el agente del Ministerio Público controvierte a la propia Convención Interamericana de Derechos humanos “Pacto de San José” que en su artículo 7°, numeral 3, refiere que: “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

Lo cierto es que esa discusión en torno a la supuesta facultad discrecional del agente del Ministerio Público no tendría razón de ser si el numeral 140 del CNPP se lee en su contexto: “En los casos de detención por flagrancia, cuando se trate de delitos que no merezcan prisión preventiva oficiosa y el Ministerio Público determine que no solicitará prisión preventiva como medida cautelar, podrá disponer la libertad del imputado o imponerle una medida de protección en los términos de lo dispuesto por este Código”.

En realidad, el Código refiere que al verificarse un supuesto normativo hay dos posibles consecuencias, es decir, si el Ministerio Público (fundada y motivadamente, como ya se señaló) determina que no va a solicitar la prisión preventiva, entonces puede: 1) disponer de la libertad del gobernado o 2) imponerle una medida de protección. Para explicarlo de otra forma: si tienes dinero puedes gastarlo o invertirlo. Es claro que la palabra “podrá” se emplea para indicar las dos opciones y, en el caso que nos ocupa, jamás para indicar la facultad discrecional de continuar con la retención, la cual no se sostiene por sí misma, como ya lo señalé.

Entonces, las opciones del ministerio público se contraen a decretar la libertad, previniendo al imputado para que se abstenga de molestar o afectar a la víctima u ofendido y a los testigos del hecho, a no obstaculizar la investigación y a comparecer cuantas veces sea citado para la práctica de diligencias de investigación, apercibiéndolo con medidas de apremio en caso de desobediencia injustificada.

O bien, la segunda opción es la imposición de medidas de protección. Es importante señalar que la imposición de este tipo de medidas trae aparejada la libertad del imputado, pero una libertad restringida o disminuida de forma proporcional, pues de acuerdo al catálogo de las medidas de protección previstas en el artículo 137 del CNPP, tales pueden implicar restricciones a derechos como la libertad o el domicilio. Por ejemplo, la restricción de acercarse a un lugar o persona restringe la libertad, o la salida del domicilio restringe el derecho al domicilio. Incluso pueden imponerse cargas como entregar documentos u objetos.

Es claro que el legislador previó el mecanismo para garantizar la contención de los fines de las medidas cautelares, privilegiando la libertad cuando no exista la necesidad de cautela para imponerse una prisión preventiva justificada, quedando por supuesto intacta la facultad del agente del Ministerio Público para solicitar la audiencia inicial sin necesidad de llevar a la persona detenida, por lo que en conclusión sí están neutralizados los riesgos y peligros de los que protegen las medidas cautelares y la persona puede ser conducida a proceso por una forma distinta, como lo sería un citatorio. La libertad que se concede en el plazo de la retención no tiene ninguna relación con la impunidad.

Durante el plazo en que el gobernado se encuentre retenido, el agente del Ministerio Público debe velar en todo momento por la observancia de sus derechos y, por supuesto, garantizarlos, por lo tanto, es obligación del ministerio público hacerle saber sus derechos y el motivo por el que se encuentra detenido, garantizar que se comunique con quien lo estime necesario y velar por que de inmediato tenga acceso al abogado que designe como su defensor o si existe imposibilidad de hacerlo proporcionarle un defensor público, no someterlo a malos tratos y que la investigación que realice sea objetiva. En esencia, observar el contenido del artículo 113 del CNPP.

El agente ministerial, bajo el principio de unidad del Ministerio Público, está obligado a recibir la puesta a disposición de los detenidos independientemente de que sea competente o no respecto del hecho que se investiga, debiendo realizar las diligencias más urgentes, como la del análisis de la detención y declinar competencia a quien la tenga durante el plazo

de la retención; lo mismo ocurre si durante la investigación resulta que el hecho que investiga es de competencia de otro agente del Ministerio Público, pues en ese caso deberá poner al detenido a disposición del Ministerio Público que resulte competente, así como todos y cada uno de los registros de investigación que hubiese recabado.

Respecto de la duración de la retención, esta puede ser hasta por 48 horas y solo en casos de delincuencia organizada hasta por 96 horas, pero esos plazos no implican que el agente del Ministerio Público los deba agotar; de hecho, solo puede retener al gobernado por el tiempo estrictamente necesario para la finalidad de la retención, es decir, la investigación del hecho que motivó la detención, hasta en tanto cuenta con antecedentes de investigación que puedan constituir datos de prueba para acreditar el hecho que la ley señala como delito y la probable participación del imputado. Lo anterior en observancia de un derecho humano consagrado en el artículo 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que implica que la persona retenida debe ser puesta de forma inmediata ante la autoridad judicial, como puede apreciarse en los numerales 5 y 6 del artículo referido:

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

En ese orden de ideas, tenemos por un lado el derecho de ser puesto de manera inmediata ante el juez de control, y por otro la necesidad de investigar para poder sustentar las solicitudes que se realizarán en audiencia ante el juez de control. Por ello, un análisis de proporcionalidad entre ambos nos lleva a la conclusión de que la retención solo puede prolongarse por el tiempo estrictamente necesario para realizar la investigación inicial si es que no se decretó su libertad en términos del artículo 140 del CNPP, lo que además implica que ese tiempo estrictamente necesario debe incluir la investigación por lo que hace a la necesidad de cautela; por ejemplo, si después de una hora con veinte minutos de la retención en un delito de prisión preventiva oficiosa, el agente del Ministerio ya cuenta con los antecedentes de investigación suficientes para sustentar su petición de vinculación a proceso ante el juez de control, no existe razón para retenerlo más tiempo, pues deberá de inmediato ponerlo a disposición del juez de control, en el entendido de que retenerlo por más tiempo resultaría violatorio de derechos humanos.

Ahora bien, si el agente del Ministerio Público durante la retención llega a la conclusión de que no puede sustentar ante el juez de control su solicitud de vinculación a proceso —como ya se ha dicho, la suficiencia de antecedentes de investigación que puedan constituir datos de prueba para acreditar el hecho que la ley señala como delito y la probable participación del imputado—, de igual forma deberá decretar su libertad. Es importante señalar que cuando el agente del Ministerio Público decide poner a disposición del juez al imputado detenido, este autolimita su investigación inicial al plazo de la retención; por ello, una vez concluido dicho plazo no puede realizar más actos de investigación para la solicitud de vinculación a proceso.

La puesta a disposición ante el juez de control debe ser dentro del plazo de 48 horas y deberá ser tanto jurídica como material, es decir, materialmente se refiere a dejarlo físicamente a disposición del juez en el lugar destinado para las personas que esperan la celebración de su audiencia inicial como detenidos, y jurídicamente, pues tendrá que informarle al juez de control que la persona queda a su inmediata disposición y solicitarle que señale la fecha y la hora de la audiencia.

En conclusión, la retención es la prolongación de la privación de la libertad deambulatoria del gobernado derivado de una detención en flagrancia, la cual será decretada por el agente del Ministerio Público siempre que se trate de delitos de prisión preventiva oficiosa, o bien, que el agente del Ministerio Público esté en posibilidad de solicitar la prisión preventiva justificada durante el tiempo estrictamente necesario para realizar la investigación inicial, que jamás podrá exceder las 48 horas, plazo en el cual deberá de ser puesto a disposición del juez de control.

6.5.1. Generalidades

La retención se encuentra constitucionalmente prevista en el artículo 16 de la CPEUM, el cual señala que ninguna podrá ser retenida por el ministerio público por más de 48 horas, señalándose que dicho plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Es así que dicha retención también se encuentra prevista en el artículo 149 del CNPP, en donde se refiere que este plazo es para realizar actos de investigación necesarios para ejercer la acción penal, siendo que en relación con el artículo 140 del mismo Código se establece que la retención solamente puede subsistir para el caso de delitos de prisión preventiva oficiosa o bien para el caso en que se cuente con información suficiente para sustentar la solicitud de prisión preventiva justificada en la audiencia inicial ante el juez de control.

6.5.2. Concepto

La retención es la prolongación de la privación de la libertad deambulatoria del gobernado, derivada de la detención en flagrancia, la cual no puede prolongarse, como regla general, más allá del plazo de 48 y de 96 horas en los casos de delincuencia organizada, siendo que la finalidad de dicho plazo es la realización de actos de investigación

que produzcan antecedentes de investigación, con la finalidad de que al resultar idóneos y pertinentes (dato de prueba) puedan establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado; además, durante ese plazo se deberá establecer objetivamente la existencia de necesidad de cautela suficiente para sustentar la solicitud de prisión preventiva justificada en el caso de delitos que no sean de prisión preventiva oficiosa ante el juez de control; asimismo, dicha restricción de libertad deambulatoria no podrá subsistir si no se logra el acreditamiento de la necesidad de cautela, la retención queda a cargo del agente del Ministerio Público y la misma se verifica en sede ministerial.

6.5.3. Naturaleza jurídica

Se trata de una restricción al derecho humano a la libertad deambulatoria, derivada de la detención en flagrancia y es una determinación del agente del Ministerio Público.

6.5.4. Requisitos

- a) Que el gobernado sea puesto a disposición del agente del Ministerio Público derivado de una detención en flagrancia.
- b) Que se cuente con una denuncia o querella.
- c) Que se haya verificado la detención en flagrancia, por parte del ministerio público.
- d) Que exista necesidad de cautela para sustentar una solicitud de prisión preventiva, en audiencia inicial ante el juez de control o que se trate de un delito de prisión preventiva oficiosa.

6.5.5. Oportunidad

La retención puede ser decretada por el agente del Ministerio Público, desde el momento en que recibe la puesta a disposición del gobernado y verifica la flagrancia y hasta por un plazo máximo de 48 horas y 96 horas en casos de delitos de delincuencia organizada.

6.5.6. Autoridad encargada de resolver

El agente del Ministerio Público es la autoridad que decreta la retención del gobernado, pero dicho acto es susceptible de analizarse por el juez de control al ratificarla en audiencia inicial.

6.5.7. Trámite

Una vez que el agente de Ministerio Público recibe la puesta a disposición del gobernado detenido, procederá a verificar si la detención se ajusta a los parámetros de legalidad y constitucionalidad de la flagrancia, por lo que antes de concluir el plazo de 48 horas —tiempo estrictamente necesario para establecer si cuenta con datos para sustentar la solicitud de prisión preventiva justificado, o bien si se encuentra en presencia de un delito de prisión preventiva oficiosa— deberá pronunciarse, decretando la retención o la libertad del gobernado.

6.5.8. Temporalidad

La retención no puede prolongarse por más de 48 horas como regla general y, excepcionalmente, en los casos de delincuencia organizada no puede prolongarse por más de 96 horas.

6.5.9. Accesoriedad o autonomía

La retención es una figura considerada como autónoma, pues subsiste por sí misma. No obstante, en mi criterio, es accesoria en los casos de delitos que no ameritan prisión preventiva oficiosa, en cuanto a que se requiere el acreditamiento de la necesidad de cautela.

6.5.10. Lineamientos para su ejecución

La retención es ordenada por el agente del Ministerio Público y ejecutada por la Policía a su cargo, en sede ministerial y no puede exceder los plazos constitucionalmente previstos.

6.5.11. Control previo o posterior

La retención, al ser un decreto del agente del Ministerio Público, está sujeta a los parámetros de constitucionalidad y legalidad, por lo tanto, su determinación debe estar fundada y motivada por este, ya que dicha determinación será sujeta a un control posterior por parte de la autoridad judicial al momento de ratificarla en la audiencia inicial.

6.5.12. Medio de impugnación

Conforme a los medios de impugnación señalados en el CNPP, se podría afirmar que no cuenta con alguno, no obstante, atendiendo al principio de contradicción, es analizada por el juez de control, atendiendo exhaustivamente los planteamientos realizados por las partes durante la audiencia inicial.

6.5.13. Trámite

La determinación de retención es una decisión que compete al agente del Ministerio Público por antonomasia, dictada en la fase de investigación inicial, por lo que el acuerdo que la contiene debe obrar por escrito en la carpeta de investigación. Ahora bien, la oralidad es una característica del proceso para las audiencias y en la sede judicial, por lo que conforme a la regla constitucional, resulta necesaria la ratificación del acuerdo dictado por la fiscalía ante el juez de control, como primera fase de la audiencia inicial.

6.6. CASO URGENTE

Enrique Cedillo García

6.6.1. Concepto

Se establece que es una de las tres hipótesis en que puede ser privada legalmente de su libertad una persona (orden de aprehensión, flagrancia y caso urgente), es decir, se destaca al ser una *restricción* al derecho a la libertad personal; es *extraordinaria*, pues deriva de condiciones no ordinarias, como el riesgo fundado de que la persona acusada de cometer un delito grave se sustraiga a la acción de la justicia y que por razón de la hora, lugar o circunstancia, el ministerio público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial a solicitar una orden de aprehensión; y es *excepcional*, pues se aparta de la regla general sobre el control judicial previo dentro del régimen de detenciones.

6.6.2. Naturaleza jurídica

Forma parte del procedimiento declarativo y cautelar, y es una forma de conducción del imputado para la celebración de la audiencia inicial, bajo ciertos requisitos.³⁷

37 Párrafo sexto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

6.6.3. Requisitos

Tanto la Constitución en el párrafo sexto del artículo 16, como el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) en su artículo 150, autorizan al Ministerio Público a ordenar la detención de una persona, debiendo cumplir los requisitos siguientes:

- a) Que se trate de delito grave, así calificado por la ley.³⁸
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.
- c) Que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia.

Estos requisitos constitucionales a los que está sujeta la detención por caso urgente configuran un control normativo intenso dispuesto por el legislador, que eleva el estándar justificativo para que el Ministerio Público decida ordenar la detención de una persona sin control previo por parte de un juez.

Respecto al primer inciso, los delitos graves serán los de procedencia oficiosa, así como aquellos cuyo término medio aritmético de la pena sea mayor a cinco años de prisión.

Por cuanto toca al segundo, el artículo en mención no establece qué se debe entender por sustracción ni señala parámetro alguno para su determinación; sin embargo, el artículo 168 del CNPP sí establece los parámetros a tomar en cuenta para establecer si el imputado puede sustraerse, e indica una serie de medidas a ponderar, tales como: el arraigo en el lugar del hecho, domicilio, residencia, asiento de familia, facilidades para abandonar el lugar o para ocultarse, el máximo de la pena a imponer hipotéticamente y el comportamiento que el imputado ha adoptado frente al procedimiento.

³⁸ La fracción I del artículo 150 del CNPP establece para el caso de detención por caso urgente que deberá entenderse por delito grave aquellos señalados como de prisión preventiva oficiosa, tanto en la Constitución como en el propio CNPP, así como aquellos cuyo término medio aritmético de la pena sea mayor de cinco años de prisión.

En relación al tercero, que es el más cuestionado, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 16, párrafo décimo cuarto la creación de la figura del juez de control, a quien se le faculta para que resuelva de manera inmediata y *por cualquier medio* las solicitudes de orden de aprehensión judicial, lo que contrasta con el requisito en comento, pues pareciere que es contradictorio, dado que si puede acudir a la autoridad por cualquier medio para el fin indicado, carecería de sentido que ordenara la detención, pues para ello existe la autoridad judicial; sin embargo, no pasa inadvertido que si bien el CNPP se aplica en todo el país (en especial en las grandes urbes, donde se cuenta con instrumentos tecnológicos avanzados), también lo es que en las comunidades lejanas y desafortunadamente carentes de los más básicos servicios, es donde se advierte la actualidad y necesidad del requisito en cuestión.

REQUISITOS	
Sede ministerial	Sede judicial
<p>Que de la investigación inicial se desprenda:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Datos que establezcan la existencia de un hecho señalado como delito grave. 2) Probabilidad de que lo cometió o participó en el hecho delictuoso. 3) Peligro de sustracción de la acción de la justicia. 4) Imposibilidad de ocurrir ante la autoridad judicial. <p>(Fracciones I, II y III, art. 150 del CNPP)</p>	<p>El juez determinará:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Que los datos establecen existencia de un hecho señalado como delito grave. 2) Probabilidad de que lo cometió o participó en el hecho delictuoso. 3) Peligro de sustracción de la acción de la justicia. 4) Imposibilidad de ocurrir ante la autoridad judicial. 5) Cumplimiento (artículo 308, párrafo segundo del CNPP)

Los requisitos también están constreñidos a que, al ser un acto de molestia, se encuentre debidamente fundada y motivada, pues tiene la obligación legal y constitucional de referir los datos de prueba en los cuales sustenta su determinación.

6.6.4. Oportunidad (momento procedimental oportuno para dictarla)

La oportunidad de ordenar una detención por caso urgente se presenta cuando la investigación inicial se encuentra prácticamente concluida, pues es con base en las actuaciones existentes que se está en posibilidad de determinar si se reúnen los requisitos para su emisión.

OPORTUNIDAD	
Sede ministerial	Sede judicial
Investigación inicial prácticamente concluida (art. 150 del CNPP).	Calificación de la detención (art. 308, párrafos primero y segundo del CNPP).

El momento procedimental oportuno para calificarla en la sede judicial se da cuando el imputado es puesto a disposición del juez de control, momento en que el fiscal deberá justificar las razones de la detención bajo el supuesto de caso urgente, pero cualitativamente su obligación es aún mayor en este momento de la audiencia, porque con anterioridad ya debió haber hecho un análisis al respecto.

6.6.5. Trámite³⁹ y lineamientos para su ejecución

Una vez dictada la orden de detención por caso urgente, es turnada para su ejecución a los oficiales de policía, que comúnmente deberán ser los policías de investigación, pues estos actúan bajo la conducción y mando del Ministerio Público, por lo que al cumplimentarla llevarán a cabo el registro de la detención, informando al imputado los derechos consignados a su favor y presentando inmediatamente a la persona detenida ante el agente investigador que ordenó su detención, quien a su vez deberá verificar que su ejecución haya sido efectuada conforme a derecho, para que sin demora alguna lo ponga a disposición de la autoridad judicial y se califique la legalidad de la detención.

6.6.6. Temporalidad

La orden de detención por caso urgente dura hasta en tanto el ministerio público no pueda acudir ante la autoridad judicial a solicitar una orden de aprehensión, puesto que al superarse dicha imposibilidad, el órgano persecutor debe acudir ante la autoridad jurisdiccional a pedir el aludido mandato judicial.

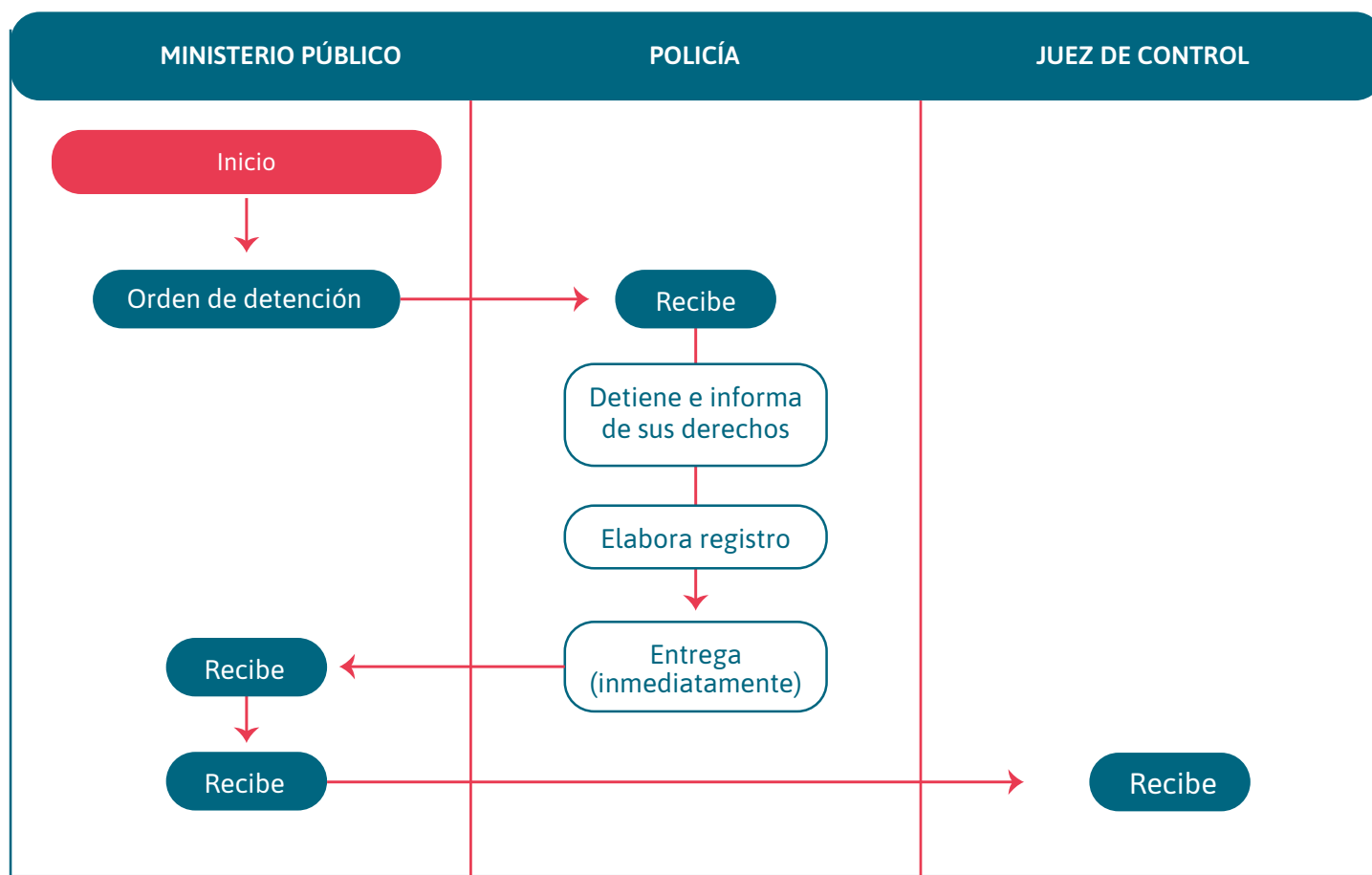
Lo anterior es así, en virtud de que la finalidad de su emisión es esa urgencia (de ahí su nombre) de detener inmediatamente a una persona que pretende sustraerse de la acción de la justicia, empero, tiene la dificultad de ocurrir ante la autoridad judicial por alguna circunstancia, tales como la hora, el lugar, la distancia o cualquier otra situación para solicitar su aprehensión.

Una vez emitida la orden de detención por caso urgente, lo procedente es que el ministerio público ordene su cumplimentación a los elementos policiales.

Para la autoridad judicial, la temporalidad de calificar la detención por caso urgente es de inmediato, toda vez que así lo dispone el numeral 308 del CNPP, ya que una vez que el imputado es puesto a su disposición, se citará a la audiencia inicial, en donde se ratificará.

³⁹ Véase diagrama 17.

DIAGRAMA 17
Caso urgente*



* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Guía de apoyo para el estudio y aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales*. Dicha guía puede ser consultada en la siguiente dirección electrónica: <http://www.cjf.gob.mx/documentos/guiaCNPP.pdf>

De acuerdo con lo anterior, queda claro que primero se libra la orden de detención por caso urgente y luego se detiene al imputado, siendo proscrito hacerlo a la inversa.

6.6.7. Accesoriedad o autonomía de la figura

La orden de detención dictada por el ministerio público, así como la calificación de la detención emitida por el juez de control, forman parte del procedimiento declarativo y del procedimiento cautelar, dado que por una parte, es con la finalidad de conducir al imputado a la audiencia inicial y continuar con el proceso y, por otra, se trata de un acto procedimental de cautela ante el peligro de evasión.

6.6.8. Control

El control es posterior y está a cargo del juez de control una vez que la persona detenida es puesta a su disposición, por lo que se citará inmediatamente a la audiencia inicial, la cual empezará con la diligencia de control de detención, en donde el ministerio público deberá justificar las razones de la detención en esta modalidad, es decir, deberá de manera razonada explicar porqué en su concepto era indispensable dictar la detención por causa urgente, ya que se actualizaban los requisitos de la existencia de un hecho señalado como delito grave, así como que existe el riesgo fundado de que la persona que lo cometió o participó en su comisión pueda sustraerse a la acción de la justicia y el porqué no pudo ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión. De igual forma, la fiscalía deberá justificar y establecer los extremos en que se configura el caso urgente, así como explicar razonadamente que, posterior a la práctica de la detención del imputado, se le hizo entrega del mismo, de manera inmediata lo puso a disposición del órgano jurisdiccional; también deberá establecer los datos de prueba o antecedentes de investigación en que sustentó la orden de detención. Igualmente, la fiscalía deberá justificar que se encuentra reunido

el requisito de procedencia; acto seguido, bajo el principio de contradicción, la defensa del imputado podrá argumentar lo que a sus intereses conciernen; concluido el debate, el juez de control dictará su resolución de manera oral, en la que determinará si se reunieron los requisitos constitucionales y legales y, en su caso, la ratificará.⁴⁰

Para el caso de que no se reúnan los requisitos previamente establecidos, el juez de control ordenará la libertad del imputado en términos del párrafo segundo del artículo 308 y párrafo cuarto del artículo 150, ambos del CNPP. De considerar que el mandato del fiscal trasgredió derechos humanos, ordenará el correspondiente inicio de la investigación para que la actuación ministerial sea sancionada conforme a las disposiciones aplicables.

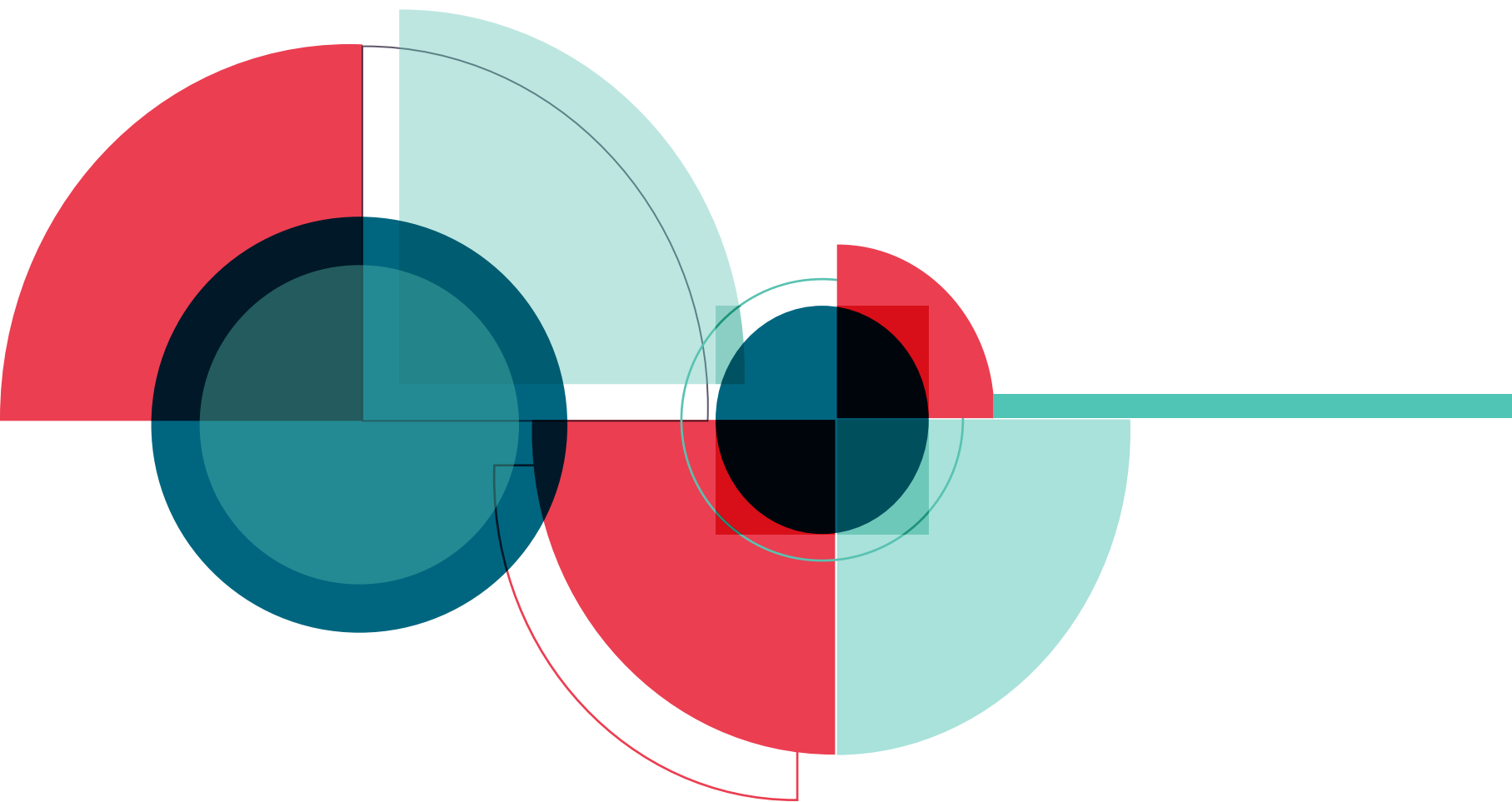
6.6.9. Medio de impugnación

La detención por caso urgente ordenada por el ministerio público no es apelable, por no estar incluida en ninguno de los supuestos previstos por el artículo 467 del CNPP, numeral que establece las reglas para la procedencia de dicho recurso de apelación en el sistema penal acusatorio, de donde se colige que este es inadmisibile contra la resolución del juez de control que califica de legal la detención del indiciado, al no encontrarse entre los supuestos que para la procedencia de dicho medio de impugnación prevé el código citado; ello, con miras a privilegiar un sistema limitado de recursos, donde la justicia gire sobre los principios de celeridad y concentración de las audiencias, lo que no implica limitar la posibilidad del indiciado de obtener su libertad, ni impedir la exclusión por ilicitud de los datos de prueba obtenidos con motivo de su captura, pues su libertad ahora depende del auto de vinculación a proceso y de la imposición de medidas cautelares, en tanto que la exclusión de datos de prueba ilícitos podrá debatirse en la propia audiencia inicial.

40 Artículo 16 constitucional y artículo 150 del CNPP.

Tampoco es admisible el recurso de revocación, de conformidad a lo estatuido en el ordinal 465 del ordenamiento invocado, ya que no se trata de una resolución de mero trámite, dada la relevancia de la decisión sobre la libertad de una persona. En caso dado, podrá ser materia de amparo en los mismos términos que se establecieron respecto a la detención en flagrancia.⁴¹

41 Véase 6.4.9. *supra* (apartado de impugnación de control de la detención por flagrancia).





PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

7. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

De acuerdo con la justificación del presente trabajo, no solo se estudian actos procedimentales de cautela en el procedimiento ordinario (declarativo), que establece el artículo 211 del CNPP, también en los procedimientos que establecen los títulos IX respecto de personas inimputables y los procedimientos especiales que establece el título X del CNPP; al efecto habrá que entender que a diferencia de los procedimientos ordinarios, los procedimientos especiales son aquellos que se regulan dentro del mismo Código, previstos para circunstancias o delitos muy concretos; mantienen las características propias del ordinario, pero con las notas distintivas que los hacen especiales por la naturaleza de los delitos, acentuada gravedad o mínima lesión, o por la creación de mecanismos premiales.¹ De esta forma, el legislador plasmó en el CNPP que si bien mantienen las características propias del procedimiento ordinario, también lo es que se encuentra sujeta a dichas particularidades; tal es el caso del procedimiento para personas inimputables, pueblos y comunidades indígenas, acción penal por particulares y procedimiento para personas jurídicas.

Al tratarse de procedimientos *sui generis*, la estructura metodológica que se utilizó en los diversos apartados tratados con anterioridad se verá alterada, pero en la medida de lo posible se tratará de ocupar los mismos parámetros.

1 Benavente Chorrres, Hesberth, *Código Procesal Penal del Estado de Zacatecas, comentado*, México, Flores Editores, 2011, p. 954.

7.1. EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

Pablo Picazo Fosado

7.1.1. Justificación

En una sociedad democrática, el proceso penal no debe constituir un simple instrumento de represión, sino un conjunto de reglas que, preservando las garantías procesales, le permitan al juzgador conocer la verdad de los hechos y aplicar la norma que corresponda, pues lo justo es encontrar el camino entre la necesidad de la investigación para la realización del derecho penal y la protección de los derechos del imputado; la forma de juzgar es esencial para determinar la culpabilidad o inocencia y con ello la eficacia de la justicia penal. Por ello, este trabajo busca hacer más amplio y transparente el procedimiento cautelar, respetando en todo momento los derechos de las personas pertenecientes a comunidades y pueblos indígenas e incrementando sus posibilidades de acceso a la justicia.

7.1.2. Concepto de pueblo o comunidad indígena

Escapa de la pretensión del presente artículo la definición y clasificación de poblaciones, pueblos, comunidades indígenas o minoritarias, pues dicha labor es ardua y materia de múltiples estudios previos; lo que sí se puede advertir es qué tanto la comunidad internacional como los diversos Estados se han vuelto sensibles a estos temas y se han ocupado en generar una serie de instrumentos para su protección, conservación e *incorporación* al marco jurídico ordinario.

En todo caso, lo importante a destacar es que, aunado al reconocimiento como grupos de población o comunidades indígenas, se obtienen reconocimientos y consecuencias jurídicas tales como el derecho a un trato especial ante los tribunales, prioridad en la distribución de tierras, entre otras.

7.1.3. Marco jurídico

El marco jurídico referente al procedimiento cautelar, en relación con comunidades y pueblos indígenas es extenso, sin embargo, debido a los propósitos y límites de este artículo, solo establecemos un marco jurídico básico, pero suficiente para derivar la fundamentación del procedimiento cautelar.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en su artículo 2°, establece la cláusula de no discriminación; mientras que el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) refiere los siguientes artículos que contienen derechos y principios para personas que intervienen en el proceso penal con la calidad de sujetos pertenecientes a comunidades o pueblos indígenas, y que serán objeto de desarrollo a lo largo de este trabajo: 10. Igualdad ante la ley, 11. Igualdad entre las partes, 12. Juicio previo y debido proceso, 18. Garantía de ser informado de sus derechos, 45. Los autos procesales deberán realizarse en idioma español y la necesidad de proveer intérprete o traductor si la persona no habla o no entiende el idioma español, 46. Declaraciones e interrogatorios con intérprete y traductor, 109, fracción XI, derecho de la víctima a recibir gratuitamente traductor o intérprete, 110. Designación de asesor jurídico, 113. fracción XII, derechos del imputado a ser asistido por traductor o intérprete, 134 en el que se establecen los deberes comunes de los jueces, 153. Reglas generales de medidas cautelares, 266. Ajustes razonables para cuando el imputado no hable español, 410. Criterios para la individualización de la sanción y, en particular, el 420 que establece el procedimiento especial para pueblos y comunidades indígenas.

Por otra parte, no podemos pasar por alto las *variantes* del reconocimiento a la diversidad cultural y la igualdad y no discriminación; con relación a la primera de ellas, de acuerdo con el artículo 2° del texto constitucional: “La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

Esto significa que el derecho reconoce la diversidad cultural como parte constitutiva de la realidad histórica y social de esta república y da reconocimiento jurídico a los pueblos indígenas. Sin embargo, no hay consenso sobre el número de pueblos indígenas que existen en México, por lo que la principal forma de definirlos es a través del criterio lingüístico, esto a pesar de que algunas personas han dejado de usar su lengua materna (dada la discriminación y el racismo que aún existe en nuestro país), conservando por completo, o en parte, sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

Respecto a la segunda variante, la discriminación racial y étnica, se trata de un fenómeno cotidiano que impide el progreso de millones de personas; el racismo y la intolerancia pueden adoptar diversas formas: desde la negación de los principios básicos de igualdad de las personas, hasta la instigación del odio étnico que puede llevar al genocidio.

En el primer artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El mundo está cambiando; la humanidad evoluciona a un ritmo sin precedentes. Las sociedades son cada vez más complejas. La diversidad no es una opción sino una realidad de nuestro país; tolerar a los demás no es suficiente, como tampoco lo es la aceptación pasiva de la diferencia. La igualdad en dignidad y derechos de todas las personas debe seguir siendo el punto de partida.

Discriminar es una acción que consta en tratar a la gente de manera menos favorable debido a su pertenencia a un grupo específico. La discriminación es una problemática social que origina violaciones a los derechos humanos, favorece desigualdades fundadas en un trato

de inferioridad hacia las personas o grupos por su identidad, etnia, o cualquier otra condición y, además, es el más significativo rasgo de la desigualdad.

Por ello, el artículo 10 del CNPP ha establecido el principio de igualdad ante la ley. Hay que distinguir entre un derecho general de igualdad y un derecho especial de igualdad, por ejemplo, cuando decimos: “Todas las personas son iguales ante la ley”, nos referimos a un derecho general de igualdad, pero cuando nos referimos a derechos contenidos en el CNPP respecto a comunidades y pueblos indígenas, se trata de derechos especiales de igualdad.

El principio de igualdad no puede exigir la igualdad en todas las propiedades naturales y en todas las situaciones fácticas en las que se encuentren los individuos, pues las normas de este tipo tratan a todas las personas por igual en la medida en que todas son iguales y prevén la misma consecuencia jurídica; pero tratándose de integrantes de comunidades o pueblos indígenas, la igualdad se alcanza al hacer un trato diferenciado, consistente en que hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Lo cual constituye una igualdad material y no solo formal.

Si no hay una razón suficiente para la permisón de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual; pero si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.

En otro orden de ideas, pero en relación a quién debe considerarse como sujeto perteneciente a un pueblo o comunidad indígena, surge el principio de autoidentificación o autoadscripción, aplicables a personas que ya no viven en un territorio indígena o ya no hablan una lengua indígena; lo que significa que no corresponde al Estado ni a los especialistas decidir a quién se aplican los derechos indígenas, sino que es facultad de la propia persona definirse como tal.¹

De acuerdo con el artículo 2° de la CPEUM: “la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre pueblos

1 Al respecto, pueden consultarse las Tesis Aisladas de la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal de número de registro IUS 2019117: PERSONAS INDÍGENAS. BASTA QUE SE AUTOADSCRIBAN COMO MIEMBROS DE UNA ETNIA DETERMINADA PARA QUE SE RECONOZCA SU INTERÉS LEGÍTIMO PARA RECLAMAR EN EL AMPARO UNA MEDIDA ADMINISTRATIVA O LEGISLATIVA DE IMPACTO SIGNIFICATIVO SOBRE SU ENTORNO, POR LA FALTA DE CONSULTA PREVIA RESPECTO DE SU DISCUSIÓN Y ELABORACIÓN, así como 2004277 de rubro: PERSONAS, PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. LA AUTOCONCIENCIA O LA AUTOADSCRIPCIÓN PUEDE DELIMITARSE POR LAS CARACTERÍSTICAS Y AFINIDADES DEL GRUPO AL QUE SE ESTIMA PERTENECER.

indígenas”. Esto indica que es derecho y responsabilidad de los pueblos y personas indígenas definir su pertenencia a estas colectividades y no una prerrogativa del Estado.

Convergente con este principio, se encuentra el Convenio 169 de la Oficina Internacional del Trabajo, el cual define en su artículo 1° a los pueblos indígenas y señala, asimismo, que “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental”.

7.1.4. Actos de cautela en el CNPP en relación con etnias, comunidades y pueblos indígenas

7.1.4.1. Concepto

Los actos de cautela en relación con etnias, comunidades y pueblos indígenas son medidas de ajustes necesarios y razonables al procedimiento, sin orden judicial, que tienen la obligación de realizar todas las autoridades, desde su primer contacto con una persona imputada u ofendido que pertenece a una etnia, comunidad o pueblo indígena, y tienen como propósito proteger su dignidad y garantizar la igualdad material y formal en el ejercicio de sus derechos.

Esos derechos nacen del reconocimiento a la diversidad cultural y están garantizados por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, por la CPEUM y por el CNPP. No reconocerlos y no respetarlos constituye un indicio claro, no solo de discriminación racial y étnica, sino de violaciones a derechos humanos que llevan a cometer abusos contra dichas personas.

No todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminación, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana, pues solo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable, dado que existen desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia; por otro lado, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles o en situación de vulnerabilidad, como los sujetos pertenecientes a comunidades o pueblos indígenas.

7.1.4.2. Naturaleza jurídica

Son de naturaleza cautelar porque van dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de las etnias o personas que pertenecen a pueblos o comunidades indígenas. Implican un tratamiento distinto de relevancia jurídica debido a sus diferencias sociales, para elevar su condición mediante la adopción de medidas compensatorias de las dificultades que enfrentan y teniendo en cuenta que la discriminación es el más significativo rasgo de la desigualdad.

7.1.4.3. Igualdad ante la ley

Cuando una persona manifieste, en su primer contacto con la autoridad ministerial o judicial, que pertenece a una comunidad o pueblo indígena, o que no habla ni entiende el idioma español, el ministerio público o el juez tienen la obligación de realizar los ajustes necesarios para comprender una serie de derechos que deben tomar en cuenta para garantizar los derechos que nacen del reconocimiento de la diversidad cultural, garantizados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el CNPP, los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, así como en la jurisprudencia interpretativa, nacional y comparada, como son:

- a) Sus costumbres y especificidades culturales (*tomar en cuenta* no es licencia de impunidad para los indígenas), es una obligación y no una facultad potestativa para la autoridad porque puede redundar en una excluyente de responsabilidad o en una atenuación de la pena.
- b) Ser asistido gratuitamente por intérpretes o traductores y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura, para que puedan comprender y hacerse comprender cuando el imputado no hable o no comprenda el idioma español.

- c) Peritajes culturales o jurídico-antropológicos que sirvan para ilustrar a la autoridad sobre el contexto cultural de las personas o sobre los sistemas normativos internos que obligan, facultan o prohíben conductas a los individuos de la comunidad.
- d) Sus características económicas, sociales y su situación de especial vulnerabilidad.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, de las que nuestro país es miembro signante, consideran a las etnias y comunidades indígenas como un grupo de personas en situación de vulnerabilidad, y señalan que los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales.

En el documento referido se recomienda al operador del sistema de justicia que no pase desapercibido dicho contenido; advirtiéndole que si bien se trata de *soft law* o derecho blando, en el momento en que ese derecho es recogido en una resolución de cualquier tribunal internacional del que nuestro país sea parte, se convierte en *hard law*, es decir, derecho duro, por tanto, de observancia obligatoria.

Es claro identificar y establecer que los indígenas tienen derecho de acceder plenamente a la justicia que imparte el Estado, pero este derecho, además de ser directamente exigible al Poder Judicial, es también el medio para garantizar otro tipo de derechos reconocidos, así como para reparar daños y sancionar a los responsables de la violación de los mismos.

No hay consenso de cuántos pueblos indígenas existen en nuestro país, ni de cuántas lenguas indígenas se hablan, sin embargo, se cuenta con el criterio de autoidentificación o autoadscripción para identificar a un miembro de una comunidad o pueblo indígena, lo que permite la aplicación del procedimiento especial que establece el artículo 420 del CNPP.

Respecto a la igualdad y no discriminación que establece el artículo 10 del CNPP, la negativa de reconocimiento a quien pertenezca a una comunidad o pueblo indígena es indicio claro de la existencia de violaciones de derechos humanos que llevan a abusos contra dichas personas, engendran responsabilidad del servidor público y del Estado mexicano, por lo que

deben respetarse sus garantías mínimas de un juicio justo. Lo mismo ocurre cuando en términos del artículo 45 no se provea de un traductor o intérprete que tenga conocimiento de su lengua y cultura, a la persona perteneciente a una comunidad o pueblo aun cuando hablen el español, ello respecto de su intervención en el procedimiento y de los interrogatorios que se le puedan aplicar. Lo mismo sucede tratándose de la víctima u ofendido, pues el asesor jurídico, en términos del artículo 110 del CNPP, deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuere posible, deberá actuar asistido de un intérprete que tenga dicho conocimiento. Estos derechos de quienes intervienen en el proceso se convierten en una obligación para los jueces, prevista en el artículo 134 del mismo ordenamiento (deberes comunes de los jueces).

7.1.4.4. Impacto en el proceso declarativo

Todos los derechos establecidos para quienes pertenecen a una comunidad o pueblo indígena, o bien que no hablen o entiendan el idioma español, impactarán directamente en las resoluciones que se emitan en el procedimiento ordinario, pues la autoridad que conozca del mismo deberá realizar los ajustes necesarios para respetar y proteger tales derechos, adecuando las resoluciones que emita al caso concreto de una persona perteneciente a una comunidad o pueblo indígena.

Lo anterior encuentra apoyo en el párrafo 63 de la resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH en adelante), en lo relativo al Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, donde se señala lo siguiente: “En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.²

2 Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/yakyeaxa.pdf>

7.1.4.5. Impacto en el procedimiento cautelar

Al realizar la autoridad los ajustes necesarios con parámetros de razonabilidad al procedimiento ordinario, surtirá efectos en el procedimiento cautelar porque se ajustará la necesidad de cautela, los tiempos para la conclusión del procedimiento ordinario se tendrán en cuenta al momento de la individualización de la sanción penal o medida de seguridad y para determinar el grado de culpabilidad; también se tomarán en cuenta los motivos que impulsaron la conducta del sentenciado, las condiciones fisiológicas y psicológicas específicas en que se encontraba al momento de la comisión del hecho, la edad, el nivel educativo, las costumbres, las condiciones sociales y culturales; los términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico; asimismo, se le proporcionará información directamente relacionada con la forma de celebración y contenido de la comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar, o bien destinada a la familiarización con los términos y conceptos legales.

7.1.4.6. Requisitos de procedencia

Los requisitos de procedencia para los actos de cautela, tratándose de personas que pertenecen a comunidades o pueblos indígenas, son los siguientes:

- a) Que no hable o no entienda el idioma español
- b) Que manifieste pertenecer a alguna comunidad o pueblo indígena
- c) Que pertenezca a un grupo de especial situación de vulnerabilidad
- d) Que exista la necesidad de medidas de protección reforzada

7.1.4.7. Trámite

Detectado cualquiera de los anteriores requisitos, la autoridad ministerial o judicial de inmediato realizará los ajustes necesarios para tomar la cautela idónea para proteger los derechos de esas personas, que pueden ser:

- a) Requerir un perito, traductor o intérprete en la lengua que garantice la comunicación.
- b) Tener en cuenta sus usos y costumbres y las normas indígenas para entender el contexto en el que sucedieron los hechos.
- c) Si existe necesidad de cautela, para imponer cualquier medida cautelar, se requiere tener en cuenta la situación de vulnerabilidad del imputado.
- d) La conciencia de la identidad indígena es suficiente para acreditar esa calidad, lo que se acredita con la sola manifestación del imputado.
- e) Al momento de la individualización de la sanción penal o medida de seguridad, y para determinar el grado de culpabilidad, también se tomarán en cuenta los motivos que impulsaron la conducta del sentenciado, las condiciones fisiológicas y psicológicas específicas en que se encontraba en el momento de la comisión del hecho, la edad, el nivel educativo, las costumbres, así como las condiciones sociales y culturales.
- f) Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas penales, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución o cumplimiento rápido de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema judicial.
- g) Informar a la persona sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, desde el inicio, durante toda la tramitación y a partir del primer contacto con las autoridades policíacas.

- h) En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles.
- i) En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.
- j) Previo al acto judicial, se procurará proporcionar a dicha persona información directamente relacionada con la forma de celebración y contenido de la comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar o bien destinada a la familiarización con los términos y conceptos legales, así como otros datos relevantes al efecto.
- k) Es aconsejable evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solo deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona.
- l) Se recomienda analizar la posibilidad de preconstituir la prueba o anticipo jurisdiccional de la prueba, cuando sea posible.
- m) En determinadas ocasiones podrá procederse a la grabación del acto en soporte audiovisual, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales.
- n) Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en situación de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras con una estructura sencilla.
- o) Quienes participen en el acto de comparecencia deben evitar emitir juicios o críticas sobre el comportamiento de la persona, especialmente en los casos de víctimas del delito.

7.1.4.8. Efectos

Todas las medidas anteriores producirán el efecto jurídico de un procedimiento especial para personas que pertenecen a pueblos o comunidades indígenas, lo anterior, una vez que la autoridad ministerial o judicial realice los ajustes necesarios, debido a su pertenencia o su situación especial de vulnerabilidad.

La igualdad sustancial pretende remover los obstáculos que configuran efectivas desigualdades y se oponen al disfrute efectivo del derecho. La igualdad sustancial o material revela entonces un carácter remedial, compensador, corrector y defensivo de personas y grupos de personas ubicados en condiciones de inferioridad debido a su estado de vulnerabilidad, pues pertenecen a grupos que pese a ser iguales ante la ley, no lo son en la realidad y estos dispositivos del CNPP autorizan la toma de medidas positivas dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de las etnias o personas que pertenecen a pueblos o comunidades indígenas. Estas medidas de protección implican especiales derogaciones de la igualdad formal, pues suponen un tratamiento distinto de relevancia jurídica debido a sus diferencias sociales, para elevar su condición mediante la adopción de medidas compensatorias de las dificultades que enfrentan.

7.1.4.9. Necesidad de estudio transversal

El operador jurídico tendrá que hacerse las siguientes preguntas:

- a) Si el acto que propicia un trato diferente tiene una finalidad admisible en la Constitución, en los tratados internacionales y en el CNPP.
- b) Si el acto es útil e indispensable para alcanzar el fin propuesto.
- c) Si el acto guarda proporcionalidad entre el beneficio obtenido y la afectación o perjuicio que se causa al debido proceso.

Lo que pone de manifiesto que los ajustes necesarios se harán en la forma transversal, esto es, que en cada acto procesal que se vaya a realizar, durante todo el procedimiento ordinario, el operador del sistema se hará las preguntas enlistadas para saber si está cumpliendo con los estándares internacionales en materia de procedimientos especiales para etnias o personas que pertenecen a una comunidad o pueblo indígena. Dichos ajustes necesarios son:

A. En cuanto a la orden de aprehensión. La autoridad judicial, al emitir esta resolución que contiene una medida cautelar, tendrá en cuenta los ajustes a los que nos hemos referido, por lo que no puede pasar por alto que la persona cuya aprehensión ordena: a) no habla el idioma español y requerirá un traductor o intérprete para hacerse entender y que la entiendan, b) sus usos y costumbres, c) si existe o no necesidad de cautela y d) tendrá que adaptar el lenguaje según las condiciones de esa persona.

B. Por lo que hace a la retención por caso urgente. Es a partir de los datos personales del imputado, como son: el lugar de origen, el idioma que hablan sus padres o el tipo de asunto, que el juzgador se debe formular la pregunta respecto de si la persona que le está siendo puesta a su disposición es miembro de una comunidad o pueblo indígena y, por lo tanto, debe considerar los elementos de su cultura para adecuar su resolución al caso concreto. Cuando el juez advierta esto, deberá informarle que tiene una serie de derechos, como el ser asistido por un intérprete y un defensor que conozca su lengua y cultura e interponer los recursos y medios de defensa a su alcance, y realizar las adecuaciones que permitan que sean de fácil comprensión las diferentes etapas del procedimiento; igualmente, el juzgador deberá estar atento al hecho de que la detención sea objeto de un estricto escrutinio y no se trate de un actuar arbitrario y discriminatorio, aunado a ello deberá proveer lo necesario para comprender la cultura de la persona sujeta a proceso y para que esta comprenda las implicaciones de los procedimientos judiciales.

Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquel.

C. En lo relativo a la orden de comparecencia y cita. Al momento de emitir este tipo de resoluciones, la autoridad judicial tendrá en cuenta la pertenencia del imputado a este grupo en situación de vulnerabilidad, por formar parte de una comunidad o pueblo indígena, y deberá ajustar su redacción sin infringir el rigor de la técnica, de tal manera que le resulte entendible al requerido; lo mismo hará si se trata de citarlo, tendrá en cuenta qué tipo de persona es y cuáles fueron los ajustes razonables que realizó para reducir los obstáculos que impidan una defensa eficaz.

D. Respecto a la detención y retención en flagrancia. Por lo que hace a estas figuras jurídicas, en sede ministerial, dicha autoridad desde el primer contacto con este tipo de personas, y debido a su calidad específica, deberá ajustar sus procedimientos a los estándares internacionales para el trato de personas que pertenecen a una etnia, comunidad o pueblo indígena. Cuando el imputado es puesto a disposición de la autoridad jurisdiccional, ejerciendo sus funciones de control, analizará si se han cumplido con las reglas constitucionales y legales; pero a su vez realizará esos ajustes necesarios a las actuaciones que realice, de tal manera que sean medidas de protección reforzada para no incurrir en discriminación, y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no se deben apartar de la justicia ni de la razón, tampoco deben perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o de cualquier forma repugnar la dignidad humana.

Respecto del acceso a la justicia, se cuenta con el derecho a un recurso efectivo, la equidad en el procedimiento y la necesidad de que los Estados adopten medidas positivas para permitir dicho acceso. Asimismo, se debe garantizar que desde la detención, la persona a quien

se le imputa la comisión de un delito tenga acceso a los medios necesarios, tanto técnicos (asistencia de un defensor e intérprete) como materiales (posibilidad de investigar y aportar pruebas), a partir de su propia identidad cultural para definir e implementar una estrategia de defensa frente a dicha imputación.

La esencia de este derecho consiste en la oportunidad que tenga la defensa para participar en el proceso penal en condiciones de igualdad respecto a la acusación, para hacer valer su perspectiva sobre los hechos (defensa material) y el derecho (defensa técnica). Es evidente que, para una persona ajena a los códigos y al lenguaje técnico usado en el tribunal, el derecho a la defensa implica la provisión de un especialista con conocimiento de la lengua y la cultura del implicado. De esta manera, se debe garantizar que la persona implicada conozca y entienda con anticipación y en detalle la acusación formulada en su contra.

Los instrumentos internacionales prevén que, para el pleno cumplimiento del derecho a la defensa, además de la provisión por parte del Estado de un defensor con conocimiento de la cultura y un intérprete con el conocimiento de su lengua, sin importar que el inculpado no nombre uno o no los pueda pagar, es necesario que la persona pueda comunicarse libremente y en privado con su defensor, incluso antes de su primera declaración. Este derecho es fundamental y darle cumplimiento no sería posible si el defensor y el imputado no comparten la lengua materna de la persona o no cuentan con traductor o si este no tiene nociones de la dimensión cultural en que se socializó su defendido y sus implicaciones para el proceso.

E. Por cuanto hace a la prisión preventiva. El juez de control deberá averiguar si en los casos que revisa hay elementos de especificidad cultural relevantes para ser tomados en cuenta en el momento de determinar la prisión preventiva como medida cautelar impuesta a una persona que pertenezca a una comunidad o pueblo indígena, y si estos elementos influyeron en la comisión de los hechos o en los elementos determinantes de la participación del imputado en ellos.

Para que la justicia sea cultural y materialmente accesible a estas personas y colectivos, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, deben contar con intérpretes que conozcan su lengua y cuenten con los medios eficaces para comprender y hacerse comprender dentro del procedimiento.

F. Relativo a las medidas de seguridad y cautelares. Las personas juzgadoras deberán tomar en cuenta las costumbres y especificidades culturales, tanto para determinar si la conducta particular está influida por una visión del mundo distinta al sentido común que presupone la ley positiva, como para determinar si en el contexto social y cultural de la persona indígena existen normas que le prohibieron, le obligaron o le permitieron realizar conductas distintas a las esperadas por el derecho positivo. Es por ello que debe hacer una valoración integral del caso y el contexto cultural del imputado mediante una actitud proactiva orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, allegarse los elementos que ayuden a resolver, considerando esas especificidades al momento de resolver sobre la aplicación de medidas de seguridad y cautelares.

7.1.4.10. Oportunidad

Desde el primer contacto con la autoridad policial, ministerial o judicial, durante la tramitación del proceso penal y hasta su total conclusión.

7.1.4.11. Autoridad que interviene

Todo tipo de autoridades, policial, ministerial o judicial, desde el primer contacto que tengan con una persona que pertenezca a una etnia, comunidad o pueblo indígena, durante la tramitación del proceso penal y hasta su total conclusión.

Más aún, el control judicial inmediato es un *medio de control idóneo* para evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculpado mientras no se pruebe su responsabilidad en la comisión de un acto que la ley señale como delito.

7.2. PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Enrique Juárez Saavedra

Actualmente, el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica o moral ha comenzado a despertar un mayor interés entre la comunidad jurídica y en la doctrina. Este tema fue contemplado en el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) y posteriormente el Código Penal para la Ciudad de México lo incorporó en su texto al reconocer la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, abandonando así el clásico principio *societas delinquere non potest*. Es un hecho que se trata probablemente de una de las reformas más destacadas introducidas en el sistema jurídico mexicano y sobre todo de índole procesal, considerando la globalización del modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica, pues ambas legislaciones coinciden en señalar que las personas jurídicas pueden ser sancionadas por los delitos que les sean imputables.

En el ámbito del derecho penal comparado, la responsabilidad penal directa a la empresa se ha generalizado, una de las razones fundamentales que justifican la adopción de este nuevo modelo es tratar de combatir de manera adecuada la cada vez más compleja criminalidad de nuestros días, lo que requiere que el modelo del sistema jurídico se adapte a una sociedad cuya complejidad no puede ser explicada solo a partir del ser humano como único sujeto del sistema del derecho penal. A pesar de que la reforma al Código Penal para la Ciudad de México respecto de la responsabilidad de la persona jurídica se dio en el 2014, su estudio constituye una cuestión innovadora dentro de la esfera del derecho procesal penal, puesto

que si bien constituye una figura del derecho penal, también es cierto que le corresponde al derecho adjetivo establecer su instrumentalidad.

Esta es la razón por la cual no se hará un estudio sobre las cuestiones dogmáticas y las sanciones que corresponde imponer a las personas jurídicas, sino que el presente trabajo se constreñirá a desarrollar el análisis en cuanto al peligro para las personas, peligro para la prueba, así como para la reparación del daño, centrándonos en la aplicación de los diversos actos de cautela para las personas jurídicas o colectivas.

Concepto de personas jurídicas

a) *Persona jurídico-colectiva*. Es una colectividad de personas físicas y/o jurídico-colectivas que posee un ente distinto con personalidad jurídica y patrimonio propios y —distintos a los de sus miembros— organizada para la realización de un fin determinado, lícito y permanente que es reconocido por la ley.

b) *Elementos de la persona jurídico-colectiva*

1. Colectividad. Que lo constituyan más de dos personas o patrimonios.
2. Fin determinado. El fin debe estar especificado, individualizado y no puede ser una finalidad abstracta, general, no se crea para realizar cualquier actividad; debe ser, además, lícito, digno de una tutela jurídica; no debe ir contra una ley ni ordenamiento jurídico porque entonces nunca podrá admitirse ni reconocerse su personalidad jurídica.

c) *Características*

1. Personalidad jurídica propia y distinta a sus integrantes
2. Patrimonio propio y distinto a las personas que lo integran

3. Régimen jurídico propio
4. Órganos de administración autónomos
5. Órganos de representación

En ocasiones no es posible llegar a atribuir la responsabilidad penal a ninguna persona física, o bien, aquella contra la que se ha ejercido la acción penal no es condenada porque no concurren en ella todos los elementos del tipo penal que se pretenden aplicar. Materialmente la conducta se ha producido y posiblemente existen personas perjudicadas en su patrimonio, honor, nombre; por ello, el legislador ha establecido la posibilidad de sanción a la persona jurídica, la cual debe incentivar la prevención de la comisión de delitos en su seno, a través de mecanismos que permitan su vigilancia, así como del establecimiento de instrumentos que faciliten la investigación y castigo a través de una triple vía: en primer lugar, la persona jurídica deberá implementar programas de cumplimiento de la legalidad —*compliance*— y habrá de dejar un rastro documental fácil de seguir a la hora de determinar quién es la persona física responsable de un hecho delictivo; en segundo lugar, deberá establecer las circunstancias atenuantes de la responsabilidad de la persona jurídica, como son la colaboración con la investigación para facilitar la investigación criminal de los hechos y la determinación de los autores responsables; en tercer lugar, establecer la independencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de la responsabilidad penal de la persona física causante del hecho delictivo, lo que implica que la persona jurídica responderá siempre penalmente aunque no se haya podido identificar a la persona física autora del hecho delictivo, de modo que el procedimiento penal podrá finalizar con mayor facilidad con una sentencia condenatoria y con el resarcimiento de los perjuicios causados por el delito cometido en el seno de la persona jurídica. Es por esto que se habla de la autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica que se manifiesta, entre otros aspectos, en que la sanción que le puede ser impuesta no es accesoria de la pena de una persona física.

7.2.1. Concepto

Al establecer la necesidad de atribuir la responsabilidad penal a las personas jurídicas, por ser un medio o instrumento elegido, según su objeto social, para cometer algún delito independiente de sus órganos de representación o de las personas físicas que lo representan o lo administran, resulta complicado ofrecer un concepto dado a algunos aspectos de la accesoriedad de sanciones y circunstancias especiales que establece el legislador. Sin embargo, podemos establecer que es una medida no restrictiva de la libertad, que afecta de manera personal la esfera de libertad de la actividad de la persona jurídica (restringiéndola o privándola de ella), dirigida al aseguramiento de las responsabilidades penales que pudieran declararse en la sentencia, así como de los bienes que garanticen el daño o que causen un perjuicio a la comunidad.

7.2.2. Naturaleza jurídica

La exigencia de que las consecuencias jurídicas para la personas morales estén expresamente previstas en el Código Penal para la Ciudad de México parece impedir la posibilidad de adoptar otras medidas menos invasivas de la esfera de la libertad de la persona jurídica, las cuales podrían resultar igualmente efectivas para neutralizar cautelarmente la potencial peligrosidad del funcionamiento de la persona jurídica hasta que se declare la responsabilidad penal en su caso y pueda esta ser ejecutada.

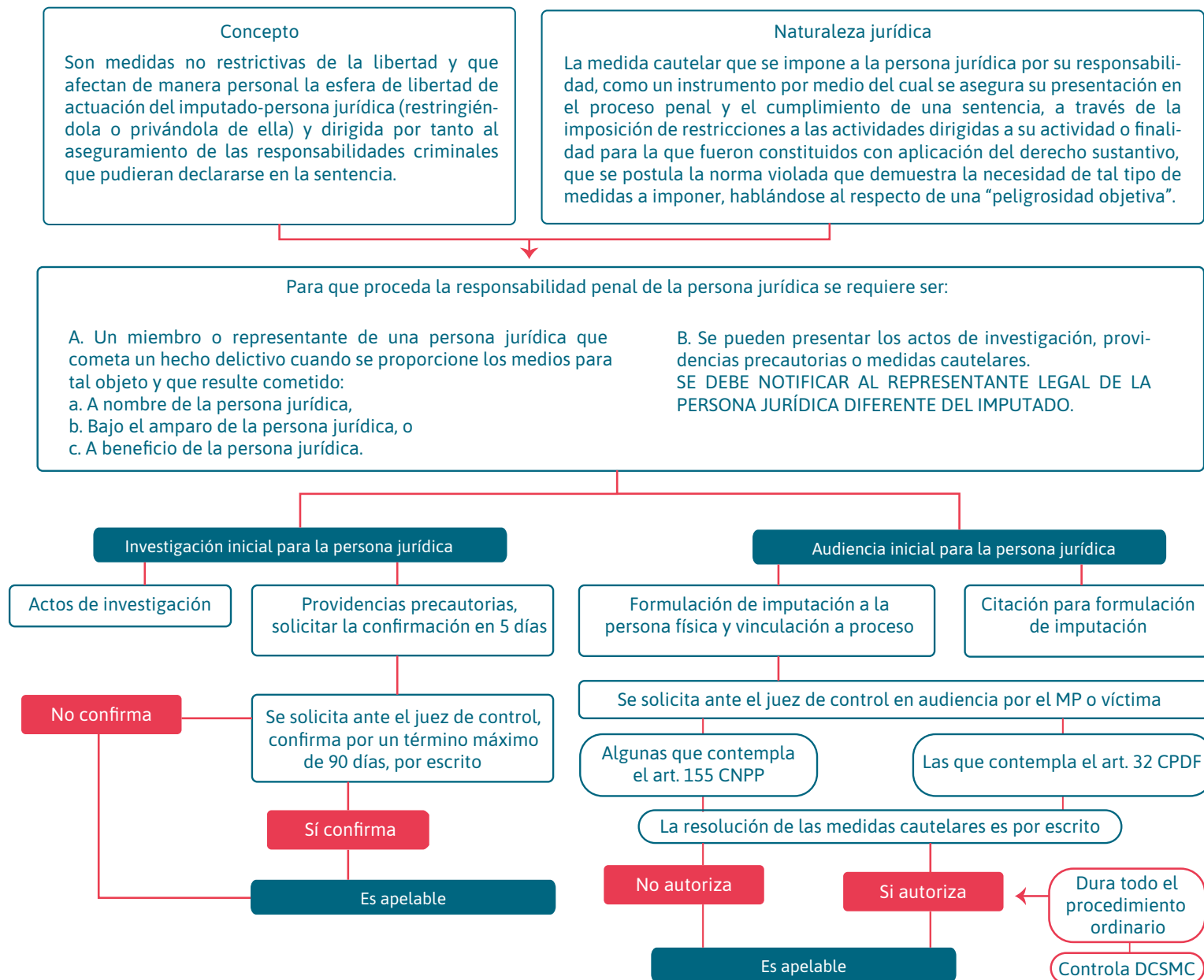
7.2.3. Requisitos de forma y materiales³

Las personas jurídicas serán penalmente responsables únicamente por la comisión de los delitos previstos en el catálogo dispuesto en la legislación penal de la federación, así como de las entidades federativas. Asimismo, de la descripción que establece el artículo 421 del CNPP,

3 Ver diagrama 18.

DIAGRAMA 18

Procedimiento especial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas



se entiende que cabe imputar a la persona jurídica delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas y en su provecho, ya sea por sus representantes legales y/o administradores, de hecho o por alguien bajo la autoridad del administrador o representante, siempre que ello haya sido posible debido a que la persona jurídica no prestó el debido control.

De lo anterior podemos señalar que la persona jurídica responderá penalmente cuando un miembro o representante de una persona jurídica cometa un hecho delictivo cuando la persona jurídica le proporcione los medios para tal objeto y además dicho miembro haya actuado:

- i) A nombre de la persona jurídica
- ii) Bajo el amparo de la persona jurídica
- iii) Para obtener un beneficio de la persona jurídica

Para explicar adecuadamente es preciso remitirse a lo dispuesto por los artículos 27 y 27 Bis del Código Penal para la Ciudad de México, ya que en ellos se hace la distinción de la responsabilidad penal en el seno de una persona moral y la responsabilidad de una persona moral propiamente dicha. El numeral 27 Bis dispone que las hipótesis en que las personas morales serán penalmente responsables son:

- I.- Las personas morales o jurídicas serán responsables penalmente de los delitos dolosos o culposos, y en su caso, de la tentativa de los primeros, todos previstos en este Código y en las leyes especiales del fuero común, cuando:
 - a) Sean cometidos en su nombre, por su cuenta, en su provecho o exclusivo beneficio, por sus representantes legales y/o administradores de hecho o de derecho; o
 - b) Las personas sometidas a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el inciso anterior, realicen un hecho que la ley señale como delito por no haberse ejercido sobre ellas el debido control que corresponda al ámbito organizacional que deba atenderse según las circunstancias del caso, y la conducta se realice con motivo de actividades sociales, por cuenta, provecho o exclusivo beneficio de la persona moral o jurídica;

Cuando la empresa, organización, grupo o cualquier otra clase de entidad o agrupación de personas no queden incluidas en los incisos a) y b) de este artículo, por carecer de personalidad jurídica y hubiesen cometido un delito en el seno, con la colaboración, a través o por medio de la persona moral o jurídica, el Juez o Tribunal podrá aplicarles las sanciones previstas en las fracciones I, III, V, VI, VII, y IX del artículo 32 de este Código.

Quedan exceptuados de la responsabilidad de la persona moral o jurídica, las instituciones estatales, pero cuando aquélla utilice a éstas últimas para cometer un delito será sancionada por el delito o delitos cometidos. Lo anterior también será aplicable a los fundadores, administradores o representantes que se aprovechen de alguna institución estatal para eludir alguna responsabilidad penal.

Los requisitos que son comunes para establecer las providencias precautorias, las medidas cautelares y los actos de investigación son los siguientes:

- Que actúe como administrador. Que la persona que realiza actos de administración en una persona moral o jurídica, sea cual fuere el nombre o denominación que reciba conforme a las leyes aplicables o según la naturaleza jurídica del acto por el cual así se asuma, haya cometido un delito (27 del Código Penal y 421 del CNPP).
- Que la persona jurídica le proporcione los medios que para tal objeto haya actuado, a su nombre, bajo su amparo o en su beneficio (27 Bis del Código Penal y 421 del CNPP).
- Cuando el Ministerio Público, después de haber tenido conocimiento de un hecho delictivo, haya iniciado la investigación (230, 252, 282 y 294 del CNPP).
- En su caso que haya ejercido la acción penal en contra de la persona física (127, 128, fracción XVI del 131, 154, 156, 307, 309, 310, 313, 314 y 421 del CNPP).
- Que haya ejercido acción Penal el Ministerio Público en contra de la persona jurídica (421 del CNPP).

- Que sea citado el representante legal de la persona jurídica, diferente a la persona del imputado (63, 82, 84, 85, 213, 215, 216, 217, 218, 231, 252; del 259 al 265, 294, 304, 305, 306, 422 del CNPP).
- Se dará vista al representante de la persona jurídica para los efectos de hacerle saber sus derechos y manifieste lo que a su derecho convenga (128, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315 y 422 del CNPP).
- La asistencia en todos los actos procesales de su defensor (422 y 423 del CNPP).
- Ofrecer pruebas (423 del CNPP).
- Para los efectos de acreditar todos los actos, se deberá de atender a cada uno de los apartados que corresponden a los actos previos a juicio, después de formulada la imputación y los actos de investigación que fueron analizados con anterioridad.
- Personas que las pueden solicitar: el ministerio público o víctima u ofendido (138, 154, 304, 305 y 306 del CNPP).
- Oportunidad para solicitarlas. Conforme lo establece el artículo 422 del CNPP, se debe de atender al momento de la tramitación del juicio y esto puede ser en actuaciones durante la investigación inicial y que requieren de control judicial o cuando se ha dictado la vinculación a proceso.

Providencias precautorias a que se refiere el artículo 138 del CNPP:

- Aseguramiento de bienes. Se relaciona con los artículos 229, 230, 231, 233; 252 fracciones II y III, así como 422 del CNPP.
- Conducción del imputado (141, 143, 145 y 152 del CNPP).
- Que se haya formulado la imputación (154, 421 y 422 del CNPP).
- Que se haya vinculado a proceso al imputado (158, 313 y 423 del CNPP).
- Actos de investigación (230, 252, 282 y 291 del CNPP).
- Todos los actos anteriores requieren notificación personal al representante legal para hacerle saber sus derechos (artículos 63, 82, 84, 85, 213, 215, 216, 217, 218, 231, 252, del 259 al 265, 294, 304, 305 y 306 del CNPP), con excepción de los actos de investigación.

7.2.4. Autoridad que resuelve

El juez de control, conforme a lo dispuesto por los artículos 138, 157, 313 y 423, párrafo tercero del CNPP; y en todos los casos debe observar lo siguiente:

- Excepcionalidad. La necesaria compatibilización de la presunción de inocencia y la inviolabilidad de la libertad de actividad de la persona jurídica con la adopción de medidas cautelares hace que estas se hayan de acordar necesariamente con carácter excepcional de forma que se atienda a los límites legales establecidos al efecto.
- Jurisdiccionalidad. Las medidas cautelares solo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente, durante cualquier momento de la tramitación del procedimiento, pero siempre a través de una resolución motivada.
- Instrumentalidad. Las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar la aplicación del *ius puniendi*, y constituyen un medio para asegurar el normal desarrollo del proceso penal al que están supeditadas. En todo caso, tratándose de las personas jurídicas pueden ser adoptadas como medida de seguridad o como pena anticipada.
- Provisionalidad. La duración máxima de las medidas cautelares coincide con la de la tramitación del proceso al que están supeditadas, aunque si durante la tramitación del mismo se produce una variación de los presupuestos en que se fundamentan las medidas, estas podrán ser modificadas o dejadas sin efecto, de oficio o a instancia de parte.
- Proporcionalidad. Como limitación a la libertad individual o a la disponibilidad de ciertos bienes, las medidas cautelares pueden ser de intensidad diversa. El órgano jurisdiccional deberá modular dicha intensidad para adecuarlas al fin que con ellas se pretende, y tratándose de personas jurídicas establecer penas anticipadas, y que en su caso no puedan fungir como forma de garantizar la reparación del daño.

7.2.5. Trámite

7.2.5.1. Providencia precautoria

Cuando se trate de una providencia precautoria, de las que señala el artículo 138 del CNPP, deberá ser solicitada en primer lugar por el ministerio público y la víctima u ofendido, con la finalidad de una posible reparación del daño y la probabilidad de que el imputado será responsable de repararlo. El juez decretará las providencias precautorias, siempre y cuando de los datos de prueba expuestos se acrediten los extremos de la justificación, proporcionalidad, idoneidad y necesidad.

Decretada la providencia precautoria, podrá revisarse, modificarse, sustituirse o cancelarse a petición del imputado o de terceros interesados, debiéndose escuchar a la víctima u ofendido y al ministerio público.

Las providencias precautorias serán canceladas si el imputado garantiza o paga la reparación del daño; si fueron decretadas antes de la audiencia inicial y el ministerio público no las promueve o no solicita orden de aprehensión en el término que señala el CNPP; si se declara fundada la solicitud de cancelación de embargo planteada por la persona en contra de la cual se decretó o de un tercero, o si se dicta sentencia absolutoria, se decreta el sobreseimiento o se absuelve de la reparación del daño.

La providencia precautoria se hará efectiva a favor de la víctima u ofendido cuando la sentencia que condene a reparar el daño cause ejecutoria. El embargo se registrará en lo conducente a las reglas generales del embargo previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

7.2.5.2. Conducción del imputado persona jurídica al proceso

- Citación (artículos 141, 143, 145, 152, 422 y 423 del CNPP).

- La persona jurídica en el proceso penal (artículo 422 del CNPP), como característica para apersonarse ante el juzgado instructor, debe remitir citación a la misma en su domicilio social a fin de realizar la comparecencia de información de derechos y traslado de la imputación.
- Requerir a la persona jurídica que designe a un representante en dicho proceso, así como a un abogado. Se le comunica que para el caso de no designar un defensor particular le será nombrado un defensor público y en el supuesto de que no designe representante, las diligencias que deban practicarse se realizarán con las personas que constituyan parte de la persona jurídica.
- Asistencia a la práctica de diligencias de instrucción. Las diligencias que requieren o se autoricen con la presencia del imputado se entenderán referidas al representante especialmente designado por la persona jurídica, quien podrá asistir acompañado del abogado encargado de la defensa de esta. En caso de que no acuda el representante, la diligencia se practicará con la presencia del abogado defensor.
- Declaración de la persona jurídica imputada. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella (asistido de su abogado) y en dicha declaración el representante tiene derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable (derecho a no autoincriminarse).
- La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás que hubieran podido también intervenir en su realización.
- En el supuesto de que el representante especialmente designado no comparezca a la declaración, se tendrá por celebrado este acto entendiéndose que la persona jurídica se acoge a su derecho a no declarar.

7.2.5.3. Actos de investigación

Aseguramiento de bienes, orden de cateo e intervención de comunicaciones.

7.2.5.4. Medida cautelar formulada la imputación o decretada la vinculación a proceso (19 constitucional, 155, 156, 157, 158 y 159 del CNPP)

Respecto a su estatus procesal hay que decir, además, que la persona jurídica imputada puede proponer diligencias de prueba, siendo más discutible que su derecho a la no incriminación le ampare a la hora de negarse a colaborar en los requerimientos que se le hagan (especialmente de aportación de documental que solo puede quedar en su ámbito).

Las peticiones de la imposición y revisión de las medidas deben de ser posteriores a la formulación de la imputación o dictado el auto de vinculación a proceso (artículos 158 y 423 del CNPP). La medida precautoria la decreta el juez de control conforme al artículo 138 del CNPP y tendrá una vigencia máxima de 90 días, en relación con el 307, 308 y 313 del mismo ordenamiento.

7.2.6. Temporalidad

Es evidente que una medida cautelar del tipo de las aplicables a las personas jurídicas debe estar sujeta a un límite de duración tal que impida que su extensión en el tiempo provoque daños irreparables. Por todo ello, y en atención además a las características de provisionalidad e instrumentalidad que acompañan a toda medida cautelar, parece lógico que la medida no ha de extenderse más allá del tiempo estrictamente necesario para prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma.

7.2.7. Accesoriedad o autonomía

Son medidas autónomas cuando se trata de actos de investigación y accesorias como providencias precautorias, ya que deberán ser autorizadas por el juez de control; asimismo, como medidas cautelares porque se deberá de imputar y vincular a proceso a la persona física.

7.2.8. Lineamientos para su ejecución

La autoridad competente para su ejecución es la denominada autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso, la cual da seguimiento al cumplimiento de las medidas cautelares; es de consulta obligatoria por el ministerio público cuando realiza algunas solicitudes.

La autoridad judicial, para decidir y conceder sobre la necesidad de la imposición o revisión de medidas cautelares, le solicitará un informe sobre el caso. El imputado y la defensa pueden acceder a la información disponible de parte de la autoridad para la supervisión y ejecución de medidas y salidas alternas, si así lo solicitan, ello previo a la audiencia para debatir sobre la solicitud de la medida cautelar.

Esta autoridad regulada en los artículos 176 a 182 del CNPP es a quien corresponde vigilar el cumplimiento y eficacia en las medidas cautelares que sean distintas a la prisión preventiva. El artículo 177 del CNPP establece las obligaciones de la autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso conforme a lo dispuesto en la fracción XIV que señala: “Las demás que establezca la legislación aplicable”, y que son las que regula el Código Penal.

7.2.9. Control previo o posterior

Como medida precautoria en el aseguramiento de bienes (artículos 229, 230, 231, 233; 245, fracción II, 250; 251, fracciones I y II, 252 fracción II y III, 230 del CNPP), como providencia precautoria en el embargo de bienes (artículos 138 y 139 del CNPP) y cateo (artículos 282, 283 y 288 del CNPP), en la intervención de las comunicaciones (artículos 291 a 300 del CNPP) son diligencias de control previo, y las de control posterior (153, fracciones I,II, 154; 155, fracción II, III, IV, VI, IX, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 168, 169 y 170 del CNPP).

7.2.10. Medio de impugnación

Conforme a las reglas generales cabe el recurso de apelación en relación con lo dispuesto en los artículos 160 y 467, fracciones IV y V del CNPP.

7.2.11. Actuación trámite por escrito

Las peticiones que formula el ministerio público de las medidas precautorias y el aseguramiento de bienes deben de ser por escrito. Respecto de la medida cautelar, puede ser por escrito o verbalmente; la imposición únicamente puede realizarse ante la presencia judicial.

7.3. MEDIDAS CAUTELARES PARA INIMPUTABLES

Carlos Cuevas Ortiz

El presente artículo nace dentro del marco de la elaboración de un proyecto inherente a un manual de medidas cautelares en el sistema acusatorio, a partir del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP); un documento de consulta rápida para obtener información sintetizada del acto procedimental, sin que con ello se pretenda abordar con la acuciosidad y el rigor académico que requiere la medida, empero, sí fijar sus bases de manera estricta al respeto de los derechos humanos de muchas personas que en la actualidad permanecen invisibilizadas, como sucede con las personas en diversidad funcional. Para ello, se parte de la diferencia que existe en los términos que en la actualidad se manejan como sinónimos en el lenguaje común, como lo son *persona en diversidad funcional*, *discapacidad* e *inimputabilidad*, pero que en lo jurídico tienen una gran trascendencia y diferencia al momento de concretizar la solicitud de un acto procedimental, cualquiera que fuere este, entre ellos la medida cautelar para un ciudadano que se dice que es “inimputable”.

7.3.1. Hacia un lenguaje jurídico sin ambigüedad y en defensa de los derechos

Antes de entrar al análisis de las medidas cautelares que se pudieran imponer a una persona con declaratoria de inimputabilidad, conviene adentrarnos en el estudio del procedimiento especial para inimputables, para poder arribar a una determinación de esa naturaleza, aunado a que, dentro de las metas que se persiguen en un sistema constructivista, se sigue el uso correcto del lenguaje para evitar el espectro de vaguedad en las connotaciones de las palabras que se utilizan en cada petición, en cada hecho, en cada enunciado. Uno de esos conceptos es precisamente el de *inimputabilidad*, que utilizamos en el día a día como sinónimo de discapacidad o de diversidad funcional; sin embargo, cada uno tiene una connotación distinta y efectos jurídicos muy diferentes entre sí, pues mientras los dos primeros son constructos normativos, el último es un elemento de identidad de la persona, un elemento con el cual vive y le caracteriza como parte de su vida.

Por lo regular, en las salas de audiencias, desde el momento de la individualización de las partes, existe una puntualidad para adelantar y afirmar que la persona es “inimputable” por el solo hecho de presentar una diversidad funcional, como si ello trajera aparejado algún derecho o alguna ventaja dentro del procedimiento mismo; situación bastante alejada de la realidad cuando, de no actualizarse debidamente y con el conocimiento técnico adecuado, desde ese momento la persona se vuelve invisible ante las partes o ante la propia autoridad, pues cesa la comunicación con el mismo y las decisiones son entendidas con su representante o defensor, todo ello dentro de un marco de violación de derechos fundamentales. Es por ello que para hablar de una medida cautelar para la persona que se considera “inimputable”, primero debe existir la declaratoria que cubra los elementos legales y, posteriormente, establecer cuáles son los efectos de la misma.

En ese sentido, conviene establecer la diferencia entre los tres conceptos ya establecidos:

1. Persona en diversidad funcional. La constituye la propia persona más el elemento de tipo psiquiátrico, psicológico, neurológico, sensorial o sus deficiencias físicas, a largo plazo o de tipo permanente con el que esta vive.

Es un elemento que acompaña a una persona y es parte inmanente de ella, pero ese hecho no le resta derecho alguno, aún más, se le protege a partir de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), en la que ninguno de sus artículos señala restricción o limitación por ello.

2. Persona con discapacidad. En este rubro, si tomamos en cuenta el artículo 1° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, que define no a la persona sino a la figura de la discapacidad como: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Esto es, se trata de la suma de la diversidad funcional y la barrera que la misma presenta al momento de interactuar con la sociedad que le impide el ejercicio del derecho o libertad. Discapacidad que en el marco constitucional, como constructo normativo, se encuentra prohibida al describir en su artículo 1°, párrafo último, que queda prohibida toda discriminación que, con motivo de discapacidad, impida el ejercicio de un derecho o una libertad a los individuos; en todo caso, debería preguntarse si la discapacidad está prohibida y la respuesta a ello sería que sí, pues desde el momento en que el Estado adquiere la obligación de romper todo obstáculo o barrera que impida el ejercicio de un derecho o una libertad, debe garantizar el acceso universal a sus programas y servicios de manera general y si no puede establecer esa accesibilidad, se encuentra entonces obligado a realizar los ajustes necesarios a los mismos.

3. Inimputabilidad. Es otro constructo normativo al igual que la discapacidad, con la diferencia de que la persona no es inimputable o no es persona con discapacidad, sino que se tienen que actualizar ciertos elementos para realizar esa declaratoria, en ambos casos, con consecuencias legales para ello y obligaciones por parte del Estado.

Si nos cuestionamos sobre qué es la inimputabilidad, podría decirse que es cuando no se tiene la capacidad de entender y comprender el carácter ilícito de los hechos y/o de

conducirse conforme a esa comprensión, derivado de un trastorno mental permanente o transitorio que provoque dichas circunstancias; sin embargo, esa delimitación únicamente establece los elementos que se requieren para realizar esa declaratoria, no es pues, propiamente su definición. Luego entonces, ¿qué es la inimputabilidad? Precisamente eso, una declaratoria judicial, y no en esencia la persona, encaminada en relación directa con el hecho, esto es, en ella se manifiesta si la persona tiene la capacidad volitiva y cognitiva de entender la ilicitud del hecho y de conducirse conforme a esa comprensión, derivada de un elemento psicosocial, pero solo dirigida al hecho que se le atribuye, para prescindir de la imposición de una pena y establecer si existe alguna base sólida para determinar una medida de seguridad, al referirse solamente al hecho que la ley señala como delito, en nada disminuye o restringe los derechos que como persona tiene en igualdad del común.

Para poder entender mejor estos elementos conviene considerar que, a través del tiempo, se han producido matices en la formulación del procedimiento penal, los cuales han abordado el término de inimputabilidad con un manejo de los tres conceptos ya aludidos de manera sinónima, con resultados negativos para los derechos de las personas en diversidad funcional en el ámbito procesal, esto en diferentes momentos y frente a las autoridades que realizan dicha declaratoria.

Tales se han abordado bajo diversos modelos que han quedado de manifiesto a través de las luchas de las personas en diversidad funcional en el reconocimiento de sus derechos, en contra de una estructura social que les impone las barreras que les impiden ejercer sus derechos y libertades, esos modelos han sido abordados por la doctrina, y también en la práctica, siendo los que enseguida se precisan:

1. *Modelo prescindencia.* Se refiere a las obligaciones que asume el Estado frente a la persona con diversidad funcional y, derivado del falso concepto de que como la persona en diversi-

dad funcional nada tiene que ofrecer al Estado, el Estado nada tiene que ofrecer a aquella, condenada a cuestiones de abandono, reclusión en centros psiquiátricos, abandono por su propia familia bajo las mismas condiciones o víctima de explotación dada su propia condición de vulnerabilidad y falta de apoyos y elementos para lograr su interacción.

Bajo este esquema, el Código Federal de Procedimientos Penales, capítulo I, denominado Enfermos mentales, dispone:

Artículo 495. Tan pronto como se sospeche que el inculcado esté loco, idiota, imbécil o sufra cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, el tribunal lo mandará examinar por peritos médicos, sin perjuicio de continuar el procedimiento en la forma ordinaria. Si existe motivo fundado, ordenará provisionalmente la reclusión del inculcado en manicomio o en departamento especial.

Artículo 496. Inmediatamente que se compruebe que el inculcado está en alguno de los casos a que se refiere el artículo anterior, cesará el procedimiento ordinario y se abrirá el especial, en el que la ley deja al recto criterio y a la prudencia del tribunal la forma de investigar la infracción penal imputada, la participación que en ella hubiere tenido el inculcado, y la de estudiar la personalidad de éste, sin necesidad de que el procedimiento que se emplee sea similar al judicial.

Artículo 497. Si se comprueba la infracción a la ley penal y que en ella tuvo participación el inculcado, previa solicitud del Ministerio Público y en audiencia de éste, del defensor y del representante legal, si los tuviere, el tribunal resolverá el caso, ordenando la reclusión en los términos de los artículos 24 inciso 3, 68 y 69 del Código Penal.

La resolución que se dicte será apelable en el efecto devolutivo.

Como puede apreciarse, aunado al lenguaje inapropiado para referirse a la persona, se establece una facultad discrecional para “analizar a la persona”, e incluso se considera la posibilidad de recluirla provisionalmente en un “manicomio” si hay “motivo” fundado; asimismo,

de comprobarse su insania mental se continuaría el procedimiento en una fase especial “al prudente arbitrio del juez”, aunque no se siga el elemento similar a un proceso judicial, resolviéndose el caso en audiencia con el ministerio público y el defensor, con lo que desde luego se conculcan todos los derechos de la persona, quien, como puede observarse, aun estando presente, no existe dentro del proceso en ejercicio de sus derechos. Dicho procedimiento está en vigor para los asuntos que se iniciaron en la vigencia del mencionado código procesal.

2. *Modelo médico o normalizador.* En este modelo, el Estado asume que tiene algo que ofrecer al gobernado, siempre y cuando este alcance un nivel de sanación; sin embargo, cabe preguntarse: ¿qué ocurre en aquellos casos en los que se trata de una diversidad funcional de tipo permanente, en el que no se va a alcanzar la sanación? La respuesta es que no hay nada que el Estado pueda hacer, retomando el modelo de prescindencia. Ejemplo de ello es el abrogado Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal en el cual se establecía lo siguiente, respecto al mismo tema:

Artículo 392. Cuando en las diligencias de averiguación previa se acredite que el indiciado ha ejecutado el hecho típico encontrándose en un estado de inimputabilidad permanente, el Ministerio Público ordenará su internación en establecimiento médico psiquiátrico, en el cual lo pondrá a disposición de la autoridad judicial, quien en su caso deberá calificar la legalidad del aseguramiento del inimputable.

Artículo 393. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la consignación la autoridad judicial certificará la forma de conducirse y expresarse del inimputable. El juez procederá a nombrarle un defensor y decretará, en el término Constitucional, el auto de sujeción a procedimiento especial para inimputables permanentes.

Nótese cómo existe la prescindencia de la persona ante una certificación de conducirse y expresarse, sin antes hacerle ver que tiene derecho a declarar o no, así como a nombrar un defensor.

En el mismo ordenamiento, se podía observar:

Artículo 394. En el auto de sujeción a procedimiento especial para inimputables permanentes, deberá acreditarse el hecho típico penal y la probable responsabilidad social del mismo, el juez decretará la medida de seguridad provisional, o libertad bajo la custodia de su representante legal, según corresponda de acuerdo a las características del hecho típico imputado y las peculiaridades de la insania mental del inimputable, previa exhibición de la garantía que a juicio del juez sea suficiente para cubrir la reparación del daño del hecho típico imputado, así como para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, por cualquiera de los medios previstos por la ley.

En el supuesto de que se acredite alguna causa de exclusión del delito, acorde con su insania mental, se decretará su inmediata y absoluta libertad. Acreditándose el hecho típico, sin que la autoría o participación se defina claramente con las constancias ministeriales, se decretará su libertad con las reservas de ley.

Este auto será apelable en el efecto devolutivo.

Artículo 395. Dentro del plazo citado en el artículo 343, [sic] se notificará la resolución dictada al defensor del inimputable, en su caso, a su representante y al Ministerio Público, comunicándola al Director del establecimiento médico psiquiátrico en que aquél se encuentre. Si éste no recibiere copia autorizada de la resolución en el término indicado, requerirá al Juez para que, dentro de las tres horas siguientes, le haga saber la situación jurídica que guarda el inimputable, de no hacerlo, lo entregará a su representante legal.

Artículo 396. Concluido el plazo constitucional y habiéndose decretado la medida de seguridad provisional, se abrirá el procedimiento a prueba por un plazo de quince días hábiles. Se admitirá como prueba todo aquello que se presente con tal carácter, siempre que a juicio del juzgador no sea incompatible con el estado mental del inimputable.

Artículo 397. Para los efectos de examinar el grado de inimputabilidad o insania mental el juzgador podrá proveer lo conducente y, en el caso de establecerse su imputabilidad,

previa homologación del auto de sujeción a procedimiento especial para inimputables permanentes, el auto de formal prisión o sujeción a proceso, según corresponda para seguir el procedimiento respectivo.

Llama la atención el texto, pues como se ha mencionado, siempre tendrá que ser una autoridad judicial quien realice dicha declaratoria y no una autoridad administrativa, quien no posee tal facultad; sin embargo, pareciera que en esta disposición sí se le otorga al agente del Ministerio Público. Como podemos observar, todo entendimiento del proceso se vuelve a realizar con el agente del Ministerio Público y con la defensa de la persona; cobra relevancia el hecho de que la declaratoria de inimputabilidad es de origen ministerial, sin ningún elemento de contradicción para la misma, bajo el esquema de permanencia de la prueba, se le apertura un procedimiento especial ya de entrada en contacto con la autoridad judicial, sin habérsele escuchado, y solo hay una corroboración ante el órgano jurisdiccional posterior respecto de su “insania mental”. De ahí que se determine que se trata de un modelo rehabilitador o médico, esto es, si se determinara su imputabilidad, con posterioridad se habilitaría de nueva cuenta el procedimiento ordinario, ya con su participación, lo que desde luego es contrario a derecho. Este modelo también se encuentra en vigor dada la vigencia de la norma que lo contiene dentro del sistema inquisitivo.

3. *Modelo social de accesibilidad universal.* En este modelo, a diferencia de los dos anteriores, ya no se determinan las obligaciones del Estado con base en la diversidad funcional que tiene la persona, por el contrario, se establece que el Estado, al ser creado por la propia población, tiene una obligación con la totalidad de sus miembros y que cada uno de los programas, entornos y servicios que proporciona tienen que ir dirigidos a toda la población, y que si uno de esos programas, entornos o servicios que proporciona no cubre la accesibilidad a una parte de la población, tendrá por obligación que realizar las modificaciones o adaptaciones para garantizar el completo acceso, ya que de no hacerlo se estaría generando el tipo de discriminación a la que alude el párrafo último del artículo 1° de la Constitución Política

de los Estados Unidos Mexicanos: “queda prohibida toda discriminación que con motivos de discapacidad, impidan el ejercicio de un derecho o una libertad”.

Este modelo es el que prevé el CNPP, en franco cumplimiento con los estándares de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, que se rige bajo tres parámetros:

- Modelo social de accesibilidad universal
- Ajustes al proceso
- Asistencia en la toma de decisiones

Nuestro objetivo es efectuar una interpretación sistemática y consistente de las normas que regulan el procedimiento aplicable a una persona con declaratoria de inimputabilidad, a quien se le atribuye la comisión de un hecho que la ley señala como delito, así como de las medidas cautelares que pueden aplicársele, empero, para ello teniendo en consideración el profundo cambio cultural que ha significado el paso de un sistema jurídico a otro, en el que se refuerza su estatus jurídico cuando se trata de la imputación de un hecho que la ley señala como delito y la afectación de derechos individuales para la persona, así como la confusión de conceptos que trae aparejada esa afectación.

Dicho procedimiento se establece legislativamente como:

TÍTULO IX PERSONAS INIMPUTABLES

CAPÍTULO ÚNICO

PROCEDIMIENTO PARA PERSONAS INIMPUTABLES

Artículo 414. Procedimiento para la aplicación de ajustes razonables en la audiencia inicial

Si en el curso de la audiencia inicial, aparecen indicios de que el imputado está en alguno de los supuestos de inimputabilidad previstos en la Parte General del Código Penal aplicable,

cualquiera de las partes podrá solicitar al Juez de control que ordene la práctica de peritajes que determinen si efectivamente es inimputable y en caso de serlo, si la inimputabilidad es permanente o transitoria y, en su caso, si ésta fue provocada por el imputado. La audiencia continuará con las mismas reglas generales pero se proveerán los ajustes razonables que determine el Juez de control para garantizar el acceso a la justicia de la persona.

En los casos en que la persona se encuentre retenida, el Ministerio Público deberá aplicar ajustes razonables para evitar un mayor grado de vulnerabilidad y el respeto a su integridad personal. Para tales efectos, estará en posibilidad de solicitar la práctica de aquellos peritajes que permitan determinar el tipo de inimputabilidad que tuviere, así como si ésta es permanente o transitoria y, si es posible definir si fue provocada por el propio retenido.

Dispositivo legal del que se establecen directrices para el órgano de control, en este caso:

- Temporal. Esto es, el imputado que es presentado a la audiencia inicial como un sujeto libre de insania mental, empero que de las solicitudes de las partes o de la propia intermediación del juez se advierta que padece un trastorno mental, motivará la realización de los dictámenes correspondientes para determinar tal y como lo establece el artículo anterior, en primer lugar:
 - a) Si existe insania que derive en imputabilidad,
 - b) de serlo, si es permanente o transitoria,
 - c) en su caso, si fue provocada por el mismo.

Ahora bien, de la interpretación del dispositivo en mención se desprende que habrán de realizarse dichos “ajustes razonables”, ello independientemente de que se recaben o no los dictámenes, y que exista o no la declaratoria del supuesto de inimputabilidad, que es el primer elemento para garantizar sus derechos, por lo que resultan de vital importancia, comprensión y aplicación los tres conceptos antes referidos: persona en diversidad funcional, discapacidad e inimputabilidad, pues no es en una sede judicial donde se da inicio a su aplicación, sino desde el inicio de la investigación ante la fiscalía.

Nada tiene que ver el concepto de inimputabilidad para reconocer los derechos de una persona en diversidad funcional, puede establecerse de entrada que tiene un padecimiento médico psiquiátrico, neurológico, psicológico o físico de tipo permanente, pero eso no motiva en automático una declaratoria de inimputabilidad, en todo caso, motiva a establecer si la persona enfrenta barreras que le impidan ejercer un derecho o una libertad en ese momento. Recuérdese que la discriminación está prohibida; si enfrenta esas barreras se produce discapacidad y, recuérdese de nueva cuenta, que la discapacidad como constructo normativo es igual a discriminación porque impide el ejercicio de un derecho o una libertad.

Cuando la persona en diversidad funcional interactúa con esas barreras, el Estado tiene la obligación de removerlas o romperlas, para así permitirle a dicha persona que pueda ejercer ese derecho o esa libertad, rompiendo la discapacidad. A la acción del rompimiento de esas barreras se le denomina “ajustes al proceso”, aun cuando la ley procesal lo denomina “ajustes razonables”. Si buscáramos la definición de dichos ajustes en el CNPP, no sería posible encontrarla, pues es menester consultarla en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), que los explica en su artículo 2° como: “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Encuentro que esta definición tiene una connotación más profunda.

7.3.2. Ajustes razonables

El derecho de acceso a la justicia de toda persona se encuentra reconocido en el artículo 17 de la CPEUM. Por su parte, en el ámbito internacional, encuentra su fundamento en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De manera particular en el caso de las personas con discapacidad, su derecho de acceso a la justicia se encuentra reconocido en el artículo 13 de la CDPD, mientras que en el ámbito nacional, se regula en el capítulo IX, que contiene los artículos 28 al 31 de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad (LGIPD).

El derecho de acceso a la justicia tiene una doble noción, pues a la vez que se constituye como un derecho autónomo, también representa un medio para la realización y concreción de todos los demás derechos.

Como derecho autónomo, la noción de “acceso a la justicia” es amplia y exhaustiva y puede ser analizada al menos en tres dimensiones diferentes: legal, física y comunicacional.

- Legal. Se refiere a que las personas en diversidad funcional puedan participar, sin importar la calidad con la que lo hagan, en los procesos judiciales por derecho propio.
- Física. Se relaciona con el hecho de que todas las instalaciones judiciales sean accesibles.
- Comunicacional. Establece que cualquier información que se proporcione a las personas con discapacidad sea de igual forma accesible y se presente en medios alternativos de comunicación, como, por ejemplo, lengua de señas (en este caso mexicana), en sistema de escritura braille, en formatos digitales o en un texto de fácil lectura y comprensión, entre otros.

De esta manera, tal como lo dispone el artículo 13 de la CDPD, existe la obligación para las autoridades judiciales de asegurar un acceso a la justicia, lo que implica que se lleven a cabo todas las medidas necesarias para que la persona con discapacidad pueda ejercer ese derecho en igualdad de condiciones que el resto de la población, debiendo para ello realizar, incluso (atendiendo la terminología de la Convención), los ajustes al procedimiento que se requieran, y que sean adecuados a la edad.

Esto es, se debe partir del reconocimiento de las barreras que propician una desigualdad de las personas con discapacidad en el derecho de acceso a la justicia para estar en posibilidad de implementar ajustes que efectivamente, en la práctica, eliminen esas situaciones

de desigualdad y discriminación, los cuales podrán ser tan variados como las necesidades del caso lo establezcan, pues en última instancia las y los jueces tienen la obligación de instrumentarlos atendiendo al caso en concreto, sin pretender establecer criterios generales de aplicación. Incluso, la labor de adoptar los ajustes al procedimiento debe ir más allá de lo señalado en los ordenamientos jurídicos aplicables, pues deberán implementarlos aun en los casos en los que tales normas no prevean la existencia del ajuste que se requiera.

Lo anterior es relevante, ya que sería absurdo pretender la existencia de una lista exhaustiva de ajustes al procedimiento, pues en tal caso se dejaría fuera a un número considerable de requerimientos particulares de personas con discapacidad. De esta manera, tanto las y los defensores públicos como las y los abogados particulares de las personas con discapacidad, tendrían que estar atentos a que tales ajustes se llevaran a cabo para que, ante un retraso u omisión, estuvieran en posibilidad de solicitarlos a la o el juzgador o ministerio público.

Otro dato importante es que, en principio, tales ajustes deben ser solicitados por quien los necesita, sin embargo, resulta obvio que la persona con discapacidad desconozca sus derechos y no los solicite, de ahí la atención del profesional en Derecho que lo asiste para exigir su implementación, y no solo para la persona a la que se le imputa un hecho, sino a la víctima, el testigo, o los propios profesionales que participan en el proceso.

Se incurre en error cuando se pretende que sea el juez quien establezca el contenido o consistencia de los ajustes razonables, pues este ignora cuál es la condición en que es presentada la persona, por lo que las partes habrán de hacerlo de su conocimiento para que se atienda tal exigencia.

Algunos otros ejemplos de ajustes razonables en su vertiente de ajustes materiales son la habilitación de acompañamiento durante la investigación o el testimonio de una persona de apoyo elegida por la persona en diversidad funcional; la utilización de la comunicación alternativa y aumentativa, tales como imágenes y tablas de comunicación, para permitir a la persona expresarse plenamente; investigaciones realizadas por quienes tienen experiencia y conocimiento en la comunicación con las personas en diversidad funcional, de no ser así,

habilitar la figura de un facilitador que cuente con la experiencia para que proponga, dada la interacción con la persona, cuáles son sus necesidades; expertos para eliminar del testimonio la información errónea, teniendo presente el tipo de diversidad de quien declara; apoyo en la comunicación con el testigo; asistencia para la formulación de preguntas de modo que sean comprendidas por el declarante, y en el caso de diversidad funcional, tener en cuenta su propia diversidad; la posibilidad de declarar sin formalidades de vestimenta oficial, como puede ser uso de uniformes, togas, al momento de establecer dicha declaración; poder declarar en lugares diferentes a las cámaras, despacho del juez o sala de audiencia oficial, incluso mediante enlaces de video; tiempo suficiente para dar testimonio y descansos adecuados durante el proceso; provisión de información sobre los procedimientos en un lenguaje sencillo, entre otras. Quedan comprendidos en los artículos 10 y 11 del CNPP, los cuales disponen:

Artículo 10. Principio de igualdad ante la ley

Todas las personas que intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa. No se admitirá discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas.

Las autoridades velarán por que las personas en las condiciones o circunstancias señaladas en el párrafo anterior, sean atendidas a fin de garantizar la igualdad sobre la base de la equidad en el ejercicio de sus derechos. En el caso de las personas con discapacidad, deberán preverse ajustes razonables al procedimiento cuando se requiera.

Artículo 11. Principio de igualdad entre las partes

Se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen.

7.3.3. Ajustes comunicacionales

Quizá sea el tipo más importante de los ajustes, pues es precisamente el que garantiza la interacción de la persona en su derecho a una tutela judicial efectiva, de ahí que deba ser exhaustivo para posibilitar dicha comunicación, pues de este parten todos los demás ajustes que deban ser realizados para acceder a la justicia, sin sustituir la voluntad de la persona o entender sus derechos con terceros (como su defensor, tutor o representante), este elemento queda comprendido de manera literal en el artículo 45 del CNPP, el cual dispone:

Artículo 45. Idioma

Los actos procesales deberán realizarse en idioma español.

Cuando las personas no hablen o no entiendan el idioma español, deberá proveerse traductor o intérprete, y se les permitirá hacer uso de su propia lengua o idioma, al igual que las personas que tengan algún impedimento para darse a entender. En el caso de que el imputado no hable o entienda el idioma español deberá ser asistido por traductor o intérprete para comunicarse con su Defensor en las entrevistas que con él mantenga. El imputado podrá nombrar traductor o intérprete de su confianza, por su cuenta.

Si se trata de una persona con algún tipo de discapacidad, tiene derecho a que se le facilite un intérprete o aquellos medios tecnológicos que le permitan obtener de forma comprensible la información solicitada o, a falta de éstos, a alguien que sepa comunicarse con ella. En los actos de comunicación, los Órganos jurisdiccionales deberán tener certeza de que la persona con discapacidad ha sido informada de las decisiones judiciales que deba conocer y de que comprende su alcance. Para ello deberá utilizarse el medio que, según el caso, garantice que tal comprensión exista.

Cuando a solicitud fundada de la persona con discapacidad, o a juicio de la autoridad competente, sea necesario adoptar otras medidas para salvaguardar su derecho a ser debidamente asistida, la persona con discapacidad podrá recibir asistencia en materia de

estenografía proyectada, en los términos de la ley de la materia, por un intérprete de lengua de señas o a través de cualquier otro medio que permita un entendimiento cabal de todas y cada una de las actuaciones[...]

La ley es clara en cuanto a hacer flexible el proceso comunicativo a través de otro medio, a solicitud de la persona en diversidad funcional.

7.3.4. Ajustes legales

Partiendo de la característica de interdependencia de todos los derechos humanos, resulta fácil comprender la manera en que los derechos expuestos anteriormente se relacionan entre sí e impactan en el resto de los derechos de los que son titulares las personas en diversidad funcional. De esta forma, sin el reconocimiento de su personalidad y de la capacidad jurídica para ser titulares de derechos e intervenir directamente en un juicio, o bien, sin la posibilidad de participar plenamente en la comunidad sin discriminación y sin una adecuada accesibilidad en su entorno, se verían imposibilitadas para ejercer cualquier otro derecho.

Así pues, es fácil encontrar la correlación entre los derechos de accesibilidad, igualdad y no discriminación; participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, y derecho a igual reconocimiento ante la ley, con el propio de acceso a la justicia, pues cada uno de ellos se encuentra ligado a otro en virtud de los principios que lo fundamentan, y que resultan esenciales por las implicaciones que tienen para las y los juzgadores cuando resuelven asuntos en los que interviene una persona en diversidad funcional, de ahí que se deba flexibilizar la norma en ambos de sus sentidos: procesal y sustantiva, bajo los elementos hermenéuticos de armonización y principio pro persona para garantizar dichos derechos.

7.3.5. El reconocimiento de la capacidad jurídica plena de las personas en diversidad funcional.

Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Uno de los logros más importantes de la CDPD es la obligación por parte de los Estados adherentes de reconocer la *capacidad jurídica plena* para las personas en diversidad funcional que, como sabemos, se constituye por capacidad de goce y de ejercicio, y que, debido a disposiciones internas, durante siglos se vio mermada por los propios ordenamientos jurídicos, entre ellos la figura jurídica de la interdicción o de la propia inimputabilidad como una variante de interdicción, solo que en materia penal mal entendida, desde luego, cuando en los procesos penales se buscaba una representación o entendimiento a través de un representante o un tutor, con las directrices que establece el artículo 12 del ordenamiento en mención, en el que se determina inconventional la sustitución en la toma de decisiones, correspondiente al esquema que sigue la interdicción, esto es, la prescindencia de la persona. No más entendimiento con terceros para la toma de decisiones, se establece el ejercicio de sus derechos *per se*.

En lo que respecta al modelo de “sustitución en la toma de decisiones”, una vez que el juzgador ha constatado la existencia de la diversidad funcional del individuo respecto del cual versa el asunto, se decreta que la voluntad de este sea sustituida por la de alguien más, cuya labor consistirá en tomar las decisiones que representen el mejor interés de la persona cuya protección se le ha encomendado.

Al respecto, dicho esquema ha sido identificado de forma tradicional con la institución jurídica del tutor, mismo que se encuentra encargado de adoptar decisiones en torno a la esfera personal y patrimonial de su pupilo. Por su parte, el modelo de “asistencia en la toma de decisiones” implica un cambio de paradigma en la forma en que los Estados suelen regular la capacidad jurídica de las personas en diversidad funcional, pues mediante este, la persona puede ser *ayudada* para adoptar decisiones, pero es ella quien en última instancia las toma. Es decir, la libertad de elección se protege y se garantiza por el juzgador en todos los casos, fomentando así su participación y la asunción de responsabilidades.

En tal sentido, el esquema contenido en el artículo 12 de la CDPD consagra el modelo asistencial antes referido, en la medida en que indica que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, lo cual deberá ser llevado a cabo en igualdad de condiciones que los demás, debiéndose asegurar que se respeten los derechos, la voluntad y preferencias de quien posee la diversidad funcional, así como la elección de la persona en diversidad funcional de si desea ser asistida.

El paradigma que representa el reconocimiento de la capacidad jurídica plena de las personas es el mayor reto en el cambio cultural jurídico que prevalece hasta nuestros días, pues dicha norma repercute en todo un modelo de justicia trazado bajo el esquema de la toma de decisiones y la expresión de la voluntad tasada en una idea de que las personas tienen capacidad de raciocinio, lo que es más, el concepto de “ser humano” está íntimamente relacionado con dicha característica, es decir, que si las personas no tuviesen tal “raciocinio” perderían la calidad de ser humano. La respuesta parece obvia, sin embargo, no es así, de ahí que se parte de este punto para el reconocimiento de dicha capacidad jurídica plena.

De igual manera se establece un esquema de salvaguarda para garantizar que exista asistencia en la toma de decisiones, detectar cualquier abuso o que se instrumente la sustitución en la decisión.

Al respecto resulta oportuno destacar tesis históricas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que no surgieron de la noche a la mañana, sino que tuvieron que seguir un largo camino en la interpretación de ese artículo 12 de la Convención:

PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LOS ARTÍCULOS 23 Y 450 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO, REALIZAN UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA (DISCAPACIDAD) Y, POR ENDE, VIOLAN LOS DERECHOS HUMANOS A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN.

Si bien en el amparo en revisión 159/2013 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que el estado de interdicción admitía una interpretación conforme, de una nueva reflexión en clave evolutiva de los derechos humanos y con la finalidad

de hacer operativa la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, esta Sala considera que los artículos 23 y 450 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, son inconstitucionales y no admiten interpretación conforme al violar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, ya que realizan una distinción basada en una categoría sospechosa como es la discapacidad. En este sentido, el estado de interdicción parte de una premisa de sustitución de voluntad, paternalista y asistencialista que no reconoce derechos humanos, pues en lugar de buscar que la propia persona con discapacidad adopte sus decisiones, se designa a un tutor para que tome sus decisiones legales. Además, la figura de interdicción se centra en la emisión de un dictamen emitido por un médico alienista que declara sobre las deficiencias de la persona y que justifican la privación de su capacidad jurídica, claramente el juicio de interdicción se centra en la deficiencia, sin considerar las barreras del entorno. Por tanto, de la lectura de los preceptos citados es posible inferir que una vez que está materialmente probada la discapacidad de la persona, esto es, diagnosticada su deficiencia, entonces puede ser declarada en estado de interdicción, lo cual, para efectos del artículo 23 del código aludido, implica que la persona es incapaz y su capacidad de ejercicio debe restringirse. A juicio de este Máximo Tribunal, el estado de interdicción es una restricción desproporcionada al derecho a la capacidad jurídica y representa una injerencia indebida que no es armonizable con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que la supresión de la capacidad jurídica supone una sustitución completa de la voluntad de la persona con discapacidad, pues el propio artículo menciona, sin ambigüedad o vaguedad alguna, que las personas incapaces sólo podrán ejercer sus derechos mediante sus representantes. De este modo, el estado de interdicción representa el más claro ejemplo del modelo de sustitución de la voluntad, y al tomar en cuenta las características y condiciones individuales de la persona, niega como premisa general que todas las personas tienen derecho a la capacidad jurídica.⁴

4 Tesis: 1° XLI/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 66, t. II, mayo de 2019, p. 1264.

PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LA FIGURA DE “ESTADO DE INTERDICCIÓN” NO ES ARMONIZABLE CON LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La capacidad jurídica es un atributo universal, inherente a todas las personas en razón de su condición humana y no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley o que permita limitar ese derecho. En este sentido, el reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de otros derechos humanos como el de acceso a la justicia, a la igualdad y a la no discriminación, al debido proceso, al de audiencia, al de una vida independiente, a la privacidad, a la libertad de expresión, a la participación e inclusión en la sociedad, etcétera, por lo que la figura de “estado de interdicción” no es armonizable con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.⁵

PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LA FIGURA DE “ESTADO DE INTERDICCIÓN” FOMENTA ESTEREOTIPOS QUE IMPIDEN SU PLENA INCLUSIÓN EN LA SOCIEDAD.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que las normas funcionan como medios textuales a través de los cuales podrían configurarse mensajes que conllevan un juicio de valor negativo. Desde esta perspectiva, la figura de “estado de interdicción” de las personas con discapacidad tiene como consecuencia que se transmita el mensaje de que tienen un padecimiento que sólo puede ser “tratado” o “mitigado” a través de medidas extremas como la restricción absoluta de la capacidad de ejercicio. Esta forma de ver y concebir la discapacidad implica tratar a las personas con discapacidad como meros objetos de cuidado y no como sujetos de derechos, pues se parte de la premisa de que la discapacidad inhabilita por completo a la persona, además de que se pone un énfasis en la deficiencia. En ese sentido, esta concepción refuerza la idea de que sólo mediante la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad se “mitigan” los efectos de la discapacidad y, por ende, las barreras y actitudes sociales permanecen inalteradas.

5 Tesis: 1° XL/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 66, t. II, mayo de 2019, p. 1261.

Así, el estado de interdicción, al prever la restricción absoluta de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, fomenta estereotipos que impiden su plena inclusión en la sociedad pues las invisibiliza y excluye, al no permitirles conducirse con autonomía e interactuar con los demás grupos, personas e intereses que la componen.⁶

PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL ESTADO DE INTERDICCIÓN VULNERA SU DERECHO A UNA VIDA INDEPENDIENTE Y A SER INCLUIDAS EN LA COMUNIDAD AL NEGARLES LA CAPACIDAD JURÍDICA.

El estado de interdicción de las personas con discapacidad vulnera su derecho a una vida independiente y a ser incluidas en la comunidad contenido en el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues se basa en un modelo de sustitución de voluntad en el que el tutor es quien decide todas las cuestiones sobre la vida de aquellas sujetas a interdicción. La independencia, como forma de autonomía personal, implica que la persona con discapacidad no sea privada de la posibilidad de elegir y controlar su modo de vida, así como sus actividades cotidianas, pues las decisiones personales no se limitan al lugar de residencia, sino que abarcan todos los aspectos de su sistema de vida (como pueden ser sus horarios, sus rutinas, su modo y estilo de vida, tanto en la esfera privada como en la pública y en lo cotidiano como a largo plazo). En este sentido, el derecho a una vida independiente está vinculado al reconocimiento y al ejercicio de la capacidad jurídica, pues una de las barreras para ejercer este derecho consiste en la negación de la capacidad jurídica, que es la base para que las personas con discapacidad logren vivir de forma independiente en la comunidad.⁷

6 Tesis 1° XLVIII/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 66, t. II, mayo de 2019, p. 1261.

7 Tesis 1°. XLVII/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 66, t. II, mayo de 2019, p. 1259.

7.3.6. Procedimiento cautelar para inimputables en el CNPP

Una vez que se han establecido las diferencias entre persona en diversidad funcional, discapacidad e inimputabilidad, podemos abordar el esquema cautelar. Tal como hemos observado, diversidad funcional no equivale a inimputabilidad y, en todo caso, se debe evitar el concepto de la discapacidad, rompiendo para ello las barreras que impidan el ejercicio del derecho a una libertad; pues nada tienen que ver el modelo social de accesibilidad universal, los ajustes al proceso, la capacidad jurídica plena y el esquema de asistencia en la toma de decisiones, con la inimputabilidad. Aunado a que estos elementos deben tomarse en cuenta como principio del proceso de igualdad procesal y sustantiva en todos los casos en que se soliciten por la persona en diversidad funcional.

Primeramente, debemos preguntarnos en qué momento se debe realizar esa declaratoria de inimputabilidad y quién debe realizarla y, enseguida, qué consecuentes tiene el hecho de realizarla.

En ese sentido, el CNPP advierte tres momentos, dos de ellos a título de “determinación de un supuesto de inimputabilidad”, que se da al momento en que se vincula a proceso, y luego a través de incidencia en audiencias preliminares. El tercer momento ocurre en una “determinación definitiva de inimputabilidad”, esto es, en la sentencia respectiva.

Tal como lo dispone el procedimiento especial, que solo tiene inicio hasta que se establece la declaratoria de inimputabilidad “en vía de supuesto de existencia” en etapas preliminares.

TÍTULO IX. PERSONAS INIMPUTABLES

CAPÍTULO ÚNICO PROCEDIMIENTO PARA PERSONAS INIMPUTABLES

Artículo 414. Procedimiento para la aplicación de ajustes razonables en la audiencia inicial
Si en el curso de la audiencia inicial, aparecen indicios de que el imputado está en alguno de los supuestos de inimputabilidad previstos en la Parte General del Código Penal aplicable, cualquiera de las partes podrá solicitar al Juez de control que ordene la práctica de peritajes que determinen si efectivamente es inimputable y en caso de serlo, si la inimputabilidad

es permanente o transitoria y, en su caso, si ésta fue provocada por el imputado. La audiencia continuará con las mismas reglas generales, pero se proveerán los ajustes razonables que determine el Juez de control para garantizar el acceso a la justicia de la persona.

En los casos en que la persona se encuentre retenida, el Ministerio Público deberá aplicar ajustes razonables para evitar un mayor grado de vulnerabilidad y el respeto a su integridad personal. Para tales efectos, estará en posibilidad de solicitar la práctica de aquellos peritajes que permitan determinar el tipo de inimputabilidad que tuviere, así como si ésta es permanente o transitoria y, si es posible definir si fue provocada por el propio retenido.

Este artículo es importante porque establece la obligación por parte del juez para solicitar los dictámenes como parte de los elementos a considerar para la declaratoria de inimputabilidad, solo que estos no son oficiosos y no basta su simple solicitud, en términos del artículo invocado al expresar que: “ordene los dictámenes que correspondan”, pues se requiere que las partes solicitantes establezcan la materia en la que habrán de determinar el o los expertos, así como los supuestos que desean esclarecer, los puntos sobre los que han de versar tales dictámenes o dictamen.

Resulta pertinente establecer que el experto o expertos no determinan la inimputabilidad, sino en todo caso la diversidad funcional que presenta la persona; si es permanente o transitoria y si pudo haber sido provocada por él mismo; aquí es menester determinar como supuesto, la relación entre esa diversidad y el hecho que se le atribuye, si tiene o no la capacidad de entender el carácter de la misma y si puede conducirse conforme a esa comprensión, esto es, en relación directa con el hecho que se le atribuye, no un concepto general.

Es necesario establecer en ese dictamen si la persona requiere de algún tipo de medida de seguridad y, en su caso, que especifique cuál, el tipo y por qué, así como la duración o vigencia de esta.

Recabar esos dictámenes supone gran dificultad, incluso dentro de las 144 horas, cuando la demanda de servicios médicos y periciales en la Ciudad de México es agobiante, sobre todo

en ciencias especializadas. Por lo que, de no lograrse su recepción, el proceso continuará su curso con los ajustes necesarios y el modelo de asistencia en la toma de decisiones, tal y como lo establece el artículo 415 del CNPP:

Artículo 415. Identificación de los supuestos de inimputabilidad

Si el imputado ha sido vinculado a proceso y se estima que está en una situación de inimputabilidad, las partes podrán solicitar al Juez de control que se lleven a cabo los peritajes necesarios para determinar si se acredita tal extremo, así como si la inimputabilidad que presente pudo ser propiciada o no por la persona.

Este dispositivo del CNPP es muy importante porque marca el segundo momento en que puede producirse la declaratoria de inimputabilidad, siendo pertinente destacar que hasta estos dos momentos siempre va a realizarse a título de un “supuesto” de inimputabilidad, dada la propia lógica del procedimiento acusatorio que se basa en la presunción de inocencia, por lo cual los elementos de culpabilidad solo son materia de análisis en la sentencia definitiva y, aun cuando existe la disposición de que puede realizarse su análisis en cualquier momento (penúltimo párrafo del artículo 29 del Código Penal para Ciudad de México), la consecuencia del establecimiento de la inimputabilidad, que supone la imposición de la medida de seguridad, no puede realizarse en audiencias preliminares con datos de prueba, sino que debe producirse la prueba bajo los principios de contradicción ante el Tribunal de Enjuiciamiento. De ahí que solo hablemos de un supuesto de inimputabilidad con consecuencias jurídicas, como lo es la apertura del Procedimiento Especial bajo declaratoria de “supuesto de inimputabilidad”, con las reglas del procedimiento ordinario.

Artículo 416. Ajustes al procedimiento

Si se determina el estado de inimputabilidad del sujeto, el procedimiento ordinario se aplicará observando las reglas generales del debido proceso con los ajustes del procedimiento que en

el caso concreto acuerde el Juez de control, escuchando al Ministerio Público y al Defensor, con el objeto de acreditar la participación de la persona inimputable en el hecho atribuido y, en su caso, determinar la aplicación de las medidas de seguridad que se estimen pertinentes.

El título del artículo anterior es confuso, puesto que da a entender que los ajustes al proceso se realizan solo si se determina la “inimputabilidad”, lo cual como hemos visto nada tiene que ver con esa declaratoria y, además, esos ajustes los ordena la autoridad jurisdiccional o el propio agente del Ministerio Público, previa solicitud de las partes, sobre todo del interesado, ya que no requieren de ninguna acreditación. Por último, cuando anticipa la determinación de medidas de seguridad, es obvio que aquellas no pueden imponerse como consecuente legal en ese momento puesto que no ha concluido el procedimiento.

Dicho artículo, en su exégesis establece que aun cuando existiera la declaratoria, el procedimiento continuará su marcha en la misma forma que el procedimiento ordinario, con ajustes para determinar en definitiva el establecimiento del hecho, participación y, si se requiere, de la medida de seguridad, en otras palabras, establece las reglas de continuidad del procedimiento especial.

A su vez, el artículo 417 dispone: “Medidas cautelares aplicables a inimputables. Se podrán imponer medidas cautelares a personas inimputables, de conformidad con las reglas del proceso ordinario, con los ajustes del procedimiento que disponga el Juez de control para el caso en que resulte procedente. El solo hecho de ser (in) imputable [sic] no será razón suficiente para imponer medidas cautelares.”

Prácticamente este es el artículo que regula la materia de este bosquejo; veamos, hasta antes de la declaratoria del supuesto de inimputabilidad, pudieran haber existido medidas cautelares para la persona en diversidad funcional, incluso implementándose ajustes para esas medidas, ¿qué cambio se dispondría de mutar de un procedimiento ordinario a un “procedimiento especial ordinario bajo la declaratoria de un supuesto de inimputabilidad”?, ¿la declaratoria impacta la medida cautelar? La respuesta es sí.

Es precisamente el mencionado artículo el que establece las bases, en primer lugar cuando asume: “Se podrán imponer medidas cautelares a personas inimputables, de conformidad con las reglas del proceso ordinario, con los ajustes del procedimiento que disponga el Juez de control para el caso en que resulte procedente”, de entrada, la regla general sería que no se impondrían medidas cautelares, dada la propia declaratoria, empero, abre la posibilidad de imponerlas bajo los mismos criterios que se regulan en el procedimiento ordinario, esto es acreditando la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas cautelares.

Si ya existen medidas cautelares para la persona en diversidad funcional con ajustes al proceso, en su cumplimiento, daría lugar a una revisión, en cuanto a su subsistencia, variación o revocación. Si no se han realizado los ajustes al proceso en el cumplimiento de estas y estableciéndose su necesidad, se proveerían los ajustes.

El impacto más importante se da en las excepciones a la prisión preventiva oficiosa. Como sabemos, existen varias excepciones, la primera específicamente a la que se refiere el artículo 167 del CNPP, párrafo último, en el que se establece:

El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad. Dicha solicitud deberá contar con la autorización del titular de la Procuraduría o el funcionario que en él delegue esa facultad.

Otra excepción de la prisión preventiva oficiosa se ubica en el artículo 166 del código en mención:

Excepciones

En el caso de que el imputado sea una persona mayor de setenta años de edad o afectada por una enfermedad grave o terminal; en esta hipótesis, el Órgano jurisdiccional podrá

ordenar que la prisión preventiva se ejecute en el domicilio de la persona imputada o, de ser el caso, en un centro médico o geriátrico, bajo las medidas cautelares que procedan. De igual forma, procederá lo previsto en el párrafo anterior, cuando se trate de mujeres embarazadas, o de madres durante la lactancia.

No gozarán de la prerrogativa prevista en los dos párrafos anteriores, quienes a criterio del Juez de control puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social.

Y la última excepción es precisamente, en tratándose de la medida cautelar para inimputable, lo mencionado en el artículo 417: “Se podrán imponer medidas cautelares a personas inimputables, de conformidad con las reglas del proceso ordinario, con los ajustes del procedimiento que disponga el Juez de control para el caso en que resulte procedente”.

Desde luego, habrá que considerar las peticiones de las partes y los riesgos que se pretenden reducir, tales como idoneidad y proporcionalidad en las medidas, lo que no implica que no se pudiere establecer si procediera la prisión preventiva de tipo justificado.

Los anteriores serán derechos que en todo caso deberán ser del conocimiento del imputado por medio del experto o expertos nombrados por el representante social o defensa, quien sobre todo debe cerciorarse de que los entiende, más aún cuando para receptar dictámenes inherentes a determinar su diversidad, en este caso de tipo psiquiátrica, neurológica, psicológica o sensorial, se requiere de su consentimiento; lo anterior, atento a los principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, adoptados por la Asamblea General de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991 en el que se establece:

Principio 4. Determinación de una enfermedad mental

1. La determinación de que una persona padece una enfermedad mental se formulará con arreglo a normas médicas aceptadas internacionalmente.

2. La determinación de una enfermedad mental no se efectuará nunca fundándose en la condición política, económica o social, en la afiliación a un grupo cultural, racial o religioso, o en cualquier otra razón que no se refiera directamente al estado de la salud mental.
3. Los conflictos familiares o profesionales o la falta de conformidad con los valores morales, sociales, culturales o políticos o con las creencias religiosas dominantes en la comunidad de una persona en ningún caso constituirán un factor determinante del diagnóstico de enfermedad mental.
4. El hecho de que un paciente tenga un historial de tratamientos o de hospitalización no bastará por sí solo para justificar en el presente o en el porvenir la determinación de una enfermedad mental.
5. Ninguna persona o autoridad clasificará a una persona como enferma mental o indicará de otro modo que padece una enfermedad mental salvo para fines directamente relacionados con la enfermedad mental o con las consecuencias de ésta.

Principio 5. Examen médico

Ninguna persona será forzada a someterse a examen médico con objeto de determinar si padece o no una enfermedad mental, a no ser que el examen se practique con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional.

7.3.7. Medidas cautelares para inimputables

7.3.7.1. Concepto

Institución procesal a través de la cual el órgano jurisdiccional podrá, a petición de parte, establecer la reducción de riesgos para el procedimiento, la víctima, la sociedad o para la propia persona, evitando así obstrucciones en el procedimiento y en la prueba al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo respecto de la imposición de una medida.

7.3.7.2. Naturaleza jurídica

Las medidas cautelares derivadas de un procedimiento de tipo ordinario, para cuyo cumplimiento se establecen ajustes razonables, independientemente de que sean derivadas de declaratoria de inimputabilidad, surgen como una necesidad de prevención especial positiva, en un modelo social de accesibilidad universal con un esquema de asistencia en la toma de decisiones.

7.3.7.3. Requisitos

Declaratoria de inimputabilidad previa, bajo los siguientes rubros:

- Necesidad de prevención especial positiva
- Modelo social de discapacidad con un esquema de asistencia en la toma de decisiones
- Ajustes razonables

Establecida la inimputabilidad:

- Deberá solicitarse por el agente del Ministerio Público, ofendido o víctima.
- La necesidad de la medida cautelar: Ya sea para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo o evitar la obstaculización del procedimiento.

El solo hecho de tener el carácter de inimputable no será razón suficiente para imponer medidas cautelares.

7.3.7.4. Oportunidad

El momento para promover las medidas cautelares para inimputables o solicitar la revisión de las impuestas, siendo considerado imputable, es posterior a la declaratoria de supuesto

de inimputabilidad, en los mismos términos y condiciones que para un sujeto imputable, debiendo considerarse los ajustes razonables al procedimiento.

7.3.7.5. Autoridad encargada de resolver

El juez de control o de enjuiciamiento.

7.3.7.6. Trámite y lineamientos para su ejecución

Como ya se ha mencionado, los momentos para su petición son diversos; sin embargo, habrán de considerarse las circunstancias al momento del debate en la solicitud de las medidas que se encuentran sujetas a ajustes razonables, acorde a la propia naturaleza de estas, que inciden en los lineamientos para su propia ejecución y que tendrán que ser abordados desde el momento de la solicitud y contradicción para resolver su procedencia.

7.3.7.7. Temporalidad

El tiempo que dure el procedimiento o se justifique la permanencia en las circunstancias de la imposición de tales medidas cautelares, en el entendido de que si se tratase del sometimiento al cuidado o vigilancia de una institución determinada o internamiento a institución determinada, al igual que en la prisión preventiva, no podrá exceder de dos años.

7.3.7.8. Accesoriedad o autonomía

Como toda medida cautelar es accesoria al propio procedimiento declarativo.

7.3.7.9. Control previo o posterior

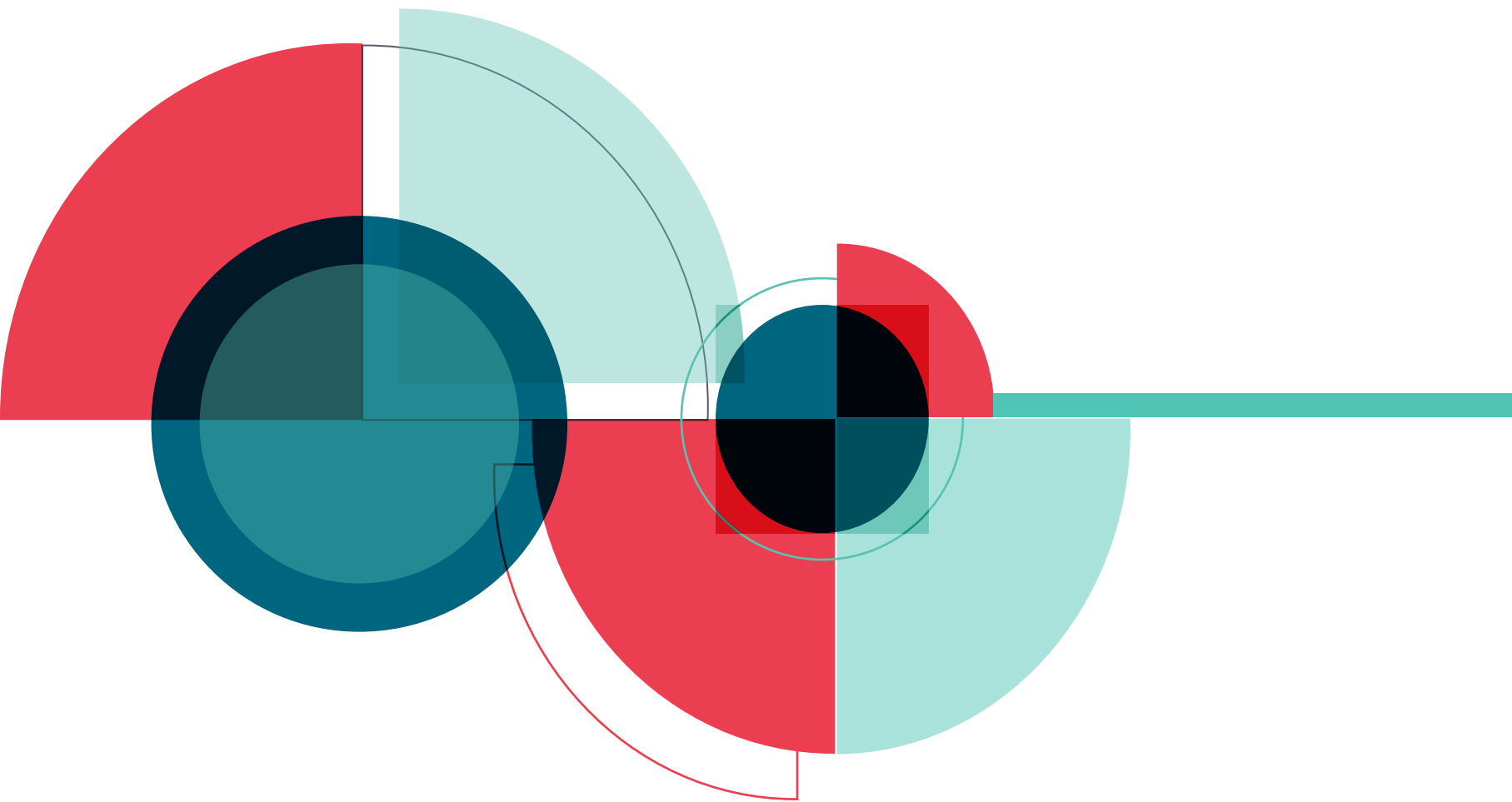
Se trata de instituciones procesales que son de control previo, íntimamente ligadas con el procedimiento declarativo con base en las necesidades de prevención especial positiva para inimputables, ajustes razonables, entendidos dentro de un modelo social de accesibilidad universal bajo un esquema de asistencia en la toma de decisiones.

7.3.7.10. Medio de impugnación

El recurso de apelación al tratarse de medidas cautelares.

7.3.7.11. En audiencia o trámite escrito

Es incuestionable que deben ser resueltas y debatidas en audiencia, dada la propia naturaleza de las medidas cautelares, pero sobre todo los propios ajustes razonables que deben ser instaurados en su concesión. Aunque para su revisión se puede promover por escrito la propia generación de la audiencia.



AUTORES

COORDINADOR

José Reyes Saldaña González

Doctor en Política Criminal, cuenta con diversas maestrías y certificaciones (en materia de sistema procesal acusatorio) en institucionales nacionales e internacionales. Ha sido ponente y profesor en múltiples instituciones públicas y privadas y capacitador en el Poder Judicial de la Ciudad de México.

AUTORES

Victoria Arreola Valdés

Licenciada en Derecho con Mención Honorífica por la FES Aragón.

Maestría en Derecho Procesal Penal y Juicios Orales. Doctoranda en Derecho Penal, ambos por el Centro de Estudios Superiores y Ciencias Jurídicas y Criminológicas. Trayectoria en el TSJCDMX: Secretaria de acuerdos, Proyectista de Sala, Juez 5°. Penal, Magistrada por Ministerio de Ley, Juez de Tribunal de Enjuiciamiento.

Christian Bernal Porras

Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), catedrático en las divisiones de Estudios Profesionales, así como de Posgrado, de la Facultad de Derecho de la misma institución. Actualmente es juez penal del Poder Judicial de la Ciudad de México en funciones de juez de enjuiciamiento.

Enrique Cedillo García

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, actualmente doctorando en Administración y Gobierno del Poder Judicial. Ha tomado diversos cursos y diplomados, así como capacitación nacional e internacional en materia penal. Posee una trayectoria de más de 37 años en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Actualmente es magistrado por ministerio de ley en materia penal del TSJCDMX.

Gilberto Cervantes Hernández

Maestro en Ciencias Jurídico Penales por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), actualmente se desempeña como juez de control.

Sandra Karimi Chanán Velarde

Maestra en Ciencias Penales, con especialización en Ciencia Jurídica Penal, por el INACIPE; ha cursado diplomados, cursos, actualizaciones y capacitaciones relativos a la función judicial, con especial énfasis en el sistema penal acusatorio, a nivel nacional e internacional. Cuenta con una trayectoria mayor a 21 años en el Poder Judicial de la Ciudad de México; actualmente es jueza vigésimo primera de control en materia penal.

Carlos Cuevas Ortiz

Maestro en Derecho Procesal Penal y profesor honorífico en la UNAM, donde imparte las cátedras en materia de Criminología y Derecho Procesal Penal. Actualmente se desempeña como juez de control del sistema acusatorio del TSJCDMX.

Daniel Espinosa Ramírez

Doctor en Derecho, actualmente se desempeña como juez de control.

Elizabeth Alejandra Flores Gaytán

Es licenciada en Derecho por la Facultad de Estudios Superiores Aragón de la UNAM, maestra en Ciencias Penales y doctora en Derecho; actualmente se desempeña como jueza de control en la Ciudad de México.

Joel de Jesús Garduño Venegas

Licenciado en Derecho, actualmente se desempeña como juez de control.

Enrique Juárez Saavedra

Licenciado en Derecho por la UNAM, maestro en Ciencias Jurídico Penales por el Instituto Nacional de Ciencias Jurídico Penales, maestro en Derecho Procesal Penal por el Centro de Estudios Jurídicos y Criminológicos, y doctor en Derecho Penal por la misma institución. Actualmente se desempeña como juez trigésimo séptimo de control, en el sistema acusatorio de la Ciudad de México.

Mauricio Lozoya Alonso

Licenciado en Derecho por la UNAM, maestro en Derechos Humanos y Democracia (FLAC-SO) y doctorando en Ciencias Penales. Cuenta con una especialidad en Administración de Justicia en Materia Penal y es docente certificado (SETEC). Actualmente es juez de control en materia penal.

María del Carmen Patricia Mora Brito

Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma Metropolitana, con especialidad en Derecho Penal y maestra en el Sistema Penal Acusatorio; cuenta con diversos cursos en el extranjero y una trayectoria de más de 20 años como jueza penal, actualmente es jueza de control en la Ciudad de México.

Ana Luisa Morales Brieño

Licenciada y maestra en Derecho por la UNAM, cuenta con diversos diplomados en instituciones nacionales, actualmente es jueza de control.

Víctor Elías Pacheco Patlán

Juez 82 del Sistema Procesal Penal Acusatorio; egresado tanto de Licenciatura como de Maestría: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. Algunos cursos relevantes en oralidad penal: Diplomado Los Juicios Orales en Materia Penal. Impartido por el Instituto Nacional de Desarrollo Jurídico. Diplomado en Sistema Penal Acusatorio y Derechos Humanos. Impartido por la Facultad de Derecho de la UNAM. Validado por SETEC. Taller de Litigación del Diplomado en Sistema Penal Acusatorio y Derechos Humanos. Facultad de Derecho de la UNAM; Fundación Escuela Nacional de Jurisprudencia A. C., y National Law Center for Inter – America Free Trade. Con Certificación Docente por la SETEC. Obra editorial: *Código de Procedimientos Penales. Comentado por impartidores de Justicia del Distrito Federal*. Segunda edición. Ed. Porrúa. *El procedimiento cautelar en el Código Nacional de Procedimientos Penales*.

Pablo Picazo Fosado

Licenciado y maestro (con mención honorífica) en Derecho por la UNAM, maestro con calificación sobresaliente por la Universidad Complutense de Madrid. Ha tomado tres cursos para juzgadores impartidos por la Oficina Internacional para el Desarrollo, Asistencia y Capacitación del Departamento de Justicia de Estados Unidos, a través del “Judicial Studies Institute” en San Juan, Puerto Rico. Tiene una trayectoria de más de 26 años en el Poder Judicial de la Ciudad de México y actualmente es juez de Tribunal de Enjuiciamiento.

Jesús Reyes Hernández

Licenciado en Derecho, maestro en Ciencias Jurídico Penales, así como en Juicios Orales, doctor en Ciencias Penales y doctorado en Derecho Constitucional. Es docente certificado en temas del “Sistema de Justicia Penal Acusatorio” por la SETEC. Posee una certificación en Justicia para Adolescentes (IJFEJPJF). Actualmente es juez décimo segundo del tribunal de enjuiciamiento del sistema procesal penal acusatorio de la Ciudad de México.

Martín Gerardo Ríos Castro

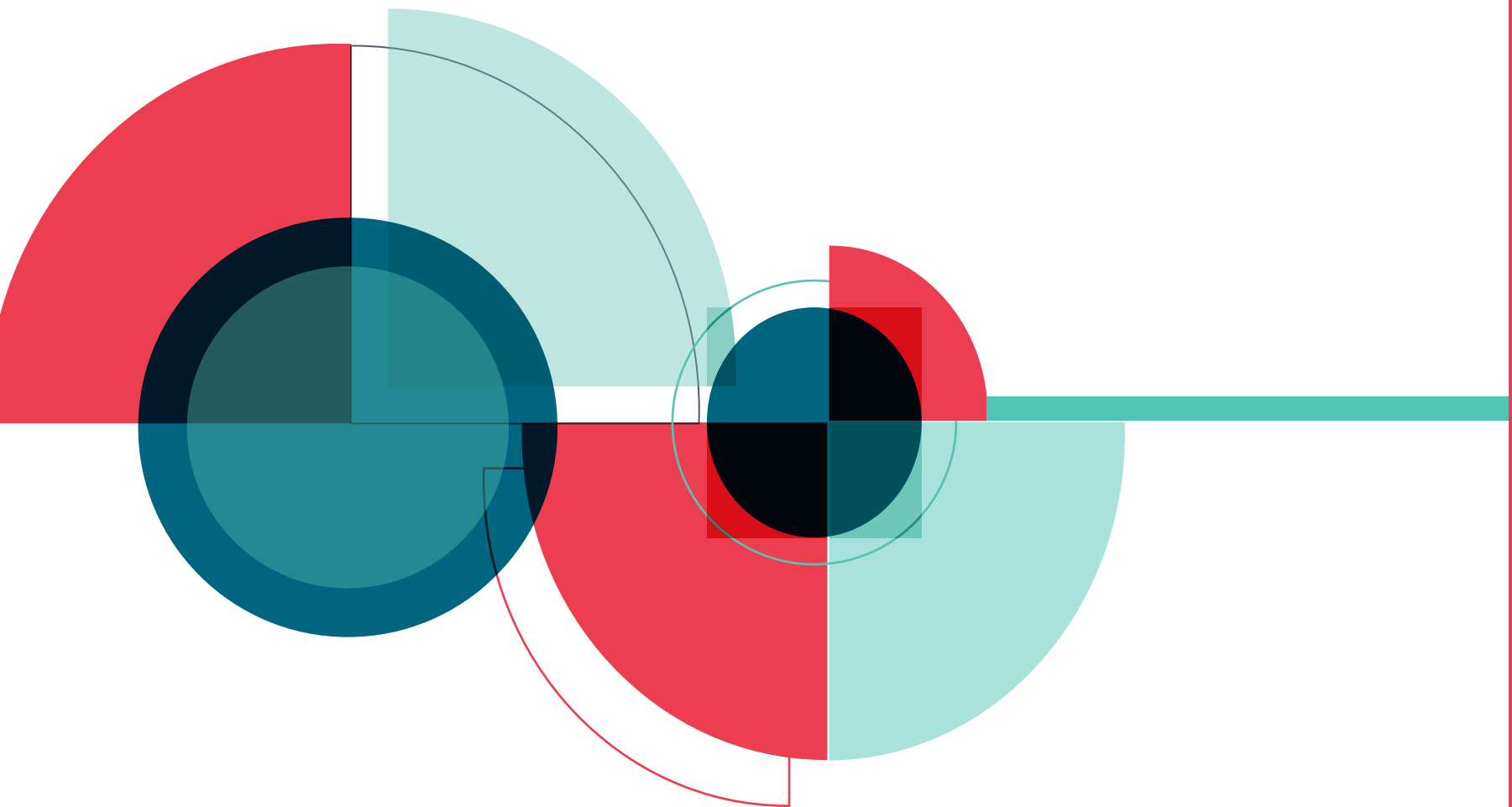
Licenciado en Derecho, docente y conferencista en diversos centros universitarios, así como en el Instituto de Estudios Judiciales; autor de diversos artículos de la *Revista El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México* y comentarista del Código Nacional de Procedimientos Penales. Actualmente se desempeña como juez de Tribunal de Enjuiciamiento.

Luis Alberto Rocha Priego

Licenciado y maestro en Derecho por la UNAM. Cuenta con la especialidad en Administración de Justicia en Materia Penal, por el Instituto de Estudios Judiciales del TSJCDMX. Ha participado en diferentes conferencias y foros, en el TSJCDMX y múltiples entidades públicas de procuración e impartición de justicia. Ha escrito para la *Revista El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México*, así como para la revista digital del Poder Judicial *Nova Iustitia*. Ha ocupado diversos cargos judiciales en el TSJCDMX como secretario proyectista y secretario de acuerdos, en diversos juzgados en materia penal, juez en materia penal en el sistema mixto-escrito, y actualmente ocupa el cargo de juez del sistema procesal penal acusatorio de la Ciudad de México, en funciones de juez de enjuiciamiento.

María Cristina Torres Sánchez

Licenciada en Derecho por la UNAM, cuenta con diversos cursos y diplomados tanto nacionales como internacionales, así como con una amplia trayectoria en el Poder Judicial de la Ciudad de México; actualmente es jueza de control.



FUENTES CONSULTADAS

FUENTES CONSULTADAS

- AGUADO LÓPEZ, *Estudios penales y criminológicos XXI*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2000.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANTOLISEI, FRANCESCO, *Manual de derecho penal parte general*, Temis, 1988.
- ARANGUENA FANEGO, CORAL, *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, Lex Nova, 2005.
- ATIENZA, MANUEL, *El sentido del derecho*, 3ª imp., Madrid, Ariel, 2013.
- _____, y FERRAJOLI, LUIGI, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios constitucionales del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- BARDALES LAZCANO, ERIKA, *Guía para el estudio del sistema acusatorio en México*, México, MaGister, 2012.
- BAUMAN, JURGEN, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, De Palma, 1966.
- BAYTELMAN A., ANDRÉS y DUCE J., MAURICIO, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, México, Fondo de Cultura Económica, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009.
- BEDOYA SIERRA, LUIS FERNANDO, *La prueba en el proceso penal colombiano*, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2008.
- BENAVENTE CHORRES, HESBERT, *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2012.
- _____, “La prueba documentada en el nuevo sistema de justicia penal mexicano”, *Revista Ius et Praxis*, año 16, núm. 1, 2010.

- _____, *Código Procesal Penal del Estado de Zacatecas, comentado*, México, Flores Editores, 2011.
- _____, e HIDALGO MURILLO, JOSÉ DANIEL, *Código Nacional de Procedimientos Penales, comentado*, México, Editorial Flores, 2014.
- CALAMANDREI, PIERO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, EJE, 1986.
- CAMACHO BRINDIS, MARÍA CRUZ, "Las medidas de seguridad para inimputables permanentes en la legislación penal mexicana", disponible en <http://azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/21/23-13.pdf>
- CARBONELL, MIGUEL, *Los derechos fundamentales en México*, 3ª ed., México, Porrúa, 2009.
- _____, *Los juicios orales en México*, México, Porrúa, 2010.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Uthea, 1944.
- CAROCCA PÉREZ, ALEX, *Manual el nuevo sistema procesal penal*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005.
- CARPISO, JORGE, *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función investigadora de la Suprema Corte*, México, Porrúa, 2005.
- CHACÓN CHINCHILLA, CINTHIA, *El imputado como objeto de prueba, constitucionalidad del uso de la fuerza en las intervenciones corporales como medio para obtener prueba*, tesis para obtener grado de licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2013.
- CHACÓN ROJAS, OSWALDO y NATAREN NANDAYAPA, CARLOS FAUSTINO, *Medidas cautelares en el procedimiento penal acusatorio*, México, Secretaría de Gobernación.
- CHAHUAN SARRÁS, SABAS, *Manual del nuevo procedimiento penal*, 6ª ed., Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing, 2009.
- CISTERNA PINO, ADOLFO, *La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2004.
- CONSTANTINO RIVERA, CAMILO, *Economía procesal*, 3ª. ed., México, MaGister, 2010.
- _____, "El proceso cautelar en el proceso penal acusatorio mexicano", *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 24, 2009, pp. 254-277.
- _____, y CRUZ MEDINA, KARLA MIRELLA, *Medidas cautelares en el sistema acusatorio*, México, MaGister, 2012.

- DÍAZ ARANDA, ENRIQUE, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito*, México, Stral, 2008.
- DÍAZ, ELÍAS, "Estado de derecho y legitimidad democrática", en CARBONELL, MIGUEL et al. (comps.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002.
- DUCE J., MAURICIO, *La prueba pericial*, 2a ed., Buenos Aires, Didot, 2013.
- EMBRIS VÁSQUEZ, JOSÉ LUIS, *Medidas cautelares, su transición al sistema acusatorio adversarial y oral en México*, México, Porrúa, 2011.
- ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS y LEIVA GARCÍA, CARLA, *Digesto de jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos*, enero de 1984-febrero de 2012, Santiago de Chile, Editorial Abeledo Perrot, 2012.
- FERNÁNDEZ LEÓN, WHANDA, *Procedimiento penal acusatorio y oral*, Bogotá, Ediciones del Profesional, 2008.
- FERRAJOLI LUIGI, *Democracia y garantismo*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2010.
- _____, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- _____, *Derechos y garantías la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1995.
- GÁLVEZ VILLEGAS, TOMÁS ALADINO y GUERRERO LÓPEZ, SUSANA IVONNE, *Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal*, Lima, Juristas Editores, 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *La reforma penal constitucional*, México, Porrúa, 2009.
- _____, *La imputabilidad en el derecho penal mexicano. Introducción y análisis comparativo*.
- _____, *Las reformas penal constitucional 2007 y 2008; democracia o autoritarismo*, México, Porrúa.
- _____, *El debido proceso*, México, Porrúa, 2012.
- GIL HERNÁNDEZ, ÁNGEL, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Disponible en http://books.google.com.bo/books/about/intervenciones_corporales_y_derechos_fun.html?id=c_rnaqaacaaj.
- GIMENO SENDRA, VICENTE, *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2004.
- _____, et al., *Los procesos penales*, Barcelona, Bosch, 2000.

- GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Barcelona, Bosch.
- GÓMEZ JARA, MARIANO, *Consultas en psiquiatría legal*, Barcelona, Alteller Libros, 2009.
- GONZÁLEZ NAVARRO, ANTONIO LUIS, *La prueba en el sistema penal acusatorio*, Bogotá, Leyer, 2011.
- _____, *Los actos de investigación y de prueba en el proceso penal acusatorio*, Bogotá, Leyer, 2009.
- GONZÁLEZ OBREGÓN, DIANA CRISTAL, *Manual práctico del juicio oral*, 3ª ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2014.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, JOSÉ ARTURO, *Derecho penal mexicano. Parte general y partes especial*, México, Porrúa, 1997.
- “Health Care Reform for Americans with Severe Mental Illnesses. Report of de National Advisory Mental Health Council”, *American Journal of Psychiatry*, núm. 150, 10 de octubre de 1993.
- HERRERÍAS CUEVAS, IGNACIO F. y DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, MARCOS, *El control de constitucionalidad y convencionalidad*, México, Ubijus, 2012.
- HIDALGO MURILLO, JOSÉ DANIEL, *La etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio Mexicano*, México, Porrúa, Universidad Panamericana, 2011.
- HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación, t. 1, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- HOYOS SANCHO, MONSERRAT DE, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género, aspectos procesales civiles penales y laborales*, Lex Nova, 2009.
- “La guía derecho, prueba preconstituida”. Disponible en <http://derecho.laguia2000.com/derecho-procesal/prueba-preconstituida#ixzz3qdcmw9fg>.
- MARTÍN OSTOS, JOSÉ, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, México, Suprema Corte de la Nación, libro electrónico.
- MAC-GREGOR FERRER, EDUARDO, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>.

- MEDINA QUIROGA, CECILIA, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005.
- MORAL MORO, MARÍA JOSÉ, *“Las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la ley integral contra la violencia de género”*, Valladolid, Universidad de Valladolid.
- MORENO CATENA, VÍCTOR, *Manuales, Derecho Procesal Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- MORENO CRUZ, EVERARDO, *El nuevo proceso penal mexicano. Lineamientos generales*, México, Porrúa, 2010.
- MORENO VARGAS, MAURICIO, *Nuevo sistema de justicia penal para el Estado de México*, México, Porrúa, 2010.
- NASH ROJAS, CLAUDIO, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, Fontamara, 2010.
- _____ y NÚÑEZ DONALD, CONSTANZA, *Derechos Humanos y proceso penal: estándares de la jurisprudencia interamericana*, México, Ubijus, 2016.
- NÚÑEZ DE ARCO, JORGE, “Imputabilidad en las enfermedades mentales”, en *El informe pericial en psiquiatría forense*, Sucre, Universidad San Francisco, 2007.
- NÚÑEZ VASQUEZ, J. CRISTÓBAL, *Tratado del proceso penal y del juicio oral*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- OVIEDO PINTO, MARÍA LEONOR, “Evolución del concepto de la inimputabilidad en Colombia”, *Revista VIA IURIS*, núm. 6, enero-junio de 2009, pp. 54-70.
- PEREIRA, DANIEL IGNACIO, “El problema de la representatividad de las muestras en la investigación fonética experimental”, *Estudios de fonética experimental*, núm. XX, 2011, pp. 57-69. Disponible en <http://stel.ub.edu/labfon/sites/default/files/XX-07-DIPereira.pdf>
- PIERA I PELLICER, JOSEP ALFRE, “Radiología forense”. Disponible en: tecnicaradiologica-ecp.jimdo.com/app/download/4845677662.
- PINTO, MÓNICA, *El Principio pro homine, criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos en la aplicación de los Tratados de derechos humanos por los Tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto.

- PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, "Medidas de aseguramiento y reforma penal, una perspectiva desde los derechos humanos", *Relatoría de los derechos de las personas privadas de la libertad, en las Américas*, Comisión Interamericana de derechos humanos, Organización de los Estados Americanos. Disponible en www.juridicas.unam.mx
- POSADA GARCÍA, LUCIANO WALTER, *Manual básico de investigación criminal*. Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos32/investigacion-criminal/investigacion-criminal2.shtml#identifgen#ixzz3SA8LFKO9>
- "Práctica 1. Cadena de custodia y manejo de muestras en el laboratorio de química legal". Disponible en <http://qlegal.files.wordpress.com/2011/02/prc3a1ctica.1pdf>
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
- PUJADAS TORTOSA, VIRGINIA, *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*, tesis doctoral, Universidad de Girona, 2007.
- QUINTERO, BEATRIZ y PRIETO, EUGENIO, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 1998.
- QUINTERO, MARÍA ELOÍSA et al., *Nuevo sistema de justicia penal para el Estado de México*, México, Porrúa, 2011.
- ROCCO, UGO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Temis-De Palma, 1981.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho penal parte general*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1997.
- _____, "La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán", *Revista Penal*, Valencia, Universidad de Salamanca, Tirant lo Blanch, núm. 6, 2000, pp. 115-126. Disponible en https://www.google.com.mx/search?client=safari&rls=en&q=La+Protección+de+la+Persona+en+el+Derecho+Procesal+Alemán&ie=UTF-8&oe=UTF-8&gfe_rd=cr&ei=x3gHVZ6l-HKOR8QfeulGYBg
- SABAS CHAHUÁN, SARRÁS, *Manual del nuevo procedimiento penal*, 2ª ed., Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005.
- SAGÜES, NÉSTOR PEDRO, *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

- SALAS, AZUL M., "Papiloscoopia". Disponible en: identificadoresargentinos.blogspot.mx.
- SALAZAR UGARTE, PEDRO, *La democracia constitucional*, 3ª reimp., México, Fondo de Cultura Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- SALDAÑA, JAVIER, *Derechos del enfermo mental*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- SANTIRSO RUIZ, MARINO, *Legislación sobre salud mental y derechos humanos*, Asturias, Editores Médicos, 2003.
- SAPAG, MARIANO A., *El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite al poder del Estado: un estudio comparado*, Universidad de la Sabana, 2008.
- SOTOMAYOR GARZA, JESÚS G., *Introducción al estudio del juicio oral*, México, Porrúa, 2013.
- SUMMERS, ROBERT, *La naturaleza formal del derecho*, traducción de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2001.
- TORRES, NEUQUÉN, *Guía de estudio de procesal penal*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2008.
- "El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 10, año 2008.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, 2008.
- VÁZQUEZ, RODOLFO, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, México, Trotta, 2016.
- VEGAS TORRES, JAIME, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, La Ley, 1993.
- VENEGAS VILLA, PIEDAD LUCÍA, *Las audiencias preliminares en el sistema penal acusatorio*, Medellín, Fiscalía General de la Nación, 2007.
- VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho Procesal Penal*, Córdoba, Ediciones Lerner, 1986.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Tratado de derecho penal parte general*, Buenos Aires, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1997.

LEGISGRAFÍA

Acuerdo por el que se aprueba el programa nacional para prevenir y eliminar la discriminación 2012, como un programa institucional, con el objeto de establecer las bases de una política pública orientada a prevenir y eliminar la discriminación, publicado en el diario oficial de la federación el 16 de abril de 2012.

Anteproyecto de dictamen de las comisiones unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales. Sobre los derechos de las personas con discapacidad y protocolo facultativo, México, Senado de la Republica LXII legislatura, Organización de Naciones Unidas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos. Disponible en www.ub.edu/rceve/archivos/unesco_datos_gen.pdf

Código Nacional de Procedimientos Penales correlacionado, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2014.

Compendio de documentos elaborados por la Comisión para el Bienestar del Enfermo Mental, junio 1992-junio 1993, México, Secretaría de Salud, 1993.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Europea de Derechos Humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Derechos humanos de los pacientes psiquiátricos, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995.

Carta de derechos humanos para personas que padecen una enfermedad mental y que están hospitalizadas, México, Fundación Mexicana para la Rehabilitación del Enfermo Mental IAP, 1991.

- Compendio normativo del Comité Consultivo Nacional de Normalización de Servicios de Salud, México, Subsecretaría de Servicios de Salud, 1994.
- “Ley Federal para la Protección a las Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal”, *Diario Oficial de la Federación*, México, 8 de junio de 2012. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPIPP_120315.pdf
- “Ley Federal sobre Metrología y Normalización”, *Diario Oficial de la Federación*, México, 1 de julio de 1992.
- Ley General de Salud, 3ª ed., México, Secretaría de Salud, 1993.
- “Norma técnica 196 para la prestación de servicios de atención médica psiquiátrica en hospitales generales y de especialidad”, *Diario Oficial de la Federación*, México, 21 de agosto de 1987.
- “Norma Técnica 144 para la prestación de servicios de atención médica en hospitales psiquiátricos”, *Diario Oficial de la Federación*, México, 6 de julio de 1987.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Principios para la protección de las personas que padecen enfermedades mentales y para el mejoramiento de la atención a la salud, Ginebra, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 1991.
- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en los casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, 2ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.
- “Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica”, *Diario Oficial de la Federación*, México, 14 de mayo de 1986.
- “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.
- Trastornos mentales y del comportamiento, clasificación internacional de enfermedades CIE-10, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1992.

*El procedimiento cautelar
en el Código Nacional de Procedimientos Penales*

Edición: **Patricia Leal Laris;**
diseño y formación: **Talia Sofía Soto Lemus;**
asistencia editorial: **Karina Castañeda Barrera,**
Karen Yemeni Sánchez Gallegos
y Citlalli Coral Sotelo Estrada.