



Revista

Real PENAL

MÉXICO

25

julio • diciembre • 2024

ISSN 2007-4700 • e-ISSN en trámite

• SEGUNDA ÉPOCA •

La prisión preventiva oficiosa a través de la dogmática de los derechos fundamentales.

Fundamentos y desarrollo de su test de proporcionalidad

• **Arnulfo Daniel Mateos Durán** •

Investigador postdoctoral en el Instituto Tarello de Filosofía del Derecho en la Universidad de Génova, Italia. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestría y doctorado por la Universidad de Heidelberg, Alemania. Email: arnulfo.daniel.mateos.duran@edu.unige.it; orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2874-5288>. Agradezco al Prof. Martin Borowski por sus comentarios respecto a ciertas ideas presentadas en este texto. Igualmente, agradezco a la Dra. Carla Pratt, al Mtro. Armando Juárez Bribiesca y al Mtro. Mario Armando Sandoval Islas, por recomendarme jurisprudencia relativa a la prisión preventiva oficiosa. Todas las ideas y posibles errores dentro de este texto son responsabilidad del autor.

Resumen: La prisión preventiva es una medida cautelar que debido a su intensa intervención en los derechos a la libertad personal y la presunción de inocencia es considerada generalmente como una medida extraordinaria. Sin embargo, en el sistema jurídico mexicano existe la figura de la *prisión preventiva oficiosa*, la cual se ordena de manera oficiosa en cualquiera de los delitos dispuestos en el art. 19, párr. 2 de la Constitución mexicana. Esta aplicación inmediata condujo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a condenar al Estado mexicano por incumplir con sus obligaciones internacionales emanadas de la Convención Americana de Derechos Humanos. El objetivo de este trabajo consiste en armonizar la prisión preventiva oficiosa

Abstract: Pre-trial detention is a precautionary measure that, due to its intense interference in the rights to personal freedom and the presumption of innocence, is generally considered an extraordinary measure. However, in the Mexican legal system, there is the figure of *mandatory pre-trial detention*, which is automatically ordered for any of the offenses listed in art. 19, para. 2 of the Mexican Constitution. This immediate application led the Inter-American Court of Human Rights to condemn the Mexican State for failing to comply with its international obligations under the American Convention on Human Rights. The objective of this work is to harmonize mandatory pre-trial detention with the criteria of the Inter-American

con los criterios de la Corte Interamericana a partir de la configuración actual del sistema jurídico mexicano. Lo anterior será posible al establecer los fundamentos del *test* de proporcionalidad para esta medida cautelar y explicar su estructura. Todo esto, a través de las herramientas desarrolladas por la dogmática de los derechos fundamentales.

Palabras clave: prisión preventiva oficiosa, proporcionalidad, ponderación, *prima facie*, convencionalidad.

Court based on the current configuration of the Mexican legal system. This will be possible by establishing the foundations of the proportionality analysis for this precautionary measure and explaining its structure. All this, through the tools developed by the dogmatics of fundamental rights.

Keywords: mandatory pre-trial detention, proportionality analysis, balancing, *prima facie*, conventionality.

Fecha de recepción

03-06-2024

Fecha de aceptación

12-06-2024

Sumario:

1. Introducción
2. Análisis de la prisión preventiva oficiosa en la sentencia del caso *García Rodríguez y otros vs. México*
3. La prisión preventiva como una medida cautelar
4. El carácter "oficioso" de la prisión preventiva dentro del sistema constitucional mexicano
5. El examen de control constitucional en la prisión preventiva oficiosa
 - 5.1. Ámbito de protección
 - 5.2. Intervención
 - 5.3. La justificación constitucional (restricción constitucional)

6. Caso modelo

7. El efecto de la jurisprudencia de la CIDH en la ponderación

8. Conclusiones

9. Bibliografía

1. Introducción

Dentro de todo sistema jurídico existe un importante interés en la persecución estatal de los delitos cometidos por los individuos. Así, existen medidas cautelares como la *prisión preventiva* que tienen por objeto asegurar la investigación de ciertos delitos al establecer determinadas medidas que pueden afectar la libertad personal de la persona sujeta a un proceso penal. La prisión preventiva busca asegurar la consecución del proceso jurisdiccional del imputado al proceso penal a través de la privación de su libertad debido a un elevado peligro de fuga o posibles afectaciones para la víctima. Sin embargo, la intensidad de intervención en la libertad personal por parte de la llama-

da prisión preventiva *oficiosa* es tan invasiva y las causas de su aplicación tan variadas, que en la mayoría de los casos da como resultado una negación total de la libertad al procesado. Este es el caso del actual sistema constitucional mexicano.

El reconocimiento constitucional de la prisión preventiva oficiosa aplicada a los delitos del art. 19, párr. 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) ha dado lugar a una afectación grave en la libertad de un gran número de personas que actualmente se encuentran esperando una sentencia judicial dentro de prisión.¹ Esto no escapó al examen de control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ya que las características de la prisión preventiva oficiosa condujeron a que este tribunal condenara al Estado mexicano, en el caso *García Rodríguez y otros vs. México*² por incumplir con sus obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

La condena al Estado mexicano derivada de la sentencia *García Rodríguez y otros vs. México* continúa impactando en el sistema constitucional mexicano. Tanto es así que, como resultado del modelo de control cons-

titucional difuso existente en el sistema jurídico mexicano, han surgido diferentes criterios jurisdiccionales que buscan cumplir con los efectos de esta sentencia. Por un lado, algunos tribunales colegiados se decantan por inaplicar el art. 19, párr. 2 CPEUM con fundamento en la sentencia de la CIDH y el principio *pro persona*,³ mientras que otros órganos de control constitucional subrayan la prelación de las restricciones textuales contenidas en la CPEUM.⁴ Del mismo modo, derivado de la política de seguridad actual dentro del territorio mexicano, el Ejecutivo federal y un importante número de gobernadores de las entidades federativas han solicitado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que no elimine esta medida cautelar de la CPEUM por su inconventionalidad.⁵

La importancia de este estudio radica en que la justificación de la prisión preventiva

¹ Relativo a esto, véase la entrada del blog escrito Cortez, Edgar, La prisión preventiva como perversión de la justicia. *Blog del Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia A. C.*, publicado el 26 de abril de 2024. Disponible en: <https://www.imdhd.org/comunicacion/blog/la-prision-preventiva-como-perversion-de-la-justicia-penal/>

² CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

³ Por mencionar algunos criterios: Jurisprudencia IX.P. J/8 P (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 32, diciembre de 2023, t. IV, p. 3689; Jurisprudencia IX.P. J/5 P (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 32, diciembre de 2023, t. IV, p. 3674; Jurisprudencia IX.P. J/11 P (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 32, diciembre de 2023, t. IV, p. 3682.

⁴ Ejemplos: Tesis aislada II.30.P.60 P (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*; Jurisprudencia VII.10.P. J/2 K (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 33, enero de 2024, t. VI, p. 5801.

⁵ Herrera, Rolando, “Pide Conago a Corte mantener prisión preventiva”, *Reforma*, 6 de mayo de 2024; Morales, Alberto y Villa y Caña, Pedro, “Gabinete de Seguridad manda carta a la Corte con preocupaciones sobre prisión preventiva oficiosa”, *El Universal*, 16 de abril de 2024.

no solo cuenta con una base legal en su modalidad *justificada* (art. 135 Código Nacional de Procedimientos Penales), sino que su forma *oficiosa* está dispuesta de manera textual en el art. 19, párr. 2 de la CPEUM. A diferencia de la prisión preventiva justificada, el juez de control está obligado a ordenar la prisión preventiva oficiosa cuando se presente alguna de las causales contenidas en el art. 19, párr. 2 de la CPEUM, limitando de este modo cualquier test de proporcionalidad en la aplicación de esta medida cautelar para el caso concreto. Esta última modalidad de la prisión preventiva fue lo que condujo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a condenar al Estado mexicano por la incompatibilidad de tal figura con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Las dos modalidades de la prisión preventiva —oficiosa y justificada— son similares en su estructura, teniendo como diferencia importante el carácter cualitativo de la razón que justifica su aplicación, en otras palabras, entre más grave sea el delito, mayor peso tienen las razones que justifican su aplicación. Esto puede observarse claramente al revisar la lista de causales de aplicación de la prisión preventiva oficiosa dentro del art. 19, párr. 2 de la CPEUM. Sin embargo, lo anterior no significa que todos los delitos contenidos en el párrafo 2 del art. 19 de la CPEUM deban conducir necesariamente a la prisión preventiva (independientemente de si en este caso es de carácter oficiosa, como veremos más adelante) o que otros delitos no contenidos en dicha disposición, pero que en el caso concreto representan una afectación grave a otros bienes jurídicos legalmente tutelados, no ameriten la aplicación de la prisión preventiva.

Los delitos contenidos en el art. 19, párr. 2 CPEUM son delitos de alto impacto en la sociedad, por lo que el legislador constituyente decidió darles rango constitucional para ga-

rantizar su persecución. Lo anterior no debe interpretarse en el tenor de que la obtención de una sentencia condenatoria de estos delitos de alto impacto debe ser el objetivo de la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, sino que existe un interés calificado de que el proceso penal pueda desarrollarse sin inconvenientes evitando la fuga del sujeto al proceso. Todo esto produce importantes repercusiones dentro del test de proporcionalidad de ambas medidas cautelares —particularmente en la tercera grada, la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación—, ya que el peso de las razones que justifican aplicar la *prisión preventiva oficiosa* es mayor que las de la *prisión preventiva justificada* dentro de la ponderación con otros principios en colisión; lo que, no obstante, no significa que la prisión preventiva oficiosa no pueda ceder ante otros derechos en colisión en un caso determinado.⁶

En ese sentido, este trabajo tiene por objetivo proponer las etapas y la estructura del examen de control constitucional en la aplicación de la prisión preventiva oficiosa. Como ya se señaló, ambas modalidades son muy similares, lo que presupone que compartan los criterios a desarrollarse en este trabajo, teniendo como única diferencia principal la etapa de las restricciones constitucionales. Así, este trabajo tendrá la siguiente estructura: 1) se analizarán brevemente las características de la prisión preventiva oficiosa que son incompatibles con la CADH derivadas del caso *García Rodríguez y otros vs. México*; 2) se explicará de manera breve la medida cautelar de la prisión preventiva; 3) así, se ofrecerán argumentos para comprender el carácter “oficioso” de la prisión preventiva dispuesto

6 Esto se verá en el apartado 5.3.

en el art. 19, párr. 2 CPEUM; 4) a partir de esto, se realizará un examen constitucional de la libertad personal y los efectos de la prisión preventiva oficiosa en este derecho; 5) se describirá la estructura de la ponderación en los casos de aplicación de la prisión preventiva oficiosa a partir de un caso modelo; 6) con base en la estructura descrita, se analizarán los efectos de la jurisprudencia internacional, y 7) por último, se ofrecerán conclusiones sobre el tema.

Este es un ejercicio académico que busca dar una respuesta —a partir de la actual configuración del sistema constitucional mexicano, tomando como punto partida la sentencia *García Rodríguez y otros vs. México* y las herramientas ofrecidas por la dogmática de los derechos fundamentales— a los problemas derivados de la prisión preventiva oficiosa para los operadores jurídicos mexicanos, quienes se encuentran ante la disyuntiva de inaplicar la prisión preventiva oficiosa debido a su *inconveniencia* o aplicar sin mayor examen esta medida cautelar con base en una interpretación exegética de la Constitución.

2. Análisis de la prisión preventiva oficiosa en la sentencia del caso *García Rodríguez y otros vs. México*

En la sentencia del caso *García Rodríguez y otros vs. México* la CIDH estableció varios puntos generales relativos a la medida cautelar de la prisión preventiva y su lugar dentro del sistema interamericano de derechos humanos. La CIDH comienza señalando en su estudio que la adopción por parte de los Estados parte de la figura de la prisión preventiva no constituye una contravención a la CADH o a los tratados internacionales de derechos humanos en la medida en que se ajuste a los es-

tándares establecidos por el marco de protección ofrecido por estos instrumentos.⁷ En tanto la medida cautelar no sea arbitraria⁸ o afecte el derecho a la presunción de inocencia es justificada su aplicación, no obstante debe cumplir con los siguientes requisitos: a) deben presentarse los presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y la vinculación de la persona procesada a ese hecho; b) las medidas tienen que cumplir con las gradas del test de proporcionalidad, y c) la decisión que impone la prisión preventiva debe ser motivada de manera suficiente ajustándose a las condiciones de los puntos anteriores.⁹

La prisión preventiva es una medida cautelar y no una pena, su objetivo es servir como un medio que garantice el pleno de-

7 En palabras de la CIDH: “La prisión preventiva en sí misma no es contraria al Derecho Internacional de los derechos Humanos y constituye una medida que los Estados pueden adoptar siempre y cuando se ajusten a los requisitos convencionales”. Cfr., CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 154.

8 Aunque la medida cautelar esté contemplada por la ley, esto no es suficiente porque la medida cautelar no debe ser “arbitraria”; una medida no es arbitraria si cuenta con los elementos de “incorrección, injusticia e imprevisibilidad”. CIDH, *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, sentencia de 7 de noviembre de 2022 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 96. Véase también Casal Hernández, 2014: 189.

9 Cfr., CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 156.

sarrollo del proceso. Por esta razón, su aplicación debe ser extraordinaria. El carácter extraordinario de la prisión preventiva es congruente con la intensidad de intervención en el derecho a la libertad y la presunción de inocencia que ocasiona su aplicación, el cual es muy elevado.¹⁰ Por esta razón, la excepcionalidad de la prisión preventiva exige un mayor examen en su justificación constitucional para el caso concreto. Un punto importante, y que será algo que se analizará más adelante, es el requisito de un fin legítimo con el cual se justifique la aplicación de la prisión preventiva oficiosa. Como ya bien se mencionó, la prisión preventiva ni es una pena ni tampoco su finalidad es que el proceso concluya en una, sino que busca evitar cualquier interferencia que haga peligrar el proceso penal. Esto puede observarse ya desde el “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en la Américas” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual señala: “La prisión preventiva sólo tiene como fines legítimos el prevenir la fuga del acusado o que éste interfiera con el desarrollo apropiado del proceso” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013: 25).

Aunque exista un peligro procesal latente de afectación al proceso y esto pueda ser suficientemente justificado, ello no significa que la aplicación de la prisión preventiva no sea sometida a un examen constitucional/convencional. Conforme a los criterios de la CIDH, la imposición de esta medida cautelar en manos de la autoridad debe cumplir con los siguientes requisitos:

a) la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; b) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; c) 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 cuenten con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y d) 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.”

Los requisitos antes mencionados son una descripción clara de las gradas del test de proporcionalidad, por lo que se presupone que el test de proporcionalidad constituye un elemento indispensable en la aplicación de la prisión preventiva oficiosa. El vínculo de la excepcionalidad de la aplicación de prisión preventiva con el test de proporcionalidad será un elemento importante al momento de realizar el examen de control constitucional que justifique o no la aplicación de la prisión preventiva oficiosa.

Asimismo, la certeza en la comisión del delito es un elemento muy importante para justificar la aplicación de la prisión preventiva oficiosa. Ya que la misma CIDH ha señalado que la privación de la libertad no puede fundarse en meras sospechas. Esto ya lo había

¹⁰ Esto es un punto importante, el cual se reflejará dentro de la grada de proporcionalidad en sentido estricto, más concretamente en la fórmula del peso.

¹¹ CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 158.

puesto de manifiesto la CIDH en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador*:

Para esta Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.¹²

No obstante, aun cuando sea verificable la posible culpabilidad del detenido, la prisión preventiva no debe considerarse como una forma de garantizar la pena establecida en el tipo penal perseguido, sino un medio que permita asegurar la conclusión del proceso penal. Esto es congruente con lo que señala la CIDH en el mismo caso (y posteriores decisiones):

“Sin embargo, aún verificado este extremo, 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 [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”.¹³

La exigencia de una certidumbre suficiente al momento de justificar la prisión preventiva se repite en la sentencia *García*

Rodríguez y otros vs. México cuando la CIDH señala: “Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse su verificación en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto”.¹⁴ La certidumbre a través de la verificación de las circunstancias objetivas del caso es un punto importante que más adelante jugará un papel importante dentro del test de proporcionalidad, particularmente, en la proporcionalidad en sentido estricto.

Otro elemento importante que hace particularmente problemático el caso mexicano es el carácter *oficioso* de la prisión preventiva. En otras palabras, la aplicación de oficio de la prisión preventiva evita que el juez no pueda realizar un examen de las circunstancias del caso y simplemente tiene que ordenarla cuando se presente en el caso concreto uno de los delitos del listado del art. 19, párr. 2 de la CPEUM. Este elemento contraviene el necesario carácter *excepcional* de la prisión preventiva y elimina cualquier margen de decisión del juez al momento de conocer del caso concreto. Este problema no escapó del análisis de la CIDH cuando señala lo siguiente:

En el mismo sentido, esta Corte constata que el artículo 19 reformado de la Constitución mexicana, el cual establece que la autoridad judicial ‘ordenará la prisión preventiva, oficiosamente’ para ciertos delitos, adolece de las mismas problemáticas señaladas para el artículo 319 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México de 2000.

12 CIDH, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 103.

13 *Idem*.

14 CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 159.

[...] En ambas disposiciones legales, la preceptividad del instituto, además, limita el rol del juez afectando su independencia (porque carece de margen de decisión) y supone un acto que deviene exento de todo control real, al tener por motivación la mera aplicación de la norma constitucional, impidiendo al imputado controvertir los hechos o discutir el fundamento.¹⁵

Otro punto que menciona la CIDH, pero que en este estudio concreto no será analizado, es la interferencia de la prisión preventiva en el derecho a la igualdad derivada del trato desigual a los imputados de los delitos contenidos en el art. 19, párr. 2 de la CPEUM, respecto de otros delitos. Aquí solamente sería oportuno mencionar que este caso se centra en un trato discriminatorio fundado en una restricción textual contenida en la CPEUM. La disyuntiva entre si esta distinción representa una intervención intensa en el derecho a la igualdad o no depende del peso de las razones que justifiquen la aplicación de esta medida cautelar extraordinaria —una colisión del peso de las razones que justifican dicha intervención (materializada en la distinción) frente a las razones que argumentan que hay una lesión al derecho a la igualdad—. ¹⁶

Después de un breve análisis de los criterios establecidos por la CIDH en el caso *García Rodríguez y otros vs. México*, consideramos

que los siguientes puntos son de suma importancia para el propósito de esta investigación.

1. La prisión preventiva es una medida cautelar excepcional.
2. Con motivo de su excepcionalidad se exige el uso del test de proporcionalidad al momento de justificar su aplicación.
3. Debido a su intensa intervención en los derechos de libertad y presunción de inocencia, es exigible un alto grado de certidumbre en las circunstancias objetivas del caso concreto.
4. La prisión preventiva oficiosa niega un *margen de decisión* (margen de discrecionalidad) al juez, al imposibilitar un análisis de las características del caso concreto.

Los puntos antes mencionados serán el eje central del estudio que a continuación se desarrollará, puesto que todos estos criterios sirven como puntos rectores dentro la reconstrucción dogmática de la prisión preventiva oficiosa. Como ya se mencionó, el objetivo de este trabajo es elaborar un modelo del examen de la prisión preventiva oficiosa a partir de las herramientas ofrecidas por la dogmática de los derechos fundamentales y, sobre todo, justificar a nivel constitucional el test de proporcionalidad en esta medida cautelar.

3. La prisión preventiva como una medida cautelar

Antes de comenzar el examen dogmático de la prisión preventiva oficiosa, es necesario destacar su lugar dentro del sistema jurídico mexicano, particularmente, su finalidad dentro del sistema penal y en la persecución de los

¹⁵ CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 169-170.

¹⁶ Relativo a la estructura del test de proporcionalidad en los derechos de igualdad, véase Borowski (2023).

delitos. La prisión preventiva consiste en una medida cautelar que conduce a una pérdida provisional de la libertad del imputado en el proceso penal, hasta que se resuelva definitivamente su situación jurídico-penal por la probable comisión de un delito (Barajas Languren, Quintana Contreras y Barajas López, 2019: 30; Smolianski, 2020: 111). A diferencia de la prisión punitiva, la prisión preventiva no es una pena, sino una garantía para que el imputado no afecte el desarrollo del proceso penal. Esta medida es una de varias medidas cautelares reconocidas en el sistema penal mexicano, como podemos constatarlo en el art. 155 del CNPP. Conforme al art. 156 CNPP, el juez de control decidirá la aplicación de la medida cautelar correspondiente con base en la gravedad del supuesto de hecho del delito. La obligación del juez de observar el criterio de la *mínima intervención* conduce al uso del test de proporcionalidad —en su modalidad de derechos de defensa—¹⁷ para establecer si la medida cautelar elegida logra la consecución del fin legítimo perseguido con la menor intervención en los derechos fundamentales afectados; en este caso, el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia. Esto tiene sentido, porque el juez está obligado a considerar los argumentos de las partes y la justificación propuesta por el Ministerio Público. A

partir de los argumentos presentados, el juez tiene el deber de justificar cuál medida cautelar decide imponer al caso concreto, siempre considerando que la medida cautelar tenga la menor intensidad de intervención en la libertad. Este proceso de argumento-contrargumento refleja la estructura de la proporcionalidad, por lo que el test de proporcionalidad en la aplicación de las medidas cautelares es una parte inescindible.

Un punto característico de la prisión preventiva es el carácter excepcional derivado de su naturaleza de *ultima ratio* (Jiménez Ojeda, 2021: 134). En este sentido, su aplicación debe considerar la gravedad del delito y los bienes protegidos afectados por la posible comisión del delito. Esto implica que, entre más grave sea el delito, mayores son los motivos que justifiquen la aplicación de una medida cautelar que asegure el desarrollo del proceso penal. Por estas razones, la prisión preventiva debe contar con las siguientes características: excepcionalidad, verificación del mérito sustantivo, fin procesal (evitar fuga o entorpecimiento de la investigación) y proporcionalidad (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013: 47-50).

4. El carácter “oficioso” de la prisión preventiva dentro del sistema constitucional mexicano

A diferencia de la prisión preventiva justificada, la cual está regulada en el derecho infraconstitucional, la prisión preventiva oficiosa está dispuesta por el art. 19, párr. 2 de la CPEUM. En el caso de la prisión preventiva oficiosa no existe una mayor aclaración respecto a si el juez está obligado a conocer los argumentos del imputado o del Ministerio Público para decidir si otorga o no la prisión preventiva, sino que se establece un deber

¹⁷ El test de proporcionalidad en los derechos de defensa tiene como principio rector la *prohibición de la medida excesiva*, esto significa que, entre las posibles opciones de intervención en el derecho fundamental afectado, la autoridad estatal no puede elegir la medida que intervenga en mayor medida, sino aquella que no afecte o solo lo haga en menor intensidad, en comparación con otras medidas posibles, véase Borowski (2022: 334).

constitucional hacia el juez de control de ordenar la prisión preventiva cuando se presente algún tipo penal del catálogo de delitos contenido en el párrafo 2 del art. 19 CPEUM. Este carácter *oficioso* del art. 19, párr. 2 CPEUM es justamente una de las razones por la que la CIDH condenó al Estado mexicano por lesionar los derechos reconocidos en la CADH. Como bien señala la CIDH, la oficiosidad de la prisión preventiva niega cualquier margen de decisión por parte del juzgador, ya que la *oficiosidad* se ha interpretado con un carácter absoluto que niega cualquier margen de discrecionalidad al juez. Así, en la reconstrucción del test de proporcionalidad para la prisión preventiva oficiosa, debemos resolver si el carácter *oficioso* implica necesariamente la imposibilidad del juez de decidir si el caso concreto amerita la aplicación de esta medida, sobre todo, a través de un test de proporcionalidad. Por esta razón, valdría la pena señalar que el carácter oficioso de la prisión preventiva no estaría exento de alguna forma de flexibilización y, sin embargo, seguir conservando un deber para el juez de control que oriente a asegurar su aplicación para ciertos delitos. Aunque pueda sonar contraintuitivo, esto puede justificarse a través de varios argumentos.

Un primer argumento que podría mencionarse a favor de esta interpretación consiste en el efecto de los derechos fundamentales internacionales incorporados al sistema constitucional mexicano. Al incorporar tratados internacionales a su sistema jurídico, el Estado mexicano se compromete a cumplir con las obligaciones internacionales contraídas. Sin embargo, dentro de estas obligaciones internacionales, el respeto y la garantía de los llamados derechos fundamentales internacionales adquiere un mayor peso respecto de otras obligaciones internacionales debido a su carácter moral y legitimador (Mateos Du-

rán, 2023: 118). Dicho carácter moral se materializa generalmente en el alto rango con el que se incorporan estos derechos dentro de los sistemas constitucionales nacionales.¹⁸ El caso mexicano no es una excepción, ya que, a partir de la reforma constitucional del año 2011, los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano cuentan con rango constitucional.

La incorporación de los derechos fundamentales internacionales en los catálogos nacionales conduce generalmente a un amalgamamiento de las interpretaciones de los derechos fundamentales a nivel nacional (Mateos Durán, 2023: 124; Mateos Durán, 2023b: 253). Lo cual, dependiendo del rango de las disposiciones y el grado de apertura del sistema constitucional al derecho internacional, tiene como consecuencia una relativización de las restricciones estrictas constitucionales (Mateos Durán, 2023: 132; Mateos Durán, 2023b: 257). El sistema constitucional mexicano no es una excepción. El constituyente al incorporar los derechos fundamentales internacionales dentro del catálogo de la CPEUM no estableció una regla de prioridad de estos frente a los derechos fundamentales nacionales (u originarios), lo que conduce a un deber de armonización por parte de los operadores jurídicos en los casos de contradicción entre normas constitucionales (Mateos Durán, 2023: 132). Un intento de esto lo podemos observar en la tesis aislada I.40.P.16 P (11a.) del Cuarto Tribunal Colegiado en Ma-

¹⁸ Esto puede explicarse a través de la teoría de la transformación de los derechos humanos como derechos humanos en derechos fundamentales (derecho positivo). Relativo a esta teoría, véase Borowski (2022: 370 y ss).

tería Penal del Primer Circuito la cual, al armonizar el ordenamiento nacional con el internacional, busca justificar la posibilidad de que las partes puedan debatir la aplicación de la prisión preventiva oficiosa.¹⁹

Aunque ha sido citada en varias ocasiones, la C.T. 293/2011 es un criterio que contradice el impacto de los derechos fundamentales internacionales dentro del catálogo de derechos de la CPEUM y el sistema constitucional en general (Mateos Durán, 2023: 132). Como ya se señaló, al momento de incorporar los derechos fundamentales en la CPEUM, el constituyente no estableció una regla para la solución de las incongruencias entre los derechos fundamentales nacionales y los internacionales, por lo que una prioridad de las restricciones constitucionales no puede justificarse a nivel constitucional. Si bien se podría interpretar la parte final en el párrafo 1 del art. 1 de la CPEUM —“cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. [...]” — como una forma de establecer una cierta prioridad de las normas constitucionales nacionales frente a las internacionales, esta frase puede interpretarse también en el sentido de que los derechos fundamentales solo pueden ser limitados por otras normas de mismo rango, en especial, los derechos fundamentales internacionales (Mateos Durán, 2023:132).

Dejando de lado los efectos de los derechos fundamentales en el sistema mexicano, es posible considerar también un segundo argumento que justificaría una interpretación más flexible del carácter *oficioso* de la prisión

preventiva prevista en el art. 19, párr. 2 de la CPEUM. Este argumento no descansaría en el efecto del derecho internacional, sino que su fundamento se encontraría en el mismo sistema constitucional mexicano. El sistema constitucional mexicano va construyéndose a través de reformas constitucionales, la promulgación de leyes y criterios jurisprudenciales. Principios constitucionales, como el principio *pro persona*, conducen al entendimiento de un deber de todas las autoridades estatales y federales de acatar y estar vinculadas a los derechos fundamentales. Entre estas disposiciones, el párrafo 2 del art. 1 de la CPEUM puede ser de gran ayuda al establecer:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Con esta disposición, vinculada al art. 133 CPEUM, podría justificarse la vinculación de los derechos fundamentales a todos los actos de autoridad, incluso aquellos derivados de una competencia o un deber constitucional. En este sentido, el deber del juez de control de realizar un test de proporcionalidad en la prisión preventiva justificada en el CNPP es un indicio de la congruencia en todas aquellas medidas estatales con una fuerte intensidad de intervención en los derechos fundamentales. Por ello, a través de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico mexicano, puede justificarse una interpretación de la prisión preventiva oficiosa que conduzca a un examen del caso concreto por parte

¹⁹ Tesis aislada I.40.P.16 P (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 33, enero de 2024, t. VI, p. 6089.

del juez relativo a la aplicación de la prisión preventiva para los delitos contenidos en el art. 19, párr. 2 de la CPEUM. Así, el *principio de unidad constitucional* exige de los operadores jurídicos la necesaria armonización de la aparente contradicción que representa la prisión preventiva oficiosa respecto de otros principios contenidos en la CPEUM y leyes secundarias (Mateos Durán, 2023b: 259). Intentos de flexibilizar la prisión preventiva oficiosa ya pueden verse en la actividad jurisdiccional de los tribunales colegiados y juzgados. Aquí vale la pena mencionar que existe una tesis jurisprudencial (XXII.P.A. J/1 P 11a.),²⁰ la cual plantea la posibilidad aplicar un test de proporcionalidad aun cuando se trate de la prisión preventiva oficiosa. Para justificar dicho criterio se cita la tesis de jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 2a./J. 163/2017 (10a.)²¹ para que se practique un examen de interpretación más favorable de las restricciones de la CPEUM, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con todas las disposiciones de la CPEUM (interpretación sistemática).²²

Un último argumento que apoyarían una flexibilización de la prisión preventiva oficiosa puede encontrarse en la estructura misma de los derechos fundamentales, los cuales, salvo contadas excepciones, cuentan

con la estructura de principios. Los principios, a diferencia de las reglas, establecen pretensiones *prima facie*. Una obligación *prima facie* es un deber cuyo cumplimiento es exigido en la medida en que no existan razones de peso en contra que justifiquen su inaplicación (Ross, 2009: 18-19; Hare, 1991: 27 y ss.). Esta característica es visible en los derechos fundamentales, debido a que en algunos casos su satisfacción puede ceder frente a otras razones fundadas en otros derechos fundamentales, bienes constitucionales y la ley (reserva de ley). De este modo, la libertad personal del imputado puede ceder frente a las razones que justifican la prisión preventiva para el caso concreto, pero lo mismo puede suceder de manera inversa. Detrás de la prisión preventiva oficiosa hay principios constitucionales que entran en colisión con la libertad personal y el derecho a la presunción de inocencia. Estos últimos pueden ceder ante la libertad personal dependiendo de las características del caso concreto.²³ La justificación de la prioridad se lograría a través del test de proporcionalidad.²⁴ Si la prisión preventiva constituye por sí misma un derecho fundamental o un bien constitucional,

²⁰ Jurisprudencia XXII.P.A. J/1 P (11a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*. Libro 34, febrero de 20224, t. V, p. 4466.

²¹ Jurisprudencia 2a./J 163/2017 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*. Libro 49, diciembre de 2017, t. I, p. 487.

²² Otros intentos, pueden verse en la jurisprudencia IX.P. J/6 P (11a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*. Libro 32, diciembre de 2023, t. IV, p. 3684.

²³ Aunque la prisión preventiva oficiosa puede considerarse como una regla, detrás de ella existen principios, los cuales constituyen los bienes protegidos por los tipos penales considerados como razones para la aplicación de la prisión preventiva. Respecto a la posibilidad de ponderar principios detrás de determinaciones estrictas de la Constitución, véase Borowski (2009: 103 y 104).

²⁴ Véase en el mismo sentido, la jurisprudencia IX.P. J/201 P (11a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*. Libro 32, diciembre de 2023, t. IV, p. 3671.

se verá más adelante dentro del examen de control relativo a la aplicación de la prisión preventiva oficiosa.

De este modo, con base en los argumentos antes mencionados, es posible interpretar el carácter *oficioso* de la prisión preventiva como un deber *prima facie* por parte del juez de control en los casos que se presenten algunos de los supuestos de hecho del catálogo de delitos del art. 19, párr. 2 de la CEPUM. Esto implica que, al materializarse alguno de los delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa, el juez está obligado a considerar la prisión preventiva como primera medida cautelar posible para el caso concreto. No obstante, debido a su naturaleza como obligación *prima facie*, es posible que esta obligación ceda frente a otras razones que justifiquen su inaplicación. Así, se abre la puerta a que se consideren otras medidas cautelares, en las situaciones en las que no existan argumentos de peso que justifiquen su aplicación. El peso de las razones que justifiquen la aplicación o no de la prisión preventiva será determinadas por el caso concreto. Un criterio similar al aquí expuesto puede verse la jurisprudencia IX.P. J/5 (11a.), la cual señala:

[L]a autoridad jurisdiccional debe actuar “oficiosamente”, es decir, sin petición de parte, para someter a control horizontal la imposición de la medida cautelar y, cerrado el debate, ejercer su arbitrio para razonar el cumplimiento del test de proporcionalidad (fin legítimo, necesidad, idoneidad y estricta proporcionalidad), hecho lo cual, con la libertad de jurisdicción, de manera fundada y motivada, habrá de resolver lo que conforme a derecho proceda.²⁵

²⁵ Jurisprudencia IX.P. J/5 P (11a.), *Gaceta del*

La ventaja que ofrece esta reconstrucción de la *oficiosidad* de la prisión preventiva es que es congruente con la importancia que el constituyente exige al momento de imponer una persecución calificada a ciertos delitos en el art 19, párr. 2 CEPUM —que se traduce en la aplicación de una medida cautelar de fuerte intensidad de intervención, pero que al mismo tiempo asegura de manera certera que el imputado no ponga en peligro el proceso penal—,²⁶ pero a su vez es coherente con el actual sistema jurídico mexicano. Otro punto a favor de esta reconstrucción es que resulta compatible con el test de proporcionalidad, puesto que al igual que la prisión preventiva justificada, el juez estaría obligado a conocer los argumentos del imputado y del Ministerio Público, los cuales serían incluidos dentro del test de proporcionalidad.

5. El examen de control constitucional en la prisión preventiva oficiosa

Con base en el examen de Intervención-Restricción (*Eingriff-Schranken*),²⁷ la protección *prima facie* ofrecida por un derecho fundamental puede ceder ante una restricción con fundamento constitucional. En este sentido, como ya mencionamos, la obligación de ordenar la prisión preventiva oficiosa para los delitos que lo ameriten pueden ceder ante otras razones que justifiquen su no aplicación. No obstante, es aquí donde debemos

Semanario Judicial de la Federación. Libro 32, diciembre de 2023, t. IV, p. 3674.

²⁶ El porqué de este argumento es importante, se verá en el apartado 5.3.

²⁷ Relativo a este esquema, véase Borowski (2022: 81 y ss.).

aclarar que la prisión preventiva como tal no es un derecho fundamental, sino que es una medida cautelar extraordinaria que tiene por objetivo asegurar la investigación de ciertos delitos que afecten bienes protegidos. Este último punto merece especial atención, ya que existe un deber del Estado respecto de los bienes protegidos afectados por la comisión de los delitos en los que se ordena de oficio la prisión preventiva. Volveremos a este último punto en la etapa de la justificación constitucional, específicamente, dentro del test de proporcionalidad.

Por esta razón, nuestro estudio comenzará analizando el *derecho a la libertad personal*, el cual está protegido a nivel nacional por los artículos 16, 17, 18, 19 y 20 CPEUM. Debido a la incorporación de los derechos fundamentales internacionales contenidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, en la CPEUM, otras disposiciones que protegen la libertad personal son los arts. 5 y 7 de la CADH, el art. 9 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los art. I y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros instrumentos internacionales (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013: 14). Estas disposiciones vinculan a todas las autoridades del Estado mexicano debido a su rango constitucional.

El hecho de que empleamos el derecho a la libertad personal como punto de partida del examen se debe a que la aplicación de la prisión preventiva oficiosa es una forma de restricción constitucional que afecta la satisfacción de este derecho. En este sentido, la mayoría de los juicios de amparo promovidos contra la aplicación de la prisión preventiva oficiosa versan sobre sus efectos en la libertad personal del quejoso. La importancia y los efectos de la prisión preventiva oficiosa en el derecho a la libertad personal los anali-

zaremos en la etapa de la justificación constitucional (restricciones constitucionales). Igualmente, en la etapa de las restricciones se aclarará el papel del derecho fundamental a la presunción de inocencia dentro del test de proporcionalidad.

Así, utilizaremos en este trabajo el *modelo del derecho fundamental híbrido* (Mateos Durán, 2023: 125 y 126; Mateos Durán, 2023b: 253 y ss.). De acuerdo con este modelo, el derecho a la libertad personal en México es una “amalgama” de todas las disposiciones con rango constitucional que protegen ese derecho. De este modo, todas las etapas del esquema Intervención-R restricción (ámbito de protección, intervención, justificación constitucional) considerarán las herramientas aplicables en el sistema constitucional mexicano. Esto tiene como resultado que se considere el principio *pro homine* en la construcción del derecho híbrido dentro de las etapas de ámbito de protección e intervenciones.²⁸ Lo anterior implica que en el ámbito de protección se tomará en cuenta el mayor número de actos y situaciones jurídicas vinculadas con la libertad personal como protegidos *prima facie* y en la etapa de las intervenciones se exigirán los menores requisitos para calificar el acto de autoridad como una intervención/lesión a la libertad personal. En la etapa de

²⁸ Lo que significa que este principio no juega un papel tan relevante en la etapa de la justificación constitucional, especialmente, en el caso de colisión de derechos fundamentales, debido a que en estos casos cualquier resultado de la ponderación de principios será entendido como una interpretación *pro homine* en ese sentido. Relativo a los límites del principio *pro persona*, véase Mateos Durán (2023: 121 y ss).

las restricciones se considerarán todas las restricciones aplicables a la libertad personal contenidas en todos los derechos fundamentales nacionales e internacionales.

Sin embargo, es necesario destacar que el análisis del derecho a la libertad personal no será exhaustivo como lo requeriría un caso real. La razón detrás de esta decisión se debe a límites de espacio y al objetivo principal de este trabajo de reconstruir precisamente las etapas del test de proporcionalidad y la estructura de la ponderación en la prisión preventiva oficiosa.

5.1. *Ámbito de protección*

El ámbito de protección personal del derecho a la libertad personal protege a todas las *personas* como portadoras de este derecho fundamental conforme a todas las disposiciones antes mencionadas. El derecho general a la libertad comprende varios aspectos de la vida individual, pero es susceptible de ofrecer algunas formas de protección especializada que se materializan en facetas específicas de la libertad, por ejemplo, la libertad de expresión. En cuanto al ámbito de protección material, la libertad personal protege, en comparación con otros derechos de libertad (asociación, de tránsito, de trabajo, etc.), el aspecto corporal o físico del portador, es decir, la posibilidad de que el portador pueda moverse espacialmente. La CIDH parte igualmente de este entendimiento de la libertad personal al señalar:

En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico.

El derecho de la libertad personal es un derecho de defensa, por lo que la principal pretensión de este derecho es exigir la omisión de cualquier acto estatal que prive de la libertad física y de movimiento al individuo. Esta característica igualmente es reconocida por la CIDH:

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.²⁹

5.2. *Intervención*

Se considera un acto o medida estatal como una intervención en el derecho fundamental cuando la satisfacción del derecho se ve mermada o afectada por la vigencia o aplicación de dicho acto o medida. La intervención en la libertad personal se entenderá como cualquier medida estatal que resulte en la privación de la libertad (detención, apriamiento, custodia), es decir, cualquier acto restrictivo que limite la “capacidad deambulatoria ordinaria del individuo” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013: 55). Respecto a los criterios necesarios para considerar un acto estatal como una intervención, en el sistema constitucional mexicano parece bastar cualquier afectación fáctica a la libertad personal, independientemente de

²⁹ CIDH, Chaparro Álvarez y Lao Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 53.

si el acto estatal tiene como finalidad limitar la libertad personal. Lo anterior puede corroborarse al dar un vistazo a la Contradicción de Tesis 84/2019 de la Primera Sala de la SCJN:

De tal manera que la libertad personal no sólo se afecta a través de actos de autoridad que tengan como consecuencia directa privar al gobernado de la libertad personal, sino que tal afectación también surge con actos que delimiten, de alguna forma, su permanencia o modifiquen las condiciones en que tal privación continúe ejecutándose.³⁰

Respecto a la duración de la detención u obstaculización, para la CIDH la lesión al derecho a la libertad personal no requiere de una duración específica para considerarse como una intervención (Antkowiak y Gonza, 2017: 145).

5.3. La justificación constitucional (restricción constitucional)

En la etapa de la justificación constitucional se analiza si la intervención estatal cuenta con un fundamento en la ley (con base en una reserva de ley constitucional) o en una disposición de la CPEUM. Todo esto, en el entendido que el derecho a la libertad personal no es ilimitado debido a que puede ser susceptible de restricciones, particularmente, por la comisión de un delito que amerite una pena privativa de la libertad. En esta etapa se analizan las diferentes restricciones de los derechos fundamentales, entre estas, de particular mención, el test de proporcionalidad.

³⁰ Primera Sala, Contradicción de Tesis 84/2019, p. 9

Ejemplos de restricciones en la CPEUM podemos encontrarlos en sus arts. 16, 18 y 19, que establecen medidas restrictivas de la libertad personal. La misma CADH reconoce en el art. 7, numeral 2 la posibilidad de establecer restricciones a la libertad personal a través de las constituciones y leyes de los Estados parte. No obstante, en este punto vale la pena mencionar que el art. 7, numeral 3 CADH dispone que “[n]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”, lo que constituye un límite material a las restricciones contenidas en las normas constitucionales y leyes secundarias.³¹ Las medidas cautelares no son una excepción a esto, en palabras de la CIDH:

De este modo, para que respete la presunción de inocencia (artículo 8.2) al ordenarse medidas cautelares restrictivas de la libertad, es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención.³²

³¹ Jesús María Casal describe la función de la “arbitrariedad” dentro de la libertad personal protegida por la CADH: “La prohibición de privaciones ilegales de la libertad atiende a un criterio formal y procedimental, mientras que la prohibición de privaciones arbitrarias de la libertad responde a un criterio fundamentalmente material o sustancia. No basta que una detención sea conforme a la Constitución y las leyes de un país para considerarla lícita o legítima, ya que es preciso adicionalmente que esta normatividad se ajuste a principios materiales de razonabilidad o proporcionalidad” (Casal Hernández, 2014: 189).

³² CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas),

Así, es en este punto donde entra el test de proporcionalidad como un límite material de las restricciones constitucionales y legales. En el sistema constitucional mexicano se considera que el test de proporcionalidad cuenta con cuatro etapas: 1) fin legítimo; 2) idoneidad; 3) necesidad, y 4) proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.³³ No obstante, cuando se emplea el examen del esquema Intervención-Restricción, en la etapa de la justificación constitucional se analiza desde un inicio la existencia de un fin legítimo, en otras palabras, una justificación constitucional de la intervención estatal. En caso de que no exista dicho fin legítimo, el examen concluye con la inconstitucionalidad del acto de autoridad. En caso de existir un fin legítimo, se prosigue con las demás gradas de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto).

Sin embargo, la prisión preventiva no es una pena, sino un medio para garantizar el adecuado desarrollo del proceso penal. Así, el fin legítimo del Estado es justamente que el juez pueda dictar una sentencia, la cual no necesariamente debe concluir en una pena, sino que decide la situación jurídico-penal del imputado. Debido al rango constitucional de la libertad personal la justificación de su restricción debe tener un sustento constitucional, como sucede en el caso de la prisión preventiva dispuesta en el art. 19 CPEUM. No obstante, en el caso de la prisión preventiva oficiosa, la justificación de la aplicación de esta medida cautelar es el art. 19, párr. 2, enunciado 2 de la CPEUM. Gracias a la recons-

trucción del carácter *oficioso* de la prisión preventiva del art. 19, párr. 2, enunciado 2 CPEUM antes mencionada, puede justificarse constitucionalmente la realización de un test de proporcionalidad para la prisión preventiva oficiosa en el entendido de que constituye un deber *prima facie* del juez de control el realizar dicho examen antes de considerar otras medidas cautelares aplicables al caso concreto. De este modo, a continuación, realizaremos un breve estudio de las etapas del test de proporcionalidad en la prisión preventiva oficiosa.

5.3.1. Idoneidad

Una medida estatal es idónea en la medida que promueva en algún grado el fin legítimo perseguido por el Estado. En este caso la prisión preventiva es idónea para garantizar el desarrollo pleno del proceso penal. En esta etapa no importa si existen otras medidas cautelares que sean idóneas para asegurar el fin legítimo perseguido por el Estado. Generalmente en esta etapa no hay mayores problemas porque ciertamente la prisión preventiva es una medida idónea para la consecución del fin legítimo buscado por el Estado.

5.3.2. Necesidad

Una medida estatal se considera necesaria cuando de entre las diversas medidas idóneas disponibles la medida elegida por el Estado es aquella que logra la consecución del fin legítimo en el mayor grado posible, pero con la menor o nula intervención en otros derechos fundamentales o bienes constitucionales. Esto es explicado a continuación por Martin Borowski:

párr. 163.

33 Véase la tesis aislada 1a. CCLXIII/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 36, noviembre de 2016, t. II, p. 915.

El medio estatal M_E es *necesario*, cuando no hay un medio menos lesivo M_M . Un medio menos lesivo M_M es un medio alternativo en el sentido técnico de necesidad, con el cual la meta en cuestión P_i puede alcanzarse en al menos la misma medida, pero no es perjudicial o sólo de manera muy leve para los afectados. La grada de necesidad exige del operador jurídico el determinar los posibles medios alternativos y el examinar si en los hechos se trata de un “medio alternativo menos lesivo” en el sentido de necesidad. La afirmación de que un medio estatal M_E es necesario presupone, por lo tanto, la aseveración de que no existe un medio menos lesivo M_M . (Borowski, 2022b: 199)³⁴

En el caso de la prisión preventiva oficiosa tenemos al menos dos alternativas claras en esta etapa. La primera alternativa consiste en considerar que no es posible compararla con otras medidas cautelares puesto que la misma disposición (art. 19, párr. 2, enunciado 2 CPEUM) descarta otras medidas idóneas, y lo que impone es pasar inmediatamente a la siguiente grada del test, proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. En la segunda alternativa, la prisión preventiva oficiosa se compara con otras medidas cautelares aplicables al caso concreto. No obstante, estas dos opciones presentan problemas importantes para el test de proporcionalidad de la prisión preventiva oficiosa. La primera solución tornaría ociosa la grada de la necesidad, puesto que no existe manera de compararla con otros medios que puedan ser menos eficientes, pero al mismo tiempo menos lesivos al derecho a la libertad personal (otras medidas cautelares). La segunda alternativa, por

su parte, volvería inaplicable la prisión preventiva oficiosa, porque cualquier otra medida cautelar representaría una menor afectación del derecho a la libertad personal.³⁵

Aquí debemos mencionar nuevamente que existe un deber *prima facie* del juez de aplicar la prisión preventiva oficiosa y, como tal, puede ceder ante otras razones de peso dentro del caso concreto que justifiquen su no aplicación. Sin embargo, a diferencia de la grada de la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, en la grada de necesidad no se realiza ninguna ponderación de los medios estatales disponibles, como claramente lo menciona Borowski:

Dentro de esta decisión [necesidad - A.D.M.D.] no se lleva a cabo ninguna ponderación, en cambio, la promoción del fin estatal P_i , por parte del medio estatal y de todos los medios alternativos imaginables, se deberán poner en una escala ordinal—los elementos se ordenarán según la relación de “menor a”, “mayor a” e “igual a”—. Cada medio alternativo imaginable será examinado en cuanto a si promueve P_i en al menos la misma medida (“igual a” o “mayor a”), pero interfiera en el principio constitucional P_2 en menor medida (“menor a”). (Borowski, 2022b: 199)

Esta situación puede resolverse en el entendido de que debe realizarse a continuación una ponderación de todos los medios estatales disponibles—medidas cautelares— comenzando primero con la prisión preventiva oficiosa.³⁶ En la medida que la pri-

³⁴ El agregado es propio (A.D.M.D.) Trad. Libre.

³⁵ Justo por esta razón se considera una medida cautelar extraordinaria.

³⁶ Así se da por entendido que el requisito de la medida menos lesiva de la grada de nece-

sión preventiva oficiosa no supere la grada de proporcionalidad en sentido estricto, seguirá el examen con la siguiente medida cautelar que intervenga en menor medida y promueva en mayor medida el desarrollo del proceso penal. Así, hasta que la medida cautelar sujeta al test se considere proporcional y, por ende, constitucional. Este entendimiento de la prisión preventiva oficiosa dentro de la proporcionalidad es congruente con una estructura *prima facie*. Sin embargo, aunque la prisión preventiva oficiosa pueda superar las dos primeras gradas del test de proporcionalidad (idoneidad y necesidad) no significa que esta medida cautelar sea constitucional para el caso concreto. Por esta razón, es necesario agotar la última etapa, es decir, la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

5.3.3. Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

En esta etapa se deben ponderar los principios en colisión con rango constitucional. Así, en esta etapa se contraponen los argumentos y contraargumentos de cada uno los principios en cuestión del caso concreto. Al igual que en la prisión preventiva justificada,

sidad no se presenta en el caso de la prisión preventiva oficiosa. Una situación algo similar de la grada de necesidad puede observarse en el caso de los llamados “medios no menos lesivos, pero más eficientes”, en los cuales se considera la posibilidad analizar también en la grada de necesidad otros medios alternativos que tal vez no cumplan con el requisito de “menos lesivo”, pero son más eficientes, véase Borowski (2022b: 200 y ss.).

da, el juez está obligado a considerar los argumentos presentados por el imputado y el Ministerio Público dentro de la prisión preventiva oficiosa. A partir de estos argumentos y las características del caso, el operador jurídico podrá llegar a una conclusión que lo lleve a determinar si debe ordenar la prisión preventiva.

En este punto es necesario mencionar que debemos identificar cuáles principios constitucionales estarán en colisión. Por un lado, tenemos los derechos fundamentales de la libertad y presunción de inocencia, y por el otro, el fin legítimo del Estado de garantizar la persecución de delitos graves a través del desarrollo del proceso penal y proteger los bienes jurídicos afectados por la comisión de dichos delitos. Aunque es posible colocar dos principios en uno de los lados de la ponderación (derecho a la libertad y presunción de inocencia), e incluso ponderarlos frente a dos principios en el lado contrario (desarrollo del proceso penal y bienes jurídicos protegidos), en este caso, la ponderación se realizará solamente con la contraposición de dos principios: el derecho a la libertad frente al derecho a la protección de los bienes protegidos afectados por la comisión de los delitos contenidos en el art. 19, párr. 2 CPEUM. Esto se explicará a continuación con mayor detalle.

En el caso de la presunción de inocencia, aunque es cierto que la privación de la libertad del imputado dentro de la prisión preventiva podría verse como una pena y, por ello, considerarse como una intervención al derecho a la presunción de inocencia, esto no necesariamente implica que se haya demostrado la responsabilidad penal del imputado, puesto que ello solamente es jurídicamente factible mediante el pronunciamiento de una

sentencia condenatoria.³⁷ En este sentido, la presunción de inocencia se ve afectada en la medida que se concrete la pérdida material de la libertad, por lo que una afectación al derecho de presunción de inocencia es una consecuencia derivada de la afectación al derecho a la libertad. Lo anterior no implica que tal derecho carezca de importancia al momento de realizar la ponderación, sino que constituye un argumento más que refuerza el peso de las razones que justifican la prelación del derecho a la libertad personal dentro del caso concreto.

Respecto al deber del Estado de garantizar la persecución de los delitos a través del aseguramiento del proceso penal, aquí debemos señalar que dicho fin no puede por sí solo justificar en todos los casos una inter-

vención tan intensa en el derecho a la libertad. El peso abstracto en sí de la persecución de los delitos no es tan elevado que, por ello, conduzca a la aplicación generalizada de la prisión preventiva. Una muestra de esto es el art. 155 CNPP, el cual contempla las diferentes medidas cautelares a disposición del juez, y el art. 156 CNPP, que dispone la proporcionalidad de las medidas cautelares. Estos dos artículos demuestran que el fin legítimo de la persecución de los delitos no amerita en todos los casos la aplicación de la prisión preventiva, debido a que existen otras medidas que pueden satisfacer este fin. Sin embargo, ¿qué sucede con la prisión preventiva oficiosa contenida en el art. 19, párr. 2 CPEUM? Aquí es necesario dirigir nuestra mirada a las causas de la prisión preventiva oficiosa, es decir, el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa. El catálogo de delitos que el legislador constituyente estableció para la aplicación de la prisión preventiva oficiosa puede interpretarse en el sentido de que, además del fin legítimo de la persecución de los delitos, también existe detrás del tipo penal un bien jurídico que exige una mayor protección constitucional y que requiere un mayor aseguramiento del proceso penal.

El criterio anterior puede parecer carente de significado particular al momento de ponderar los principios en colisión, no obstante, tiene una gran relevancia y es coherente con toda la construcción que se ha venido desarrollando en este trabajo. Esto se debe a que gracias a este entendimiento podemos ponderar frente al derecho a la libertad no solo el deber general de la persecución de delitos y de aseguramiento del proceso penal, sino la afectación de los bienes protegidos detrás de los tipos penales listados en el art. 19, párr. 2 CPEUM. Esto produce efectos de relevancia dentro de la ponderación, puesto que el peso abstracto del principio

37 En este mismo sentido, Luis Blaimir Palacios Mosquera señala: “Para finiquitar conviene resaltar que aunque desde una perspectiva constitucional puede justificarse con cierta ‘comodidad’ la compatibilidad entre presunción de inocencia y detención preventiva, lo cierto es que el diseño legal de la institución y su dinámica en la praxis judicial genera variados cuestionamientos, pues a menudo se abandona la naturaleza cautelar de la prisión provisional para atribuirle funciones punitivas sólo entendibles bajo la vigencia de una reprochable presunción de culpabilidad. Por lo tanto, si de algo ha de servir el considerar a la presunción de inocencia como el principio clave del régimen de la prisión preventiva y no como un puro mito procesal, es imperioso que las autoridades legislativas y jurisdiccionales desarrollen sus competencias en el sentido de evitar la utilización de esta herramienta cautelar como un castigo anticipado” (Palacios Mosquera, 2018: 38). En el mismo sentido, Smolianski (2020: 123).

que se contrapone a la libertad puede variar dependiendo del delito cometido, es decir, delitos como la desaparición forzada o violación tendrán un mayor peso abstracto que otros ilícitos como delitos electorales o ejercicio abusivo de funciones.

De este modo, tipos penales que criminalicen delitos que afecten en gran medida la dignidad humana, por ejemplo, trata de personas, tendrán un mayor peso abstracto y la intensidad de su incumplimiento será mayor que en la comisión de otros delitos que, si bien son importantes debido a su mención por parte del constituyente en el art. 19, párr. 2 CPEUM,³⁸ pueden existir razones que justifi-

quen la inaplicación de la prisión preventiva para el caso concreto y se consideren otras medidas cautelares. Esto no presupone que en delitos con un menor peso abstracto no sea posible ordenar la prisión preventiva, ya que otros elementos probatorios ofrecidos por el Ministerio Público pueden demostrar la existencia de un peligro procesal real de sustracción de la acción de la justicia del imputado o afectar de alguna manera el desarrollo del proceso, incluso, para proteger a la víctima o víctimas del delito. A diferencia de otros delitos similares en la legislación penal secundaria, el peso abstracto y la intensidad de intervención será mayor en los delitos del listado del art. 19, párr. 2, enunciado 2 CPEUM—lo anterior, con miras en la posibilidad de justificar la prisión preventiva en otros delitos conforme a los criterios establecidos por la ley secundaria, por ejemplo, los arts. 155 y 156 del CNPP—. El que los delitos del art. 19, párr. CPEUM puedan tener un peso abstracto diferente no constituye una alteración de la voluntad del constituyente que instauró la prisión preventiva oficiosa en la CPEUM, puesto que en el examen del caso concreto, el juez de control está obligado a verificar primero la proporcionalidad de la prisión preventiva oficiosa cuando se presenten los delitos del listado del art. 19, párr. CPEUM, antes de considerar otras medidas cautelares proporcionales al caso concreto.

Después del desarrollo anterior, podemos concluir que, en la ponderación de los derechos en colisión, en el caso de la prisión preventiva oficiosa, los principios en colisión son el derecho a la libertad personal y el

³⁸ Esto se debe a que el art. 19, párr. 2 CPEUM es un ejemplo de la moral positiva que existe en el sistema jurídico mexicano. Sobre el concepto de moral positiva, véase Borowski (2022: 165). En este punto Alejandro Nava Tovar, al analizar los aportes de la teoría hegeliana a la pena, menciona el estrecho vínculo entre la sociedad y las penas contenidas en el derecho: “La conformación de las sociedades modernas pasa, necesariamente, a través de la identidad normativa del derecho penal con sus ciudadanos. Estos tienen el deber de no defraudar las expectativas compartidas del sistema jurídico, y solamente así la pena cumple con el mantenimiento de estas expectativas, a saber, la vigencia de las normas” (Nava Tovar, 2023: 158). Asimismo, él señala: “En efecto, la política criminal lleva a cabo una labor selectiva de prioridades relevantes en materia penal, con el objetivo de establecer penas o medidas de seguridad de acuerdo con las necesidades sociales. Esta selección de prioridades relevantes, que pueden enfatizar tanto en la protección de todos aquellos objetos que son legítimamente protegibles por las normas penales, es decir, bienes jurídicos (*Rechtsgüter*), como evitar el daño

a la validez de las normas en las sociedades (*Normgeltungschadens*), buscan darle sentido al sistema penal” (Nava Tovar, 2021: 92).

aseguramiento del proceso penal fundado en el bien jurídico protegido en el listado del art. 19, párr. 2 CPEUM. Para lograr un mejor entendimiento de la ponderación antes descrita, a continuación, presentaremos el siguiente caso hipotético para demostrar cómo se llevaría a cabo la ponderación dentro de la prisión preventiva oficiosa.

6. Caso modelo

Supongamos que *A* fue detenido por la probable comisión del delito de feminicidio cometido contra *B*. A diferencia de la prisión preventiva justificada, en este caso el juez debería ordenar la prisión preventiva oficiosa, por tratarse de un ilícito contenido en el listado de delitos que ameritan prisión preventiva contenido en el art. 19, párr. 2, enunciado 2 de la CPEUM. Sin embargo, con base en la estructura desarrollada en este trabajo el juez tiene una obligación *prima facie* de ordenar la prisión preventiva oficiosa para *A*, la cual puede ceder ante otras razones de peso. En este sentido, el juez de control tiene que realizar un test de proporcionalidad, que, en el caso de la prisión preventiva oficiosa, lo conduce a una ponderación de los derechos en colisión. El juez de control debe recabar toda la información aportada por el Ministerio Público y el imputado para poder decidir la procedencia de la prisión preventiva en el caso concreto. El imputado no fue detenido en flagrancia, pero de acuerdo con las investigaciones del Ministerio Público existe una alta probabilidad de que *A* se susstraiga del proceso penal y que represente un peligro para la familia de la víctima con base en antecedentes de otras formas de violencia de género por parte del imputado. En el caso de feminicidio, la autoridad tiene un deber de investigar si existieron situaciones de

violencia de género o vulnerabilidad en la víctima por cuestiones de género.³⁹ El feminicidio constituye un delito de alto impacto en el sistema jurídico mexicano y en la sociedad. El peso abstracto de los bienes protegidos —el derecho a la vida, a la dignidad humana, el derecho de la mujer a una vida libre de violencia y el derecho a la igualdad (perspectiva de género)— por este tipo penal es elevado y esto puede observarse en la legislación secundaria (por ejemplo, el art. 325 del Código Federal Penal). Este delito a su vez considera diversas formas de interseccionalidad —por ejemplo, si la víctima fue menor de edad o esté embarazada—, lo cual aumentaría el peso abstracto del bien jurídico protegido. En nuestro caso, la víctima *B* es una menor de edad. Así, el juez de control debe ponderar las razones que justifican la aplicación de la prisión preventiva oficiosa y considerar todos los argumentos a favor y en contra de su aplicación.

Así, emplearemos ahora la fórmula del peso desarrollada por Robert Alexy para explicar de manera breve la ponderación que debe realizarse en este caso. La estructura de la fórmula es la siguiente (Alexy, 2021: 171-172):

39 Este deber ya lo ha señalado la SCJN: “Con base en los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, cuando se investigue la muerte violenta de una mujer, los órganos investigadores deben realizar su investigación con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método para verificar si existió una situación de violencia o vulnerabilidad en la víctima por cuestiones de género”. Tesis aislada de la Primera Sala 1a. CLXI/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*.

$$PR_{i,j} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot F_i}{I_j \cdot P_j \cdot F_j}$$

PR_{i,j}: Peso relativo

I_i: Intensidad de la intervención en P_i

I_j: Intensidad de los efectos negativos por la omisión de la intervención en P_j

P_i y P_j: Pesos abstractos de los principios

F_i y F_j: Certeza o fiabilidad de las premisas

La fórmula tiene fines de exposición al señalar los criterios importantes que deben considerarse y el mismo caso concreto ofrece la justificación externa de los valores para determinarlos. La fórmula no sustituye a la argumentación que el juez de control debe realizar al momento de ordenar o no la prisión preventiva oficiosa. Los valores son dados por el caso concreto, la jurisprudencia existente y una interpretación sistemática del sistema jurídico en cuestión.

Sobre las bases expuestas, podemos asignar los siguientes valores⁴⁰ a los princi-

pios en colisión. Por un lado, el derecho a la libertad (P_i) es un derecho fundamental que cuenta con un importante peso abstracto (P_i) en el sistema constitucional mexicano, pero que, sin embargo, es susceptible de ser limitado por otros principios,⁴¹ por lo que le asignamos un peso con un valor de (sm, 128), mientras que la intensidad de afectación (I_i) en caso de ser aplicada la prisión preventiva oficiosa es alto con un valor (sm, 128) —en el entendido de que todavía no es una pena—, la certidumbre o fiabilidad de las premisas (F_i) de la posible afectación a este derecho es elevado, puesto que la aplicación de la prisión preventiva oficiosa tiene un daño certero a la libertad (1). Mientras que, por el otro lado,

peso son expresados como valores de una secuencia geométrica en lugar de una secuencia aritmética. Mientras que una secuencia aritmética para la escala triádica sería 1, 2, 3, y para la escala triádica doble 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, la secuencia geométrica para la escala triádica es 2⁰, 2¹, 2² (1 – 2 – 4) y para la escala triádica doble 2⁰, 2¹, 2², 2³, 2⁴, 2⁵, 2⁶, 2⁷, 2⁸ (1 – 2 – 4 – 8 – 16 – 32 – 64 – 128 – 256). Esto merece una reconstrucción del peso desproporcionalmente creciente por el incremento de la no satisfacción de los principios. Los valores de “I_i”, “I_j”, [“P_i”] y [“P_j”], son expresados en estas secuencias geométricas. El incrementar la no satisfacción y el peso abstracto implica incrementar el peso del principio relevante. Esto ha llevado a Alexy a emplear una escala geométrica algo diferente para [“F_i”] y [“F_j”], a saber, 2⁰, 2⁻¹ y 2⁻² (1 – 0,5 – 0,25) para la escala triádica” (Borowski, 2022: 331).

40 Borowski explica a continuación la doble escala triádica usada por Alexy: “[Alexy] propone la escala triádica, la cual distingue solamente tres valores, ‘ligero’ (l), moderado (m), y ‘serio’ (s). En contextos en donde una escala más fina es posible, la escala triádica puede ser extendida a una doble escala triádica. Esto conduce a la distinción de nueve valores, ‘ligero-ligero’ (ll), ‘ligero-moderado’ (lm), ‘ligero serio’ (ls), ‘moderado ligero’ (ml), ‘moderado-moderado’ (mm), ‘moderato-serio’ (ms), ‘serio-ligero’ (sl), ‘serio-serio’ (ss)”. (Borowski, 2022: 330). Respecto a los valores: “Los valores en la fórmula del

41 Una prueba de ello es que figura en la lista de derechos que no pueden ser suspendidos o restringidos conforme al art. 29 CPEUM, véase Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013: 27 y 28).

la protección de los bienes jurídicos a través de la garantía de delitos de alto impacto, en este caso el feminicidio (P_j), es el derecho a la vida y la integridad de las mujeres, y cuenta con un peso abstracto (P_i) elevado de (ss, 256), mientras que la intensidad de afectación en este principio, debido a la naturaleza del mismo, por la inaplicación de la prisión preventiva es también alto (sm, 128) y, por último, con una fiabilidad de las premisas normativas e empíricas de “certeras” (1) — esto implica, que existen pruebas suficientes que demuestren que el imputado puede fugarse—. Así la ponderación se vería de esta forma:

$$PR_{i,j} = \frac{128 \cdot 128 \cdot 1}{128 \cdot 256 \cdot 1} = 0,5$$

Cuando el resultado del cociente es menor a 1, esto significa que el principio P_i tiene precedencia en el caso concreto. Esto implica que el bien protegido que amerita prisión preventiva oficiosa tiene prioridad, por lo que debe aplicarse la medida cautelar. Supongamos que, en el mismo caso, las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público no son convincentes o de plano no tienen ninguna carga probatoria importante que demuestre que existe la posibilidad de que el imputado se sustraiga del proceso penal o represente un peligro para la familia de la víctima. Lo anterior puede suceder cuando hay indicios de tortura o demora en la presentación del imputado ante el juez. Así, la variable F_j cambiaría su peso dando el siguiente resultado:⁴²

⁴² El porqué la certidumbre de las premisas

$$PR_{i,j} = \frac{128 \cdot 128 \cdot 1}{128 \cdot 256 \cdot 0,25} = 2$$

Aquí el cociente es mayor a 1, por lo que el principio P_i tiene prioridad, lo quiere decir que el derecho a la libertad tiene prioridad y por ello la prisión preventiva es inconstitucional para el caso concreto. En cambio, si las pruebas del Ministerio Público tienen una carga probatoria plausible, porque no hay una suficiente certidumbre de que el imputado se sustraiga del proceso penal, entonces el resultado es el siguiente:

$$PR_{i,j} = \frac{128 \cdot 128 \cdot 1}{128 \cdot 256 \cdot 0,5} = 1$$

En este caso tenemos un empate entre los dos principios. Aquí se da el caso conocido como *discrecionalidad en la ponderación* (Borowski, 2022: 333) lo que quiere decir que la medida estatal (prisión preventiva) no es desproporcional, dando discrecionalidad al juez de control para decidir si la ordena o no.

empíricas y normativas altera el peso de los demás criterios es explicado a continuación por Martin Borowski: “Mientras más inciertas sean las premisas empíricas y normativas relevantes en la ponderación que será llevada a cabo, entonces se volverá más bajo el peso del principio en cuestión. Esto puede ser crucial para interferencias severas con principios con un alto peso abstracto, en las cuales no hay certeza de que, desde el punto de vista empírico, la interferencia realmente tendrá lugar”. (Borowski, 2019: 91).

7. El efecto de la jurisprudencia de la CIDH en la ponderación

Un elemento que requiere un especial análisis es el efecto de la sentencia condenatoria *García Rodríguez y otros vs. México* en el ordenamiento jurídico mexicano. Los efectos de esta sentencia han tenido una fuerte repercusión en los criterios jurisdiccionales en México. Aunque es indudable la importancia de esta sentencia para el entendimiento y la aplicación de la prisión preventiva, surge la pregunta de cómo se puede incorporar el efecto de dicho criterio dentro del modelo antes presentado. En este punto es cuando entran al escenario los principios formales. A diferencia de los principios materiales, que son objeto de mandatos de optimización (Alexy, 2022: 77 y ss.) relativos a los principios detrás de los derechos fundamentales, los principios formales se refieren a la fuerza de vinculación de decisiones autoritativas pasadas (Borowski, 2019: 92 y ss.). En este caso, se refieren al nivel de vinculación de decisiones pasadas —pronunciadas por el legislador nacional o un tribunal internacional— dentro de la ponderación llevada a cabo por el juez de control. De entre los diversos modelos de los principios formales (Borowski, 2022: 335 y ss.) en este trabajo emplearemos el *modelo de combinación ampliado* (Mateos Durán, 2023: 130), congruente con el modelo del *derecho fundamental híbrido*. Aquí se agregan dos principios formales *PFL* (principio formal a favor de las decisiones del legislador democrático) y *PFI* (principio formal a favor de las decisiones de tribunales e instituciones internacionales).⁴³ En este modelo,

el principio formal (*PFI*) se colocará de lado del principio en colisión que tuvo prioridad en la ponderación del tribunal internacional (CIDH). Esta *fórmula del peso ampliada* o también denominada *ponderación convencionalizada* tendría la siguiente estructura:⁴⁴

$$PR_{i,j} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot F_i + P_{FL}}{I_j \cdot P_j \cdot F_j + P_{FI}}$$

Esto quiere decir, que la condena al Estado mexicano en el caso *García Rodríguez y otros vs. México* sería un argumento a favor del derecho a la libertad personal y de no aplicar la prisión preventiva. El valor de *PFL*⁴⁵ sería el más alto debido a que es una sentencia condenatoria directa al Estado mexicano, aunado a la existencia de jurisprudencia de la CIDH sobre la regulación de la prisión preventiva. Este peso adicional tiene un papel muy importante en los casos donde existe un “empate” de los principios en colisión. A continuación, podemos ver un ejemplo de cómo alteraría el principio formal el caso del empate:

⁴³ Relativo a esto, véase Mateos Durán (2023: 130 y 131).

⁴⁴ Esta estructura se refiere a la segunda variante de fórmula general, la cual dependiendo del orden de los principios en la colisión y del efecto de los principios formales en uno o los dos principios en colisión, la fórmula puede tener cuatro variantes. Al respecto, véase Mateos Durán (2023b: 130 y 131); Mateos Durán (2023b: 286).

⁴⁵ Los valores de P_{FL} pueden ser los mismos aplicados a los principios materiales (1 – 2 – 4 – 8 – 16 – 32 – 64 – 128 – 256). Al final del día, depende de que tan fina sea la escala de los valores que busca representar.

$$PR_{i,j} = \frac{128 \cdot 128 \cdot 1 + 256}{128 \cdot 256 \cdot 0,5} = 1,01$$

Como se puede observar, los criterios jurisprudenciales de la CIDH juegan un papel importante al momento de examinar la proporcionalidad de las medidas sujetas al control constitucional a nivel nacional. En el caso de la prisión preventiva oficiosa, el principio formal a favor del legislador nacional (*PFL*) tiene un valor de 0, puesto que no juega un papel determinante en la medida que la prisión preventiva oficiosa está dispuesta textualmente en la CPEUM, lo cual se refleja ya en el peso abstracto (P_j) del principio material detrás de los delitos previstos en el art. 19, párr. 2 CPEUM. Si en el futuro el legislador nacional, junto a una amplia participación ciudadana, establece requisitos más precisos para la aplicación de la prisión preventiva oficiosa —por ejemplo, requisitos de prueba más estrictos por parte del Ministerio Público que conduzcan a una mayor certidumbre relativa a la probable fuga del imputado o afectaciones a las víctimas del delito—, esto puede ser un argumento para su peso dentro de la fórmula en el principio formal *PFL*.

Gracias a esta estructura, en las tres variables del caso concreto antes mencionado, la prisión preventiva fue aplicable solamente cuando la certeza de afectación de los bienes protegidos por el delito de feminicidio, debido al alto peligro de fuga, era alta. En los demás casos (una certeza baja y certeza plausible), el derecho a la libertad personal tuvo prioridad. Aquí vale la pena mencionar que el delito del caso modelo es un delito de alto impacto social y gran importancia dentro del sistema jurídico mexicano, por lo que su peso abstracto es muy alto. Lo que significa que, en otro tipo de delitos con un menor peso o

con circunstancias del caso que no justifiquen el uso de la *ultima ratio* del Estado, las razones para aplicar la prisión preventiva oficiosa son menores, dando un mayor peso a la libertad personal. Así, a través del modelo antes planteado es posible caracterizar a la prisión preventiva como una medida extraordinaria, debido a que su uso solamente podrá ser constitucionalmente justificado en delitos de alto impacto y con una alta carga probatoria por parte el Ministerio Público.⁴⁶

8. Conclusiones

El modelo antes desarrollado está encaminado a lograr una compatibilidad del sistema constitucional mexicano con los criterios jurisprudenciales de la CIDH relativos a la prisión preventiva oficiosa. A partir de la nueva interpretación de la prisión preventiva oficiosa como una obligación *prima facie* susceptible del test de proporcionalidad, es posible solucionar dos de los problemas planteados por la CIDH en el caso *García Rodríguez y otros vs. México*: la excepcionalidad de la prisión preventiva oficiosa y la falta de un margen de decisión por parte del juez de control. Lo anterior, porque abrir la puerta a la proporcionalidad conduce necesariamente al estudio de las circunstancias jurídicas y empíricas del caso concreto, lo cual, como el caso hipotético antes analizado, establece una fuerte carga probatoria para el Ministerio Público al momento de ponderar las razones a favor o en contra de la aplicación de la prisión preventiva.

⁴⁶ Sobre el deber de investigación de los cuerpos policiales y de investigación, véase Oblitas Villalobos (2022, 404-405).

Del mismo modo, el modelo aquí expuesto no requiere de un cambio sustancial de las disposiciones vigentes —al momento de redactar este artículo— en el sistema mexicano. Varias de las ideas aquí planteadas son compatibles con la actual configuración jurídica y, sobre todo, son constitucionalmente justificables. Si la sentencia condenatoria del caso *García Rodríguez y otros vs. México* conduce posteriormente a una reforma constitucional o si la SCJN decide invalidar dicha medida cautelar de la Constitución por su inconveniencia, son circunstancias que sobrepasan los fines de este trabajo. El modelo antes presentado puede ser útil para lidiar con otras restricciones problemáticas dentro del sistema constitucional mexicano, por ejemplo, el arraigo. En tanto la CPEUM no establezca una prioridad de los derechos fundamentales internacionales incorporados en el sistema constitucional mexicano, no es posible inaplicar de manera permanente una norma constitucional a través del derecho internacional incorporado con rango constitucional (Mateos Durán, 2023: 131 y ss.). Esta función únicamente le corresponde al legislativo con facultades de constituyente. Lo anterior no significa que no sea posible inaplicar la prisión preventiva oficiosa en ciertos casos, puesto que el modelo aquí presentado puede permitir que la prisión preventiva oficiosa se convierta en la práctica realmente en una verdadera medida cautelar extraordinaria, pero, a su vez, servir como un medio eficaz para la investigación de los delitos que afectan en gran medida a la sociedad mexicana.

9. Bibliografía

- Alexy, Robert. 2022. *Teoría de los derechos Fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, Robert. 2021. *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press.
- Antkowiak, Thomas M. y Gonza, Alejandra. 2017. *The American Convention on Human Rights*. Nueva York: Oxford University Press.
- Barajas Languren, Eduardo, Quintana Contreras, José de Jesús y Barajas López, Lourdes Jacqueline. 2019. El actual sistema de justicia penal y su influencia en la prisión preventiva, en Barajas Langurén, Eduardo y Quintana Contreras, José de Jesús (comp.), *Reflexiones en torno a cien años de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ocotlán: Universidad de Guadalajara, pp. 29-44.
- Borowski, Martin. 2023. La reconstrucción de Robert Alexy del derecho general a la igualdad, en Villa-Rosas, Gonzalo et al. (eds.), *Derecho, Argumentación y Ponderación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 349-384.
- Borowski, Martin. 2022. *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*. Ciudad de México: Tirant lo blanch.
- Borowski, Martin. 2022b. Die Grundrechte als Gebote vollständiger Optimierung, en Bäcker, Carsten (ed.), *Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff. Elemente einer diskursiven Theorie fundamentaler Rechte. Symposium zum 75. Geburtstag von Robert Alexy*. Tübinga: Mohr Siebeck, pp. 197-215.
- Borowski, Martin. 2019. La idea de los principios formales. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, en *Ciencia Jurídica*, año 8, núm. 16, pp. 81-98.
- Borowski, Martin. 2009. Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung. En Clé-

- rico, Laura y Sieckmann, Jan-Reinard (eds.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, pp. 99-128.
- Casal Hernández, Jesús María. 2014. Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, México/Colombia: Konrad Adenauer Stiftung/Editorial Temis/Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 180-222.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en la América*. España: Comisión Interamericana de Derechos Humanos/Organización de los Estados Americanos.
- Hare, R.M. 1991. *Moral Thinking. Its levels, method and point*. Nueva York: Oxford University Press.
- Jiménez Ojeda, Omar David. 2021. Las medidas cautelares en el proceso penal. Una visión de derecho comparado en Guatemala y México, en Jiménez Ojeda, Omar David (coord.), *Perspectivas actuales de derecho comparado*. Ciudad de México: tirant lo blanch, pp. 115-139.
- Mateos Durán, Arnulfo Daniel. 2023. La estructura de la ponderación convencionalizada. Criterios para el control judicial de la prisión preventiva oficiosa, en *Revista Penal México*, núm. 23, julio-diciembre de 2023, pp. 115-135.
- Mateos Durán, Arnulfo Daniel. 2023b. *Das Verhältnis zwischen nationalen und inkorporierten internationalen Grundrechten*. Baden-Baden: Nomos.
- Mateos Durán, Arnulfo Daniel. 2021. El concepto de intervención de los derechos fundamentales en el test de proporcionalidad. Un estudio de la dogmática alemana, en González Carvallo, Diana Beatriz y Sánchez Gil, Rubén (coord.), *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 139-174.
- Nava Tovar, Alejandro. 2023. *Filosofía Política de la Pena. Una lectura acerca de los fundamentos filosóficos de la pena estatal*. Ciudad de México: INACIPE.
- Nava Tovar, Alejandro. 2021. *Populismo Punitivo. Crítica del discurso penal moderno*. Ciudad de México/Puno: INACIPE/Zela.
- Oblitas Villalobos, William Jesús. 2022. Parámetros Convencionales de la Prisión Preventiva, en *Revista Argumentum*, núm. 1, enero-abril, pp. 395-423.
- Palacios Mosquera, Luis Blaimir. 2018. *Detención preventiva y control de convencionalidad. El “peligro para la comunidad” desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Ross, William David. 2009. *The right and the Good*. Editado por Philip Stratton-Lake. Reimpresión. Nueva York: Oxford University Press.
- Smolianski, Ricardo D. 2020. Prisión preventiva y la “doctrina Irurzum”, en Garibaldi, Gustavo E.L. (dir.), *Garantías constitucionales aplicables a problemas concretos de procedimiento penal*, Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor,
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2013. *Derecho a la libertad persona*, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación y Sistematización de Tesis, Serie Derechos Humanos, núm. 3.



RPMX

- Universidad de Huelva • Universidad de Salamanca •
- Universidad Pablo de Olavide • Universidad de Castilla-La Mancha •
- Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal •



FGR
FISCALÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



INACIPE
48
AÑOS
1976 • 2024

ISSN 2007-4700

