

2022 AGO 23 PM 2:15

MEMORIAL DE AMICUS CURIAE

CONSTITUCIÓN JUDICIAL
Y GOBIERNO FEDERAL

Presentado por:

“Barra Mexicana, Colegio de Abogados”, A.C.

**ANÁLISIS SOBRE LA CONVENCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 167 DEL
CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES: UN ESTUDIO
SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN MÉXICO.**

Amparo en revisión: 355/2021

Quejosos: Brandon Alexis Flores Ramírez y otro (Recurrentes)

Ministra Ponente: Norma Lucía Piña Hernández

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ciudad de México, a 22 de agosto de 2022

“Barra Mexicana, Colegio de Abogados”, A.C. presenta escrito de *Amicus Curiae* sobre el análisis de convencionalidad respecto a la prisión preventiva oficiosa prevista en el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, concretamente, un estudio sobre la interpretación del artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales bajo esa luz, siendo esta la norma general que se erige como acto reclamado en el caso a estudio.

I. Introducción.

I.1. Naturaleza del Amicus Curiae.

La institución conocida como *amicus curiae*, proviene de una expresión latina que ha sido traducida en el ámbito jurídico como “amigos de la Corte”.

Es una figura cuyo origen se remonta al Derecho romano y que ha sido ampliamente desarrollada por la tradición jurídica anglosajona. Ésta permite a terceros ajenos a una controversia judicial con interés particular en la resolución del litigio, presentar memoriales o documentos para ofrecer consideraciones de derecho al Tribunal del conocimiento, con el objeto de contribuir a la resolución de la controversia.

Adoptada en la práctica de los tribunales internacionales –particularmente en materia de derechos humanos–, e incluida de manera progresiva en tribunales nacionales como la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), es una herramienta procesal novedosa que ha permitido el acercamiento de la ciudadanía con los impartidores de justicia.

Su consolidación ha contribuido al enriquecimiento de las sentencias al ampliar el espacio de deliberación y a su democratización a partir de la intervención activa de diversos sectores sociales. La sociedad civil mexicana, de manera paulatina, ha mostrado un interés creciente en participar como *amicus curiae*.

I.2. Interés en el Amicus Curiae.

La “Barra Mexicana, Colegio de Abogados”, A.C. (BMA) se fundó en el año de 1922, teniendo actualmente sus oficinas en la calle de Varsovia número 1, en la Colonia Juárez, Alcaldía Cuauhtémoc, Código Postal 06500, en la Ciudad de México. Tiene como objeto y fin, entre otros, “*Fomentar en sus asociados y en la sociedad el espíritu de equidad, de justicia y de lucha por la plena realización de la seguridad, la justicia y la defensa de todos los principios del derecho*”, así

como “*Pugnar por el mejoramiento de la administración de justicia y la correcta aplicación del derecho*”¹.

Lo anterior, en concordancia con el artículo 50, inciso h) de la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las Profesiones en la Ciudad de México, que prevé que los Colegios de Profesionistas tendrán como propósito, entre otros, prestar la más amplia colaboración al Poder Público como cuerpos consultores.

Bajo ese mismo espíritu, la BMA emitió el “Reglamento para la Participación del Colegio en Procedimientos y para la Emisión de Posicionamientos”², cuyo objeto regular los procesos internos del Colegio, en esta materia cuando, a criterio discrecional del Consejo Directivo, se sostenga una posición o un argumento o se discuta un aspecto de interés general que sean consistentes con los fines del Colegio.

En ese sentido, al ser la prisión preventiva una institución que restringe de manera palpable el derecho a la libertad personal de toda persona sujeta a un proceso, *vis a vis* la presunción de inocencia, cualquier pronunciamiento que se haga sobre la misma es de interés general para sostener la seguridad, justicia y los principios del derecho, lo que claramente comprende los derechos humanos que deben respetarse de manera universal y permite brindar mayores elementos para una resolución nutrida que redunde en el mejoramiento de la administración de justicia y la correcta aplicación del derecho.

Siguiendo el Reglamento referido, la presente no se referirá a los hechos controvertidos ni a los argumentos de las partes, sino sobre el fondo del asunto, concretamente sobre la convencionalidad de la prisión preventiva oficiosa y del artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

En atención a lo dispuesto por los artículos 20 y 21 de dicho Reglamento, se informa que en el presente participaron Claudia Elena De Buen Unna (Presidenta de la BMA), Víctor Olea Peláez

¹ Artículo 2, fracciones I y II de los Estatutos de la “Barra Mexicana, Colegio de Abogados”, A.C., visibles en: <http://www.bma.org.mx/assets/estatutos-completos-bma-con-la-reforma-2017-122.pdf>

² Que puede ser consultado en: <http://www.bma.org.mx/assets/reglamento-participacion-del-colegio-en-procedimientos-y-para-la-emision-de-posicionamientos2.pdf>

(Vicepresidente de la BMA), Ilan Katz Mayo (Coordinador de la Comisión de Derecho Penal de la BMA), Luis Madrigal Pereira (expresidente de la BMA) y José Luis Nassar Daw (miembro de la BMA); así como que (i) ninguno de los abogados, asesores o representantes de las partes involucradas participó en la elaboración del documento, ni aportó cantidad o remuneración alguna a dicho fin; y (ii) ninguna de las personas que participó en su elaboración participa en forma alguna en el caso correspondiente.

I.3. Alcance del Amicus Curiae

La presente se centra en analizar la regulación constitucional de la prisión preventiva, sus formas de imposición, de cara a los derechos a la libertad personal y la presunción de inocencia; pasando por el reconocimiento de estos derechos en Tratados Internacionales de los que forma parte el Estado Mexicano y precedentes relevantes de organismos internacionales en materia de Derechos Humanos; para hacer un análisis bajo ese cristal sobre el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales y emitir las conclusiones correspondientes.

Ello, en el contexto del amparo en revisión 355/2021 que fue turnado a la ponencia de la Ministra Norma Lucía Piña Hernández y que se encuentra listado por primera vez para ser discutido en la sesión del próximo 24 de agosto de 2022, de la Primera Sala de la SCJN.

II. Cuestión de fondo.

II.1. Regulación de la Prisión Preventiva a nivel constitucional.

Al margen de su regulación previa en el sistema tradicional, la reforma constitucional de 2008 en materia de justicia hizo cambios profundos en la regulación de la Prisión Preventiva, buscando establecer un sistema de corte acusatorio y adversarial, en que se privilegiase la presunción de inocencia y el debido proceso. Sobre la prisión preventiva se dispuso lo siguiente:

“Artículo 19...

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de 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 los 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.

”

Así, en primer lugar, dicho cambio normativo implicó reconocer a la prisión preventiva como una verdadera medida cautelar que, por su naturaleza, atiende fines accesorios y no es una pena en sí misma. A mayor abundamiento, se estableció que la misma sólo debería ser solicitada por Ministerio Público cuando otras medidas cautelares fuesen insuficientes para garantizar los fines procesales ahí indicados.

La disposición constitucional en cita privilegia el derecho a la libertad personal de toda persona sujeta a un proceso, garantizando su presunción de inocencia, al condicionar el uso de la prisión preventiva a la satisfacción de ciertos requisitos, a saber: (i) que exista una solicitud ministerial, (ii) que la misma se justifique en datos objetivos para demostrar que otras medidas cautelares no garantizan la presencia del imputado en el proceso, el correcto desarrollo de la investigación o la seguridad de la víctima, los testigos o la comunidad y (iii) que fuera impuesta por la autoridad judicial, previo debate entre las partes³.

Sin embargo, la segunda parte del párrafo segundo del artículo 19 de la Ley Fundamental prevé otra forma de imposición de esta medida, que se llama en la ley prisión preventiva oficiosa (expresión surgida en la práctica forense). Dicha figura prescinde de los principios de

³ Ello, con la salvedad de la prisión preventiva cuando la persona imputada esté sujeta a diverso procedimiento penal o haya sido condenada previamente por delito doloso, que atiende necesariamente a criterios de peligrosidad y reincidencia de la persona, los cuales también se consideran problemáticos, pero no se abordarán por exceder el alcance de este estudio.

accesoriedad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, obligando al Juez a ordenar la prisión preventiva por el único hecho de que exista evidencia de la probable comisión de un hecho que la ley señala como delito por parte del imputado, en tratándose de ciertos delitos considerados como graves por el constituyente permanente.

Esta disposición deja claros sus tintes preventivo-generales y de política criminal, en tanto el constituyente dejó claro que, ante la sospecha de hechos con apariencia de un delito de alto impacto (por la afectación individual o social que entraña), sería necesario dejar privada de su libertad a la o las personas que fueran imputadas por tales acontecimientos.

De manera que, en vez de obligar a los órganos del estado encargados de la persecución penal (Fiscalías y Procuradurías) a investigar y aportar datos concretos y objetivos que establezcan riesgos procesales reales, optó por prejuzgar en qué casos la libertad de la persona imputada será –en sí misma– un riesgo tan grande para los fines del proceso, solo considerando el tipo de delito, que deberá negársele la libertad durante el procedimiento.

Esta disposición pretendió justificarse con la situación que imperaba bajo el sistema tradicional, ya que si bien el texto anterior de la Constitución buscaba que la prisión preventiva fuera una excepción, al dejar a los Congresos Estatales la definición de qué delitos eran graves para el efecto de negar el derecho a caución, produjo abusos de las autoridades locales, que catalogaban la mayor parte de los delitos como graves, generando que el encarcelamiento durante el proceso fuera la regla general. Así, en el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia se aprecia lo siguiente:

“...Prisión preventiva y delitos graves...”

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

El propio artículo 19 constitucional establece la posibilidad de que los ordenamientos procesales de las entidades federativas y de la Federación, incorporen una excepción al diseño normativo de las medidas cautelares y de la prisión preventiva recién explicado. Se prevé que el juez aplique prisión preventiva para los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios especialmente violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, si el Ministerio Público logra acreditar, en audiencia, las condiciones exigidas para vincular a proceso por esos delitos...⁴

Esta regulación entraña diversas complejidades, por lo que, para su análisis, se precisa establecer los presupuestos y principios que rigen a las medidas cautelares, así como el alcance de la presunción de inocencia y la tensión que puede generarse entre prisión preventiva, derecho a la libertad y presunción de inocencia.

a) Presupuestos y principios de las medidas cautelares.

En la doctrina civilista se reconoce que el fundamento de toda medida cautelar es la apariencia del buen derecho (*fumus bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*). En materia penal, diversos tratadistas han trasladado estos conceptos como *fumus commissi delicti*, que no es otra cosa que la concurrencia de un hecho que revista caracteres de delito sancionado con pena de prisión; y *periculum libertatis*, que se refiere al peligro marginal derivado del necesario transcurso del tiempo que debe mediar hasta la sentencia y puede frustrar su efectividad, el cual se concreta en peligros específicos que se pretenden atajar con la medida, tales como el riesgo de fuga, riesgo de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba o el riesgo de que el imputado pueda actuar contra la víctima; siendo esos los únicos fines legítimos del proceso que justifican la medida⁵.

En el mismo sentido, toda medida cautelar debe regirse por diversos principios. Comenzando por su excepcionalidad, en tanto la regla general debe ser la libertad de la persona durante el proceso; la jurisdiccionalidad, conforme a la cual sólo puede ser impuesta por autoridad judicial; la

⁴ Gaceta del Senado, jueves 13 de diciembre de 2007, Gaceta LX/2PPO-176/15051, disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/15051.

⁵ Al respecto ARANGÜENA FANEGO, Coral, “La Prisión Provisional y la Incomunicación”, España, 2016, en “Nociones preliminares de Derecho Procesal Penal”, Atelier, Jordi Nieva Fenoll/Llorenç Bujosa Vadell (coordinadores).

accesoriedad, que dicta que la medida sea tan solo un medio y no un fin en si misma (como pena anticipada); la provisionalidad, pues la medida sólo puede durar lo mismo que el proceso; la legalidad, referente a que sólo se impondrán las medidas previstas expresamente en ley; la idoneidad, que ordena que la medida sólo debe imponerse en cuanto es útil para lograr evitar el riesgo procesal correspondiente; la necesidad, relativa a que se imponga únicamente ante la deficiencia de otras medidas (o, inclusive, de la libertad plena del imputado) para prevenir el peligro; y la proporcionalidad, con la que se exige que el grado de satisfacción de los fines procesales sea mayor a la afectación a los derechos.

Coronándose con el principio de mínima intervención, que es común tanto al Derecho Penal sustantivo como adjetivo y que implica la directriz de cierre, conforme a la cual se debe optar siempre por la medida que afecte en menor medida los derechos del sujeto pasivo (ya de la pena, ya del proceso).

b) Derecho a la libertad y presunción de inocencia.

Después de la vida, el derecho más fundamental es la libertad personal. Aquella que permite a toda persona estar dentro del territorio nacional a sabiendas que no va a ser molestada sin fundamento ni motivo, y así se le protege de cualquier detención o internamiento preventivo o privativo antes de una sentencia.

Dado que el Derecho Penal se erige como la última razón del ordenamiento jurídico, es decir, la violencia institucionalizada que se reserva en exclusiva a los poderes públicos del Estado para limitar esta libertad en virtud de una pena (y, excepcionalmente, del proceso), se parte de la presunción de inocencia.

Como elocuentemente lo puso nuestro constituyente permanente, toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa (Artículo 20, B, fracción I constitucional), cuando antes esta presunción era una disposición no escrita, que se infería del contexto de la Constitución.

La propia SCJN ha emitido diversos precedentes en la materia, distinguiendo las diferentes vertientes que tiene esta presunción de inocencia. Particular importancia para el presente tiene la presunción de inocencia como regla de trato procesal, que se refiere al “*derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria*” y que “*ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena*”⁶.

c) Tensión entre prisión preventiva, derecho a la libertad y presunción de inocencia.

Tanto tratadistas como tribunales extranjeros han sido consistentes en señalar que siempre existe una tensión entre el interés del imputado en su libertad y el interés estatal en la persecución penal⁷. Para efectos del presente estudio, resalta la tensión entre la medida cautelar de prisión preventiva, frente a la libertad del imputado y la presunción de inocencia.

Encarcelar a alguien sin haber sido juzgado ni sentenciado encuentra su *ratio* en el interés general de la sociedad de que los delitos se persigan y castiguen, garantizando que, durante el proceso, el imputado no pueda entorpecer la investigación ni afectar a los involucrados o a la comunidad misma.

Sin embargo, por más noble que parezca este interés público, ello no es excusa para menoscabar injustificadamente los derechos de estas personas imputadas. Por una parte, el encarcelamiento provisional genera una afectación irreparable a la libertad, pues toda persona que resulte absuelta o exenta de responsabilidad penal no podrá recuperar el tiempo perdido durante su prisión, con las correspondientes afectaciones a su vida privada, familiar, laboral, su patrimonio, etc.; sin que exista un criterio homogéneo sobre la responsabilidad patrimonial del estado por error judicial, lo que de todas formas no restituye a la persona a la situación anterior.

⁶ Como se advierte en la Jurisprudencia 1a./J. 24/2014 (10a.) de esta Primera Sala de la SCJN, visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, abril de 2014, tomo I, página 497, con registro digital 2006092.

⁷ Al respecto, se recomienda LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, “Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988”, Costa Rica, 2009, en Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, N° 1, 2009.

Pero, además, dado que una condición de la prisión preventiva es que el delito sea penado con cárcel, tanto la medida cautelar como la pena misma consistirán en idéntica situación: que la persona imputada se encuentre privada de su libertad. Esta coincidencia material es lo que lleva a algunos a argumentar la incompatibilidad de la prisión preventiva con la presunción de inocencia, pues dicho diáfano, se encarcela provisionalmente a la persona en lo que es juzgada y sentenciada para ver si lo encarcelan tras demostrar el delito y su responsabilidad⁸.

Así, puede argumentarse que al imputado no se le está dando un trato de inocente, sino que se le está privando de su libertad, tal como sucedería si se le condena por la autoridad judicial.

Empero, en la presente no se plantea una incompatibilidad total entre prisión preventiva y presunción de inocencia, sino que esta medida cautelar será válida si cumple con sus presupuestos y siempre sujeta a los principios que la rigen, como se verá en los precedentes internacionales sobre el particular.

II.2. Tratados Internacionales y criterios internacionales sobre la prisión preventiva.

En el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe que “*nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado*”. El artículo 7.3 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos dispone que “*nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario*” y el artículo 8.2 de la misma Convención, establece que “*toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*”.

Por su parte, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que “*nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias*” y que “*nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta*”; y su artículo 9.3 dispone que “*la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a*

⁸ Ibid.

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”.

Bajo esta base normativa, se plantea la pregunta *¿cuándo es arbitraria la detención o prisión de una persona?* Al respecto, se acota que el presente estudio no abarca las detenciones fuera de procedimiento, sino que, como lo indica su nombre, versa exclusivamente sobre la prisión preventiva.

En el caso *López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) ha establecido que la prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática y que constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal⁹.

Por su parte, en el caso *J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013*, en su numeral 158, señaló que para que una medida privativa de libertad se encuentre en concordancia con las garantías consagradas en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Convención), su aplicación debe conllevar un carácter excepcional y respetar el principio de presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática, siendo que 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 Convención¹⁰.

Dicha situación se corrobora también en el caso *Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019*, numeral 202, en donde señala que la regla general debe ser la libertad del imputado mientras se resuelve acerca de

⁹ Corte IDH. Caso *López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.*

¹⁰ Corte IDH. Caso *J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2014. Serie C No. 275.*

su responsabilidad penal, ya que este goza de un estado jurídico de inocencia que impone que reciba del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada¹¹.

De manera tal que para imponer la prisión preventiva siempre deberán colmarse sus presupuestos, siguiendo los principios que la rigen, en armonía con la presunción de inocencia, para poder alinear el interés particular y el general, a fin de eliminar la tensión expuesta líneas arriba.

Sin embargo, la prisión preventiva oficiosa prescinde del análisis del *periculum libertatis*, pues basta con que se haga la imputación por alguno de los delitos graves enlistados en el texto constitucional (*fumus commissi delicti*). Es decir, los riesgos procesales ya fueron valorados *ex ante* por el constituyente permanente, considerando que tratándose de esos delitos estarán comprometidos los fines del proceso a tal grado que debe imponerse de manera automática el encarcelamiento.

Esta interpretación se estima contraria a la presunción de inocencia, pues libera a la Fiscalía de la carga procesal de demostrar que haya riesgo de fuga, obstaculización del proceso o para la seguridad de la víctima, testigos o la comunidad y, además, impide que el propio imputado tenga la oportunidad de controvertir los posibles riesgos y establezca bases para que pueda enfrentar su proceso en libertad.

Ello equivale a presumir la culpabilidad de la persona imputada, pues con base en una demostración a grado de probabilidad se le priva de su libertad durante el proceso, sin la mínima garantía de defensa ni derecho de contradicción.

Así se ha pronunciado la Corte Interamericana, como en el caso *López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006, que en el numeral 69, la CoIDH determinó que del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia, por lo que

¹¹ Corte IDH. Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 275.

las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva, ya que la prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva¹².

Por su parte en el caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016, en el numeral 149, la Corte Interamericana señaló que la determinación de privación preventiva de la libertad en forma automática a partir del tipo de delito perseguido penalmente resultaba contraria a las pautas referidas (supra párr. 143), que mandan a acreditar, en cada caso concreto, que la detención sea estrictamente necesaria y tenga como fin asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia ¹³.

Aseveración que resulta también aplicable al caso concreto de la regulación de la prisión preventiva oficiosa en nuestro país, al proceder automáticamente esta medida cautelar, por el sólo hecho de que el imputado este siendo procesado por alguno de los delitos por los cuales se prevé la procedencia de esta medida.

En el caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019, en el numeral 82, la CoIDH señaló que el sólo criterio de la existencia de indicios que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso ha participado en el ilícito que se investiga no son suficientes para justificar la imposición de una medida privativa de la libertad, sino que resulta esencial acudir a elementos relativos a la finalidad legítima de la medida –esto es, eventual obstaculización del desarrollo normal del procedimiento penal o posibilidad de sustracción a la acción de la justicia– que lleven a la conclusión de que la medida de prisión preventiva es necesaria y proporcional al fin perseguido¹⁴.

Relacionado con lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que:

¹² Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras, op. cit., nota 8.

¹³ Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316.

¹⁴ Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019.

“...90 Por su parte, la Corte ha sido más categórica al enfatizar "la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo".

91. Al realizar el pronóstico de pena para evaluar el peligro procesal, siempre se debe considerar el mínimo de la escala penal o el tipo de pena más leve prevista. De lo contrario, se violaría el principio de inocencia porque, como la medida cautelar se dispone con el único fin de asegurar el proceso, ella no puede referir a una eventual pena en concreto que suponga consideraciones que hacen a la atribución del hecho al imputado. Asimismo, en los supuestos en los que se intenta realizar un pronóstico de pena en concreto, se viola la imparcialidad del juzgador y el derecho de defensa en juicio. La consideración de circunstancias particulares como la concurrencia de delitos o la aplicación de reglas que impidan que la eventual condena no sea de efectivo cumplimiento, podrán ser sopesadas en ese contexto y de acuerdo al fin procesal perseguido, lo cual es incompatible con su utilización como pautas absolutas y definitivas. Admiten ser valoradas para concretar la estimación de la mínima respuesta punitiva que, eventualmente, se habrá de dar en el caso...”¹⁵

Incluso, en la jurisprudencia universal, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha establecido la misma postura en diversos precedentes. Sirva de ejemplo el caso Mukong c. Camerún, en que el Comité consideró lo siguiente:

“...Queda, sin embargo, por determinar si otros factores convertirían en “arbitraria” a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 una detención y una reclusión legítimas en otros aspectos. La historia de la redacción del párrafo 1 del artículo 9 confirma que no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a la ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las “garantías procesales”. Como ha advertido el Comité en una ocasión anterior, ello significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no sólo lícita sino además razonable en toda circunstancia...”

...La prisión preventiva debe además ser necesaria en toda circunstancia, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito. En este caso el Estado Parte no ha demostrado que se hallara presente ninguno de esos factores. ...En concordancia con los argumentos expuestos [arriba] el Comité decide que la detención del autor en 1988-1989 y en 1990 no fue ni razonable ni necesaria en las circunstancias del caso, y constituye en consecuencia una violación del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto...”¹⁶

¹⁵ Comisión IDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, Jorge, José y Dante Peirano Basso V. República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009.

¹⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Mukong c. Camerún, párr. 9.8.

Incluso, de manera más reciente, el 6 de mayo de 2021, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos judicializó el caso Daniel García Rodríguez y Reyes Alpizar Ortiz contra México ante la CoIDH; el cual, si bien se refiere a la figura –a todas luces inconvencional– del arraigo y el abuso de la prisión preventiva, sin lugar a dudas será un asunto en que muy probablemente se reiterará el criterio que se ha venido exponiendo: si la prisión preventiva tiene fines punitivos, constituirá una detención arbitraria, contraria al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De tal suerte que los órganos internacionales, tanto del sistema universal como el regional de protección de Derechos Humanos, coinciden en señalar de manera prístina que la prisión preventiva no puede basarse únicamente en la gravedad de la pena a imponer por el delito por el que se sigue el proceso. Por el contrario, todos arriban a la misma conclusión de que la única forma de que la prisión preventiva no sea arbitraria es si se basa en riesgos procesales legítimos (peligro de fuga o de obstaculización del proceso), observando los principios de necesidad y proporcionalidad.

II.3. Artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Como es de conocimiento público, el 8 de octubre de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 73, fracción XXI de la Constitución para otorgarle al Congreso de la Unión la facultad para emitir la legislación única en materia procedimental penal.

Dicha reforma constitucional dio paso al Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el mismo Diario el 5 de marzo de 2014. Por lo que hace a la prisión preventiva, se analiza el artículo 167 de dicho Código que es, precisamente, el acto reclamado destacado en el presente asunto.

El numeral en cita reproduce el contenido del párrafo segundo del artículo 19 constitucional y se concreta a establecer algunas reglas secundarias con relación a la procedencia de la prisión preventiva. Dicha disposición ha sido reformada y adicionada por decretos publicados el 8 de noviembre de 2019 y 19 de febrero de 2021.

Específicamente, sobre la prisión preventiva oficiosa dispone lo siguiente:

“Artículo 167. Causas de procedencia

El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de 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 los 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.

Párrafo reformado DOF 19-02-2021

Las leyes generales de salud, secuestro, trata de personas, delitos electorales y desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, así como las leyes federales para prevenir y sancionar los delitos cometidos en materia de hidrocarburos, armas de fuego y explosivos, y contra la delincuencia organizada, establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa de conformidad con lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Párrafo reformado DOF 19-02-2021

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

Párrafo reformado DOF 08-11-2019

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

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

X. *Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;*

XI. *Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;*

Fracción reformada DOF 19-02-2021

XII. *Abuso o violencia sexual contra menores, previsto en los artículos 261 en relación con el 260;*

Fracción adicionada DOF 19-02-2021

XIII. *Feminicidio, previsto en el artículo 325;*

Fracción adicionada DOF 19-02-2021

XIV. *Robo a casa habitación, previsto en el artículo 381 Bis;*

Fracción adicionada DOF 19-02-2021

XV. *Ejercicio abusivo de funciones, previsto en las fracciones I y II del primer párrafo del artículo 220, en relación con su cuarto párrafo;*

Fracción adicionada DOF 19-02-2021

XVI. *Enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 224, en relación con su séptimo párrafo, y*

Fracción adicionada DOF 19-02-2021

XVII. *Robo al transporte de carga, en cualquiera de sus modalidades, previsto en los artículos 376 Ter y 381, fracción XVII.*

Fracción adicionada DOF 19-02-2021

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

I. *Contrabando y su equiparable, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 102 y 105, fracciones I y IV, cuando estén a las sanciones previstas en las fracciones II o III, párrafo segundo, del artículo 104, exclusivamente cuando sean calificados;*

II. *Defraudación fiscal y su equiparable, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado supere 3 veces lo dispuesto en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando sean calificados, y*

III. *La expedición, venta, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 Bis del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando las cifras, cantidad o valor de los comprobantes fiscales, superen 3 veces lo establecido en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación.*

Párrafo con fracciones adicionado DOF 08-11-2019

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 o bien, cuando exista voluntad de las partes para celebrar un acuerdo reparatorio de cumplimiento inmediato, siempre que se trate de alguno de los delitos en los que sea procedente dicha forma de solución alterna del procedimiento. La solicitud deberá contar con la autorización del titular de la Fiscalía o de la persona funcionaria en la cual delegue esa facultad.

Párrafo reformado DOF 19-02-2021

Si la prisión preventiva oficiosa ya hubiere sido impuesta, pero las partes manifiestan la voluntad de celebrar un acuerdo reparatorio de cumplimiento inmediato, el Ministerio Público solicitará al juez la sustitución de la medida cautelar para que las partes concreten el acuerdo con el apoyo del Órgano especializado en la materia.

Párrafo adicionado DOF 19-02-2021

En los casos en los que la víctima u ofendido y la persona imputada deseen participar en un Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias, y no sea factible modificar la medida cautelar de prisión preventiva, por existir riesgo de que el imputado se sustraiga del procedimiento o lo obstaculice, el o la Juez de Control podrá derivar el asunto al Órgano especializado en la materia, para promover la reparación del daño y concretar el acuerdo correspondiente.

Párrafo adicionado DOF 19-02-2021 Reforma DOF 19-02-2021: Suprimió del artículo el entonces párrafo quinto”

Como ya se adelantó, el numeral en cita positiviza en ley secundaria el texto constitucional del artículo 19, párrafo segundo; además especifica los delitos del Código Penal Federal y del Código Fiscal de la Federación que ameritan prisión preventiva oficiosa, mientras que en los delitos contra la salud, en materia de secuestro, trata de personas, delitos electorales y desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, así como en materia de hidrocarburos, armas de fuego y explosivos y delincuencia organizada, hace la remisión a las Leyes Generales respectivas.

Sobre este punto se advierte la clara tendencia del constituyente permanente y del legislador ordinario de seguir ampliando el catálogo de delitos en que la prisión se impone de manera oficiosa, lo que claramente es contrario al principio de excepcionalidad, pues al agregar delitos a este supuesto normativo, aumenta la cantidad de procesos en que las personas imputadas serán privadas de su libertad durante el proceso.

Pero, además, en el párrafo séptimo del numeral en cita, el Código Nacional prevé un supuesto que resulta problemático, al darle la facultad a la Fiscalía para pedir al Juez de Control que no imponga la prisión preventiva por no resultar proporcional para garantizar los riesgos procesales multicitados. Esto, condicionándolo a que exista autorización del titular de la Fiscalía o Procuraduría respectiva o del servidor público en quien delegue esta facultad.

El párrafo en cita invierte la regla de la prisión justificada: mientras esta sólo debe imponerse cuando otras medidas cautelares resulten insuficientes para atajar los riesgos procesales –acorde a los estándares internacionales de derechos humanos–, la excepción a la prisión preventiva oficiosa se otorga como facultad discrecional al Ministerio Público cuando, a su criterio, estime desproporcionado el encarcelamiento preliminar, lo cual además necesita de una autorización de los servidores públicos de más alto rango de la Fiscalía.

Este precepto genera un incentivo perverso, pues como para imponer la prisión preventiva oficiosa, el Ministerio Público no tiene que investigar ni valorar los riesgos procesales que implique la libertad de la persona imputada, se le libera de una carga procesal. En otras palabras, dado que la ley no exige a la Fiscalía investigar y acreditar los riesgos procesales para la imposición oficiosa del encarcelamiento preventivo, resulta previsible que no obtenga la información correspondiente (para ahorrarse trabajo) y que no haya motivación para pedirle al Juez que imponga diversa medida cautelar; máxime que, para hacer esta solicitud excepcional, requiere de autorización de la o el Fiscal o Procurador u otro servidor público de alto nivel.

Lo anterior genera que el texto de ese párrafo séptimo sea –prácticamente– letra muerta.

Pero también resultan sospechosos los supuestos previstos en los párrafos octavo y noveno del artículo 167, pues ordenan al Ministerio Público a solicitar el cambio de la prisión preventiva oficiosa por otra medida cautelar cuando las partes pretendan llegar a un acuerdo reparatorio de cumplimiento inmediato. Ello, con la salvedad de que, en efecto, existan riesgos procesales tan altos que no sea viable cambiar la medida cautelar.

Por principio de cuentas resulta contraintuitivo que una norma jurídica condicione la libertad a un acuerdo, pues pareciera que el legislador pretendió coaccionar a los imputados en prisión preventiva oficiosa a celebrar la salida alterna, prometiéndoles su libertad si acceden al pago de la reparación del daño. Ello, pues conforme a la presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato procesal, la autoridad no puede tratar al imputado como culpable hasta que sea sentenciado; y este supuesto orilla al imputado a pagar la reparación del daño, aunque no sea culpable, con tal de obtener su libertad.

Pero, además, el párrafo noveno prevé la posibilidad de que, aún cuando las partes quieran llegar al acuerdo de cumplimiento inmediato, el imputado permanezca en prisión preventiva si otras medidas no impidan el riesgo de fuga o de obstaculización del proceso.

Lo que entraña una contradicción, pues si el punto de la prisión preventiva oficiosa es que no se tenga que investigar, argumentar ni debatir los riesgos procesales, este párrafo prevé que si deban considerarse –al igual que el séptimo párrafo ya analizado–.

En otras palabras, resulta poco claro si es necesario el debate sobre riesgos procesales y proporcionalidad de la medida cuando se trate de prisión preventiva oficiosa o si, por el contrario, debe imponerse el encarcelamiento con sólo la imputación por un hecho con apariencia de alguno de los delitos incluidos en el catálogo; pues el texto constitucional y el tercer párrafo del artículo 167 parecen prever que no se necesita considerar los riesgos procesales y la proporcionalidad para imponer oficiosamente la prisión preventiva, pero los párrafos séptimo y noveno si refieren que deben considerarse estos factores para la imposición de la prisión preventiva oficiosa.

Reiterando que, conforme a los estándares internacionales de derechos humanos ya relatados, la única forma de conciliar la presunción de inocencia y el derecho a la libertad con el encarcelamiento preventivo, es sólo imponer de manera excepcional la medida, cuando se justifique un riesgo procesal grave, que haga proporcional la afectación de derechos que conlleva al beneficio que se obtiene para el proceso (además de ser idónea, necesaria, etc.).

II.4. Toma de postura.

Bajo las consideraciones anteriores, se propone la inconveniencia del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por ser contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al efecto, basta recapitular que en el caso *López Álvarez Vs. Honduras*¹⁷, la CoIDH determinó que la prisión preventiva no puede justificarse por la gravedad del delito; en el caso *Suárez Rosero Vs. Ecuador*¹⁸, sostuvo que la prisión preventiva tenía naturaleza cautelar no punitiva, por lo que no podía predeterminarse por el tipo de delito, sino la necesidad de la investigación y la no evasión de la justicia; en *Palamara Iribarne Vs. Chile*¹⁹, resolvió que tal medida es sólo de naturaleza instrumental; y, en *Tibi Vs. Ecuador*²⁰, que la prisión preventiva debe de ser materia excepcional.

En esos términos, es indudable que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la prisión preventiva, únicamente debe ser consignada como una medida cautelar excepcional, necesaria y proporcional para el desarrollo de la investigación y la comparecencia del imputado a juicio.

Así las cosas, resulta evidente la inconventionalidad de la figura de la prisión preventiva oficiosa, pues, la figura mexicana está predeterminada de manera automática por el tipo de delito, y no por la necesidad de proteger la investigación, convirtiéndola en una medida que no requiere justificación adicional a la imputación de ciertos delitos y, por tanto, de aplicación usual, ordinaria y mecánica. Esto es, alejada del carácter excepcional y de las exigencias de proporcionalidad, establecidas por la CoIDH.

Consecuentemente, resulta desproporcional y violatoria de los lineamientos en materia de garantías judiciales y presunción de inocencia que han sentado diversos organismos internacionales de protección de derechos humanos, y a la postre, constituye una verdadera sanción anticipada.

II.5. Propuesta de interpretación conforme.

Dado el contexto del presente *amicus curiae*, queda claro que el papel de esta Suprema Corte en el asunto a estudio no es de fungir como legislador inverso para expulsar la figura de la prisión

¹⁷ Corte IDH. Caso *López Álvarez Vs. Honduras*, op. cit., nota 8.

¹⁸ Corte IDH. Caso *Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

¹⁹ Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

²⁰ Corte IDH. Caso *Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

preventiva oficiosa, lo cual además requeriría una reforma constitucional; y que, conforme a los criterios de ese Máximo Tribunal, atento a la inclusión de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el bloque de regularidad constitucional, se ha establecido que las restricciones a derechos humanos en la Constitución deben prevalecer frente a las disposiciones de dichos convenios internacionales²¹.

No obstante que en la propia Contradicción de Tesis 293/2011 de la que emanó ese criterio hubo un acalorado debate entre los ministros y que culminó en una sentencia que ha sido ampliamente criticada por brindar supremacía jerárquica al texto constitucional –en las restricciones a derechos humanos– frente a los derechos reconocidos en fuente convencional.

Inclusive, en dicha sentencia, esta SCJN reconoció que *“adoptando como premisa la inviabilidad de resolver este tipo de situaciones con apoyo en los criterios tradicionales de interpretación y resolución de antinomias, el Poder Reformador²² otorgó rango constitucional al principio pro persona como elemento armonizador y dinámico para la interpretación y aplicación de normas de derechos humanos”²³*; pero, como lo señaló en su voto particular el ministro (ahora en retiro) José Ramón Cossío Díaz, *“desde el momento en que se dice que ello será así “salvo” cuando exista una restricción constitucional expresa, se está desconociendo lo dispuesto en el propio texto constitucional en razón del desplazamiento que se hace de los derechos de fuente convencional frente a lo dispuesto, no como derecho, sino como restricción, por la Constitución nacional, utilizándose así un criterio jerárquico”²⁴*.

²¹ Al respecto, véase la Jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) del Pleno de la SCJN de rubro **“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”**, visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, abril de 2014, tomo I, página 202, con registro digital 2006224.

²² Al respecto, véase la tesis aislada de rubro **“PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN. EL PROCEDIMIENTO REFORMATARIO RELATIVO EMANADO DE ESTE ÓRGANO CON FACULTADES LIMITADAS, ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL”** [Novena Época; Registro: 165713; Instancia: Pleno; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Localización: Tomo XXX, Diciembre de 2009; Materia(s): Constitucional; Tesis:, Pág. 14]. [Cita del texto original]

²³ Contradicción de Tesis 293/2011 del Pleno de la SCJN, sentencia del 3 de septiembre de 2013, obtenida de <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>.

²⁴ Voto particular que formula el ministro José Ramon Cossío Díaz en la Contradicción de Tesis 293/2011, obtenido de <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>.

Empero, el precedente de la Contradicción de Tesis 293/2011 no es excusa para eximir a la SCJN de su deber como tribunal constitucional de salvaguardar los derechos humanos de todas las personas, máxime que en sus propios criterios se ha interpretado que la jurisprudencia interamericana es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona, aún cuando el Estado Mexicano no haya sido parte en el asunto en que la CoIDH haya dictado la sentencia respectiva²⁵ –criterio que, coincidentemente, fue emitido con motivo de la misma Contradicción de Tesis–.

Por ello, resulta vinculante lo resuelto por la CoIDH en los casos *López Álvarez Vs. Honduras*, *Suárez Rosero Vs. Ecuador*, *Palamara Iribarne Vs. Chile*, *Tibi Vs. Ecuador*, *Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador* y *Jenkins Vs. Argentina*, particularmente en lo relativo a que la gravedad del delito no basta para justificar la prisión preventiva de las personas imputadas, sino que se deben acreditar riesgos procesales reales y sostener su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Debiendo aclarar que, si bien no se veda la gravedad del delito (o la cuantía de la pena que corresponda) como criterio para discutir e imponer las medidas cautelares, no debe ser el único factor a tomar en cuenta, sino que debe ponderarse en conjunto con otros elementos, tal como lo han reconocido nuestros Tribunales Federales²⁶.

En ese sentido, se propone la siguiente interpretación del artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales –y, por extensión, del párrafo segundo del artículo 19 constitucional *in fine*– conforme con los estándares internacionales de Derechos Humanos.

Queda claro que la única justificación válida, conforme a estándares internacionales, para imponer la prisión preventiva es la existencia del *periculum libertatis*, o sea, que la libertad de la persona

²⁵ Jurisprudencia P./J. 21/2014 (10a.) intitulada “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA”, del Pleno de la SCJN, visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, abril de 2014, tomo I, página 204, con registro digital 2006225.

²⁶ Jurisprudencia VI.2o.P. J/2 (10a.) de rubro “PRISIÓN PREVENTIVA. LA PENA MÁXIMA COMO ÚNICA RAZÓN PARA JUSTIFICAR SU IMPOSICIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR, VULNERA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN SU VERTIENTE DE REGLA DE TRATO PROCESAL, CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 20, APARTADO B, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 7 Y 8 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS” del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 60, noviembre de 2018, tomo III, página 2077, con registro digital 2018459.

imputada entrañe un riesgo procesal, particularmente, peligro de fuga, de obstaculización de la investigación o para la seguridad de la víctima, los testigos o la comunidad.

Dicha justificación también debe pasar un test de proporcionalidad, para analizar si el encarcelamiento preventivo es idóneo, necesario y proporcional, además de cumplir con los principios de excepcionalidad, mínima intervención y provisionalidad; lo que, a la postre, garantiza la accesoriadad de la medida, pues habrá razones de peso para privar de su libertad a la persona imputada, sin que ello constituya una anticipación de pena.

En ese sentido, cabe considerar ciertas particularidades de la imposición de medidas cautelares en general, incluyendo la prisión preventiva *justificada*. El artículo 158 del Código Nacional de Procedimientos Penales –en concordancia con la primera parte del segundo párrafo del artículo 19 constitucional– dispone que la necesidad de imposición o modificación de medidas cautelares se discutirá *a petición de parte*, esto es, cuando el Ministerio Público, la víctima o el imputado lo soliciten.

Por ello, a nuestro criterio, la interpretación conforme al bloque de regularidad constitucional de los artículos 19, párrafo segundo *in fine* de la Constitución y 167, párrafo séptimo del Código Nacional, consiste en que cuando se formule imputación y se solicite la vinculación a proceso por hechos con apariencia de alguno de los delitos señalados en el catálogo respectivo, la autoridad jurisdiccional, de oficio, deberá abrir el debate entre las partes para discutir la imposición de la prisión preventiva.

Es decir, en vez de imponer en automático la prisión preventiva, los preceptos más bien deben obviar la petición de parte sobre el debate de medidas cautelares y obligar al juez a dar vista al Ministerio Público para que justifique la imposición de la medida, generando el debate correspondiente en que las partes apoyen o controviertan los razonamientos de la Fiscalía.

De esta manera, se cumple con los puntos señalados en los precedentes interamericanos de observancia obligatoria, pues se conmina al órgano persecutor a justificar el riesgo procesal y sustentar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la prisión preventiva para atajar el peligro;

con lo que se evita dar un trato de culpable al imputado, pues se le encarcela por peligros concretos basados en evidencia –y no por la mera gravedad del delito, criterio de corte preventivo-general que solo aplica a las penas–, que cumplan con los principios propios de las medidas cautelares, respetando así la presunción de inocencia.

Pero, además, se salvaguarda el derecho de defensa del imputado, al permitirle controvertir las razones que justifiquen la petición de la prisión preventiva oficiosa.

Reiterando que se distingue del régimen general de medidas cautelares, en que sólo se impondrán estas a petición de parte, ya que esta interpretación obliga a la juzgadora o juzgador a abrir el debate exclusivamente por lo que hace a la prisión preventiva en términos del artículo 19, párrafo segundo *in fine* de la Constitución. Lo que, adicionalmente, deja en posibilidades a la Fiscalía de solicitar diversas medidas cautelares en caso de que la o el Juez determine que no se justifica la prisión preventiva oficiosa, lo cual será motivo de un segundo debate en la misma audiencia o posteriormente.

Con la interpretación conforme propuesta se eliminan los efectos perniciosos que generan los párrafos séptimo y octavo del artículo 167, los cuales dejarían a discrecionalidad del Ministerio Público –con autorización de la o el Fiscal o Procurador o del servidor público en quien delegue la facultad– pedir que no se imponga la prisión preventiva oficiosa, que para efectos prácticos es una disposición inoperante; o, peor aún, condicionar la libertad de la persona imputada a que celebre un acuerdo reparatorio en que pague la reparación del daño de inmediato, lo cual supone dar un trato de culpable a quien se presume inocente (que además es de aplicación muy restringida, pues sólo ciertos delitos admiten esa salida alterna). En cambio, interpretando así las normas referidas, se hacen innecesarias estas disposiciones que resultan claramente violatorias de derechos humanos.

Así se permite un ejercicio racional del *ius puniendi* y de la facultad persecutora del Estado, aunado a que en vista de esta interpretación se puede imponer medidas diversas a la prisión preventiva a las personas imputadas de delitos graves; siendo que en el Código Nacional de Procedimientos Penales existe un catálogo extenso de medidas cautelares que son útiles para atajar los riesgos

procesales de manera efectiva, tal como la colocación de localizadores electrónicos, que permite dar seguimiento a la ubicación de la persona imputada, previniendo su fuga y con solo una afectación mínima a su intimidad.

III. Conclusiones.

A manera de resumir todo lo expuesto, se vierten las siguientes reflexiones finales:

- a) La prisión preventiva supone una tensión entre el interés general de perseguir y sancionar los delitos *vis a vis* el derecho a la libertad del imputado y la presunción de inocencia.
- b) Para equilibrar estos intereses y disipar la tensión, la prisión preventiva debe contar con una justificación robusta, que comprende tanto evidencia objetiva de la existencia de un riesgo procesal (*periculum libertatis*) como satisfacer los estándares de necesidad y proporcionalidad, como lo han sentado los diversos órganos internacionales –universales y regionales– de protección de derechos humanos.
- c) En consecuencia, la gravedad del delito no es justificación suficiente para encarcelar preventivamente a la persona imputada, por lo que cualquier prisión preventiva en esos términos constituirá una *detención arbitraria*, en términos de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos de los que es parte el Estado Mexicano, tal como lo sostienen esos mismos órganos.
- d) Si bien el artículo 19, párrafo segundo *in fine* de la Constitución y el párrafo séptimo del artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales parecieran disponer que se debe imponer la prisión preventiva, sin debate de partes, por la sola existencia de datos de prueba que establezcan la existencia de un hecho con apariencia de alguno de los delitos comprendidos en el catálogo que contienen esos numerales (*fumus commissi delicti*), ello sería claramente contrario a los precedentes internacionales citados, vulnerando el derecho a la libertad de la persona imputada y la presunción de inocencia.

- e) Por ello, para evitar esas afectaciones a derechos humanos, se interpreta que las disposiciones en comento deben obligar al órgano jurisdiccional a abrir el debate sobre la procedencia de la prisión preventiva, en que la Fiscalía deberá justificar la imposición de tal medida sobre las bases objetivas y principios ya referidos, permitiendo además al imputado ejercer su derecho de defensa para controvertir la argumentación del Ministerio Público.
- f) En caso de que la autoridad judicial considere que no está justificado el riesgo procesal o no se colman los principios de las medidas cautelares, principalmente su idoneidad, necesidad y proporcionalidad, podrá resolver que no es procedente la prisión preventiva, dejando a salvo la facultad de la Fiscalía y de la víctima para solicitar se abra debate para discutir la imposición de otras medidas (incluyendo la colocación de localizadores electrónicos, que se ha mostrado eficaz en la práctica para prevenir la evasión de la persecución penal);.
- g) Lo anterior redundaría en mejorar la impartición de justicia, al generar condiciones para que se equilibren los derechos del imputado y la facultad estatal de perseguir los delitos, permitiendo un debate nutrido que facilitará llegar a mejores soluciones en cada caso.
- h) Pero también implica mejorar la procuración de justicia, pues se impulsará a las Fiscalías y Procuradurías a realizar investigaciones serias, con soporte fáctico-científico, sobre los riesgos procesales, lo cual puede realizarse con el apoyo de las Autoridades Supervisoras de Medidas Cautelares (que están diseñadas para realizar análisis de riesgos procesales).

Atentamente,



Claudia Elena De Buen Unna
(Presidenta de la BMA)