

José Luis Castellón Sosa y David Fernández Mena

Iniciativa para el Estado de Derecho de la Barra Americana Abogados (ABA ROLI México).
Correos: david.fernandez@abaroli.org y joseluis.castellon@abaroli.org

La Litigación de las medidas cautelares en un entorno hostil: la experiencia mexicana

Resumen

Desde la reforma del sistema penal mexicano de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, uno de sus aspectos nucleares ha sido y continúa siendo dar plena vigencia a la presunción de inocencia y revertir el uso extendido de la prisión preventiva, que ha venido funcionando como regla general. Este artículo revisa algunas de las problemáticas actuales que presenta su aplicación, como la relativa a la generación de información, contemplando tanto el trabajo de las Unidades de Medidas Cautelares (UMECAs) como el desempeño de fiscales y defensores; y revisa la regulación de la prisión preventiva oficiosa, para considerar en conjunto qué efectos tienen estos tres aspectos en la litigación de medidas cautelares en el país.

Las medidas cautelares en el marco normativo mexicano

Tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como el Código Nacional de Procedimientos Penales –legislación procesal única en la materia–, conciben el empleo de medidas cautelares como instrumento para garantizar la efectividad del proceso penal. Esto es, que el proceso pueda desarrollarse adecuadamente y que la decisión que eventualmente se adopte pueda reflejarse materialmente, administrándose justicia.

Este es uno de los aspectos nucleares que se persiguió con la reforma constitucional de 2008 que empezó la transformación del sistema penal de uno inquisitivo a uno acusatorio, en el cual no existían constitucionalmente, no solo la presunción de inocencia, sino medida alguna posterior a la detención que no fuera la prisión preventiva como regla general.

Con la reforma se establece que estas herramientas pueden ser personales o reales en razón del objeto que se ve jurídicamente afectado ante su imposición: la persona o los bienes. Además, son determinadas por el juez de

control (operador judicial garante de la legalidad del procedimiento), teniendo como base la audiencia de debate –ejercicio contradictorio– llevado a cabo por el fiscal y el defensor.

Ahora bien, tal y como reflejan los parámetros internacionales (Comentario General N°27, Comité de Derechos Humanos, ONU), la imposición de medidas cautelares debe atender a la realización de objetivos constitucionalmente válidos; a su vez, la proporcionalidad entre el fin perseguido y la afectación que se genera a la persona a quien se imponen, determina su validez.

En este sentido, el Código Nacional de Procedimientos Penales prevé la realización de una audiencia *ex professo* para dirimir la situación. En esta audiencia, tanto fiscalía como defensa tendrán la posibilidad de debatir el *riesgo procesal* que el imputado representa, así como cuáles son las medidas cautelares que deberían aplicarse, debiendo justificar sus respectivas posturas (Código Nacional de Procedimientos Penales. Artículo 154 y 157); con base en dicha información, el juez resuelve lo conducente.

En este ejercicio, hay que aclarar que no se debe resolver con un análisis de la peligrosidad potencial del delito, ni de la pena en abstracto o incluso sobre la alarma social, sino únicamente sobre el riesgo existente sobre el proceso, las personas o las cosas. Es por tanto necesario que el litigante deba centrar sus pretensiones únicamente sobre estos riesgos y, en consecuencia, proporcionar información al juez de control sobre posibles riesgos o su carencia, no teniendo importancia procesal en esta audiencia *ex professo* temas como la inocencia, culpabilidad o incluso existencia o no del hecho penal.

Debe apuntarse que el concepto de *riesgo procesal* se prevé y califica tanto en la Constitución (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 19) como en la legislación secundaria (Código Nacional de

Procedimientos Penales, Artículo 153). A partir de este marco, se conciben las siguientes aristas para evaluarlo: (1) sustracción del imputado, (2) obstaculización del proceso, (3) seguridad de la(s) víctima(s), ofendido(s) o testigo(s). El punto central del litigio es entonces la medición del *riesgo procesal* y la búsqueda de la medida cautelar que más eficientemente pueda evitarlo, y no genere afectaciones desproporcionales a sus Derechos Fundamentales. Naturalmente, será necesario contar con información que, una vez suministrada al juez, justifique la aplicación de determinada(s) medida(s).

Ahora bien, la calidad de la información debe ser tal que permita al juez arribar a una decisión prudente y objetiva. Pretender abordar el debate en torno a las medidas cautelares que se impondrán a una persona imputada, sin contar con información de calidad, redundaría en un ejercicio ocioso, en cuanto los argumentos de las partes se encontrarían basados en sus apreciaciones subjetivas, lo que en definitiva se reflejaría en la resolución judicial.

Así, el que se prevea la celebración de una audiencia en que se realiza un ejercicio contradictorio –en tanto, control de calidad de la información– de las posturas de la fiscalía y la defensa, implica reconocer la imposibilidad (o indeseabilidad) de prejuzgar normativamente los casos y las medidas a aplicar. Se reconoce la importancia de analizar singularidades del caso sometido a escrutinio judicial para adoptar una decisión acorde.

Asimismo la legislación procesal prevé amplias posibilidades para allegar información de calidad al juez del caso, admite que la misma pueda tratarse de la generada durante la investigación o mediante prueba desahogada en la propia audiencia de debate de medidas cautelares.

Naturalmente, se pretende privilegiar el acceso a información de calidad, de manera que el

juez de control pueda emitir una resolución de calidad, en lugar de crear obstáculos a los litigantes para presentar sus respectivas posturas. Debe recordarse que toda imposición de medidas cautelares implicará la afectación a los derechos fundamentales de la persona imputada, mientras pretende salvaguardarse también el interés social.

En la lógica de búsqueda de información confiable para adoptar una decisión al respecto, el Código Nacional de Procedimientos Penales prevé la creación de unidades cuyo objetivo es obtener información de alta calidad que permita al juez adoptar una decisión razonable y que pondere adecuadamente entre los distintos intereses enfrentados en el marco del proceso penal.

Esa información de calidad debe ser obtenida por una fuente independiente de las dos partes para que goce de imparcialidad suficiente, así como de análisis lo más científico posible. Adicionalmente, debe ser recolectada de una manera veloz, puesto que estamos en etapas muy tempranas del proceso donde los plazos son cortos y no existe posibilidad real de que sea obtenida y con esfuerzo ofrecida por los litigantes en la mayoría de las ocasiones. Máxime en un entorno como el mexicano, donde las estadísticas muestran que en delitos federales, el 99% de los imputados que llegan a esta audiencia lo son por detenciones en flagrancia (CIDAC, 2017).

Así, se dio vida a las Unidades de Medidas Cautelares (UMECA), que son las encargadas de la delicada tarea de obtener información exclusivamente relacionada con los aspectos de *riesgo procesal* que presenta la persona imputada.

De aquí que, acorde con lo dispuesto por el Código Nacional de Procedimientos Penales y su artículo 64, actualmente deberían existir 33 UMECAs –una por cada entidad federativa y la del orden federal–. Lo cierto es que -hasta el

momento– *el Informe de Acciones de Consolidación del Sistema de Justicia Penal Octubre 2016 – Junio 2017*, indica que existen 29 unidades operando en el país, 2 más que cuentan con oficina pero no operan y 1 cuyas labores son asumidas por el área de reinserción social. Es de notar que no existe a fecha de hoy Unidad de Medidas Cautelares a nivel federal.

Ahora bien, entendiendo que estas unidades generan información que a la postre será utilizada por los fiscales y defensores para sostener sus respectivos argumentos en torno a que medida cautelar debiera ser aplicada por el juez, existe la posibilidad de que la calidad (o propiamente efectividad) de la sentencia varíe en función de la calidad de la información generada por las UMECAs.

Lo anterior es también aplicable a los argumentos expuestos por las partes que se encuentren basados en los informes de análisis riesgo emitidos por las UMECAs. De ahí que resulte importante consolidar estas unidades, no sólo para operar en todo el país, sino para que lo hagan con calidad.

La prisión preventiva oficiosa

Al margen de lo anteriormente expuesto, la Constitución también prevé la existencia de la prisión preventiva oficiosa, esto es el establecimiento de categorías *a priori* que de ser actualizadas tendrían como consecuencia ineludible la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva.

Esto implica la supresión del debate y el ejercicio valorativo del juez, limitándose entonces la actuación de las partes a seguir un trámite normativamente previsto que traerá aparejada siempre la misma consecuencia, sin importar la naturaleza del caso en concreto.

No se realiza análisis alguno de la situación particular, ni tampoco se ponderan los

argumentos vertidos por las partes en torno a la proporcionalidad de la medida. El juez se limita a ordenar la realización de lo que la norma la dispone.

Los casos previstos para dicho efecto son los siguientes: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. La legislación procesal aclara enunciativamente los casos en que se aplica (Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 168). Este rezago del sistema anterior tiene como génesis la situación de seguridad del país, azotado por el crimen organizado, así como la inexistencia de una clara política criminal que se centre en la investigación y persecución de los delitos que más impactan en la sociedad. Ante este panorama, la solución cortoplacista de detener para luego investigar se impone como decisión, alcanzando, debido a lo crítico de la situación, incluso rango constitucional.

La dicotomía planteada implica una contradicción en cuanto al objetivo que se persigue con la instauración de un proceso que impone medidas cautelares en razón del *riesgo procesal* del imputado. Esto es, por un lado se regula una audiencia de debate que pretende garantizar la existencia de información de calidad, mientras por el otro se releva al juez de su función natural (valorar), indicándosele en abstracto lo que debe decidir. La autoridad judicial se convierte en una oficina de trámite.

En este escenario, resultará irrelevante la existencia o no de debate en torno a la proporcionalidad (estricta y amplia) de la prisión preventiva como medida cautelar a aplicar al imputado. Bastará con que el caso en litigio encuadre en alguno de los supuestos previstos por el Código Nacional de Procedimientos

Penales y la Constitución mexicana para relevar al juez de su función.

Sin embargo, esta fórmula imperativa existente en el código, en la que directamente se alude a que el juez impondrá la prisión preventiva, no debería llevar necesariamente a la supresión del debate de riesgo por parte del juzgador. El propio código establece diversas excepciones a este mandato legal, tales como la situación de embarazo, una edad superior a 70 años o incluso, una hipotética y nunca vista renuncia por parte del fiscal a su solicitud¹.

Es por lo tanto que un litigante podría forzar mediante solicitud la apertura de este debate aún en los supuestos de prisión preventiva oficiosa, para que pueda ser escuchado. La información que se proporcione en esa audiencia, aunque tenga escaso efecto en ese momento debido al mandato legal, puede llegar a tener efecto en posteriores etapas o en medios de impugnación posteriores, tanto regulares, como constitucionales o convencionales.

Sin embargo, la tendencia al uso de la prisión preventiva como medida favorita del legislador y de los operadores no parece disminuir al ritmo deseado. De acuerdo con CIDAC (2017), casi el 60 % de la población reclusa del país no está sentenciada, tendencia que no se ha reducido en los últimos años. Un entorno hostil a la litigación de medidas cautelares distintas a la prisión.

1 En diversos estudios existentes se ha podido constatar que no ha existido renuncia conocida a la prisión preventiva oficiosa por parte de fiscal alguno. Aunque no existen estadísticas que abarquen a todo el universo de casos existentes, la tendencia hacia seguir considerando la prisión preventiva como un éxito en lugar de la eficaz persecución hace que aun en casos de riesgo extremadamente reducido (pongamos casos de discapacidad motora o incluso casos de discapacidad psicosocial) los fiscales y procuradores no quieran dejar de considerar la prisión como un triunfo, aunque todavía no se haya juzgado el caso.



Fuente: CIDAC (2017). *Hallazgos 2016*.

Sin embargo, hay voces en los poderes ejecutivos y legislativos que consideran que esto no es suficiente, y empleando el discurso de la puerta giratoria (Maltos, 2017), se pretende agrandar todavía más el marco de la prisión preventiva oficiosa, ampliando los delitos por los que se deba imponer, lo cual sin duda alguna implicará más decisiones impuestas a los jueces y más dificultades para los litigantes. La baraja está trucada para que la fiscalía “gane”, aunque la fiscalía no tenga premio alguno en sus manos.

Relación con la formulación de imputación y vinculación a proceso

Si con base en la oficiosidad la prisión preventiva se impondrá en función de una categoría jurídica, es importante mencionar en qué momento se realiza dicha clasificación de los hechos. A su vez, esto permitirá exponer un primer punto en cuanto a la problemática que implica el diseño.

Existen dos momentos importantes previos a la audiencia de debate de medidas cautelares en el sistema acusatorio mexicano: (1) formulación de la imputación y (2) vinculación a proceso. En el primero se fijan los hechos en razón de los cuales se realiza la investigación; y en el segundo –que algunos describen como la nueva versión del auto de formal prisión (De la Garza, 2017)– se determina si existe información suficiente para sujetar a proceso a la persona investigada.

De la *formulación de la imputación* es menester aclarar que se realiza previo a la audiencia de vinculación a proceso; la base fáctica expuesta en dicha oportunidad no puede ser variada para las etapas subsecuentes (la calificación jurídica sí); procura garantizar el derecho de defensa del imputado; y se formula a personas que hubieran sido detenidas en flagrancia, mediando orden de aprehensión o citadas a audiencia.

Por otro lado, la *vinculación a proceso* pretende valorar la información que ha arrojado la investigación (en una etapa temprana) para definir si existen suficientes datos para considerar que: (1) existen hechos que la ley señala como delito y (2) es probable que el imputado los haya cometido o participado en su comisión. En lo subsecuente, el proceso se seguirá por el hecho o hechos por los que se haya vinculado a proceso al imputado.

Cabe destacar que el estándar de prueba exigido para que el juez vincule a proceso a un imputado es mínimo, esto es: “(...) que existan indicios razonables que así permitan suponerlo” (Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 316); lo que contrasta con el estándar de más allá de toda duda razonable del juicio oral (Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 402).

Lo anterior atiende no sólo a la temprana etapa en que se encuentra el proceso en sede judicial, sino también a la de investigación ministerial; debido al casi inmediato control judicial de los actos, resultaría desproporcionado exigir certezas.

Vinculación a proceso

Ya agotadas las etapas anteriormente mencionadas se definirá si el imputado queda sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa o habrá oportunidad de abrir debate respecto a cuáles son las que deberían imponerse. Se implica que para evitar el pase automático a un centro penitenciario, los esfuerzos de la defensa se concentran en la etapa de vinculación a proceso.

Lo anterior claramente desvirtúa la naturaleza y objetivos de esta etapa del procedimiento, que pasa de ser un análisis preliminar con un estándar de prueba mínimo a un juicio fuera de la etapa de juicio oral.

Atentos a la apertura del código para desahogar pruebas con el objetivo de lograr que no se vincule a proceso al imputado, pueden observarse desfiles de peritos y testigos cuyos testimonios pretenden desvirtuar lo expuesto por la fiscalía, como si de evitar la condena se tratase.

Asimismo, atentos a la configuración del Juicio de Amparo mexicano (garantía de los Derechos Fundamentales), se permite que se entablen procesos de control constitucionales de las actuaciones, así como el dictado de suspensiones –provisionales y definitivas– del procedimiento penal ordinario.

Todo lo anterior deriva en perjuicio de la celeridad y flexibilidad que debería regir en las primeras etapas del proceso, entorpeciendo el funcionamiento del sistema de justicia penal acusatorio.

Relegación del análisis casuístico

Como se había comentado, uno de los efectos del establecimiento de la prisión preventiva oficiosa es la imposibilidad de dictar medidas cautelares distintas de esta, sin importar las características del caso concreto².

Lo anterior, sumado a una lógica de controles estrictos sobre las actuaciones ministeriales, supone que en la operación se generen escenarios proclives a la afectación desproporcional al derecho fundamental a la libertad.

² No se considera aquí el supuesto previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales: *Artículo 166. Excepciones.* Si bien en dicho supuesto el juez puede ordenar que la prisión preventiva se cumpla en el domicilio de la persona imputada o un centro médico o geriátrico, en tanto ambas figuras suponen la limitación de la libertad mediante el establecimiento de categorías normativas que desdénan el análisis casuístico, sólo varía el lugar de ejecución, tal como ha sido hecho notar en la Recomendación 29/2017 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Esto pues no obstante el principio de mínima intervención y el parámetro de proporcionalidad que deben orientar la imposición de medidas cautelares impuestas, en aquellos casos en que (en el marco de la oficiosidad) la prisión preventiva resulte claramente desproporcional, existe un obstáculo para no imponerla al preverse que: “ (...) el juez no impondrá la medida cautelar cuando así lo solicite el fiscal, siempre que este último cuente con autorización del titular de la Procuraduría o la persona en quien se delegue la facultad” (Código Nacional de Procedimientos Penales. Artículo 167).

Existe aquí una afectación doble: primero se prejuzga normativamente, relegándose la importancia de la valoración casuística y después se establecen obstáculos que entorpecen la posibilidad de acudir a la excepción frente al trámite oficioso.

Falta de incentivos para la profesionalización

Ahora bien, desde un enfoque distinto, inscritos en el marco de un sistema que depende de un estándar mínimo de acreditación y quedando a disposición del fiscal la clasificación jurídica de los hechos, no existen incentivos que fortalezcan la investigación que realizan la policía o las UMECAs; como tampoco lo hay para el desarrollo de las técnicas, habilidades y destrezas de litigación de los fiscales.

Es decir, en un escenario donde es más sencillo calificar jurídicamente el acontecimiento de determinados hechos a un supuesto jurídico que releve del deber de acreditar el riesgo procesal, no existen alicientes para identificar las áreas de oportunidad, evaluar las fortalezas y definir el camino que debe seguirse para profesionalizar a los operadores del sistema.

Prisión preventiva como indicador de eficiencia

Lo anterior se torna especialmente perverso cuando uno de los principales indicadores de efectividad de las fiscalías es el número de personas imputadas a quienes se ha dictado la medida cautelar de prisión preventiva, así como cuando el mismo es el centro del discurso criminológico de los servidores públicos.

Existe un aliciente perverso en dos aristas: los fiscales procuran obtener resoluciones que impongan prisión preventiva a como dé lugar (fuera de los parámetros de objetividad y lealtad); se privilegia la obtención de dicha medida frente a la conducción de una investigación profesional que procure obtener información y esclarecer los hechos.

Asímismo, como populismo criminológico, permite desviar la atención de la ineficiencia (o ausencia) de políticas públicas encaminadas a la prevención del delito, así como la falta de coordinación y capacitación para su combate, atribuyendo la responsabilidad a un ente etéreo como lo es el ‘sistema’ [de Justicia Penal Acusatorio].

Litigación efectiva de las medidas cautelares

Sin embargo, existen varios mecanismos que pueden ser hechos valer por las partes en un entorno tan hostil y tan proclive a la prisión, por lo que partiremos de una premisa: el juez de control necesita información que le garantice que, ante este entorno y las presiones sociales que se deducen de él, el imputado no es un riesgo y no generara ninguna situación de la que tenga que lamentarse posteriormente. Adicionalmente, los y las litigantes deberán tener en cuenta que la información de las UMECAs no es accesible para el juzgador, sino que

es un instrumento más que les proporcionará la capacidad de hacer valer la existencia o inexistencia de los citados riesgos.

En primer lugar, habrá que tener en cuenta la existencia de los riesgos y la necesidad de acreditarlos. Un riesgo procesal es una realidad que debe de ser probada mediante los mecanismos habituales de un sistema acusatorio y de manera convincente al estar en audiencia oral. Sin embargo, debido al momento procesal en el que estamos, no es necesario ni pertinente el desahogo de las pruebas en el sentido tradicional (interrogatorios e incorporaciones) sino que la mención a nivel de existencia de estas pruebas es suficiente (nivel de dato de prueba). Pero la inexistencia de la acreditación del riesgo debería generar la falta de necesidad y por lo tanto la impertinencia y la no imposición de la medida. Este es un primer debate que debe de ser propiciado por las partes, fundamentalmente por la parte defensora que es quien naturalmente debe atacar la inexistencia de un riesgo probado, evitando que el juzgador pueda caer en la tentación de soluciones automatizadas.

En segundo lugar, el debate de la proporcionalidad de la medida puede redituarse a ambos litigantes en una solución más idónea para sus intereses y los de sus representados. Aceptando que la fiscalía tiene una carga de representación de las víctimas además de el Estado, la medida más gravosa no es necesariamente la que mejor sirva a sus intereses. El Código Nacional tiene 14 medidas cautelares posibles que pueden satisfacer mejor a los implicados. Desde una perspectiva victimal, en gran número de ocasiones la proporcionalidad de la medida y el riesgo es filtrada por el interés de la víctima, la cual no se ve satisfecha con el imputado en prisión, tal como ocurre en los casos de violencia de género donde el imputado tiene obligaciones hacia los hijos de ambos que no va a poder satisfacer privado de su libertad. La identificación de estos intereses con

la proporcionalidad de la medida solo puede dar lugar a imposiciones más justas por parte del juez de control, si es que las partes las hacen valer debidamente. El uso de diagramas, esquemas y técnicas que gráficamente apoyen al juzgador a entender la proporcionalidad o desproporcionalidad de la medida puede ayudar al éxito de los litigantes.

En tercer lugar, existe una falta notoria de costumbre en la práctica mexicana de poder negociar de manera previa con la contraparte una solución más idónea. La mencionada carencia de investigación y el hecho de que prácticamente la totalidad de las detenciones son en flagrancia hacen que exista poco espacio temporal en el que poder negociar este tipo de medidas. Negociar en un entorno fuera de la sala de audiencia, sin la prisa y presión que una audiencia imponen, puede llegar a generar un suavizamiento en las posiciones encontradas que se suelen dar en estas situaciones. El litigio no se da en la sala únicamente, sino que debe darse y se prepara a lo largo de todo el caso.

Por último, ante la ausencia de UMECAS o de información exterior y de calidad, eso no debe implicar que no se deba obtener información sobre el riesgo propio o ajeno por parte de los litigantes. Las entrevistas con el entorno, con los familiares o la obtención de información pública o en entornos digitales nos pueden proporcionar datos sobre el riesgo real que haya sobre el imputado, ampliando o disminuyendo la percepción del mismo por el juzgador y por lo tanto, pudiendo solicitar una medida cautelar más idónea y más satisfactoria para todos los implicados.

En el caso de México, hay un largo camino que recorrer para que los distintos operadores del sistema puedan centrarse en un debate más amplio que la prisión preventiva como mecanismo de cumplimiento del proceso. La preferencia es clara, pero una nueva

generación de abogados formados en lógica y técnicas de litigación sin las taras del sistema anterior. Siempre y cuando México continúe con una apuesta decidida hacia una transición a un sistema verdaderamente acusatorio, sin prisión preventiva obligatoria y que respete la presunción de inocencia. ■

Referencias

ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario general N.º 27* de 2 de noviembre de 1999 párr 14 y 15. Nueva York.

CIDAC *Hallazgos 2016*. Publicado en mayo de 2017. Ciudad de México.

Secretario Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, *Consolidación del sistema de justicia penal*. Publicado en septiembre de 2017. Ciudad de México

De la Garza, I. *Razones a favor de la desaparición de la vinculación a proceso*. Publicado el 18 de marzo de 2017. Revista Nexos. Ciudad de México

Maltos, M.A. *El cuento de terror de Mancera*. Publicado el 17 de julio de 2017. Revista Nexos. Ciudad de México.