



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

"PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE PRESENTAN LAS
MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL
EN EL DISTRITO FEDERAL"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
PINEDA CORONA ANTONIO

ASESOR:
LIC. JUAN JESÚS JUÁREZ ROJAS



FES Aragón

MÉXICO

2005

m352481



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Durante el camino que hasta hoy he recorrido aprendí que para lograr un sueño, se requiere de muchos esfuerzos y sacrificios...

Igualmente he aprendido que mis errores me han enseñan a llegar al triunfo, por lo que agradezco a Dios por permitirme equivocarme...

Procuro pensar de manera positiva recordando que lo mejor siempre esta por venir...

Considero que es válido tener miedo, pero no me puedo permitir no enfrentarlo.

Creo firmemente que la perseverancia te permitirá llegar a la meta que nos proponemos.

Se que un título no me hace mejor persona, mis pensamientos, principios, valores he ideales si

Para mi la amistad es el tesoro más grande de la vida.

Al ejercer la profesión me doy cuenta de que entre más conozco del Derecho me doy cuenta cuan ignorante soy. Por lo que se que debo prepararme día con día para ser un buen abogado.

Gracias a todos.

AGRADECIMIENTOS

XIMENA

La llegada a mi vida de mi pequeña Ximena significa una gran ilusión de ser mejor cada día, de lograr metas y propósitos, por lo que haber concluido este proyecto, me llena de alegría, la cual comparto contigo, mi gran amor, y mi angelita, a quien llevo todo el tiempo en mi corazón.

PD. TE AMO; ERES LO MEJOR DE MI VIDA.

ALICIA

Te agradezco el apoyo y respaldo que recibí de tu parte para iniciar y concluir este sueño, fue difícil lograrlo pero al final el esfuerzo se ve recompensado y como la compañera de mi vida que eres, te dedico este logro, mi querida "Peque".

PD. GRACIAS POR LOS MIL Y UN DETALLES QUE SIEMPRE
HAS TENIDO PARA MI PERSONA, NO OLVIDES QUE TE
AMO

PADRES (LALO Y MARIA DE LOS ANGELES)

A ustedes les agradezco infinitamente todo lo que han hecho por mi por haberme dejado siempre ser yo mismo, por permitirme tomar mis decisiones, por dejar que me equivoque, por corregirme cuando fue necesario, por respaldar mis decisiones, por hacer lo posible porque cumpliera este anhelo; hoy que consigo uno de mis más grandes proyectos, quiero compartirlo con ustedes esperando se sientan orgullosos de mi como yo lo estoy de ustedes y que sepan que su esfuerzo y sus ilusiones puesta en mí valieron la pena.

HERMANOS

Que bonita es la vida cuando tienes un hermano y yo tengo la fortuna de tener cinco: Lalo, Aída, Columba, Ana Laura y Javier, a todos y cada uno de ellos les tengo un enorme cariño y respeto, de cada uno de ustedes he aprendido y recibido consejos que han forjado mi persona. Porque siempre a su manera han estado apoyándome, respetando mis decisiones y hoy quiero agradecerles que compartan este sueño conmigo.

PD. SIEMPRE LOS LLEVO EN MI MENTE Y EN MI
CORAZÓN.,

AMIGOS

GERARDO

Solo quiero que sepas que este triunfo tengo mucho gusto en compartirlo y hacerte participe de él, porque eres quien ha crecido en mi siempre, porque eres mi mejor respaldo y apoyo, mi confidente y el mejor de los amigos, un ejemplo a seguir, alguien a quien admiro y respeto, un estímulo para ir por más en la vida y de buscar siempre lo mejor de las cosas, un hombre que asume un reto y lo logra. Gracias por estar aquí.

YASMÍN

Eres la amiga que siempre creyó que podía ser un buen estudiante y mejor abogado, quien apoyo a su manera para que concluyera este proyecto. Hoy quiero agradecerte el buen consejo, por ser confidente, por respaldarme y por brindarme tu sincera amistad y permitirme ser parte de tu vida.

LUCY

Gracias por hacerme la vida escolar más alegre por su "fidelidad" en nuestra amistad, por brindarme apoyo y un abrazo cuando lo necesite, por acordarse de mi en mis cumpleaños, por su cariño y respeto.

LUZ MARJA

Eres una mujer que ha superado los obstáculos y que es un ejemplo de perseverancia y dedicación, gracias por los grandes momentos, por las mil y un alegrías, por tu cariño, por creer que podía lograr esta meta y muchas más.

MIGUEL

Un amigo siempre fiel y leal, un compañero de proyectos e ilusiones, de clases, bromas y confidencias, esperando contar siempre contigo para lograr nuevas metas; agradezco que haya tenido la suerte de tenerte como amigo.

DORA

Una amiga sin igual, compañera de muchas vivencias y secretos, gracias por tu apoyo y por tu amistad sincera.

ALEJANDRO

Una persona que por azares del destino conocí y a quien aprecio por su manera sencilla de ser, porque es un amigo y gran persona, so se pudo y aun habrá mucho más

A MIS COMPAÑERAS

CINTHIA, BERENICE 1 y 2, ARGELIA, AZUCENA, BLANCA, Y TERESA, POR SU CARINO Y SU VALIOSA AMISTAD.

PANCHO

Es una persona que contribuyo a este proyecto porque con sus conocimientos, con sus pláticas y consejos me facilitó mi carrera profesional. Siempre has sido un gran amigo, que me brindó su amistad su apoyo sin esperar nada a cambio más que la amistad, por lo que hoy comparto contigo este gran proyecto.

BETO

U hermano mayor, en mi vida profesional, quiero agradecerte todos tus consejos, tu paciencia y tus enseñanzas, porque todo ello me ha facilitado mi desarrollo profesional, en tiempo que tenemos de conocernos he aprendido a valorarte como persona, como amigo y compañero, gracias por ser mi amigo.

IVÁN

Porque la edad no importa, de todos aprendemos algo y de ti he aprendido a valorar la amistad a trabajar en equipo y mirar siempre para adelante, gracias amigo.

PROFESORES

En esta escuela encontré grandes maestros, que forjaron mi criterio jurídico, mis pensamientos con respecto al Derecho y la vida, hoy en mi trabajo pongo en práctica los conocimientos y valores que me inculcaron, orgullosamente puedo decir que pertenezco a esta Institución en la que hay gente de enorme calidad profesional, gracias a todos los maestros que tuve durante el periodo universitario los maestros Márquez Juárez, Juárez Rojas, Castillo Pat, Muñoz cota, Félix, Hilda, María de Lourdes, Martha, Arturo Arraiga Nando Lefort, Julio Cesar

ENRIQUE ABRAHAM ORTIZ RODRÍGUEZ

Tuve la fortuna de conocerlo, más que un jefe ha sido un maestro que me dio la oportunidad de poner en practica mis conocimientos, mis ideas y de quien he recibido todo el apoyo y confianza, gracias por su paciencia y por sus enseñanzas es una gran persona.

LAURA DÍAZ BECRAFT

Una persona que hace amena la tarde, la charla y de quien he aprendido a cuidar los detalles en mi trabajo, gracias por sus ideas y, por su amistad.

Problemática Jurídica que Presentan las Medidas Cautelares en el Proceso Penal en el Distrito Federal

Introducción

Capítulo I

Generalidades Sobre el Procedimiento Penal

	Pág.
1.1 Concepto de Derecho Procesal Penal.....	1
1.2 Diferencia entre Proceso Procedimiento y Juicio.....	3
1.3 Naturaleza Jurídica del Derecho Procesal Penal.....	7
1.4 Fin del Derecho Procesal Penal.....	8
1.5 Sujetos de la Relación Procesal.....	9
1.6 "Ius Puniendi".....	24
1.6.1 Fundamento Filosófico.....	25
1.6.2 Fundamento Histórico.....	28
1.6.3 Fundamento Jurídico.....	31

Capítulo II

Medidas Cautelares

2.1 Concepto.....	36
2.2 Naturaleza Jurídica.....	38
2.3 Fundamento Jurídico.....	42
2.4 Fundamento Constitucional.....	44
2.5 Clasificación.....	50
2.5.1 Reales.....	51
2.5.2 Personales.....	53
2.6 Temporalidad.....	56
2.7 El Orden Público.....	57

Capítulo III
Medidas Cautelares en la Averiguación Previa

3.1	La Acción Penal.....	59
3.2	Averiguación Previa.....	62
	3.2.1 Requisitos Legales de la Averiguación Previa.....	66
3.4	El Ministerio Público.....	71
	3.4.1 Facultades del Ministerio Público.....	77
	3.4.2 Solicitud de las Medidas Cautelares	79
3.5	El Arraigo, en Diversas Materias	80
3.6	Detención y/ o Arresto.....	86
3.7	Custodia Policiaca.....	87
3.8	Aseguramiento de Objetos.....	89
3.9	El Secuestro de Bienes.....	91
3.10	Flagrancia.....	93
3.11	Caso Urgente.....	95

Capítulo IV
Medidas Cautelares en el Proceso

4.1	El Juez.....	97
	4.1.1 Facultades y Obligaciones.....	98
	4.1.2 Orden de Aprehensión.....	99
	4.1.3 Requisitos de la Orden de Aprehensión.....	102
4.2	Auto de Formal Prisión.....	104
4.3	Prisión Preventiva.....	106
	4.3.1 Requisitos.....	108
4.4	Libertad Bajo Caución.....	110
	4.4.1 Requisitos y Obligaciones.....	111
	4.4.2 Revocación.....	114
4.5	Continuidad de las Medidas Cautelares.....	115
4.6	Aseguramiento de Bienes.....	116
4.7	Medidas Cautelares para Asegurar Pruebas y el Cuerpo del Delito.....	117

4.8	Incomunicación entre Testigos.....	118
-----	------------------------------------	-----

Capítulo V

Problemática Jurídica que Presentan las Medidas Cautelares en el Proceso Penal en el Distrito Federal y Propuestas

5.1	Problemática Jurídica.....	119
5.1.1	La Víctima y el Probable Responsable o el Procesado.....	120
5.1.2	La Reparación del Daño.....	123
5.1.3	El Mal Necesario.....	125
5.2	Propuestas.....	127
5.2.1	Creación de un Capítulo de las Medias Cautelares en el Código Penal para el Distrito Federal.....	130
5.2.2	Sustitución y Difusión.....	131

Conclusiones

Bibliografía

Legislación

Hemerografía

INTRODUCCIÓN

El propósito de llevar a cabo este trabajo de investigación es el de reconocer y resaltar el valor de las medidas cautelares para la aplicación de justicia en cualquier asunto penal a través de un estudio y análisis minucioso de las mismas.

Las medidas cautelares tienen un papel importantísimo para el derecho, y para las personas que pudieran resultar afectadas o beneficiadas cuando el Ministerio Público o un Juez en Materia Penal decide aplicarlas, ya que para la probable víctima del delito representará un alivio, saber que su agresor está bajo custodia y que se hará acreedor a una sanción por haber infringido las leyes; toda vez que lo que buscan es salvaguardar su integridad física y psíquica, así como garantizar la reparación del daño sufrido, con lo que se evita la impartición de justicia de propia mano. No obstante ello; para el probable responsable significará una molestia o afectación en sus derechos fundamentales, como son la libertad o su patrimonio según el delito por el que se le acuse y del que aun no se le ha declarado culpable.

Sin embargo, para poder sancionar de manera definitiva a una persona, es necesario que previamente se realice un proceso, el cual debe cumplir con las etapas y formalidades ya establecidas, lo que implica una tardanza en la aplicación de una sanción y por tanto es necesario emplear una medida cautelar, la cual será de carácter provisional de modo que al terminar el proceso esta podrá cesar en caso de que se declare inocente al probable responsable, y de no suceder así la medida aplicada asumirá el carácter de definitiva.

Nuestros legisladores contemplan someramente a las medidas cautelares, pero no de manera concienzuda o producto de estudios críticos de su trascendencia en el Derecho Penal; ya que estas se encuentran de manera dispersa en las leyes Penales y no en un capítulo especial, el cual facilitaría su conocimiento y permitiría especificar y detallar así como ampliar y mejorar su aplicación siendo que se trata de un tema muy delicado.

Podría decirse que son un mal necesario en el proceso penal, sin embargo son susceptibles de mejorarse, de ordenarse y de difundirse con la trascendencia que merecen tanto para los estudiosos del derecho como para los ciudadanos comunes; ya que esto ayudaría a que la impartición de justicia fuese más ecuánime.

El primer capítulo se refiere a las generalidades del procedimiento penal tales como el concepto de derecho procesal penal, la diferencia entre el proceso, procedimiento y juicio, la naturaleza jurídica del derecho procesal penal, la finalidad de éste, así como los sujetos que participan en la relación procesal y por último nos referimos al fundamento filosófico, histórico y jurídico del "ius puniendi" por parte del Estado.

A continuación, el segundo capítulo puntualiza a cerca del concepto de las Medidas Cautelares; su naturaleza jurídica, el fundamento jurídico y constitucional, así como la clasificación que hacen los autores de ellas; como medidas cautelares reales y personales, el carácter temporal y su participación para preservar el orden publico dentro de la sociedad.

El tercer capítulo, hace énfasis de las medidas cautelares dentro de la averiguación previa; empezando analizar conceptos como la acción penal, el de averiguación previa, los requisitos legales de esta, la participación del Agente del Ministerio Público, las facultades que le confiere la ley a este servidor público y de manera particular, como solicitar la aplicación de las medidas cautelares, la custodia policiaca, el aseguramiento o el secuestro de bienes u objetos. Asimismo hablaremos de los tipos de arraigo, se expondrán los tipos de flagrancia, el caso urgente en el cual no es posible acudir ante la autoridad administrativa de manera inmediata, y por último de la detención y el arresto.

En lo concerniente al capítulo cuarto; se abordaran las medidas cautelares dentro del proceso, iniciando con la intervención del Juzgador, las facultades y obligaciones de éste, los supuestos que se dan para otorgar una orden de aprehensión, los requisitos que se deben satisfacer para que esta sea

viable, las determinaciones de esta autoridad como puede ser el auto de formal prisión, las circunstancias que presenta la prisión preventiva de manera inevitablemente, la libertad bajo caución, sus requisitos, las obligaciones y la revocación de éste beneficio, así como la continuidad de las medidas cautelares. Por otro lado abordare el aseguramiento de bienes, las fuentes de pruebas y el cuerpo del delito, además de la incomunicación entre testigos para poder comprobar la participación del procesado en el caso en concreto.

Finalmente, en el capítulo quinto, se estudiará la problemática jurídica de las medidas cautelares, desde el lado de la víctima así como del lado del probable responsable o indiciado y del procesado, la necesidad y prioridad de reparar el daño causado, y la dependencia de aplicar las medidas cautelares en todo proceso penal, finalizando con las propuestas que en mi particular punto de vista ayudarían a mejorar la impartición de justicia.

Para llevar a cabo ésta investigación se habrá de utilizar el método científico, basándonos fundamentalmente en la investigación documental respecto de la doctrina y las legislaciones referentes al tema en cuestión.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES SOBRE EL PROCEDIMIENTO PENAL

1.1 Concepto de Derecho Procesal Penal

Con la intención de proporcionar una mejor explicación del derecho Procesal Penal en el presente capítulo se hará referencia respecto de su terminología, conceptos y ubicación dentro del sistema legal.

Para Carlos Barragán Salvatierra en el sistema procesal mexicano la denominación correcta debería ser Derecho de Procedimientos Penales, ya que desde el inicio de la averiguación previa hasta la ejecución de la sentencia, en términos del Código Federal de Procedimientos Penales, hay una serie de procedimientos¹, opinión que comparto con este jurista ya que apegados a la ley esta, bien sustentado lo dicho, en virtud de que no solo es uno sino varios procedimientos los que se manejan en el sistema procesal mexicano aun cuando para la mayoría de los abogados sea uno solo con varias etapas o simplemente no tenga ninguna relevancia distinguirlo.

Por otra parte, existen distintos nombres que la doctrina ha llegado a establecer a esta materia, los cuales son muy diversos y entre ellos se pueden mencionar: práctica forense, procedimientos judiciales, procedimientos criminales, materia criminal forense, práctica criminal, derecho formal, derecho objetivo, derecho procesal penal, siendo en mi opinión, el más adecuado el de Derecho de Procedimientos Penales.

Rivera Silva, considera que "el Derecho de Procedimientos Penales abarca tanto la reglamentación de los actos que se realizan en el proceso como la de los que se llevan a cabo por o ante un órgano jurisdiccional, fuera del proceso y los denominados parajurisdiccionales que no se realizan por o ante autoridad judicial,

¹ Cfr. Barragán Salvatierra, Carlos. *Derecho Procesal Penal*, Ed. Mc Graw Hill, México 1999, Pág. 16.

pero están encaminados a que le juez pueda dictaminar sentencia en posterior oportunidad".²

Manzini dice que "es un conjunto de normas, directa e indirectamente sancionadas, que se funda en la institución del órgano jurisdiccional y regula la actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicable en concreto el derecho penal sustantivo".³

Para **Eugenio Florián**, "el derecho procesal penal es el conjunto de normas que regulan y disciplinan el proceso en su conjunto y en los actos particulares que lo caracterizan".⁴

Piña lo define como "la disciplina jurídica que explica el origen, función, objeto y fines de la norma mediante las cuales se fija el *quantum* de la sanción aplicable para prevenir y reprimir el acto u omisión que sanciona la ley penal".⁵

De acuerdo con el jurista **Guillermo Colín Sánchez** el nombre correcto debe ser derecho de procedimientos penales, haciendo alusión al ordenamiento que regula todas las disposiciones relacionadas con la materia llamado Código de Procedimientos Penales.⁶

Como se menciona en párrafos anteriores considero que el nombre correcto debe ser derecho de procedimientos penales, apegado a la legislación procesal, de acuerdo a la serie de pasos llevados a cabo para la aplicación de la ley a un caso en particular.

² Rivera Silva, Manuel; *El Procedimiento Penal*, 25ª. Ed. Porrúa, México 1997, Pág. 177.

³ Manzini, Vincenzo; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo III Pág. 70. 1952

⁴ Florián, Eugenio; *Elementos de derecho procesal penal*, 2da ed, Librería Bosch, Barcelona, 1934

⁵ Piña y Palacios, Javier; *Derecho Procesal Penal; Apuntes para un texto y notas sobre amparo penal*; México 1948

⁶ Cfr. Guillermo Colín Sánchez, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*; Editorial Porrúa, México 1964, Pág. 34

Por lo que, mi concepto quedaría de la siguiente forma: Es el conjunto de normas jurídicas, que regulan los actos y formas que deben realizarse dentro de los distintos procedimientos con la finalidad de aplicar la ley penal a un caso en concreto.

1.2 Diferencia entre Proceso, Procedimiento y Juicio

Frecuentemente se utilizan como sinónimos estos conceptos y provocan confusión en su connotación jurídica real, empezando porque los legisladores al redactar las leyes fomentan el desconcierto y los profesionales del Derecho contribuimos utilizándolas de manera equívoca, qué podemos esperar de las demás personas que son ajenas a los términos legales?

Es por esto que, es necesario explicar como surge la confusión en la aplicación de estos conceptos dentro del Derecho así como su etimología y la diferencia que existe entre ellos a fin de utilizarlos correctamente.

En su raíz etimológica, la palabra procedimiento deriva del verbo latino *procedo*, *is*, *essi*, *essum*, *dere* (de *pro*, adelante, y *cedo*, retirarse, moverse marchar).

En consecuencia establecida la concordancia, procedimiento significa adelantar, ir adelante.

Respecto a la definición de proceso, éste deriva del latín *procesus*, que significa progresión, por las etapas sucesivas de que consta. De esta manera desde el punto de vista gramatical resulta ser muy tenue la diferencia entre un concepto y el otro, sin embargo si es clara y precisa desde un sentido jurídico.

Manzini señala que "el procedimiento es una serie compleja de actos superpuestos, destinados a la reproducción jurídica de una interferencia para su discriminación legal".⁷

Para Florián "el proceso es el conjunto de actividades y formas mediante las cuales los órganos competentes preestablecidos por la ley, observando ciertos requisitos, proveen juzgando a la aplicación de la ley penal en cada caso específico para definir la relación jurídica-penal concreta y eventualmente, las relaciones secundarias conexas."⁸

Rivera Silva define al proceso como "el conjunto de actividades, debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales, previamente excitados para su actuación por el Ministerio Público, resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea".⁹

Jiménez Asenjo establece que "el proceso es el desarrollo que evolutiva y resolutiveamente ha de seguir la actividad judicial para lograr una sentencia".

Tanto en la Constitución como en las leyes adjetivas, de manera confusa los legisladores retoman definiciones de autores extranjeros, que utilizan estos conceptos como sinónimos, cuando en el Derecho Procesal Penal no significan lo mismo, cayendo en la confusión total.

Lo primordial es que los legisladores perciban la diferencia y el significado de estas tres palabras y su aparición en las diversas etapas procesales para que puedan distinguirlas en la redacción de las leyes, ya sea cuando reforman o elaboran una nueva ley.

En los artículos 14, 16, 19, 20, 23 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se hace alusión al procedimiento en otros, al juicio al proceso o instancia.

El artículo 14 Constitucional textualmente refiere que "...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en los que se

⁷ Cfr. Manzini, Vincenzo. *Op. Cit.* Pág. 78.

⁸ Cfr. Florián Eugenio, *Op. Cit.* Pág. 85

cumplan las formalidades esenciales del **procedimiento** y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los **juicios del orden criminal** queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los **juicios del orden civil**, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de esta se fundara en los principios generales del derecho*.

Se aprecia que la palabra **juicio** se utiliza como sinónimo del proceso o procedimiento, ya que el juicio forma parte de la última parte del proceso pues es el razonamiento lógico jurídico que hace el juzgador a efecto de emitir su resolución.¹⁰

En el artículo 16 Constitucional se establece: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del **procedimiento**".

De un artículo a otro se utilizan los conceptos como si tuviesen el mismo significado creando confusión al momento de interpretar las leyes.

En el artículo 19 Constitucional se señala que: "...Todo **proceso** se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un **proceso** apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue..."

Lo anterior se refiere al nacimiento del proceso, es decir, a partir de que el Juez dicta el auto de radicación en el que al presunto responsable se le sujete a proceso en libertad o se le haya dictado auto de formal prisión y si durante la

⁹ Rivera Silva, Manuel Op. Cit Pág. 183.

¹⁰ Manzini, Vincenzo. Op.Cit. Pág. 78.

substanciación del proceso se descubren conductas que pueden ser constitutivas de otro delito este deberá de ser objeto a una indagatoria por separado.

En el artículo 20 Constitucional se establece que: "en todo **proceso** de orden penal el inculpado contara con las garantías..."¹¹ -que detalla en fracciones. En este caso los legisladores confunden el procedimiento con el proceso, y para ejemplificarlo, la fracción novena establece que desde el inicio de su **proceso** el inculpado tendrá derecho entre otras cosas, a una defensa adecuada. De acuerdo a lo que se entiende como proceso, será hasta que se haya dictado auto de sujeción a proceso o de formal prisión el momento en que un individuo tendrá este derecho. Es decir, que ¿ni en la averiguación previa ni dentro del término constitucional podrá gozar de esta prerrogativa porque aun no se ha iniciado el proceso?

El artículo 23 Constitucional indica que: "ningún **juicio** deberá tener más de tres instancias,"... Se habla de juicio como si se quisiera decir proceso el cual tiene te substanciarse en un tiempo y etapas previamente establecidas.

El Código Federal de Procedimientos Penales, establece en su artículo primero que se comprenden los siguientes procedimientos: averiguación previa, preinstrucción, instrucción, primera instancia, segunda instancia, ejecución de sentencia y los relativos a los imputables, a menores y a quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

Por otro lado, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no cuenta con un artículo en el que de forma expresa se haga mención a diversos procedimientos como sucede en el Código de Procedimientos Federal, no obstante lo anterior, de su articulado se puede apreciar claramente las etapas y contenidos aludidos en el cuerpo jurídico antes mencionado.

De acuerdo a la opinión del Maestro Colín Sánchez, "el procedimiento es el conjunto de actos y formas legales que deben ser observados de forma obligatoria por todos los que intervienen desde el momento en que se entabla la relación jurídica

material de derecho penal para hacer factible la aplicación de la ley a un caso en Particular".¹²

El procedimiento en el sentido jurídico, es una sucesión de actos que se refieren a la investigación de los delitos, de sus autores y a la instrucción del proceso.

Por lo tanto, el procedimiento es la forma, es el método que habrá de utilizarse para que el proceso pueda llevarse a cabo, por tanto el primero es un concepto general que envuelve dentro de su seno al concepto de proceso y este a su vez al de juicio.

Cuando la legislación Mexicana hace mención al procedimiento penal, se refiere a la especial tramitación de todos los actos y formas que deben darse a partir del instante en que el Ministerio Público toma conocimiento del delito hasta el periodo procedimental en que se dicta sentencia (fin de la instancia), y por lo que se refiere al proceso éste se inicia en el momento en que el Ministerio Público provoca la jurisdicción del Juez por medio de la consignación de los hechos. Acorde con el Maestro Colín Sánchez, lo anterior se considera incorrecto, ya que el proceso se inicia hasta el momento en que el órgano jurisdiccional dicta auto de formal prisión o sujeción a proceso en contra del presunto responsable de la comisión de un delito, el cual recibe el nombre de procesado y el juicio se habrá de iniciar al momento en que el Ministerio Público formula dentro del proceso sus conclusiones¹³, de esta manera el procedimiento es el todo y dentro de éste se dan el proceso y el juicio.

1.3 Naturaleza Jurídica del Derecho Procesal Penal

La naturaleza jurídica del Derecho Procesal Penal parte del sentido de que es un conjunto de disposiciones que regularan las etapas del proceso penal el cual depende de una relación jurídica misma que surge en el momento en que el órgano jurisdiccional recibe la consignación del Ministerio Público quien ha decidido ejercitar

¹¹ Ver Artículo 20 de la Constitución Política.

¹² Colín Sánchez, Guillermo; *Op. Cit.* Pág. 71

la acción penal, haciendo referencia a los derechos y obligaciones que nacen entre el órgano de acusación, de la defensa y el de decisión.

Cuando se presupone que se ha cometido un hecho delictivo, se crea una relación jurídica entre el Estado encargado de la persecución de los delitos y el autor de la conducta delictiva, la cual se puede convertir en una relación jurídico procesal cuando el Ministerio Público habiendo reunido los elementos para acreditar la probable responsabilidad y el cuerpo del delito ejercite acción penal, acudiendo ante el órgano jurisdiccional para que este tenga conocimiento de la indagatoria realizada a fin de que valore todas y cada una de las diligencias realizadas por el Ministerio Público y siendo estas acordes con el artículo 16 constitucional en su caso conceda la orden de aprehensión dando pie a los derechos y obligaciones entre el órgano de acusación, la defensa y el de la decisión.

1.4 Fin del Derecho Procesal Penal.

De acuerdo con el jurista Jiménez Asenjo, el Proceso Penal atiende a un designio pragmático, es decir a la necesidad de reparar el orden jurídico positivo cuando no se cumple directamente.

El fin o fines del proceso penal en última instancia, conducen a los mismos fines generales del derecho; alcanzar la justicia, el bien común y la seguridad jurídica para la colectividad.

Es decir, que busca hacer efectivas las penas y medidas de seguridad del Derecho Penal.

El fin esencial es el de averiguar la verdad y la verificación de la justicia, lo que se complementa en el sentido de que el proceso busca la aplicación de la ley penal a aquellas personas que atentan contra la seguridad pública.

¹³ Cfr. Colín Sánchez, Guillermo, *Op. Cit.* Pág. 72

Asimismo, existen fines específicos, que se utilizan para lograr el fin general, como lo son conocer la verdad histórica y la personalidad del justiciable. El primero se refiere a la perfecta adecuación ante el hecho ocurrido en el pasado y la idea que se tiene del mismo; es en este sentido se ha dicho que los jueces también son historiadores.

En lo que toca a la personalidad del justiciable, importa que esta sea investigada, a efecto de que los jueces dicten una sentencia conforme a las características del delincuente debiendo tomar en consideración elementos de carácter familiar, ambiental, psicológico, educativo y social a fin de que la resolución sea acorde y justa y se pueda darle un tratamiento al infractor, a fin de que logre su readaptación en beneficio de él y de la colectividad.

1.5 Sujetos de la relación procesal

Los Procedimientos Penales, no pueden subsistir sin la participación de determinados sujetos inmersos en estos, las cuales deben ser diferenciarse unas de otras, aunque, hay autores que sostienen la inexistencia de partes en el Proceso Penal, por que esto solo ocurre en materia civil. Así como hay juristas que afirman que si existen los sujetos procesales que la legislación menciona y que son: el Juez, el Ministerio Público, el inculpado y los acreedores y deudores civiles derivados de la reparación de daños, perjuicios, gastos médicos y daño moral dentro de un procedimiento penal.

Por la actividad que realizan los sujetos del proceso penal se catalogan en:

Principales: se componen del: órgano de acusación (Ministerio Público), el órgano de la jurisdicción (Juez de Paz, Primera Instancia o Magistrado), el sujeto activo del delito (indiciado), el sujeto pasivo del delito (ofendido o víctima), la defensa (abogado o persona de confianza).

Necesarios: los peritos, testigos, interpretes y los órganos de representación, autorización o asistencia de los incapacitados (padres, tutores, curadores, entre otros).

Auxiliares: la Policía, Secretarios, Oficiales Judiciales, Directores y personal de los establecimientos carcelarios.

Manzini opina que "el proceso penal es de parte única, debido a que el acusador, el Ministerio Público, solo es parte en sentido formal, en cuanto que se confronta al inculcado dentro de la actividad procesal. Siendo así que es un órgano del Estado que trabaja en ejercicio de una función pública para la actualización del derecho objetivo, por lo tanto, el interés era público y no de parte, ya que nadie pide en su propio nombre, ejerce atribuciones del Estado, y nunca de carácter particular."¹⁴

A continuación se detalla de manera específica los principales sujetos que intervienen en un procedimiento penal.

El Juez y el Órgano de Decisión.

En ejercicio de su soberanía, el Estado, cumpliendo una de las atribuciones que lo caracterizan, llevar cabo la función jurisdiccional, para preservar la convivencia social.

La función jurisdiccional es el puente del paso de lo abstracto a lo concreto, es decir de la ley penal a la ejecución de la ley penal, lo cual denota una actividad desarrollada por órganos específicamente determinados que en representación del Estado y en ejercicio de la jurisdicción, aplican la ley al caso concreto.

¹⁴Cfr. Manzini, Vincenzo. *Op. Cit.* Pág. 89. 1952

Esta actividad resulta distinta a la que llevan a cabo otros órganos de la relación procesal como el Ministerio Público y la policía, pues aunque sus actos son en cierta forma judiciales, no son jurisdiccionales.

En la connotación del vocablo Juez, la atención se centra en este sujeto encargado de decidir. Entre los sujetos procesales, el juzgador es el sujeto que decide, facultad que lo diferencia notablemente de los demás sujetos del litigio, de los sujetos de la acción y aun de los terceros.

La función jurisdiccional la delega el Estado en el Juez; éste es un sujeto de primordial importancia en la relación procesal, es el representante individual o colegiado del órgano jurisdiccional del Estado, encargado de ejercer la función soberana de jurisdicción en un proceso penal determinado.

Etimológicamente, jurisdicción viene de *jurisdictio* que quiere decir declarar el Derecho, facultad que en el Derecho Romano residía en la persona destinada a estos fines, también con ello se quiere señalar la circunscripción territorial en donde se ejerce la autoridad.

Desde un punto de vista general y atendiendo a la materia, la jurisdicción se clasifica en Civil, Penal, Laboral, etc., de tal manera que en ese orden, habrá tantas jurisdicciones como materias existan.

En nuestro medio la jurisdicción se clasifica en ordinaria y especial. La ordinaria se subdivide en común y particular.

La jurisdicción ordinaria común es aquella que tiene una existencia de derecho, instituida por el artículo 14 Constitucional y atendiendo a nuestra organización actual, se divide en Constitucional, Federal y Común o Local. La ordinaria particular, privativa o privilegiada, se da en razón del sujeto, de su investidura u ocupación, y se clasifica en militar y para menores.

Por lo que toca a la jurisdicción especial, obedece a situaciones de hecho y es ocasional, razón por la cual la prohíbe el artículo 13 Constitucional.

Los órganos jurisdiccionales también pueden ser clasificados por diversos criterios. Así, de acuerdo a la jurisdicción tenemos: ordinarios, especiales y excepcionales. Por lo que hace al número de sus miembros, en unipersonales o colegiados, etc.

Dentro del sistema Penal Federal encontramos los siguientes órganos de decisión: Suprema Corte de Justicia, Tribunales Colegiados de Circuito, Tribunales Unitarios de Circuito, Juzgados de Distrito, Jurado Popular y los Tribunales Estatales como auxiliares.

La función básica de la Suprema Corte de Justicia es la de servir como un Tribunal Constitucional, siendo la Primera Sala la competente para asuntos de constitucionalidad en materia penal. Los Tribunales Colegiados de Circuito son competentes para conocer principalmente de los juicios de Amparo Directo contra sentencias penales dictadas por los juzgadores inferiores jerárquicamente. Se componen de tres magistrados y sus decisiones se toman por mayoría de votos.

El equivalente al Tribunal Superior de Justicia Local en el ámbito Federal lo constituyen los Tribunales Unitarios de Circuito. Se componen de un Magistrado y son competentes para resolver los recursos ordinarios contra actos de Jueces de Distrito, cuestiones de impedimentos o competencias entre estos. Los Juzgados de Distrito se componen de un solo Juez y son competentes para conocer en primera instancia en todo lo relacionado con delitos federales o procesos de extradición y, cuando no funcionan en este ámbito, son competentes para conocer en materia de amparo indirecto.

En el Distrito Federal y en la mayoría de las entidades federativas, el Poder Judicial se ejerce a través de un Tribunal Superior de Justicia, Juzgados Penales y Juzgados de Paz.

El Tribunal Superior de Justicia es un órgano colegiado formado por magistrados, funciona en Pleno o en Salas dependiendo de las funciones que ejerza. Es el máximo órgano de Poder Jurisdiccional en el ámbito Común o local. Sus actos solo pueden ser impugnados o atacados mediante el juicio de amparo.

Los Juzgados Penales y de Paz son órganos unipersonales competentes para conocer de los asuntos que le sean planteados. La diferencia entre ambos radica en que los Juzgados de Paz tienen una limitación en cuanto a la sanción del delito esto es, en razón del tipo de pena y a su máximo aplicable del delito que se trate, conocerán estos o aquellos.

El Ministerio Público.

Dentro de un proceso inspirado en el principio acusatorio, se separa la función del Tribunal y se la adjudica a otro sujeto que en el proceso es un sujeto activo de la relación procesal comúnmente llamado acusador.

El Ministerio Público es una institución que depende del Estado particularmente del Poder Ejecutivo, que actúa en representación de la sociedad para el ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos los casos en que las leyes así se lo requieren.

Existen diferencias entre los estudiosos del derecho al decir que el Ministerio Público es "parte" en el proceso; pues si bien es que ejercita un derecho como es el de castigar, también lo es que no defiende derechos propios o personales.

Pretendiendo conciliar el concepto antes mencionado, es válido aceptar que el Ministerio Público es "parte" en el sentido formal o funcional, esto es, que ejercita un derecho ajeno, el derecho a castigar que corresponde al Estado en representación de la sociedad. Sin embargo, el Ministerio Público jamás deja de ser autoridad dentro del proceso, ya que en ningún momento se desiste de representar el interés social para defender un interés particular o personal.

El Ministerio Público desarrolla diversas funciones dentro del ámbito legal mexicano, algunas de ellas escapan de lo estrictamente procesal penal, como lo es la materia Familiar, Civil, Constitucional, Electoral, entre otras. Dentro de las funciones que realiza en el campo del procedimiento penal, destacan las siguientes: instructora o preventiva; auxilio y atención a las víctimas; aplicación de las medidas cautelares, acusador, cuasi jurisdiccional; vigilancia en la ejecución de sentencias.

La función instructora se da en la etapa de investigación o de averiguación previa, momento en el cual el Ministerio Público se allega de sus propias pruebas en una especie de instrucción administrativa. En cuanto a su función de auxilio a víctimas, tanto nuestra Constitución en su artículo 20, apartado B, como en las leyes secundarias, imponen esta obligación al Ministerio Público.

La función de aplicación la ejecuta cuando, actuando dentro de la etapa de averiguación previa, es necesario llevar a cabo aseguramientos o detenciones. La función de acusador la ejerce en el proceso penal toda vez que en el mismo lleva la acusación y requiere al órgano jurisdiccional la aplicación de una determinada pena.

La función cuasijurisdiccional la lleva a cabo cuando, en la etapa de averiguación previa o dentro del proceso, tiene que tomar una decisión de fondo en el asunto penal, tales como la determinación del ejercicio de la acción penal o el desistimiento de la misma. En lo que respecta a la vigilancia en la ejecución de sentencias, corresponde a un poder diferente del judicial esta etapa, siendo el Ministerio Público el encargado de realizar las diligencias necesarias para que se cumplan las sentencias.

Una función de suma importancia que desarrolla el Ministerio Público cuando acusa y requiere dentro del proceso, lo es el de aportar pruebas a la autoridad judicial.

Una vez que el Ministerio Público ha comprobado los extremos que exige el artículo 16 de la Constitución y por lo tanto debe llevar a cabo la consignación correspondiente, va ahora a aportar las pruebas necesarias al Juez para que la

responsabilidad presunta se convierta ahora en una responsabilidad plena, lo cual permitirá al juzgador aplicar la pena respectiva de manera individualizada.

Cierto es que en el proceso penal lo que se busca es la verdad histórica y que para ello, el Juez tiene la facultad de practicar de oficio todas las diligencias que crea necesarias para normar su criterio y dar un fallo correcto. Sin embargo, el Ministerio Público es el verdadero animador del proceso en su fase instructora, ya que es el órgano oficial de acusación que debe pugnar por agotar las pruebas que comprueban la culpabilidad o eventualmente la inocencia del procesado.

Esta función tan peculiar y distintiva del Ministerio Público es abandonada frecuentemente, esto es "...en la práctica de nuestro medio, por dicho funcionario (el Ministerio Público), que ve con indiferencia cómo el Juez erige con sólo el pedimento inicial, todas las pruebas que tienden a la demostración de responsabilidad o irresponsabilidad del procesado permaneciendo como un espectador impasible".¹⁵

Cerrando el periodo de instrucción, el Ministerio Público lleva a cabo, cuando procede, el requerimiento al Juez para la declaración de culpabilidad y la aplicación de la correspondiente pena. Cuando las sentencias son en contra de los intereses que representa, está en posibilidad de apelar el fallo correspondiente ante un Tribunal de mayor jerarquía.

Por último, conviene señalar que el artículo 21 Constitucional, establece que la Policía Judicial¹⁶ queda bajo el mando del Ministerio Público. En la función de Policía Judicial, siendo que se debiese llamar "policía ministerial" ésta se encarga de investigar y esclarece los hechos que se creen delictuosos, descubre quien es el autor e incluso si es responsable, buscando las pruebas existentes.

¹⁵ V. Castro, Juventino; *El Ministerio Público en México funciones y disfunciones*. 9ª ed., Ed. Porrúa, México 1996, Pág. 72

¹⁶ Llamada así porque todavía hasta fines del siglo pasado e inicios del presente, el Ministerio Público sólo era actor en el proceso penal, pero no desempeñaba la función de policía, ya que esta la ostentaba el poder judicial y dicha policía dependía de ese poder.

Otra de las funciones que realiza la Policía Judicial, es la de cumplimentar órdenes de aprehensión, arresto, cateo, y realizar custodias y traslados. Consecuentemente, los miembros de la Policía Judicial solo pueden actuar por órdenes o instrucciones del Ministerio Público.

El Imputado.

En otro vértice de la relación procesal encontramos al sujeto pasivo del proceso penal, es decir, el sujeto contra el cual se dirige la pretensión punitiva del acusador.

Indudablemente, en la comisión de los hechos delictuosos siempre interviene un sujeto que mediante un hacer o un no hacer legalmente tipificado, da lugar a la relación jurídico material y, posteriormente, a la relación jurídico procesal; pero esto no implica necesariamente que por ese solo hecho pueda ser considerado como sujeto activo del delito, pues esta calidad la adquiere cuando se dicta la resolución judicial condenatoria. Sucesivamente, este sujeto será, en su caso, activo en relación con el delito, pero será pasivo tratándose del proceso.

Al supuesto autor del delito se le han otorgado diversas denominaciones que no necesariamente le corresponden, tales como detenido, denunciado, imputado, acusado, indiciado entre otros más. Sin embargo no se trata de sinónimos, pues cada vocablo tiene su propia connotación.

En razón de las distintas etapas del procedimiento penal y, atendiendo a sus formas y técnica legal, el supuesto sujeto activo del delito se va colocando en situaciones jurídicas diversas, de tal manera que a ello obedece el que reciba una denominación específica correspondiente al momento procedimental de que se trate.

Por lo tanto, es correcto llamarle indiciado durante el período de averiguación previa porque el nombre deriva de "indicio" (dedo que señala) y, como existen "indicios" de que cometió el delito será objeto de dicha averiguación. Concluida esta fase y habiéndose ejercitado la acción penal, al avocarse el Juez de conocimiento de

los hechos, es decir a partir del auto de radicación, adquiere el nombre de procesado.

Posteriormente, cuando el Ministerio Público ha formulado conclusiones acusatorias, recibirá el nombre de acusado hasta que se dicte sentencia; cuando esta se ha pronunciado adquiere el carácter de sentenciado y finalmente, cuando la resolución judicial mencionada ha causado ejecutoria, se llamara sentenciado.

Por imputado se debe entender todo aquel sujeto sobre el cual existe una imputación determinada, consecuentemente, hay sujetos de imputación penal desde que recaen sobre una o varias personas la sospecha de la realización de un acto punible, el cual origina diligencias policiales y, en su caso, judiciales.

Al determinar la naturaleza jurídica del imputado de la cual se puede apreciar que existen diversas posturas, pues unos autores consideran que el sujeto pasivo del proceso penal si es "parte", y por otro lado los que le niegan este carácter, y otros que señalan que sí tiene esa calidad pero no en todas las etapas del procedimiento.

Mi opinión, es que, el sujeto pasivo del proceso penal o el imputado sí posee tal calidad de "parte" en sentido formal o procesal (acusador-acusado), más no en el sentido material en donde carece de tal calidad (ofendido-delincuente).

Este carácter de parte dentro del proceso, le crea derechos y obligaciones frente al Juez y con respecto al Ministerio Público. Los primeros serán todos aquellos consignados en la Constitución y leyes secundarias, mientras que las segundas la consistirán en sus cargas procesales y la pena correspondiente.

Una obligación que resulta de vital importancia dentro del proceso es la de reparar el daño causado con la comisión del delito la cual, de conformidad con el artículo 30 del Código Penal Federal, comprende: la restitución de la cosa obtenida por el delito o el pago de la misma, la indemnización del daño material y moral causado, y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

La reparación del daño es considerada como parte de la pena impuesta al sentenciado y debe ser exigida de oficio por el Ministerio Público, en términos del Código Penal Federal.

Lo anterior ha sido objeto de críticas por diversos autores, entre ellos Juventino V. Castro, quien señala lo siguiente: "El artículo 22 de la Constitución prohíbe, entre otras, las penas trascendentales. Por otra parte el Código Penal del Distrito Federal establece que la muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieran impuesto, a excepción de la reparación del daño. Si la reparación del daño es pena, en nuestra legislación, debe serlo en toda su extensión y en todas sus consecuencias, y si a pesar de ello puede ser impuesta a los herederos del muerto, lógicamente se concluye que nos encontramos en el caso de la aplicación trascendental, de las que prohíbe el artículo 22 Constitucional".¹⁷

Dentro de los derechos que le asisten al imputado, entendiéndolo por este desde el momento mismo en que existe en su contra una imputación, reviste de gran importancia las garantías contempladas en el artículo 20 Constitucional, las cuales se pueden agrupar en dos grandes grupos: garantías en la averiguación previa o en el proceso penal y garantías exclusivas del proceso.

Las primeras son la libertad bajo caución, siempre que proceda y no exista oposición fundada; no ser obligado a declarar y, de hacerlo, será en presencia de su defensor, bajo pena de nulidad de la declaración cuando sea violada esta garantía; la recepción de cualquier probanza ofrecida de acuerdo a la ley; el acceso a los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso; conocer desde el inicio de su proceso los derechos que en su favor consigna la Constitución; y contar con una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de su confianza, teniendo el Juez o el Ministerio Público la obligación de nombrarle un defensor de oficio si no lo puede o quiere designar el imputado.

¹⁷ V. Castro, *Juventino; Op. Cit.* Pág. 145

que es indispensable para el desenvolvimiento ordenado y pacífico de los integrantes de la sociedad.

Regularmente, las infracciones penales producen un daño que directamente resiente la persona física, o en algunos casos la persona moral en su patrimonio, en su integridad, en su honor, etc., y en forma indirecta en la sociedad, de tal manera que la violación a la ley penal trae aparejada siempre una sanción represiva y además un daño que debe ser resarcido.

Ambas consecuencias interesan a la sociedad, aunque el resarcimiento del daño a quien beneficia es directamente al ofendido o a la víctima.

El artículo 20 Constitucional ha establecido un apartado referente a la víctima o el ofendido, el uso de la disyuntiva nos hace ver que se trata de entidades diferentes.

En el sentido de nuestra legislación, el ofendido es el sujeto pasivo del delito, es decir, la persona que resiente directamente la lesión jurídica en aquellos aspectos tutelados por el Derecho Penal. Por víctima debemos entender, a toda persona física o moral que sufre un daño por una conducta típica, antijurídica y culpable, independientemente de que sea o no el sujeto pasivo del delito.

El ofendido por el delito esta considerado por la doctrina como un sujeto procesal accesorio dentro del proceso penal sin embargo, autores como Franco Sodi han opinado que el ofendido por ser quién deduce un derecho (el obtener la reparación) tiene el carácter de "parte", como lo tiene también el tercero obligado a pagar aquella reparación, por ser la persona en cuya contra el derecho de la víctima se deduce.¹⁹

¹⁸ Véase Artículo 19 Constitucional párrafo tercero

¹⁹ Cfr. Franco Sodi por Guillermo Colín Sánchez, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 1ª ed., Ed. Porrúa, México, 1964, Pág. 191

La legislación procesal mexicana, tanto la del fuero Federal como del fuero común le han negado la calidad de parte en el proceso y prácticamente, le anula su personalidad en él. Resulta que esto ha representado un giro en la intervención del ofendido dentro del proceso penal, en virtud de que por un lado tiene la relación directa con el juzgador y, por el otro, está en posibilidad de participar en el acreditamiento del cuerpo del delito, la responsabilidad del imputado y la reparación del daño, algo que anteriormente no le estaba permitido.

En efecto, la intervención del ofendido en el proceso penal ha ido creciendo considerablemente al grado que en la actualidad, está en posibilidad de participar en el proceso tanto en lo que toca al interés social como en lo que respecta a su interés personal. Lo anterior resulta de vital importancia para la administración de justicia, pues nadie tiene más deseo en que se haga justicia que la propia víctima del delito, y nadie mejor que está para aportar los elementos de prueba; en consecuencia, el beneficio es tanto para la víctima como para la sociedad.

Los ofendidos por el delito tendrán siempre un gran interés en que se castigue a los culpables, lo que en el fondo no es más que un fenómeno natural, necesario e inevitable; el de perseguir que se realice justicia en la lucha por el derecho, pero tendrá mayor interés en que se le repare el daño económico o moral ocasionado por la comisión de un delito.

De acuerdo con las diferentes legislaciones y con las limitaciones mayores o menores, según el sistema procesal, la víctima o el ofendido tienen ciertas funciones dentro del proceso penal. Algunas de estas según los diversos sistemas son: iniciar el proceso; coadyuvar con el Ministerio Público, el cual debe representarlo en todo momento, de lo contrario quedaría desamparada la víctima.

Nuestra legislación de amparo no deja olvidado por completo al ofendido por el delito y le reconoce la importancia que realmente tiene y debe tener, pues la Ley de Amparo en su artículo 5, fracción III, inciso b), reconoce como parte al ofendido o a las personas que, conforme a la ley, tengan derecho a la reparación del daño, como terceros perjudicados; y otro tanto estipula el artículo 10, del mismo

ordenamiento legal en lo que toca a su carácter de agraviado directo, lo cual le permite actuar en el juicio de amparo.

En México la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene el control (por medio del juicio de amparo) de los actos del Ministerio Público a través de la reparación del daño, indispensablemente ligada a la acción penal, siendo menester de la Corte conocer de la violación de garantías cometidas por esta autoridad.

El Estado debe luchar por atenuar, mitigar la intervención apasionada y vengativa del particular en el proceso penal, que como el Ministerio Público debe ser imparcial, sereno y de carácter social y público. Ello no quiere decir que la intervención directa de la víctima o el ofendido en el proceso sea anulada totalmente, ya que eso sería pretender nulificar el interés personal de dicho sujeto.

Auxiliares en la Administración de Justicia

En materia penal como en otras ramas del Derecho, tanto las "partes" como el Juzgador necesitan ayuda y colaboración de terceros para poder cumplir con los objetivos del proceso.

Uno de esos terceros es el cuerpo de policía denominado Policía Judicial, que es un auxiliar de los órganos de justicia del Ministerio Público en la investigación de los delitos, la búsqueda de pruebas, presentación de testigos, ofendidos e inculcados; y del poder judicial, en la ejecución de las ordenes que dicta (presentación, aprehensión e investigación).

Este cuerpo policial, por mandato constitucional, ha quedado bajo las ordenes del Ministerio Público; sin embargo, ello no impide que auxilie al Juzgador en el desarrollo de sus funciones, puesto que se debe recordar que en algunas ocasiones dentro del proceso penal el Ministerio Público funciona como auxiliar del órgano de decisión, sobre todo en la realización de diligencias de investigación por parte del Juez, las cuales realiza a través de esta institución.

Otros auxiliares en la administración de justicia son los testigos, peritos, autoridades y en general, cualquier persona o entidad que intervenga en el proceso como tercero y sin el carácter de parte. En ese sentido se puede decir que, toda aquella persona que colabora en el proceso penal para alcanzar sus objetivos, será un auxiliar en la administración de justicia.

La importancia de estos terceros radica en que con la ayuda de ellos y a través de otros medios, se conocerá la verdad histórica de los hechos que se ventilan en el proceso respectivo; por otra parte, se podrá entender la personalidad del imputado, lo cual resulta ser de vital importancia tanto para la aplicación de la pena como para la prevención del delito.

Resulta evidente que, tanto las partes como el juzgador, no tiene conocimientos en todas las áreas del saber humano, por lo que resulta de vital importancia que las personas o instituciones especializadas en temas específicos colaboren en el esclarecimiento de los hechos.

Para ejemplificar lo anterior se puede citar el caso de los delitos patrimoniales, toda vez que en ellos probablemente será necesaria participación de peritos contables a efecto de cuantificar el monto de cantidades de dinero y determinar a través de una revisión minuciosa de los libros de contabilidad.

Ahora bien, para llevar a cabo la valoración de peligrosidad del procesado, las situaciones peculiares de este, y en general sus antecedentes psicológicos y patológicos, será necesario la intervención de especialistas en estos temas.

Como se puede observar, tanto las partes como el juzgador no están en posibilidad de cumplir con los objetivos del proceso solos, consecuentemente, el proceso en la mayoría de los casos, debe ser complementado y enriquecido con la participación de terceros que auxilien en la administración de justicia.

1.6 "Ius Puniendi"

En cualquier grupo de humanos existen intereses tanto individuales como colectivos, pero no siempre dichos intereses pueden ser congeniables y cuando esto sucede se originan conflictos, entonces es necesario que intervengan las normas jurídicas para resolverlos con justicia.

El individuo integrante de la población estatal delega el ejercicio de la autoridad a sus legítimos representantes para que estos velen por sus intereses y los del grupo, el Estado obtiene su fuerza y el derecho a castigar de la colectividad; como consecuencia de esto el órgano legitimado dicta normas de carácter jurídico para imponer a los gobernados la obligación de acatar ciertas conductas. Cuando un individuo no cumple con las obligaciones que le impone el Estado en beneficio de la comunidad, éste le impone una sanción, es decir, a quien ha cometido una acción antisocial o que puede representar un peligro para sus integrantes, la sanción puede ser un mal para el sujeto, siendo que tiene como finalidad la defensa de la colectividad.

Cuello Calón afirma que, "en sentido subjetivo, es el derecho a castigar (*ius punendi*), el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas afirmando que con tal noción está contenido el fundamento filosófico del derecho penal."²⁰

El *ius punendi* además de ser un derecho es un deber del Estado, ya que es su obligación mantener el orden social para que las personas y la propia sociedad puedan vivir y desarrollarse. El Estado, para cumplir con ese derecho-deber tiene el poder que le otorga la sociedad para que la defienda de todos sus enemigos extranjeros e internos porque estos pueden poner en peligro la convivencia social. Entre las facultades del Estado para defender a la sociedad está el derecho a castigar. El Estado en la lucha contra la delincuencia, primero debe prevenirlo y cuando no se logra esto entonces debe castigar a los culpables, por lo que los delitos deben estar descritos de forma casi perfecta y exacta dentro de la ley.

Este derecho debe ser la última forma de control social, debe aparecer solo cuando sea indispensable, cuando no se pueda aplicar ninguna otra opción y las medidas preventivas hayan fracasado.

1.6.1 Fundamento Filosófico

“Desde tiempos inmemorables hasta nuestros, todas las sociedades han poseído un sistema de penas de carácter privado y público, animadas por un sentido de venganza o establecidas para la protección de la ordenada vida comunitaria, o para la reforma y rehabilitación de los culpables; con periodos de inhumanidad y dureza, feroz o moderada, ha existido siempre, en todos los pueblos y en todos los tiempos”²¹

Se trata de saber, como declara el maestro Carrara si ese hecho repetido durante tantos siglos y en virtud del cual se despoja de los más sagrados derechos a una criatura humana contra su voluntad, es un abuso de la fuerza o el ejercicio irrecusable de un derecho.²²

Dentro de los principios fundamentales, a lo largo de nuestra historia y desde que el hombre convive en sociedad, ha existido la imperante necesidad de establecer normas de convivencia entre los individuos, creando así un orden que les permita vivir en armonía dentro de su sociedad.

A efecto de lograr una agradable convivencia entre los hombres, por imperativo de vida, el derecho a castigar que se llamo "*ius puniendi o ius gladdi*", en el Derecho Romano ha sido considerado dicho derecho como un poder del Estado para castigar los delitos con el objeto de mantener un orden social, siendo que la sanción ha permanecido con un conjunto de sentimientos a los que Ferri llamo "Justicia Penal".

²⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco; "Derecho Penal Mexicano" Ed. Porrúa, México, 1987, Pág. 17

²¹ Cuello Calón, Eugenio, "La Moderna Penología", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1958, Pág. 15

²² Cfr. Carrara, Francesco; Programa de derecho criminal, parte general, Vol. II Bogota, Ed. Temis 1973, Pág. 43-44

Se puede advertir, que esta atribución es inseparable de la vida misma, pero no en todas las épocas se ha justificado de igual manera, e incluso ha habido quienes no la han considerado como un derecho sino como un deber.

Maggiote citando la fórmula de Séneca dice, que se castiga porque se ha pecado- *punitur quia peccatum*- (fin en si mismo), o se castiga para que no se peque -*punitur ne peccetur*- (hecho ajeno), y admite que la pena nunca puede considerarse como un fin sino como un medio.

Existen diversas teorías que sustentan la fundamentación filosófica del "*ius punitionis*". Una rama de ellas ha fijado la atención en el aspecto objetivo de la pena, en donde las posiciones adoptadas son absolutas y relativas, según tenga en si misma su razón de ser o este motivada por un hecho de carácter extrínseco.

La teoría naturista es la formada por la Escuela de la Defensa y se funda más que en exigencias éticas, en el hecho natural de que todo ser se defiende cuando es perturbado en sus condiciones de existencia.²³

Es por lo que, la misión de la autoridad es salvaguardar el orden social castigando al delincuente que haya lesionado las leyes del pueblo o pasado por alto la autoridad que la sociedad ha otorgado al Estado.

Por último, las tesis espirituales que son opuestas a la anterior, ven en la pena a un medio para reeducar y redimir moralmente al delincuente pervertido por el delito. A este noble propósito respondió la cumbre del pensamiento clásico, cuyo padre, Sócrates, en inmortal apología dejó dicho por boca de su discípulo Platón, que el hombre peca por su ignorancia y esté último, llevando al máximo el idealismo, definió a la pena como medicina del alma.

²³ Cfr. Cuello Calon, Op. Cit. Pág. 17

Asimismo, como parte del espiritualismo, tenemos la teoría de la retribución, en la que se establece que: "al bien le sigue el bien y al mal le sigue el mal. Es así como la idea retributiva de la pena aparece en diversos autores, al determinar que la retribución como prototipo de justicia es una idea universal arraigada firmemente en la conciencia colectiva, que secularmente reclama el justo castigo del culpable, concepción altamente propicia a los intereses sociales que se conserva y vigoriza en las masas populares el sentido de justicia, y da a la represión penal un tono moral que eleva o ennoblece."²⁴

De lo anterior, podemos decir que surgen los derechos a exigir la reparación del daño y los de suprimir el delito para impedir que se comenten otros, este poder corresponde al poder civil y constituye el "*ius puniendi*". Se puede observar entonces, que si el ejercicio de esta función correspondiera única y exclusivamente al individuo, se daría la entrada a la justicia por propia mano, lo cual generaría grandes injusticias; luego entonces, resulta necesaria la intervención de una autoridad investida de tal facultad para lograr la real defensa del derecho, lo anterior deviene en nuestra Constitución que en su artículo 17, enuncia el derecho de justicia, el cual se traduce en la facultad que tiene toda persona para acudir ante los tribunales en demanda de justicia y en defensa de sus derechos.

Este derecho es la contraparte de las dos prohibiciones que se establecen en la segunda fase del citado artículo constitucional, en el sentido de que ningún individuo puede hacerse justicia por su propia mano, y que nadie debe utilizar la violencia para reclamar sus derechos, prohibiciones ambas que, de tiempo atrás vinieron a superar la vieja práctica de la venganza privada.

Por lo que, la pena no sólo lleva a cabo su función sobre el individuo, sino que toma en cuenta, tradicionales sentimientos hondamente arraigados en la conciencia colectiva que exigen el justo castigo de aquel que ha cometido un delito. Este derecho se encuentra inherente al individuo, la sociedad lo ejerce como representante suyo; el hecho de que la autoridad social ejerza el "*ius puniendi*", tal

²⁴ *Ídem*

como lo menciona Carrara, es porque lo hace con mayor fuerza, seguridad y eficacia de la que podría el individuo aislado ejercer por propia mano, de aquí que nace y se traslada a nuestros días, la Institución en México del Ministerio Público como representante social. Puntualiza también el autor que, el "*ius punitiois*" es un contenido necesario "el "*ius defensionis*", y porque la tutela práctica del derecho, imposible de obtener con una constante coacción física, requiere ser procurada con la coacción psicológica, es decir, con la amenaza y la erogación de un castigo al violador de un derecho.

Con todo y eso, "la justicia penal, entregada por precepto absoluto a la autoridad social en virtud de la Ley Suprema, tiene su origen, primero en el derecho del individuo y por ende la autoridad pública no habría podido venir a imponerla a su antojo, valiéndose de la ilusoria fórmula de que es un milagroso producto de la sociedad, si ella no tuviere su germen en los atributos del individuo, de quién la autoridad social se constituya en sierva representante y protectora".²⁵

Así podemos establecer, que las diferentes escuelas de Derecho Penal han tratado de encontrar fundamento filosófico que sirva de base para su doctrina sobre la justicia o injusticia de la pena, siendo este en lo general un anhelo insatisfecho de perfeccionamiento de las instituciones jurídicas.

Siguiendo el viejo principio de que "la justicia es la voluntad constante y perpetúa de dar a cada quién lo suyo", podemos afirmar que: lo suyo de aquel que viola el orden social, será un castigo tan severo o tan benigno según sea la magnitud del hecho mismo violatorio del orden social.

1.6.2 Fundamento Histórico

Tradicionalmente el estudio de la pena se ha dividido en cuatro momentos a saber:

La venganza privada, se desarrolla en los tiempos más remotos, surgiendo así, la pena como una venganza del grupo, considerando a la expulsión del delincuente, el castigo más grave que se podía llegar a imponer, constituyendo así una venganza de tipo colectivo, surgiendo con posterioridad la Ley del Talión, la cual limitaba los excesos de la venganza, señalando la pena en función del daño causado.

La venganza divina, período que en el progreso de la función represiva constituye una etapa evolucionada en la civilización de los pueblos. Es así como el derecho y la religión se unen en un mismo concepto, así el delito se transforma en una ofensa a la divinidad, se considera a la pena, ya no como un castigo, sino como una explicación.

La venganza pública, se le da a la pena un carácter eminentemente público, tal como aparece en la época de la Revolución Francesa, la horca o la guillotina, es la época en la cual se castigaban con más dureza hasta los crímenes más insignificantes.

Y por último, **la época humanitaria**, en la cual influye notablemente la obra de Cesar Bonnesana, el Marqués de Beccaria, en la cual se denuncia la excesiva crueldad de las penas y se establecen los derechos mínimos del delincuente, considerándose la proporcionalidad de las penas, con la gravedad del delito.

En síntesis, se puede concluir que en un inicio, la pena constituyó un castigo al individuo que violó la norma penal. También se consideró como una venganza de la sociedad contra el sujeto que había cometido el delito, con el fin de reparar el daño causado. Al igual, y como producto de las ideas religiosas, la pena se aplicó como una medida para dar temor o para procurar arrepentimiento en el individuo. En la actualidad, la pena no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para un fin la readaptación del individuo a la sociedad.

²⁵Cfr. Carrara, Francesco, *Op. Cit.*, Pág. 51

La prisión a lo largo de la historia se empezó a usar como lugar de custodia transitoria en tanto llegaba el día del suplicio, como lugar de contención de delinquentes y de gente perseguida por sus ideas. La Revolución Francesa trajo como consecuencia una tendencia de benignidad en los castigos y se empezó a pensar en los reclusos, como seres humanos capaces de readaptarse a la sociedad.

En la época cuando imperaba la Ley del Tali3n se veía a la pena como algo necesario, ya que se pensaba que, como el delito afectaba la seguridad biol3gica, social, moral o patrimonial de la v3ctima, resultaba como consecuencia muy natural que la pena se volcara sobre esas mismas integridades, siendo dicha Ley del Tali3n un dicho popular actual conocido como "Ojo por ojo, diente por diente".

Por otra parte, el pensamiento de Kant expres3 que "el castigo como tal debe ser justo, siendo necesario, ya que a aquel a quien se castiga puede confesar, aun cuando no espere ninguna gracia, que lo ha merecido y que su suerte est3 perfectamente acorde a su conducta".

La justicia es pues, la primera condici3n de todo castigo como tal, y la esencia misma de este concepto. La bondad puede indudablemente unirse a 3l, pero aquel que por su conducta merece ser castigado, no tiene el menor derecho a contar con ella. El castigo es una consecuencia de los principios de la legislaci3n moral: "es el crimen en s3, digno de ser castigado, es decir trae consigo la p3rdida de la felicidad".

26

Fue el liberalismo penal el que puso t3rmino a la presencia de pecadores, dementes y diablos, sustentando todo el aparato de sanciones para el infractor de la ley penal en la cual se daban tres hip3tesis: el acto o el hecho del sujeto, la imputaci3n del suceso y la consecuencia de la pena.

Hoy como prop3sito 3ltimo de la pena esta la readaptaci3n social del delincuente, tal como lo seala el art3culo 18 de nuestra Constituci3n, que establece en su segundo p3rrafo: "...Los gobiernos de la Federaci3n y de los Estados

²⁶ *García Morente, A. Crítica de la Raz3n Pr3ctica, Ed. Nacional, M3xico, 1995, P3g. 178-179*

organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente...”.

Toda conducta de tipo antisocial puede ser concebida como perturbación al orden vigente previamente establecido en una sociedad determinada, es por eso que el legislador ha creado un régimen de derecho para así poder castigar la desobediencia de un mandato. Estos valores, elevados a la categoría de bienes jurídicos, se encuentran protegidos a través de la amenaza de una sanción para aquellos que violen la norma. Es así como, una vez que el supuesto fáctico previsto en la hipótesis legal se presenta, se aplica la consecuencia, imponiendo una pena al infractor.

En el campo especulativo, las diferentes escuelas de Derecho Penal han tratado de encontrar el fundamento doctrinario sobre la justicia o injusticia de la pena; por lo que se presenta las preguntas comunes: ¿En nombre de que se pena? y ¿En virtud de qué poder la función punitiva corresponde al Estado?. A decir del maestro Pavón Vasconcelos, la punibilidad debe entenderse como: “la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social”.²⁷

1.6.3 Fundamento Jurídico

Partiendo del principio básico de legalidad de la pena “*nullum crime, nulla poena sine lege*” (no hay delito ni pena, si no existe una Ley que lo castigue), se origina como consecuencia lógica su fundamentación jurídica, es decir, la pena deberá aplicarse con arreglo a lo dispuesto en las leyes u otras disposiciones legales, es así como se actualiza el “*ius puniendi*” en nuestro sistema legal mexicano.

El “*ius puniendi*” nace al momento que toma contacto el sujeto presuntamente peligroso y el poder social que califica la personalidad de aquel y posee la facultad

²⁷ Pavón Vasconcelos, *Op Cit.* Pág. 453

de determinar sus consecuencias jurídicas, es decir, la hipótesis que establecen las disposiciones penales. Es por lo que al Estado se le atribuye la obligación de establecer y aplicar normas penales, tanto de carácter sancionador como preventivo.

Dicho poder, define determinadas conductas previamente establecidas como contrarias al orden social, las cuales son concebidas como perturbadoras del orden vigente en una sociedad, por lo que el legislador ha creado un régimen de derecho para castigar la desobediencia de un mandato; esos valores, elevados a la categoría de bienes jurídicos, están protegidos a través de la amenaza de una sanción para aquellos que la violen.

Una de las funciones que corresponden al Estado es la de procurar y salvaguardar el bien común de la sociedad. Se entiende que la conservación del orden público es una de las condiciones indispensables que toda sociedad necesita como expresión del bien común y que el Estado le debe garantizar, pero no debemos olvidar que el Estado está obligado a actuar siempre respetando los derechos fundamentales de la persona.

En consecuencia y como contrapartida necesaria a la prohibición general de la autodefensa, ninguna persona puede hacer justicia por su propia mano, ni reclamar sus derechos con violencia se reconoce el derecho de toda persona física o moral de recurrir a los tribunales en demanda de justicia para la protección de sus derechos.

La autodefensa fue una costumbre practicada en otros tiempos y constituyó un sistema primitivo de justicia en donde el ofendido cobraba su daño de manera personal conforme a su criterio y fuerza, por lo que este sistema no hacía sino legitimar la venganza por ende, la violencia. Para evitar lo anterior, ya lo he mencionado en párrafos anteriores, se ha facultado al Estado para que, como tercero imparcial y velador de la seguridad jurídica, sea el encargado de resolver las diferentes controversias que se suscitan entre los individuos de una sociedad, siempre apegado a la ley que debe regir en todo sistema de derecho.

Además del derecho del individuo de acudir al Estado para la impartición de justicia, es necesario que las autoridades encargadas de dicha aplicación, actúen en forma tal que no retrasen o entorpezcan el procedimiento y deben en todo momento apegarse a la ley, así como brindar un servicio exento de todo pago, por lo que se puede concluir que, la justicia debe ser accesible, pronta, ágil, neutral, gratuita y seguir también los lineamientos básicos de nuestra constitución en el sentido de que la justicia debe ser pronta y expedita.

Cabe mencionar la importancia que reviste la dignidad humana, valor supremo que en ningún régimen de derecho se debe olvidar. Por ello, acertadamente Héctor Gros Espiell ha afirmado que los derechos humanos del individuo no se pueden extinguir nunca "porque, por ser consubstanciales con la idea del hombre, subsistirán siempre y renacerán en la realidad de la existencia política, ya que la libertad jamás podrá ser exterminada, por el hombre es, en esencia, su libertad"²⁸

Al Proseguir con nuestra breve historia sobre las penas en nuestro país, cabe mencionar que las ciencias penales han tenido un singular desarrollo. Primero nació la dogmática jurídica, después el auge de la Criminología, posteriormente el Derecho de Ejecución de Sanciones y por último la criminalística que intenta poner en práctica los conocimientos de todas las demás ciencias.

La política actual del Estado se enfoca a la prevención del delito, la cual tiene múltiples facetas y las más de ellas no tienen que desarrollarse en el ámbito de la administración pública, sino en la adecuada integración de la familia, la educación y el trabajo; así como en un entorno exterior sano y productivo, factores que entre otros, de un modo u otro, pueden impedir el desenvolvimiento de conductas de carácter antisocial.

²⁸ Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos T. II*, Ed. Civitas, Madrid 1988 Pág. 292

Dicha tarea no puede ni debe quedarse en manos de los particulares, por lo que el Estado ha creado organismos cuya finalidad es la prevención de conductas que afecten la seguridad social, siendo tal, el espíritu de la Política Preventiva.

De tal forma se entiende así a la pena y se fundamenta jurídicamente como instrumento de control social que debe utilizarse únicamente cuando se afecten intereses jurídicos de vital importancia. La pena como sabemos es la última consigna del derecho.

Desafortunadamente, en nuestro sistema la medida cautelar que se usa con más frecuencia es la prisión preventiva, criterio retrógrado que considera que entre más fuerte sea la sanción, o todavía peor, la medida cautelar, el hombre por miedo, dejará de cometer los ilícitos.

En la mayoría de los delitos, se castiga con tan solo una pena; la prisión medida que rebaja a límites inimaginables la existencia humana. Es por esto, la imperante necesidad de acudir a la penología, ciencia que ofrece una amplia gama de sanciones atendiendo a las características de tipo individual del sujeto. Se debe entender que la prisión preventiva como está concebida en nuestro ordenamiento legal, constituye una pena anticipada, una medida que, lejos de disminuir la criminalidad, la aumenta, transforma al primo delincuente en reincidente.

El penitenciarismo moderno establece que la pena no debe constituir un castigo sino un medio para la readaptación del individuo que transgredió la norma penal, aunque todavía hay personas que piensan que las penas y las medidas cautelares deben ser duras y crueles con el fin de castigar a un probable delincuente, un poco por venganza y otro tanto para evitar la comisión de un nuevo delito. El Estado a solas, o en combinación con la sociedad, absorbe la lucha contra el delito, utilizando la prevención como aspecto primordial y esencial y en caso de fracasar el castigo, esta prevención se halla en la política social, la cual pretende, por su parte, resolver los factores del delito, evitando acciones represivas. Es así como el Estado

tiene la obligación de esclarecer los hechos y definir la reacción jurídica a través de la sentencia. Estos constituyen los fines de la criminología contemporánea.

En esta reacción jurídica, como señala García Ramírez en su tratado de Justicia Penal: "Más allá de su condición de acto jurídico en el que se resuelve un conflicto y se dice soberanamente el Derecho, constituye, psicológicamente y políticamente, un ejercicio de diagnóstico y pronóstico: los que se hacen sobre el criminal no resultan ajenos, en su trasfondo, en sus más delicadas implicaciones, al diagnóstico y pronóstico de una sociedad (el caldo de cultivo del que hablaba Lacassagne cuando decía que la sociedad tiene los delincuentes que merece), que también se hallan de alguna manera implícitos en la sentencia".²⁹

²⁹ García Ramírez, Sergio; *Justicia Penal (Estudios)*; Ed Porrúa, México 1982, Pág. 122.

CAPÍTULO II

Medidas Cautelares

En el presente capítulo entraremos de manera directa a lo que significan las medidas cautelares, sus características y particularidades así como su origen, diversos conceptos elaborados por distinguidos estudiosos del derecho, el sustento jurídico y constitucional con que cuentan en nuestro sistema judicial así como su temporalidad, sin faltar la clasificación que de ellas se ha hecho y por último se hablara del orden público que debe imperar en cualquier Estado. Todo lo anterior con la finalidad de lograr un entendimiento adecuado del punto toral del presente trabajo de investigación.

2.1 Concepto de Medidas Cautelares

Medida provisional: las medidas cautelares, constituyen uno de los temas de enorme importancia y trascendencia en el estudio de Derecho Procesal, en virtud de que son los medios con los que cuenta el abogado para garantizar la ejecución de la sentencia. Toda vez que desde el momento en que se inicia un juicio hasta el momento en que se ejecuta la sentencia pueden pasar años, lo que trae las más variadas consecuencias, entre las que se pueden dar que el demandado (materia civil), o el probable responsable en (materia penal) se oculte, enajene, destruya o dilapide los bienes y continúe realizando la conducta ilícita, por lo que ante tales circunstancias no es posible esperar hasta que sea ejecutada la sentencia.

No debemos olvidar, que éste es y ha sido el pensamiento del legislador en materia Civil, el deber de proteger el bien jurídico tutelado en las leyes, por eso se ha adaptado dicha figura en materia Penal, de tal manera que el delito que cometa cualquier persona no debe quedar en la impunidad, ya que al hablar en Derecho Penal se puede relacionar con la corrupción e impunidad; es decir, que no se aplica la pena a los infractores de la ley ya sea por que estos sobornen a los funcionarios públicos o por que, después de haber cometido sus fechorías evadan la acción de la justicia trasladándose a un lugar distinto e inclusive viajando al extranjero, por la tardanza que conllevan los procedimientos mexicanos.

Es por esto que es necesario tomar medidas al respecto las cuales asegurarán que no se siga causando daño a la víctima u ofendido por el delito o que el infractor no eluda la justicia y llegado el momento sea condenado a cumplir con la pena que le corresponda.

Para Fix Zamudio "son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso."³⁰

Chioyenda dice que la medida cautelar es una acción aseguradora; así, sin saber si existe o no derecho seguro, la acción aseguradora, que es autónoma, garantiza ese supuesto bien.

Camelutti se refiere a ellas de la siguiente manera: "separa al proceso contencioso de cognición, del que llama proceso cautelar. Mientras el primero es definitivo, el segundo es provisorio. Considera a este último como un verdadero proceso, donde la acción, la jurisdicción y el proceso se dan con autonomía o dependencia en relación con el proceso principal, según sus primeras afirmaciones este proceso esta orientado al arreglo provisional del litigio, es decir a conservar la materia del litigio, corrigiéndose más tarde para decir que en realidad estaba orientado a la tutela del proceso".³¹

Calamandrei, escribió todo un tratado en específico respecto de este tema y les denominó providencias precautorias para diferenciarlas de las definitivas y explica que las medidas cautelares nacen al servicio de una providencia definitiva, con el fin de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito.³²

Fix Zamudio Héctor, "Medidas Cautelares". en *Diccionario Jurídico Mexicano* Pág. 2094

³¹ Camelutti, Francesco, *Cuestiones Sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Editorial Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires. 1945 Pág. 414

³² Calamandrei Piero, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Precautorias*, Pág. 44

La peculiaridad de las medidas cautelares "se debe buscar en la relación de instrumentalidad que liga indefectiblemente toda providencia cautelar a una providencia principal, el rendimiento práctico de la cual se encuentra facilitado y asegurado de forma anticipada, en virtud de la primera de ellas. La definición de las providencias cautelares, sin salirse del campo procesal, ha de buscarse, no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus defectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de la providencia principal), ya que sus efectos están preordenados; es decir, que estos aparecen desde su iniciación destinados a extinguirse en el momento en que puedan ceder el puesto o los efectos a la providencia principal".³³

En el primer capítulo de este trabajo de investigación se abordó el tema del *ius puniendi*, es decir, el derecho que tiene el Estado de castigar a quien ha cometido un delito, no obstante que para poder llevar a cabo esta facultad, el Estado primeramente debe dictar una medida cautelar con la finalidad de garantizar la sanción al infractor de las leyes para que no quede impune su conducta, ya que para la imposición de una pena es necesario primeramente que toda persona sea oída y vencida en juicio y que no se viole ninguna de sus garantías individuales, de manera particular la garantía de audiencia que implica que se deben seguir todas las formalidades esenciales del procedimiento lo que conlleva el transcurso impredecible del tiempo, antes de estar en posibilidad de imponer la sanción definitiva.

Así, debemos entender que las medidas precautorias pretenden asegurar el cumplimiento de una medida de carácter definitivo.

2.2 Naturaleza Jurídica.

La naturaleza jurídica de las medidas cautelares es proteger a la víctima u ofendido de hechos que pudiesen considerarse delictivos, a manera de evitar que al señalado como presunto responsable de estos hechos continúe causando un perjuicio o menoscabo en su persona o patrimonio y/o que pudiese evadir la acción

³³ *Ibidem.* Pág. 1335 a 1337.

de la justicia; debido a la tardanza de los procedimientos que en el sistema jurídico mexicano se llevan a cabo, ya que no sería posible esperarse hasta que se dicte una determinación definitiva dando pie a que resultara inútil la impartición de justicia establecida en las leyes de la materia.

En torno a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, como en otras figuras tratadistas y juristas han establecido diversas y variadas acepciones a saber:

Para el jurista **Palacios Lino**, son como una pretensión cautelar, dado que carece de autonomía funcional, por cuanto su finalidad consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe dictarse en otro nexo de la instrumentalización subsidiaria, pues más que para hacer justicia sirve para asegurar el eficaz funcionamiento de esta.

Para **Ramiro Podetti**, son consideradas como una "facultad procesal que compete al actor, al demandado, al tercerista, y aun al Ministerio Público, de pedir mediante una instancia preliminar o incidental o sumaria y al juez de disponer, aun de oficio ciertas medidas"³⁴.

Conforme a las opiniones anteriores se puede apreciar la compleja naturaleza jurídica que le han asignado los tratadistas a las medidas cautelares, concibiéndolas como un acto preliminar, como un acto prejudicial o como un proceso autónomo e inclusive como una acción.

Como podemos apreciar las medidas cautelares en materia Penal se derivan de las que existen en materia Civil que es el verdadero origen de estas, ya que en dicha materia se cuenta con un capítulo especial, en donde en los artículos 235, 236 y 237 del Código de Procedimientos Civiles vigente en esta Ciudad, se establece cuando pueden dictarse dichas medidas, en contra de quien han de llevarse a cabo y si han de ser prejudiciales o dentro del procedimiento, de lo cual se desprende que

³⁴ Podetti Ramiro, *Derecho Procesal Civil*, 9ª ed. Ed. Esfinge. Pág. 125

solo existen como medidas precautorias el arraigo para el caso de una medida cautelar de carácter personal y el secuestro para el caso de una medida cautelar real que afecta el patrimonio de un individuo. Por lo tanto, las medidas cautelares reales predominan por encima de las personales en materia civil a la inversa de las medidas cautelares dictadas en materia penal que tiene mayor trascendencia las medidas personales que afectan la libertad de las personas, sin que ello implique que no se apliquen las medidas reales con cierta frecuencia.

La providencia del arraigo se reduce a prevenir al demandado de que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, expensado para responder de las consecuencias del juicio. Lo que la ley pretende en esta medida es que haya una persona que responda del juicio, y que no sean ilusorias las sentencias que condenan al demandado, por lo que se exige que el apoderado que nombre tenga la capacidad de transar a su nombre.

Respecto de la medida precautoria del secuestro este se traduce en la ocupación de los bienes del deudor a fin de hacer efectiva su responsabilidad, en este caso se llama embargo preventivo, que puede traducirse en la retención, depósito o intervención, según el tipo de bienes de que se trate.

Para la solicitud de las medidas precautorias en materia civil se debe comprobar: i) el derecho que tiene para demandar, ii) siendo que lo primero se acredita por existir un juicio pendiente en contra de quien se solicita la medida cautelar o bien que se posee un derecho que tiene que ejercitarse por medio de una demanda. Lo segundo puede consistir en el temor fundado de que el deudor enajene los únicos bienes que tiene, o de que estos sean ocultados, destruidos o deteriorados intencionalmente para frustrar la acción del acreedor.

Ambas medidas en determinado momento pueden ser injustas ya que al igual que en la materia penal, no por el simple hecho de presentar una demanda se debe entender que el actor ganará el juicio, y sin embargo se toma una medida precautoria

en contra del demandado el cual pudiese resultar vencedor al probar sus excepciones y defensas.

Sin embargo, existen en el ámbito civil formas de levantar las medidas precautorias decretadas las cuales son:

- a) Reclamando la providencia decretada a la persona contra quien se dicto, antes de que la sentencia haya causado ejecutoria, dicho reclamo se tramita vía incidental, pudiendo argumentar la falta de documentos en los que se establezca una obligación de deuda, es decir, que no exista deuda a favor del promovente.
- b) Levantar la medida cautelar cuando el deudor consigna el valor u objeto reclamado.
- c) Retirar la providencia si el demandado da fianza bastante a criterio del juez, o prueba tener bienes raíces suficientes para responder del éxito de la demanda.

Para el caso de que el demandado no pueda ofrecer garantía o contragarantía o señalar otros bienes deberá sufrir la restricción de la medida cautelar, respecto de su persona o en su patrimonio hasta la conclusión del juicio.

De igual manera podemos establecer las diferencias que existen entre las providencias cautelares y las definitivas, a saber:

Las medidas cautelares se caracterizan por su provisoriedad; esto quiere decir que, sus efectos estarán limitados en el tiempo, hasta que sea pronunciada la medida definitiva; ya que en las medidas cautelares no interesa si la providencia está fundada en la certeza, por que esta solo será exigible en la providencia definitiva. En la medida provisora y bastara que exista una probabilidad, característica que se relaciona con el tema de la temporalidad del cual hablare más adelante.

Otra característica de las medidas provisionales es la urgencia que existe por que sean llevadas a cabo, ya que no ser así, el temor fundado de que una persona siga causando un daño o que se abandone el Estado o incluso el país, puede convertirse en una realidad.

También las medidas cautelares carecen del carácter de cosa juzgada, es decir, son susceptibles de ser alteradas o revocadas, de acuerdo a la probabilidad de riesgo respecto del presunto responsable, ya sea que se trate de un delito no considerado grave, que sea la primera vez que delinque, que tenga buena reputación y por lo tanto resulte innecesaria la continuación de la medida o esta pueda ser conmutable por una más sencilla.

2.3 Fundamento Jurídico

La finalidad del derecho es regular el comportamiento de los hombres en sociedad. En tal virtud, dicha convivencia de sus individuos miembros realizan u omiten conductas establecidas en las leyes, que los órganos del Estado han establecido como delictivas y sancionables, y al cometerlas se esta causando un agravio en contra del derecho; por lo que las autoridades judiciales o ejecutivas al determinar una medida precautoria, pretenden conservar y hacer cumplir el derecho, que se puede traducir en la protección y procuración de algunos de los principios generales del mismo como el de: "dar a cada quién lo suyo", lo cual significa en este caso que si un sujeto realizo un acto u omitió una conducta sancionada por la ley a fin de que sea juzgado y condenado a través de una serie de procedimientos establecidos en los Códigos Penales, primeramente y a fin de evitar que siga causando daño o que evada la aplicación de las leyes debe hacerse acreedor a una media precautoria para asegurarse de que llegado en momento procesal recibirá lo que merece, ya sea que se le imponga una sanción de carácter definitivo o bien que demuestre su inocencia y sea absuelto.

Ahora bien, dicho principio general resulta ser muy controvertido pues lo que se pretende a grandes rasgos al autorizar o llevar a cabo una medida precautoria, es ser justo puesto que se desea la aplicación de la ley a un sujeto señalado como presunto responsable en virtud de haber cometido un delito, lo cual aun no ha sido plenamente demostrado. No obstante ello, los legisladores contemplan este tipo de situaciones en las leyes y códigos que promulgan, ya que pretenden salvaguardar el orden público imperante dentro de nuestro país.

La obligación del Estado es hacer cumplir las leyes que el mismo elaboró, sin olvidar que debe respetar los derechos fundamentales de cada persona. Por lo que al existir órganos judiciales, estos deben procurar que los integrantes de la sociedad no tomen la justicia en sus manos, o reclamen sus derechos con violencia. Esta situación la prohíbe la Constitución en su artículo 17, sino que aquel que sea víctima u ofendido de un delito, debe acudir ante las autoridades para que por el contrario sean estas las que protejan sus derechos, apliquen o soliciten medidas precautorias que garanticen la imposición de una pena al responsable del delito.

Además del derecho de los individuos de acudir al Estado para la impartición de justicia, es necesario que las autoridades encargadas de aplicar una medida precautoria actúen apegadas a la ley, de manera expedita a fin de que no se siga causando daño a la víctima del delito y que ésta sepa que el responsable será castigado por sus actos. Las autoridades judiciales no deben olvidarse nunca que también deben resguardar los derechos del probable responsable, toda vez que aun no se le ha declarado culpable por un Juez competente y sin embargo pudiese ser privado de alguno de sus derechos como puede ser la libertad o su patrimonio situación contemplada en nuestra máxima ley, pero que para su imposición se debe de fundar y motivar adecuadamente dicha privación de derechos, pues de lo contrario se estaría violentando la legalidad y la misma Constitución.

Por lo tanto, las medidas cautelares tienen su fundamento jurídico en la protección y que el derecho en general y que las leyes brindan a la sociedad, a fin de

que los órganos del Estado en su calidad de garante conserve y procure el equilibrio entre sus integrantes, todo dentro de un marco de la legalidad.

2.4 Fundamento Constitucional

Cabe señalar que dentro de nuestra Constitución Política no existe disposición expresa que se refiera a las medidas cautelares de manera particular; sin embargo, algunos de sus artículos contemplan ciertas excepciones relacionadas directamente con limitaciones a las garantías constitucionales de los individuos, que se relacionan y se puede considerar como el fundamento constitucional de las medidas precautorias.

Al respecto primeramente puede mencionarse el artículo 11 constitucional, en donde queda establecida la garantía de tránsito, al referir que "todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar su residencia..." sin embargo, el mismo precepto constitucional más adelante señala que "el ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil..."

De tal forma podemos entender que ésta excepción, contempla y justifica la orden de un arraigo domiciliario, o la prohibición de salir del lugar en que se reside habitualmente, no obstante que toda persona goza de la garantía de tránsito, ésta se puede ver limitada en caso de que una persona incurra en responsabilidad criminal, toda vez que se faculta a la autoridad judicial a manifestarse o tomar decisiones al respecto.

Evidentemente parecería que la Constitución es omisa a este respecto, sin embargo, al decir que el ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal, se deja abierta la posibilidad para que, dado alguno de los supuestos que contemplan los ordenamientos adjetivos en materia penal, el Juez pueda en su momento, decretar una limitación a la libertad de tránsito, de un individuo.

Ahora bien, el artículo 16 de la Constitución establece que, "nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive, la causa legal del procedimiento". Por lo que quedaría plenamente justificada una medida precautoria, toda vez que la misma es un acto de molestia en las personas, y en su caso, como se refiere pudiera ser en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, no obstante, dicha molestia queda subordinada a través del Código de Procedimientos Penales, es decir, a la facultad de la autoridad judicial, quien fundando y motivando la causa legal del procedimiento, puede afectar las garantías individuales de las personas, mediante el decreto de tal o cual medida cautelar.

Conforme a la facultad con que cuentan las autoridades judiciales para restringir el libre desplazamiento de las personas en los casos de responsabilidad penal o civil, a través de medidas de control tales como la prisión impuesta como pena por sentencia judicial, la detención preventiva, el confinamiento, el arraigo, etcétera, se debe cumplir con las disposiciones del Código Penal o Civil, sin embargo las autoridades tanto civiles como penales conceden u "obsequian" limitaciones a la libertad o afectaciones en el patrimonio sin que exista un verdadero estudio a fondo de cada asunto en particular; situación por la que las medidas cautelares resultan ser un tema de controversia, dependiendo si se trata de la víctima u ofendido o del probable responsable de un delito.

Siendo la libertad una de las prerrogativas de mayor jerarquía dentro del campo del derecho, después de la vida, ésta tiene un altísimo valor tanto para la población en general como para nuestras leyes; lo cual obedece a que nuestros ordenamientos deben contemplar una serie de mecanismos tendientes a proteger los mayores intereses de la colectividad, y de esta manera es que se respeta o al menos se pretende respetar la garantía de tránsito de los individuos dentro y fuera del territorio nacional. A pesar de ello, surge la interrogante de si realmente un Juez en Materia Penal puede decretar una medida cautelar, por el simple hecho de que exista temor o riesgo fundado de que un persona pueda sustraerse de la acción de la justicia. Resulta coherente que la Constitución establezca que todo individuo gozará

de la libertad de tránsito, siendo que en realidad dicho derecho queda subordinado a las facultades que le son conferidas a la autoridad judicial por medio de la legislación adjetiva en la materia.

De tal forma que algunas medidas cautelares son realizadas en evidente violación a las garantías individuales, toda vez que dichas autoridades aplican lo dispuesto por la ley, en los casos en que lo consideran necesario, en donde pudiesen estar interviniendo diversos factores, los cuales están disfrazados por el hecho de que se actúa con la finalidad de proteger los intereses de la sociedad, y así se transgrede otra garantía que es la de igualdad de todos los hombres ante la ley y ante los tribunales, siendo que el principio de igualdad, tiene por objeto que se apliquen las leyes sin distinción alguna respecto de: la raza, sexo, clase social o creencias religiosas, así como el de ser oído públicamente y con justicia por tribunales competentes, independientes e imparciales.

Por otro lado, el artículo 14 constitucional establece que "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho..." y en el caso de que se determine una medida precautoria, ésta limita o afecta las garantías consagradas en la Constitución, ya que el propio Código Penal para el Distrito Federal establece que en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de detención y del arraigo, en dado caso podemos decir que, el tiempo que dure una medida precautoria limitativa de la libertad se toma en consideración y resulta ser un beneficio para los procesados o es que a caso han comenzado a cumplir su condena antes de haber sido sentenciados!!!

En este sentido, las medidas cautelares que limitan la libertad de los individuos se podría pensar que es contraria al artículo 14 constitucional, toda vez que, si por un lado este artículo establece que "nadie puede ser privado de la libertad sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes

expedidas con anterioridad al hecho...”, es bien sabido que para imponer una medida cautelar, como pudiese ser el arraigo o detención, no resulta ser necesario que se siga un juicio ante los tribunales competentes y previamente establecidos; sino por el contrario, la legislación adjetiva únicamente refiere que el Ministerio Público realizará la solicitud al Juez, para que éste suponga la existencia de un temor fundado de que una persona pueda sustraerse de la acción de la justicia, sin que se establezca la obligación de escuchar a los individuos previamente, violándose la garantía de audiencia, es decir de ser oído y vencido en juicio, no obstante que debiese suponer todos somos inocentes hasta que se demuestre lo contrario, sino que por el contrario más bien es que todos somos culpables hasta que se pruebe lo contrario.

No obstante lo anterior, diversos autores consideran que el sustento constitucional de las medidas cautelares es el artículo 16 puesto que en él se establece que “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde la causa legal del procedimiento” lo cual resulta ser muy discutible, toda vez que habrá que valorar y definir de manera fehaciente si la privación o restricción de la libertad o del patrimonio es un simple acto de molestia.

Desde luego, todo acto de autoridad que afecte alguna de las garantías constitucionales, necesariamente implica una molestia, sin embargo el argumento, es que, como las medidas cautelares son únicamente una determinación de carácter provisional que tiene la finalidad de estar en la posibilidad de dictar una sentencia y durante el transcurso del o los procedimientos, un sujeto este a disposición de la autoridad o se evite que siga causando un daño a las presuntas víctimas de un delito.

Ahora bien, es importante definir el acto de autoridad. De acuerdo con el Maestro Ignacio Burgoa Orihuela consiste “en una simple molestia, o sea, en una mera perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados por el artículo 16 constitucional... En síntesis, los actos de autoridad que necesariamente deben supeditarse a las exigencias que establecen las garantías consagradas en la

primera parte del artículo 16 constitucional, son todos los posibles imaginables, pudiendo traducirse específicamente en los siguientes tipos:

En actos materialmente administrativos que causen al gobernado una simple afectación o perturbación a cualquiera de sus bienes jurídicos, sin importar un menoscabo, merma o disminución de su esfera subjetiva de derecho ni una impedición para el ejercicio de un derecho (actos de molestia en sentido estricto);

En actos materialmente jurisdiccionales penales o civiles, comprendiendo dentro de este último géneros mercantiles, administrativos y del trabajo (actos de molestia en sentido lato).

En actos estrictos de privación, independientemente de su índole formal o material, es decir, en aquellos que produzcan una merma o menoscabo en la esfera jurídica subjetiva de la persona o la aludida impedición (actos de molestia en sentido lato)".³⁵

Los actos de molestia pueden afectar a la persona, a la familia, el domicilio, los papeles o las posesiones. En relación con el primer caso, el acto de molestia perturba a la persona jurídica en el supuesto de que restrinja su capacidad jurídica, impidiendo que se adquieran los derechos inherentes al sujeto individual e incluso su libertad personal, asimismo cuando se trata de una persona moral el acto de molestia se puede traducir en un impedimento o reducción en el ejercicio de sus actividades sociales y mercantiles o comerciales.

En relación a los "papeles" que alude el artículo 16 constitucional son considerados todas las constancias escritas de un hecho o acto jurídico y la finalidad de proteger a estos es para ponerlos a salvo de cualquier acto de molestia, como cuando se suscita un cateo o una visita domiciliaria, en el que se pretende recoger la documentación de un individuo y que puede tener el propósito de perjudicarlo o comprometerlo de alguna situación.

Aun y cuando los cateos y las visitas domiciliarias, son legalmente permitidas, para que se puedan llevar a cabo se deben cumplir con ciertos requisitos establecidos en la ley, por lo que el acto de molestia solamente puede consistir en el requerimiento o apoderamiento de las constancias escritas, sin que se ponga en entredicho los actos o derechos que en ellos se establezcan.

En cuanto a las "posesiones", el artículo 16 constitucional pretende salvaguardar el caso de que una persona se vea perturbada en sus bienes, por un acto de molestia, siendo necesario determinar si dicho acto de autoridad esta ajustado a derecho sin poder entrar en discusión respecto de la legalidad de la posesión o si ésta es derivada u originaria.

Retomando el artículo 14 constitucional en relación a la garantía de audiencia que tutela el segundo párrafo, el cual se integra de cuatro garantías específicas de seguridad jurídica que van concatenadas una de las otras, y que de acuerdo con el maestro Ignacio Burgoa Orihuela son: "el juicio previo, el acto de privación; que dicho juicio se siga ante tribunales previamente establecidos, el cumplimiento o la observancia de las formalidades procesales esenciales; y la decisión jurisdiccional ajustada a la leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio..."³⁵ Toda vez que la garantía de audiencia se integra a través del enlace de estas garantías específicas, al transgredir una de ellas se afecta en su totalidad a la garantía de audiencia, debido a la estrecha relación que existe entre ellas.

Ahora bien, es importante señalar quienes pueden gozar de la garantía de audiencia, es decir, todo aquel individuo que se encuentre dentro de la jurisdicción y territorio de la República Mexicana, sin distinción de sexo, raza, nacionalidad, religión e inclusive las personas morales y los organismos descentralizados, salvo específicas restricciones contempladas y que nuestra propia Constitución refiere.

³⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio; *Las Garantías Individuales*. 13ª ed. Ed. Porrúa. México 1999 Pág. 456

³⁶ *ibidem*. Pág. 541

Cuando a una persona se le priva de su libertad, propiedades, posesiones o derechos, por medio de una medida cautelar, toda vez que esta no es de carácter definitivo, no existe violación de garantías individuales, lo cual pone en controversia a las medidas precautorias, pues éstas se llevan a cabo y al dictarse sentencia o al declararse el levantamiento del arraigo domiciliario se declarase la inocencia del sujeto privado de libertad, quién y como se le subsanan esos días en que permaneció en cautiverio!!!

Podemos considerar al artículo 18 de la Constitución como el principal fundamento de las medidas cautelares de carácter personal; de manera específica de aquellas que restringen la libertad como es la prisión preventiva ya que en el se establece que: "solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a la prisión preventiva..." De la anterior transcripción se desprende que si existe denuncia o querrela por la comisión de un delito que este previsto y sancionado en el Código Penal con pena de prisión, la autoridad judicial estará facultada para libar orden de aprehensión o de arraigo, con lo que se estaría limitando la libertad del presunto responsable y en ningún momento se estaría afectando las garantías individuales de dicho sujeto.

2.5 Clasificación de las Medidas Precautorias

El jurista Calamandrei las clasifica en tres tipos:

- a) Para asegurar pruebas y el cuerpo del delito;
- b) Para asegurar la conservación del patrimonio (la satisfacción de las obligaciones civiles);
- c) Para impedir el alejamiento del inculpado (el que será objeto de ejecución penal).

En México, García Ramírez utiliza la clasificación de medidas cautelares reales o patrimoniales y medidas cautelares personales.

Pietro-Castro, en España, sostiene que las medidas cautelares *personales* "si afectan a los sujetos a quienes se atribuye la comisión de hechos punibles", y las *reales* "tienen por finalidad asegurar los resultados de la acción civil para el objeto civil".³⁷

Las medidas personales se diferencian de las reales según Jiménez Asenjo, "en el fin, puesto que las cautelares *personales*, se ejecutan restringiendo o privando de su libertad personal al presunto culpable y las *reales* las responsabilidades de tipo económico; en cuanto al medio, es decir, restringen o privan de la libertad de disposición dominical de ciertas cosas a su dueño".

2.5.1 Reales

"Las medidas cautelares reales (garantías reales) afectan de alguna manera el eventual resultado que se de en la medida definitiva (afectación de bienes)". Se pueden apreciar tales medidas cautelares desde cuatro ángulos diversos a saber:

- a) Medidas que aseguran la ejecución de una pretensión de condena al pago del resarcimiento del daño causado con motivo del delito. Tratase de medidas de carácter básicamente de la materia civil.
- b) Medidas que aseguran la ejecución de una pretensión de condena a la pérdida de alguna cosa.
- c) Medidas que aseguran o conservan alguna cosa hasta tanto se decide en definitiva quien tiene mayores derechos sobre la misma.
- d) Medidas que aseguran fuentes de prueba.

Las primeras de las medidas indicadas son de carácter civil y no puramente penal, es decir, están afectadas a una pretensión de naturaleza civil, aunque en sede del Derecho Penal.

³⁷ Prieto Castro, Leonardo. *Derecho Procesal. Vol. II. Temnuoc. Madrid. 1987. Pág. 302*

Así, al Ministerio Público le corresponde pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño (artículo 136, fracción III, Código Federal de Procedimientos Penales).

Por lo que, al momento de sancionar a un sujeto por la comisión de un delito, con una pena de carácter corporal y que también se le condenó a la reparación del daño ésta puede ser exigida mediante la interposición de una demanda civil, lo anterior con fundamento en el artículo 1915 que expresamente señala el concepto de la siguiente manera:

“La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios”.

“Cuando el daño se cause a las personas y tenga como consecuencia la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará en razón a lo establecido en la Ley Federal del Trabajo, para calcular la indemnización que corresponda; se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, en relación al número de días que para cada una de las incapacidades señala la ley laboral.”

El segundo tipo de medidas cautelares, esto es, las que aseguran la ejecución de condena a la pérdida de alguna cosa, se encuentran en nuestra ley en los artículos 181 y 187 del Código Federal de Procedimientos Penales.

De este modo, los instrumentos del delito (el arma prohibida) y las cosas objeto del delito (la cocaína o la moneda falsificada) deberán ser recogidas hasta que se resuelva sobre la pérdida y destrucción.

En las medidas conservativas hasta que se decida quien es el que posee mayores derechos, encontramos, por ejemplo, el secuestro de cosas robadas cuyo propietario es ignorado.

La última de los cuatro tipos de medidas reguladas (las que aseguran fuentes de prueba), es tal vez la más prolífica en el ordenamiento. Tratase con estas de impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, o los datos que sirvan para identificar a alguna persona muerta en el caso de que su cadáver no pudiera ser identificado.

La regulación de las medidas asegurativas en nuestra legislación es muy escasa; apenas y se establece que las cosas deban ser inventariadas y guardadas en un lugar adecuado según su naturaleza y tomar precauciones para que se asegure su conservación (artículo 182 del Código Federal de Procedimientos Penales). Si las cosas fueron decomisadas mediante un cateo, el inculpado tendrá derecho a poner su firma o huella dactilar en las cosas; si esto no fuese posible, en una tira de papel que deberá sellarse en la "junta de los extremos" (artículo 70 del Código Federal de Procedimientos Penales). Puede también ser posible que las cosas aseguradas sean vendidas cuando se vinculen con ciertos delitos (artículo 181 del Código Federal de Procedimientos Penales). No existe regulación sobre capacidad, obligaciones y responsabilidades de los depositarios, lugar del depósito, administración de la cosa, tales como recolección de productos, contrataciones y cumplimiento de obligaciones derivadas del bien o negociación que haya sido objeto de garantía; en fin que la ley en general es poco específica para tocar el tema de las medidas cautelares y sus consecuencias.

2.5.2 Personales

Estas medidas cautelares afectan a una persona y al eventual resultado que se de en la medida definitiva.

Esta afectación preventiva recae sobre la persona (persona física) ya que le impide su libertad de tránsito, la comunicación con otros sujetos, o faculta a las autoridades a examinarlas anticipadamente, entre otras situaciones. Como pueden ser el arraigo, la incomunicación, el examen anticipado de testigos, el internamiento de enfermos, la custodia policiaca de testigos o la prohibición de conducir vehículos las cuales se detallarán en capítulos posteriores.

Como se ha señalado anteriormente, las medidas cautelares de carácter personal predominan en el ámbito penal o tienen un valor mayor que las reales; esto se debe a que las medidas cautelares personales obedecen a las características del hecho punible y el desarrollo del pensamiento penal en la esfera individual.

Se ha destacado al agente delictivo como trasgresor de un orden jurídico, por lo que se le puede considerar como peligroso y su libertad traería como consecuencia el riesgo de continuar agrediendo; por lo que el agente del delito, es aspirante a ser procesado y por lo tanto afectado en su libertad y no en sus cosas.

Por otra parte, como en materia penal se ofende tanto a la víctima directa del delito como a la sociedad en general y el agente delictivo representa un peligro para estos, aumenta la trascendencia ya que la sociedad en su posición de ofendida ejerce mayor protección por conservar el orden público del cual ahondaremos más adelante.

En la opinión de Palacios Lino las medidas cautelares pueden ser clasificadas "en dos grupos, un primer grupo de procesos cautelares se halla representado por aquellos que garantizan la integridad o el valor económico de los bienes y el segundo ésta constituido por aquellos que versan sobre personas que tienden a la protección física o moral de estas o en la satisfacción de sus necesidades urgentes".³⁸

Para Hugo Alsina, pueden ser clasificadas en cuatro categorías respecto de la materia civil en:

- I.- Las que tienen por objeto la conservación de una prueba a los efectos del juicio ordinario.
- II.- La forman las que tienen por objeto de asegurar el resultado de la ejecución forzada:

³⁸ Palacios Lino, Enrique. *Derecho Procesal Civil. Tomo VIII. Edit. Perot. Buenos Aires, 1993. Págs. 79-80*

- a) Embargo preventivo;
- b) Inhibición;
- c) Anotación de litis y;
- d) Intervención judicial.

III.- Comprenden las terceras, aquellas sin las cuales podría resultar un daño irreparable:

- a) Separación de los cónyuges
- b) Alimentos provisorios
- c) Prohibición de innovar

IV.- La última categoría, esta constituida por la caución que se exige para obtener la ejecución provisoria de un acto, incluso de las medidas precautorias".³⁹

Desde un punto de vista procesal, en opinión de Podetti clasifica a las medidas cautelares por el orden dentro del proceso principal, como aquel en el que se intenta cautelar mediante una tramitación autónoma, teniendo propiamente autonomía procesal, aquellas medidas cautelares que se solicitan antes de iniciar el proceso principal.

"En cuanto a la materia de las medidas cautelares, las clasifica en "cosas, "elementos, de prueba y personas".⁴⁰

La clasificación legal ésta enunciada en el artículo 238 del Código de Procedimientos Civiles, vigente para el Distrito Federal.

"No puede dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en este código y que exclusivamente consistirán en el arraigo de la persona en caso de la fracción I del artículo 235, y en el secuestro de bienes, en los casos de las fracciones II y III del mismo artículo".

³⁹ Alsina, Hugo. *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa. México 1997. Págs. 454-455

La anterior transcripción del código, clasifica a las medidas cautelares en dos únicas categorías. La primera versa sobre las personas y será "cuando exista temor de que se ausente u oculte," o en el caso que se vaya a presentar una demanda en su contra (**arraigo**).

La segunda, "en cuanto a la conservación de los bienes y se tenga temor de que se oculten, dilapiden o enajenen los bienes de la persona contra quien se pretende demandar o ha demandado" (**secuestro de bienes**).

Advirtiendo el mencionado artículo, que no podrán dictarse otras medidas cautelares sino únicamente las enunciadas, de tal forma que ésta clasificación es de carácter limitativo, evitando que quede al arbitrio del juzgador su pronunciamiento.

2.6 Temporalidad de las Medidas Cautelares

Las medidas cautelares son de carácter provisional ya que sus efectos están limitados en el tiempo hasta que se pronuncie en sentencia una providencia definitiva por parte del Juez que conozca del caso en particular. Asimismo ésta puede ser modificada durante el transcurso del proceso, ya sea por que se dicte una nueva medida cautelar, como sucede, en el caso de los sujetos que se encuentran privados de su libertad por una orden de arraigo domiciliario. Siendo que al momento de que este ya no pueda ser prorrogado y el Ministerio Público ha reunido los requisitos que establece el artículo 16 Constitucional, es decir, que se tiene por acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, por lo que considera pertinente solicitarle al Juez de la Causa que gire orden de aprehensión y el Juzgador habrá de determinar su situación jurídica dentro del término constitucional de setenta y dos horas, establecido en el artículo 19.

En materia civil las medidas precautorias pueden solicitarse de manera extrajudicial, es decir, antes de que se presente la demanda, ya sea para evitar que el futuro demandado se abstenga de salir de la jurisdicción de los tribunales o bien se

⁴⁰ Podetti, Ramiro. *Derecho Procesal Comercial y Laboral*. Vol. IV. Edit. Editores Unidos. 1996. Pág. 234

abstenga de realizar cualquier daño, deterioro, menoscabo o traslación de dominio en los bienes que habrán de ser objeto de litigio o bien que designe persona con capacidad legal para transar en su nombre.

De igual manera la medida precautoria puede ser solicitada y llevada a cabo durante el transcurso del procedimiento, ya sea que el Juzgador haya fijado una garantía y ésta se satisfaga después de iniciada la demanda y también podrá ser modificada en cualquier momento del procedimiento, en virtud de que la que se fijó en un principio haya dejado de garantizar el cumplimiento de la sentencia definitiva, como pudiese ser cuando un bien mueble o inmueble sufre alguna alteración en su estado físico y deja de tener el valor para garantizar el pago del juicio.

Las medidas precautorias tiene por objeto evitar el *periculum in mora*, es decir, que por la tardanza de los procedimientos judiciales llegado el momento de dictar sentencia definitiva, ésta resulte ineficaz ya sea porque el presunto responsable se haya sustraído de la acción de la justicia, o sea irreparable el daño causado o que esté se siga causando durante el transcurso del proceso, por lo que, se busca la protección y bienestar de la víctima y en su caso del patrimonio hasta que se dicte en sentencia una providencia de carácter definitivo y ésta cause ejecutoria.

2.7 El Orden Público

Para entender lo que es el orden público primeramente debemos definir lo que es el orden. De acuerdo al Diccionario Jurídico Mexicano es "la relación que existe entre dos o más seres (cosas o acontecimientos, ideas, etc.), de acuerdo con cierta norma o regla, se dice que están ordenados en caso contrario impera en ellos el desorden". Ahora bien, para que pueda subsistir con armonía tanto el Estado como la sociedad y evolucionar, ambos tendrán que sujetarse a una serie de mandamientos que regulen la relación entre sus integrantes y si se infringe alguna norma por parte de alguno de estos, se consideran actos antisociales que quebrantan el vínculo existente y si por el contrario ambos cumplen y procuran el respeto por las normas surge entonces el orden público.

Pero ¿qué relación existe entre el orden público y las medidas cautelares? La respuesta es sencilla, ya que en el momento en que un individuo comete un delito, violenta las normas establecidas, rompiendo la armonía, causando temor entre la sociedad y por lo tanto será necesario que las autoridades actúen para restaurar y preservar el orden público imponiendo primeramente una medida cautelar, que habrá de garantizar que no se seguirá causando daño y que el responsable recibirá un castigo por haber quebrantado el orden público.

CAPÍTULO III

Medidas Cautelares en la Averiguación Previa

En el presente capítulo se pretende exponer de forma clara y precisa las medidas cautelares que pueden ser llevadas a cabo por el Ministerio Público, quien es el encargado de realizar la averiguación previa y el único facultado para determinar el ejercicio de la acción penal; por lo que, considero pertinente referirme a el inicio y desarrollo de esta institución jurídica, para así comprender como se le otorgó algunas de las facultad con que cuenta, así como los requisitos que debe cumplir para solicitarle al Juez en particular que consienta la realización de determinada medida cautelar.

3.1 La Acción Penal

Para hablar de todo lo relacionado con un tema tan importante y fundamental como lo es la acción penal es necesario hacer mención de su origen, significado y los antecedentes de esta figura jurídica, lo que procedo a desglosar de la siguiente manera:

Concepto. Acción proviene de agere, significa toda actividad o movimiento que es encaminado a un determinado propósito.

Dentro del derecho romano *la acción* "era el derecho a perseguir en juicio aquello que se nos debe". Sin que se hiciera distinción entre materia civil o materia penal.

El maestro Rivera Silva señala que: "la acción penal nace con el delito y la acción procesal penal se inicia cuando principian las actividades ante el órgano jurisdiccional con la finalidad de que declare el derecho en el caso en concreto, extinguiéndose cuando cesan esas actividades, es decir, refiriéndose al procedimiento legal y a un caso en que no se interrumpe la secuela normal del

procedimiento, la acción procesal principia con la consignación y termina con el acto realizado por el Ministerio Público que precede a la sentencia firme.⁴¹

Para **Florián Eugenio**, la acción penal es "el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal."⁴²

El maestro **Chiovenda** define la acción como: "el poder jurídico de hacer efectiva la condición de actualización de la voluntad de la ley."

Para **Gómez Lara, Cipriano** la acción significa: "el derecho, la potestad, la facultad o actividad mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional."⁴³

El ejercicio de la acción penal ha evolucionado con el transcurso del tiempo así como las personas que podían ejercitar esta facultad por lo que en lo siguientes párrafos se hace una reseña de las etapas que se han dado durante el transcurso de los años:

Acusación Particular o Privada

En la época antigua los individuos que sufrían un daño ejercitaban la acción penal defendiendo por si mismos lo que consideraban sus derechos; lo que se conoce como la venganza privada o "ley del Talión" (tal pena cual delito) ya que la palabra talión, consiste en aplicar al agresor lo mismo que el había hecho al ofendido, surgiendo la problemática de no poder aplicar este principio en delitos cometidos en contra de la honestidad o el pudor.

⁴¹ Rivera Silva Manuel, Op. Cit. Pág. 678

⁴² Florián Eugenio; Op. Cit. Pág. 378

⁴³ Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso, 9ª ed. Ed. Oxford. México 2001 Pág. 57.

Cabe señalar que la ley del Tali3n es una similitud de la venganza a fin de que una persona padezca lo que ella hizo primero; sin que se pueda considerar como una pena o una ejecuci3n.

Acusaci3n P3blica

En esta figura los ciudadanos tenian la facultad del ejercicio de la acci3n, ya no solamente el ofendido, sino que cualquier otra persona podia solicitar a la autoridad la represi3n del delito, pues se tenia la idea de que los delitos provocaban un mal a la sociedad por lo que cualquier ciudadano fuese vici3tima o no, tenia el derecho de ejercitar la acci3n.

Esta idea nace en Roma durante la 3poca de la delaci3n. Se nombraba a un ciudadano para que llevara ante el Tribunal del pueblo la voz de la acusaci3n. En Grecia existia la figura de los *temosteti*, cuya obligaci3n era la de denunciar los delitos ante el Senado.

Es a partir de este momento cuando surge la figura de un tercero encargado de acusar y de ejercitar la acci3n. Es as3 que se da un cambio sustancial dentro del procedimiento, toda vez que este ciudadano como tercero ajeno a la idea de una venganza que pudiese tener la vici3tima del delito, es el encargado de perseguir al probable culpable de la comisi3n de la conducta delictiva y proporcionarle un castigo o declararlo inocente seg3n ameritara el caso.

Acusaci3n del Estado

En este supuesto, la acusaci3n de un delito es facultad del Estado en aras de conservar el orden dentro de su territorio. Dicha intervenci3n es a trav3s del Ministerio P3blico, ya que este tiene el deber de ejercitar la acci3n penal siempre que se re3nan los requisitos del tipo penal y haya un presunto responsable.

Titularidad de la acción penal

De conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código de Procedimientos Penales y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, el titular de la acción penal en el Distrito Federal es el Ministerio Público del fuero común, el cual forma parte de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; ya que él es el encargado de averiguar, investigar y perseguir los delitos a través de la averiguación previa ejerciendo dicha facultad de manera exclusiva.

Actualmente debemos considerar que la acción penal efectivamente nace con el delito, como un derecho de persecución, que dará lugar al procedimiento penal en su etapa administrativa denominada averiguación previa; y en contraparte la acción procesal penal iniciará con la consignación de la averiguación previa a fin de que un Juez conozca de una situación de derecho penal que le es expuesta, con lo que se da por iniciado el procedimiento de orden judicial, ya que el expediente remitido por el Ministerio Público le recaerá un auto denominado de radicación o de inicio, dictado por un Juez en Materia Penal.

Siendo la institución del Ministerio Público dependiente del poder Ejecutivo de la Federación y de los Estados; es éste quien de acuerdo con el artículo 21 Constitucional está facultado para ejercitar la acción penal en los delitos que se persiguen de oficio y en los delitos de querrela a partir del momento en que la víctima o el ofendido decidan denunciar los hechos probablemente delictivos. Desde este momento se convierte en una obligación ejercitar la acción penal siempre y cuando, se cumpla con los requisitos que establece el artículo 16 Constitucional (se acredite el cuerpo del delito y se demuestre la probable responsabilidad del inculcado).

3.2 Averiguación Previa

Dentro de este procedimiento tiene cabida la aparición de las medidas precautorias, algunas de las cuales pueden ser decretadas por el Agente del

Ministerio Público, por lo que, considero de vital importancia realizar un estudio sistemático de este tema.

El jurista Osorio y Nieto dice que la Averiguación Previa "puede definirse como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal".⁴⁴

Gómez Lara señala que "es la fase procesal desenvuelta ante las autoridades estatales que tiene como atribución la persecución de los delitos y de los delincuentes."⁴⁵

El Maestro Colín Sánchez define la averiguación previa como: "la etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de los Agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar en su caso, la acción penal, para cuyos fines, deben estar acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad".⁴⁶

A partir del momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho delictuoso, tratándose de un delito perseguible de oficio, esta autoridad debe iniciar la averiguación previa, siendo necesario formalizarla con un requisito de procedibilidad que es la denuncia, la cual puede realizar cualquier persona, aun cuando no se trate de la víctima u el ofendido.

Dentro de la averiguación previa es menester del Ministerio Público llevar a cabo todas las diligencias que sean necesarias para demostrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado para estar en posibilidad de ejercitar la

⁴⁴ Osorio y Nieto Cesar Augusto. *La Averiguación Previa*. Ed. Porrúa. S.A. México. Pág. 15.

⁴⁵ Gómez Lara, *Op. Cit.* Pág. 234

⁴⁶ Colín Sánchez Guillermo, *Op. Cit.* Pág. 311

acción penal o en caso de no reunir dichos elementos, determinar el no ejercicio de la acción penal.

De conformidad con el artículo 16 de la Constitución, para considerar que es válido el ejercicio de la acción penal deben reunirse los siguientes requisitos:

a) La comisión de un hecho considerado como delito b) que lo haya cometido una persona física, c) que se haya dado sin consentimiento del ofendido o su legítimo representante si el delito se persigue a petición de parte y d) que lo dicho por el denunciante o querellante esté apoyado en su declaración digna de fe y de crédito y que existan otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del inculgado.

La probable responsabilidad.

Éste requisito de fondo que exige la Constitución en su artículo 16 y 19; significa de acuerdo con el maestro Carlos Barragán Salvatierra "lo fundado en razón de lo prudente, de lo que se sospecha por tener indicios.

En consecuencia, existe una probable responsabilidad cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente."⁴⁷

Por lo tanto, la probable responsabilidad se pone de manifiesto cuando el indiciado al momento de realizar el hecho delictivo, no se acredita en su favor ninguna de las causas de exclusión del delito, que contempla el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 29 y además es un imputable, es decir, que tiene capacidad de entender y querer el hecho típico.

⁴⁷ Barragán Salvatierra. *Op. Cit.* Pág. 267

Es factible que el Juez pueda considerar que de las diligencias realizadas dentro de la averiguación previa se desprendan elementos que hacen probable la responsabilidad del indiciado y existen elementos del cuerpo del delito, por lo que, dicha autoridad decide conceder la orden de aprehensión, la cual se ejecuta y al momento de resolver dentro del término constitucional de setenta y dos horas, se determinará si hay elementos para que el detenido se sujete a proceso o bien que no existen elementos suficientes para tener por acreditada la probable responsabilidad y por lo tanto se conceda el auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Lo anterior, es posible ya que dentro del término constitucional establecido en el artículo 19 de la Carta Magna, se pueden aportar todos los medios de prueba, con la finalidad de desvanecer las acusaciones del Ministerio Público. Dicho término puede ser ampliado cuando así se solicite al juzgador, para ofrecer y desahogar las pruebas y así demostrar la inocencia del presunto responsable de la comisión de un delito.

El cuerpo del delito y el tipo penal

Para el Maestro Colín Sánchez, es cuerpo del delito: "la comprobación de la conducta o hecho punible descrito por el legislador y entendido como un todo unitario en los elementos que lo integran, es la base en la que se sustenta; sin ello no habrá posibilidad ninguna de dictar un auto de formal prisión o, en su caso, una sentencia en donde se declare a una persona culpable y se le imponga alguna pena".⁴⁸

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.

⁴⁸ Colín Sánchez, Guillermo; *Op. Cit.*; Pág. 373.

La *tipicidad* es la adecuación de la conducta al tipo (*nullum crimen sine tipo*), en cambio el cuerpo del delito es un concepto básico del derecho procesal penal. De este tipo dependerá que el proceso pueda alcanzar sus fines, y en cuanto a los tipos penales, representará las fuerzas impulsoras que ponen en marcha la dinámica del proceso.

El maestro Sergio García Ramírez hace mención de los elementos que integran el tipo penal, los cuales son:

1.- **"Necesarios**, porque concurren invariablemente en el tipo penal, bajo la perspectiva adoptada por la reforma: a) acción u omisión y lesión o en su caso, peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido; b) forma de intervención de los sujetos activos (aquí viene al caso las formas de autoría o participación delictuosa, así llamadas hoy por el primer párrafo del artículo 13 del Código Penal Federal y antes denominadas formas de responsabilidad), y c) realización dolosa o culposa de la acción u omisión (así se incorpora el dato subjetivo que había permanecido fuera de concepto del cuerpo del delito).

2.- **Contingentes**, en cuanto su presencia dependen de los requerimientos específicos de tipos determinados: a) las cualidades del sujeto activo y del pasivo b) el resultado y su atribución a la acción u omisión c) el objeto material d) los medios utilizados e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos, y, h) las demás circunstancias que la ley prevea".⁴⁹

3.2.1 Requisitos Legales o de Procedibilidad de la Averiguación Previa

Estos requisitos son las condiciones que se deben llevar a cabo para iniciar una indagatoria y según proceda ejercitar la acción penal en contra del probable responsable de la conducta típica.

⁴⁹ García Ramírez, *Op. Cit.* Pág. 487

Nuestra Constitución en el artículo 16 señala como requisitos de procedibilidad, la denuncia, la acusación y la querrela.

Denuncia

Para el jurista Osorio y Nieto la denuncia es "la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible por oficio".⁵⁰

La palabra denuncia significa, aviso, poner en conocimiento de una autoridad, de forma oral o escrita, lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que pudiesen encuadrar dentro de la descripción legal de una conducta considerada previamente como delito.

La denuncia se puede apreciar desde el punto de vista informativo, es decir, cuando se pone en conocimiento del Ministerio Público lo que uno sabe acerca de un probable delito, siendo que el sujeto denunciante sea la víctima u ofendido u otra persona, ya que la denuncia es un deber impuesto por la ley, no obstante que es de interés colectivo cuando se vive dentro de un Estado de Derecho y la comisión de un delito es en perjuicio de toda la sociedad el infractor debe ser juzgado y en su caso condenado a cumplir con una pena o medida de seguridad, según corresponda.

La denuncia desde el punto de vista como requisito de procedibilidad a fin de que el Ministerio Público determine el ejercicio de la acción penal, y a efecto de que el Juez pueda avocarse al conocimiento de los hechos delictivos para pasar a la etapa de instrucción, es decir, que al darse cumplimiento de la acción penal se esta denunciado al Juez la conducta delictiva, pues el Juez no puede entrar en funciones si no se ha cumplido previamente este requisito.

⁵⁰ Osorio y Nieto *Op. Cit.* Pág. 118

Acusación

La Acusación es: "la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido".⁵¹

Querrela

De acuerdo con el maestro Colín Sánchez es "la facultad que tiene una persona a la que se le designa querellante, víctima de un hecho ilícito penal, para hacerlo del conocimiento, del procurador de justicia o del agente del Ministerio Público, y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o hecho y satisfechos que fueren los requisitos previstos en el artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, se lleve a cabo el proceso correspondiente".⁵²

El maestro García Ramírez, la define como "una participación desde el conocimiento sobre la comisión de un delito, entre aquellos que solo pueden perseguirse a instancia de parte, como una declaración de voluntad formulada por el interesado ante la autoridad permanente a efecto de que, tomada en cuenta la existencia del delito, se le persiga jurídicamente y se sancione a los responsables".⁵³

Para Rivera Silva, es "la relación de hechos expuestos por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga a el autor del delito. De este concepto se desprenden los siguientes elementos: a) una relación de hechos, b) que esta relación sea hecha por la parte ofendida, y, c) que se manifieste la queja, el deseo de que se persiga al autor del delito".⁵⁴

El jurista Osorio y Nieto dice que la querrela puede definirse como "una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o

⁵¹ *Idem.*

⁵² Colín Sánchez, *Op. Cit.* Pág. 347

⁵³ García Ramírez, *Op. Cit.* Pág. 567

el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso se ejercite la acción penal".⁵⁵

La querrela es un derecho potestativo del ofendido por el delito, para dar su anuencia a la autoridad, con la finalidad de que se realice la investigación y persecución del probable autor, es decir, si no existe esta manifestación de voluntad, no es posible iniciar la indagatoria, por lo tanto la querrela es un requisito legal o de procedibilidad, para iniciar la averiguación previa.

Personas facultadas para ejercitar la querrela.

De acuerdo con los artículos 262 fracción primera, 263 y 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la querrela puede ser formulada por cualquier ofendido por el ilícito aun cuando sea menor de edad, respecto de los incapaces, pueden presentar la querrela los ascendientes, hermanos o representantes legales.

En relación a la formulación de la querrela por parte de un menor, ésta se encuentra supeditada a la edad que tenga el sujeto, es decir, si es menor de catorce años, la ley exige que sean representados por los padres o el tutor. Sin embargo, cuando el menor sea mayor de dieciséis años, puede querrellarse por el mismo o por quien sea su representante legal, no obstante lo anterior existen restricciones a esta disposición, según del delito de que se trate.

De tal forma que la representación legal de una persona solo la puede ejercer quien esté facultado para ello de acuerdo con la Legislación Civil del Distrito Federal, de forma específica en los artículos 414, 419, 425 y 450.

⁵⁴ Rivera Silva, *Op. Cit.* Pág. 389

⁵⁵ Osorio y Nieto *Op. Cit.* Pág. 19

Es posible que las personas físicas formulen querrela mediante poder general con cláusula especial, excepto en algunos delitos que exigen necesariamente que se presente ante el Ministerio Público la víctima u ofendido por dicho delito.

En cuanto al derecho a presentar querrela por parte de las personas morales, estas pueden hacerlo a través de apoderado legal que cuente con poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial.

Preclusión del derecho de querrela

Existen tres formas de que se extinga el derecho para ejercitar la querrela y son:

A) La muerte del agraviado. Toda vez que el derecho para formular querrela corresponde única y exclusivamente al ofendido, al fallecer este, se extingue el derecho siempre y cuando no haya presentado su denuncia y la haya ratificado, pues de lo contrario si ya había formulado su querrela ante el Ministerio Público y si la muerte sucede durante la averiguación previa, no existe impedimento para que se continúe con el proceso, pues ha quedado satisfecho el requisito de procedibilidad que exige la ley. Pese a lo antes referido existen excepciones a esta disposición según se trate de un delito en particular, existan diversos ofendidos o que la querrela se haya presentado por apoderado legal. La muerte del agresor extingue la facultad para presentar querrela, pues no existe a quien castigar por la comisión de una conducta que la ley prevé como delictiva.

B) El perdón. Se da cuando la víctima u ofendido por el delito comparece ante la autoridad para manifestar que es su deseo que no se castigue al sujeto que lo cometió; por lo que, el Ministerio Público debe dar por terminada la averiguación previa aun y cuando ya se hayan satisfecho los requisitos legales para el ejercicio de la acción penal y siempre que dicho perdón no haya sido otorgado a través de medios de presión por parte del autor del delito.

El perdón puede ser otorgado siempre que no se haya pronunciado sentencia y en segunda instancia mientras que no exista oposición por parte del sentenciado. La persona que decide otorgar el perdón debe estar conciente de que esta renunciado a un derecho que le asiste, es decir, esta expresando su voluntad de forma unilateral de no continuar con la averiguación previa y de esta manera evita que se castigue al que delinquirió.

C) La caducidad para formular querrela precluye en el período de un año, contado a partir del día en que quien es el ofendido por la comisión de un delito tiene conocimiento de la conducta delictiva y de quien la realizo.

La Excitativa y la Autorización

Existen otros dos requisitos de procedibilidad los cuales son menos comunes que los anteriores de los cuales se hará una somera explicación.

La excitativa. Es la petición que hace un Estado extranjero por conducto de sus representantes acreditados en nuestro país, para que se proceda penalmente, según sea el caso en contra de una persona que ha realizado injurias al Estado peticionario o a sus agentes ya sean diplomáticos o consulares

La autorización. Es el consentimiento concedido ya sea por un organismo o por una autoridad competente, en los casos expresamente establecidos en la ley para que se efectúe el ejercicio de la acción penal; (el caso más común es para aquellos servidores o funcionarios públicos en los que su actividad se encuentre investida del fuero constitucional).

3.4 El Ministerio Público

Esta Institución jurídica dependiente del Estado, realiza una de las más importantes actividades dentro de los procedimientos penales en México; por lo que es de gran trascendencia hacer una reseña de sus antecedentes de forma específica en nuestro país y como ha evolucionado hasta nuestros días las funciones que la ley le concede.

Conceptos

Para Colín Sánchez, el Ministerio Público es “una función del Estado, que ejerce por conducto del procurador de justicia, y busca la aplicación de las normas jurídicas emitidas por el propio Estado para la persecución de los presuntos delincuentes y en los demás previstos en aquellas en las que expresamente se determina su intervención a los casos concretos”.⁵⁶

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano, el Ministerio Público es “la Institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales la de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados, y finalmente, como consultor y asesor de los jueces y tribunales”.

El Ministerio Público en México

La evolución de esta Institución jurídica en nuestro país debe entenderse en relación al avance sociopolítico de las culturas prehispánicas, sobresaliendo dicha Institución dentro del derecho azteca debido a su organización jurídica y a la relevancia que tiene en el procedimiento, por lo tanto, es importante ahondar y conocer su origen y desarrollo para conocer su funcionamiento en la actualidad.

Derecho Azteca

Entre los aztecas existía un claro sistema de normas para regular el orden y sancionar a todo aquel que realizara una conducta contraria a los usos y costumbres del grupo. El derecho de los aztecas era de carácter tradicional y absolutista debido a su forma de gobierno, en la que el monarca delegaba sus atribuciones al *tlatoani*, quien a su vez encomendaba a los jueces la persecución de los delitos y el *cihuacóatl*, era el encargado de la recaudación de los tributos, presidía el Tribunal de apelación y fungía como consejero del monarca. De tal forma, podemos apreciar que

⁵⁶ Colín Sánchez. *Op. Cit.* Pág. 256

la investigación de los delitos estaba a cargo de los jueces por lo que en esta etapa de la historia mexicana aun no existía como tal, la figura del Ministerio Público.

Época Colonial

Durante la conquista las Instituciones jurídicas prehispánicas sufrieron un gran cambio, ya que comenzaron a implantarse los ordenamientos jurídicos de España. Esto provocó al principio una serie de abusos tanto por parte de las autoridades como de los particulares; situación que se pretendió remediar con la aplicación de las Leyes de Indias, así como de otros ordenamientos jurídicos, dentro de los cuales se estableció la obligación de respetar los usos y costumbres jurídicos de los indios, de su gobierno, siempre y cuando esto no contraviniera con el derecho español.

España, impuso en el México colonial su legislación y estableció la organización del Ministerio Público. La recopilación de Indias, en ley dada el cinco de octubre de 1626 y 1632, ordenaba que "Es nuestra merced y voluntad que en cada una de las reales audiencias de Lima y México haya dos fiscales; que el más antiguo sirva la plaza, en todo lo civil, y el otro en lo criminal".⁵⁷

Cuando en la Nueva España se estableció el régimen constitucional, este ordenó que a las cortes correspondía fijar el número de Magistrados que habían de componer el Tribunal Superior (actualmente la Suprema Corte), las audiencias de la península y de Ultramar, lo que realizó el decreto del 9 de octubre de 1812, que ordenaba que en la Audiencia de México hubiera dos fiscales.

Cuando México dejó de ser colonia de España, continuó rigiendo con relación al Ministerio Público, lo que establecía el citado Decreto del 9 de octubre de 1812, en virtud de que en el Tratado de Córdoba declaró que las leyes vigentes continuarían rigiendo en todo lo que no se opusieran al Plan de Iguala, y mientras las Cortes Mexicanas formaban la Constitución del Estado.

⁵⁷ V. Castro, *Juventino*; *Op. Cit* Pág.8

La Constitución de 1824 estableció al Ministerio Fiscal en la Suprema Corte (artículo 124), equiparando su dignidad a la de los Ministros y dándole el carácter de inamovibles. También establece Fiscales en los Tribunales de Circuito (artículo 140), sin determinar nada expresamente respecto de los juzgados, artículos (143 y 144).

La Ley del 14 de febrero de 1826 reconoce como necesaria la intervención del Ministerio Fiscal en todas las causas criminales en que se interese la Federación; y en los conflictos de jurisdicción para entablar o no el recurso de competencia, haciendo, por último, necesaria la presencia de éste funcionario en las visitas sumarias a las cárceles.

La primera organización sistematizada del Ministerio Fiscal en el México Independiente, se introduce en la ley para el arreglo de la Administración de Justicia (Ley de Lares), dictada el 6 de diciembre de 1853, por el presidente Antonio López de Santa-Anna.

En esta ley, el Presidente de la República dispone de libre nombramiento de los Promotores Fiscales en sus diversas categorías, los cuales representan al gobierno e intervienen como "parte" en el Supremo Tribunal.

El 15 de junio de 1869, expide el Presidente Benito Juárez la Ley de Jurados y establece tres procuradores a los que por vez primera se les llama representantes del Ministerio Público. Estos no constituían una organización eran independientes entre sí y estaban desvinculados de la parte civil.

El 15 de septiembre de 1880 se promulga el primer Código de Procedimientos Penales, establece una organización completa del Ministerio Público con la función de promover y auxiliar en la administración de justicia en sus diferentes ramas, sin reconocer el ejercicio privado de la acción penal.

El segundo Código de Procedimientos Penales del 22 de mayo de 1894, mejora la Institución del Ministerio Público ampliando su intervención en el proceso.

Lo establece con las características y finalidades del Ministerio Público francés como miembro de la policía judicial y como auxiliar de la administración de justicia.

En 1900 se practicó la reforma constitucional que unificaría la magistratura del Procurador General y el Fiscal General (ambos adscritos a la Suprema Corte), las extraería del Poder Judicial y las establecería en el ámbito del Poder Ejecutivo bajo el título de "Procurador General de la Republica".

En el año de 1903, el General Porfirio Díaz expide la primera Ley Orgánica del Ministerio Público. Lo establece ya no como auxiliar de la administración de justicia sino como parte en el juicio, interviniendo en los asuntos en que se afecta el interés público y el de los incapacitados, así como en el ejercicio de la acción penal de la que es titular. Se le establece como una Institución a cuya cabeza está el Procurador de Justicia.

Terminada la Revolución se reúne en la Ciudad de Querétaro el Congreso Constituyente que expide la Constitución de 1917. En su seno se discutieron ampliamente los artículos 21 y 102 constitucionales que se refieren al Ministerio Público. La redacción aprobada por la Comisión dictaminadora del artículo 21 constitucional es la que actualmente conserva el citado precepto, con excepción de los tres últimos párrafos, los cuales fueron incorporados en los últimos años.

El artículo 102 constitucional establece las bases sobre las que debe actuar el Ministerio Público Federal, y fue aprobado sin mayores discusiones por parte de los constituyentes de 1916-1917.

Carranza justificó el proyecto remitido al Congreso, planteó un cambio en la función pública de administrar justicia. Propuso que los juzgadores se limitaran al conocimiento de los delitos en el proceso y que el Ministerio Público tuviese para sí la tarea de investigar que hoy conocemos como la "averiguación previa".

Es en este periodo cuando llega a su punto culminante el prestigio del Ministerio Público y las esperanzas puestas en él, como contrapartida del

desprestigio y de la desesperanza que oscurecieron al Juez de instrucción. La crisis judicial determinó el auge procesal del Ministerio Público.

Juventino V. Castro, en relación al tema refiere lo siguiente: "...el acabado artículo 21 constitucional es muy completo, y conforme a la más avanzada doctrina, y que solo absurdas interpretaciones que de él se han hecho, han colocado al Ministerio Público en lugar que, a los primeros que ha llegado a sorprender, es a los propios constituyentes, que no soñaron jamás en el inverosímil crecimiento teratológico que se le iba a dar a la Institución, creando un órgano hipertrofiado que amenaza llegar a la categoría de un Monstruo de Poder."⁵⁸

Así quedó establecida la figura y la función del Ministerio Público en el proceso penal; pero la Constitución no se limitó a estas prevenciones que son, desde luego, las más conocidas, mencionadas y exploradas. Igualmente añadió la intervención del Procurador General de la República y del Ministerio Público Federal como parte en el juicio de amparo.

En cuanto a la presencia del Ministerio Público del Distrito Federal, se fijó en el Procurador General de Justicia de esta circunscripción. Asimismo se reguló en el artículo 102 Constitucional, las Instituciones del Procurador General de la República, el Ministerio Público Federal y la Policía Judicial Federal.

A partir de 1971 en el Distrito Federal, y en 1974 en el fuero Federal, las leyes correspondientes no se refieren ya al Ministerio Público como Institución que lleva a cabo la función persecutoria, sino a las Procuradurías que desempeñan el papel de órganos administrativos con funciones múltiples, una de las cuales es la persecución de los delitos.

A finales de 1983 se propone y se aprueban nuevas leyes orgánicas Federales y del fuero común, que cambian en el sentido de hacer mención en su

⁵⁸ V Castro, *Juventino Op. Cit* Pág.13

articulado solamente a las atribuciones de las Procuradurías, las bases de su organización y las disposiciones generales que rigen fundamentalmente su labor.

Por otra parte, se elaboró un reglamento interno en el que se precisa sus órganos concretos con sus facultades, y algunas disposiciones conteniendo regulaciones y menciones que resultan necesarias tener en cuenta en el funcionamiento de tales Procuradurías.

En los últimos años el Ministerio Público afrontó y resintió su propia crisis, de la que aun parece no salir. Esta crisis tuvo sus manifestaciones hace pocos años y de ellas surgieron el ombudsman mexicano, por un lado y diversas correcciones procesales, por el otro.

A partir de las reformas constitucionales vigentes desde 1955, el ejercicio de la acción penal ha quedado sujeto, a un control de legalidad, es decir, que las determinaciones que en ese sentido formule el Ministerio Público pueden ser revisadas por el órgano jurisdiccional conducente.

A los Congresos locales y al de la Unión en materia Federal, se les ha reservado la posibilidad de determinar la forma en que dicha revisión será llevada a cabo; por lo que ahora tanto los actos del Ministerio Público local como Federal, podrán ser revisados por un poder diferente y autónomo, como lo es el judicial.

3.4.1 Facultades del Ministerio Público

Sin duda alguna, en la función persecutoria del Ministerio Público, el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es el que fundamenta a la Institución, no solo en lo que corresponde a la Jurisdicción Federal, sino también las derivadas de las Constituciones de los Estados, en virtud de que establece la intervención del Ministerio Público en la persecución de los delitos.

Es en este precepto constitucional en donde el Ministerio Público encuentra su legitimación para intervenir como un representante del Estado (específicamente del

Poder Ejecutivo) dentro de los procedimientos penales; también es el que ha servido de base para fundamentar el actuar de la Institución en todas las etapas del procedimiento penal.

Ahora bien, el artículo 102 constitucional da las bases de organización sobre las cuales se desenvolverá en su actuar el Ministerio Público Federal; ya que señala la intervención de éste ante los tribunales de la Federación, imponiéndole la obligación de presentar todas las pruebas para acreditar la responsabilidad de los procesados.

Algunas de sus obligaciones procesales, en contraste con las garantías y derechos del imputado, han sido consignados en los artículos 16 y 20 de la Constitución, en los cuales se fija desde los tiempos para llevar a cabo las actuaciones, hasta los elementos, condiciones y requisitos que se deben cubrir para la persecución de los delitos.

Existen otros preceptos constitucionales que regulan de alguna manera el actuar del Ministerio Público dentro y fuera de los procedimientos penales, pues se debe recordar que la persecución de los delitos es una de las funciones que tiene el Ministerio Público, pero de ninguna manera la única. Como ejemplo de lo anterior, conviene citar la actuación del Procurador General de la República en cuestiones constitucionales.

En la práctica las facultades del Ministerio Público no solamente se concentran en investigar y perseguir a los probables autores de delitos, ya que su actuar se pone de manifiesto en otras actividades de la administración pública.

El Ministerio Público tiene la obligación de resguardar a los integrantes de la sociedad de las conductas consideradas como delito, por lo que en resumen se puede decir que las principales funciones en materia penal del Ministerio Público son: 1) investigar, 2) Perseguir, 3) Promover la reparación del daño a favor de la víctima u ofendido del delito y 4) Vigilar el cumplimiento de las leyes dentro de la ejecución de las medidas de seguridad y/o de las penas.

Dentro del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal en los artículos primero y noveno bis se establecen cuales son las obligaciones y facultades con que cuenta el Ministerio Público.

3.4.2 Solicitud de las Medidas Cautelares

Como se señaló en el punto anterior, dentro del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal existen varios artículos que hacen alusión a las medidas cautelares que puede realizar el Ministerio Público por su propia cuenta a partir de que tiene conocimiento de la comisión de un delito; no obstante ello, hay medidas cautelares que para que se puedan llevar a cabo es necesario primeramente someterlas a consideración del arbitrio de un Juez, a fin de que éste junto con las valoraciones del Ministerio Público se manifieste concediendo o negando la petición, para que en su caso, sea cumplimentada por la policía judicial. Los ejemplos más comunes son las órdenes de arraigo domiciliario y de aprehensión; de las cuales se hará referencia en los siguientes temas a desarrollar. Así mismo como referí, el Ministerio Público puede llevar a cabo algunas medidas cautelares por su cuenta como establecen los siguientes artículos:

Artículo 3º. Corresponde al Ministerio Público... Fracción III. Ordenar, en los casos a que se refiere el artículo 266 de este Código la detención o retención según el caso, y solicitar cuando proceda la orden de aprehensión.

El capítulo primero del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, que se refiere al cuerpo del delito, huellas y objetos del delito, determina las medidas cautelares realizadas por el Ministerio Público para asegurar las pruebas relacionadas con la comisión de un delito, así como el lugar en que supuestamente fue cometido.

De igual manera, si hay personas lesionadas ya sean estas el sujeto pasivo o activo del delito, serán atendidas dentro de las instituciones médicas que para tal fin destine el Gobierno del Distrito Federal y para el caso de que el lesionado sea el probable responsable del delito, éste estará vigilado por personal de la policía judicial

y cuando haya mejorado su salud y los médicos lo hayan dado de alta, será trasladado a prisión, poniendo en conocimiento al Ministerio Público de este hecho a fin de que tome su declaración a dicho sujeto.

Ahora bien, para que un Juez pueda librar una orden de aprehensión debe existir previamente una solicitud por parte del Ministerio Público y éste a su vez debe haber reunido los requisitos que marca el artículo 16 Constitucional, tal y como lo establece el artículo 132 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

De igual forma, para que exista una orden de arraigo el Ministerio Público debe recurrir previamente al órgano jurisdiccional a solicitarlo, debiendo haber fundado y motivado tal petición tomando en consideración las características de la conducta delictiva y las circunstancias personales del imputado. Si dicha orden de arraigo es concedida está será bajo vigilancia del Ministerio Público y sus auxiliares.

3.5 El Arraigo

Para el acercamiento a la figura del arraigo, es necesario un entendimiento cabal tanto de su significado, como de las clases de arraigo que existen según la materia las sanciones por infringirlo y el porque de su incorporación a la legislación mexicana.

Arraigo en el sentido etimológico significa la acción y efecto de arraigar, del latín, *ad radicare*, echar raíces.

El arraigo es "la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculcado en la investigación previa o durante el proceso penal cuando se trate de delitos imprudenciales o de aquellos en los que no proceda la prisión preventiva."

Podemos decir que el arraigo es la acción o el efecto de que una persona eche raíces en determinado lugar; es decir, que permanezca en una demarcación territorial, lo que implica lógicamente coartar la libertad de desplazarse por todo el

territorio Mexicano, lo que da origen a una limitación a la libertad de tránsito, consagrada en el artículo 11 Constitucional.

Barragán Salvatierra, refiere que el arraigo es "la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado durante la averiguación previa o durante el proceso penal." ⁵⁹

Dentro de la averiguación previa actualmente se aplica el arraigo cuando se presume que se han cometido delitos graves y el Ministerio Público no ha reunido los elementos necesarios para integrar el cuerpo del delito y acreditar la probable responsabilidad del inculpado, del cual se teme que debido a sus características pueda sustraerse de la acción de la justicia, por lo que solicita al Juez competente otorgue la orden de arraigo del indiciado en su domicilio o en una casa de seguridad de la procuraduría, para que con posterioridad y una vez reunidos los requisitos establecidos por el artículo 16 Constitucional se pueda librar la orden de aprehensión. En virtud de que el sujeto esta ubicado y vigilado, para que sea posible cumplir con la orden decretada por el Juez.

Tomando en cuenta las particularidades del hecho atribuido y las circunstancias personales del indiciado, el Ministerio Público recurre al órgano jurisdiccional, con su petición debidamente fundamentada, para que se escuche al presunto responsable y determine el arraigo con vigilancia. Éste durará por el tiempo estrictamente necesario para la debida integración de la averiguación previa, sin que pueda ser inferior a treinta días, los cuales pueden ser prorrogados por otros treinta días más a solicitud expresa del Ministerio Público.

A través de la medida precautoria del arraigo se limita a una persona física su libertad de tránsito, obligándola a quedarse en el lugar del procedimiento, sin posibilidad de abandonarlo hasta en tanto se dicte resolución en el proceso. El arraigo puede ser de testigos, artículo 256 del Código Federal de Procedimientos Penales, o de sujetos pasivos del proceso, artículos 133 bis, 135 y 205 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Cabe hacer mención de que a través de un juicio de acción de inconstitucionalidad, para modificar al artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado inconstitucionales los arraigos domiciliarios, por diversas razones entre las cuales se encuentran las siguientes.⁶⁰

"Los arraigos domiciliarios, son una medida cautelar a la que suelen recurrir de manera frecuente diversas procuradurías cuando detienen a una persona que consideran responsable de un delito pero que no cuentan con elementos para acusarla, y no quieren dejarla en libertad mientras la investigan."

En opinión del Ministro Juan Díaz Romero, "Porque la figura del arraigo viola a Constitución al afectar la libertad personal que protege la Carta Magna".

La Ministra Margarita Luna Ramos, dijo que mediante un arraigo "se deja a una persona privada prácticamente de su libertad".

El Ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia también coincidió con este punto, en virtud, dijo, de que el artículo 16 constitucional es demasiado claro cuando establece que "ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada".

"No cabe duda precisó que la medida ha servido para investigar delitos, y para detener delincuentes y después consignarlos, pero también que ha habido excesos y

⁵⁹ Barragán Salvatierra, *Op. Cit.* Pág.143

⁶⁰ Periódico "El Universal" Sección Estados. Martes 20 de septiembre de 2005. México. Distrito Federal. Pág. A 21.

arbitrariedades que alarman en la facilidad con que los arraigos se consiguen y se ejecutan".

El presidente de la Corte, Mariano Azuela, se sumó a esta postura, porque dijo que "todo mexicano debe ser protegido de que se pueda producir un acto de arbitrariedad", dado que es "muy fácil que de pronto una persona que no tenga ninguna responsabilidad, por lo pronto esté sujeta a un arraigo del que nada lo va a salvar".

El Ministro Sergio Aguirre Anguiano también se pronunció por declarar inconstitucional el artículo impugnado, pero por otros motivos. En su opinión "el arraigo sí es constitucional, pero siempre que se realice en el domicilio de la persona a la que se investiga y no en otros lados."

De momento la declaratoria de inconstitucionalidad únicamente servirá para invalidar la reforma que se le hizo desde hace dos años al artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, a través del cual se autorizó arraigar a una persona hasta por 30 días cuando se presume que es responsable de un delito grave y el Ministerio Público no tiene los elementos suficientes para acusarla. No obstante lo anterior, esta situación es un gran avance, en razón de que se ha entrado a el análisis de una de las medidas cautelares más importantes para beneficio de la sociedad.

Tipos de Arraigo

Hay un solo tipo de arraigo como medida cautelar, pero existen diferentes formalidades para poderlo solicitar de acuerdo con sus características y requisitos dependiendo de la materia que lo requiere, según sea Civil (mercantil), laboral y penal, por lo cual se procede al estudio de esta medida cautelar según sea la materia de que se trate:

Arraigo en materia Civil y/o Mercantil

En Materia Civil, esta figura jurídica es considerada como una medida precautoria dictada por un juzgador, a petición de parte, cuando hubiese temor de que se ausente o se oculte la persona con quien deba entablarse una demanda.

La finalidad consiste en impedir que el demandado abandone el lugar del juicio sin que haya nombrado un apoderado con facultades para transar a su nombre. De esta forma queda obligado a seguir el juicio y responder a la sentencia que se dicte. También se puede solicitar el arraigo de los tutores, curadores, albaceas, socios y administradores de bienes ajenos, como lo refiere el artículo 236 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

El arraigo en materia civil puede ser solicitado como un acto prejudicial (providencia precautoria), siempre que se acredite el derecho que tiene el solicitante para gestionarlo y la necesidad de la medida. Asimismo al tiempo de entablarse la demanda puede ser solicitado el arraigo o durante el desarrollo del juicio. En el primer supuesto, además de acreditar el derecho que tiene el solicitante para gestionarlo y la necesidad de la medida que solicita, deberá otorgar garantía suficiente a satisfacción del Juez para responder de los daños y perjuicios que se pudiesen ocasionar si no se gana la demanda. En el segundo supuesto, será suficiente con la petición del actor para que se haga la notificación correspondiente y la providencia consistirá en prevenir al demandado para que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, instruido para transar. En un tercer caso, se puede promover por vía incidental, en el cual debe acreditar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida, tal y como se señala en el artículo 237 al 241 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal.

Si alguien quebranta el arraigo en términos de lo dispuesto por el artículo 242 del ordenamiento citado, será castigado con la pena señalada en el Código Penal por el delito de desobediencia a un mandato legítimo de autoridad pública, quedando sujeto a las medidas de apremio que el Juez dicte para obligarlo a regresar al lugar del juicio. No obstante lo anterior, si el infractor quisiera librarse de las consecuencias

del arraigo, puede consignar el valor del objeto reclamado o dar fianza para responder de la demanda. Cuando en el precepto dice que no pueden dictarse otras providencias más que las establecidas en el Código, se pretende en concordancia con el artículo 17 Constitucional, excluir toda posibilidad de que alguien pueda ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Tomando el arraigo de una persona en el sentido de prohibición de salir del lugar del juicio, se menciona que es una providencia inútil, jurídicamente considerada, puesto que dentro del sistema establecido por el Código de Procedimientos Civiles de esta Ciudad, no es necesaria la presencia del demandado, ni para iniciar el juicio como para proseguirlo, ni para ejecutar la sentencia, ya que en el Código se establece que si el demandado no fuera encontrado a la hora del emplazamiento o su domicilio fuera desconocido, se le citara a juicio por cédula o por edictos. Si no contesta la demanda, se acusa su rebeldía y se le manda hacer las ulteriores notificaciones por boletín judicial; si no comparece a absolver posiciones, se le declarará confeso y la sentencia se le notifica conforme al artículo 637 y se ejecuta, aun cuando no fuere hallado el demandado.

Así pues, se opina que el arraigo en materia civil es una figura que resulta jurídicamente innecesaria; además de que el arraigo como un medio coactivo, es criticado y tildado de ser contradictorio con el principio de igualdad que debe regirse entre las partes y que los jueces tienen la obligación de respetar.

Arraigo Laboral

Dentro de la Ley Federal del Trabajo en su capítulo XV, que habla de las providencias precautorias; de manera específica en el artículo 857 esta regulado la medida precautoria del arraigo, el cual expresamente señala:

“Los presidentes de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, o los de las especiales de las mismas, a petición de parte, podrán decretar las siguientes providencias cautelares:

Arraigo, cuando haya temor de que se ausente u oculte la persona contra quien se entable o se haya entablado la demanda; y..."

El artículo 859 de la misma ley establece que "el arraigo se decretará de plano y su efecto consistirá en prevenir al demandado que no se ausente del lugar de su residencia, sin dejar representante legítimo, suficientemente instruido y expresado."

Asimismo, el artículo 860 se refiere a las personas que lleguen a quebrantar el arraigo decretado por el Presidente de la Junta. Serán responsables del delito de desobediencia a un mandato de autoridad, debiendo denunciar esta autoridad el hecho ante la Agencia del Ministerio Público.

No obstante lo antes referido, el artículo 864 de la ley laboral expresa que si la persona que es demandada, otorga garantía legal y suficiente, no se podrá llevar a cabo la providencia cautelar o se levantará la que ya se había establecido.

Como podemos apreciar el arraigo domiciliario en materia laboral es muy similar al realizado en materia civil, si acaso la única diferencia es en relación a la autoridad que la otorga.

3.6 Detención y/o Arresto

Restringir de la libertad a un individuo que se sospecha es responsable de un delito, debe ser resultado de un mandamiento escrito que provenga de una autoridad judicial competente y con fundamento en una ley. Dicho acto debe proceder cuando el delito que se le imputa al probable responsable amerita pena privativa de la libertad. Dentro del ámbito penal se puede utilizar como sinónimos los términos "arresto", "detención", "encarcelamiento", entre otros, por lo que es conveniente diferenciarlos.

La detención puede darse para el caso de que una persona que haya cometido un delito sea puesta a disposición del Ministerio Público, de acuerdo con lo establecido por el artículo 16 Constitucional, siendo que dicha limitación a la libertad no podrá exceder de cuarenta y ocho horas, lapso de tiempo en el que habrá de ponerse en libertad al sujeto o ponerlo a disposición de una autoridad judicial.

Así tenemos que la detención es una medida cautelar que se lleva a cabo durante la averiguación previa bajo la responsabilidad del Ministerio Público y que esta tiene la finalidad de que el indicado se fugue para evadir su responsabilidad dicha detención debe llevarse a cabo dentro de las instalaciones de las agencias investigadoras, por lo que se considera de carácter administrativo.

El Ministerio Público, es quien puede ordenar a la Policía Judicial su ejecución, la que lleva a cabo una aprehensión, es decir, el acto material en que se asegura al presunto responsable del delito.

De tal manera que la Aprehensión significa "la acción que consiste en coger, prender o asegurar. De tal manera, que la Policía Judicial realiza el acto de aseguramiento de una persona poniéndola bajo su custodia de manera preventiva, para evitar su evasión.

En cambio la detención es el estado de privación de la libertad, que sufre una persona por virtud de un mandamiento judicial."⁶¹

Por otro lado el arresto, es la privación de la libertad de un individuo, como consecuencia de haber cometido una infracción a los reglamentos o bien como medida de apremio establecida en el Código de Procedimientos Civiles, siempre que se hayan agotado los otros medios de apremio establecidos en dicho código.

⁶¹ *González Bustamante, Juan José Derecho Procesal Penal Mexicano. 10ª ed. Ed. Porrúa, México 1991. Págs. 113 y 114.*

3.7 Custodia Policiaca

Esta medida precautoria solamente se lleva a cabo en virtud de la comisión de un delito y el probable responsable sufre lesiones que motiven su ingreso a un hospital; éste se encontrará bajo custodia policiaca hasta que recupere la salud, y pueda ser puesto a disposición del Ministerio Público o un Juez para que declare con relación a los hechos que se le imputan.

El término custodia de acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano, dice que "en México es poco empleado ya que excepcionalmente lo encontramos en algunas disposiciones legales, en relación a la facultad de corrección que se concede a quienes ejercen la patria potestad o tienen hijos bajo su custodia, o para el caso de que entable secuestro de bienes muebles que no sean dinero, alhajas, ni créditos, el depositario tendrá el carácter de custodio de los objetos puestos a su cuidado".

En otros mandatos legales en que efectivamente hay custodia, ya que el sentido de la palabra es la guarda de una persona o cosa con toda diligencia y cuidado, se utiliza la frase, como es el ejemplo de que se ponen a los hijos bajo la custodia de determinado familiar o de tutor e incluso de la autoridad judicial, es decir, bajo la guarda de otra persona.

El mismo Diccionario Jurídico Mexicano da la siguiente definición de custodia en materia penal: "custodia es la persona o escolta que vigila a un preso a fin de que no escape, e igualmente la acción y efecto de custodiar a un preso".⁶²

De tal manera podemos decir, la custodia puede estar entrelazada con otra medida precautoria como puede ser el arraigo, el secuestro de bienes o la prisión preventiva, ya que consiste en que una persona que pertenezca a la policía judicial o a otra dependencia Pública, tenga bajo su más estricto cuidado y vigilancia a una persona o a un bien mueble.

⁶² *idem*

3.8 Aseguramiento de Bienes

Como se mencionó en el punto referente a la solicitud de las medidas precautorias por parte del Ministerio Público, respecto al aseguramiento de los instrumentos del delito así como las cosas objeto o producto de él, y de todos aquellos en que pueda existir huellas o relación con el mismo, deben ser asegurados; ya sea que los recoja el personal de la Procuraduría y los ponga bajo secuestro judicial o bajo el cuidado y responsabilidad de un particular, con la finalidad de que no se alteren, destruyan o desaparezcan. Para el caso de la comisión de un delito imprudencial, ocasionado con motivo del tránsito de vehículos, el Ministerio Público, podrá asegurar los vehículos y entregarlos en depósito a quien acredite su legítima propiedad, con la obligación para el inculpado de presentarlo ante la autoridad que lo requiera.

Se debe realizar un inventario de las cosas que sean aseguradas y describir todos los objetos de tal forma que en cualquier momento puedan ser identificados.

En el caso de delitos contra la salud, en los que se hayan asegurado plantíos de marihuana, de amapola o de cualquier otro tipo de estupefaciente o psicotrópico, se debe llevar a cabo su destrucción y levantar un acta en la que conste el área de cultivo, la cantidad o volúmen de estupefacientes y guardar muestras que obren dentro de la averiguación previa para realizar los dictámenes periciales que sean necesarios.

Si la autoridad investigadora llegase a asegurar un bien distinto a los señalados en el párrafo anterior, tiene la obligación de notificar al interesado dentro de los diez días posteriores a dicho aseguramiento, para que se manifieste al respecto y en su caso acredite la propiedad de dichos bienes y si es procedente que se le entreguen.

Las notificaciones que deban realizarse, a fin de hacer del conocimiento público que se llevará a cabo una subasta respecto de los bienes que no fueron reclamados, o la aplicación del producto de la venta que no se reclame por el interesado, se hará personalmente a este si se encuentra presente o por cédula a su domicilio, con alguno de sus familiares que se encuentren al momento de la notificación o por cédula en el Diario Oficial de la Federación.

Si fueron objeto de aseguramiento bienes inmuebles, dependiendo de sus características estos pueden ser destinados a actividades agrícolas o entregarse a las autoridades competentes para que regularicen sus documentos y puedan ser vendidos o utilizados para la función pública.

En este tema se relaciona la figura jurídica de la confiscación de bienes y el decomiso, los cuales se pueden entender como la privación de los bienes de una persona, decretada por la autoridad judicial a favor del Estado, aplicada como sanción o infracción.

El artículo 22 Constitucional prohíbe la confiscación de bienes. Sin embargo, no se considera confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito o para el pago de impuestos, multas o recargos. Lo primero que se debe exigir a los culpables de la comisión de un delito es que reparen el daño causado, que restituya las cosas al lugar en que se encontraban antes de la conducta ilegal realizada por él siempre que sea posible.

Todo culpable debe restituir, reparar e indemnizar los daños causados, sin importar que para lograrlo sea necesario privarlo de la mayoría o totalidad de sus bienes a fin de que la víctima u ofendido quede satisfecho en relación a la afectación sufrida.

Cabe hacer la aclaración de que el decomiso de instrumentos se encuentra regulado en el capítulo VII del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, por lo que éste se entiende como una sanción de carácter definitivo y no como una medida cautelar, no obstante que los bienes objeto o producto del delito hayan sido decomisados cuando se detuvo a los probables responsables y si se trata de material pornográfico, sustancias nocivas o peligrosas, se deben tomar medidas precautorias al respecto.

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, dentro de su Capítulo Quinto contempla el aseguramiento de bienes susceptibles de ser decomisados, específicamente en los artículos 29 a 33 se señala que:

“Cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que una persona es miembro de la delincuencia organizada, el Ministerio Público podrá disponer previa autorización judicial, el aseguramiento de los bienes de dicha persona. El aseguramiento podrá realizarse en cualquier momento de la indagatoria o durante el proceso.”

Los bienes asegurados quedarán a disposición del Juez de la Causa, quien podrá enviarlos a peritaje o si se trata de armas de fuego se remitirán a la Secretaría de la Defensa Nacional para su guarda.

3.9 El Secuestro de Bienes

Esta medida precautoria es de carácter puramente civil e incluso encuentra su fundamento legal en el Título Octavo del Depósito y del Secuestro, de forma particular del artículo 2539 al 2545 del Código Civil Vigente en el Distrito Federal y consiste básicamente en el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero hasta que se decida a quien debe entregarse.

El secuestro puede ser de carácter convencional o judicial, de acuerdo a como se celebre, es decir que si los litigantes de ambas partes deciden celebrar convenio en el que establezcan que el objeto materia de la litis quedará bajo la guarda de un tercero y que al concluir el litigio será entregado al que la resolución del Juez le haya favorecido.

El secuestro es sinónimo de embargo y es utilizado principalmente en los juicios ejecutivos mercantiles, de manera particular en aquellos documentos que traen aparejada ejecución y que se pretende asegura el pago de la deuda desde el momento del emplazamiento hasta la venta de dichos bienes y así satisfacer el pago adeudado. Se entiende que la obligación es cierta, líquida y exigible de inmediato, sin que sea necesario la autorización del deudor.

No obstante que se realice embargo de bienes, estos quedan bajo la guarda de determinada persona sin que pueda disponer de ellos, ya que de hacerlo estaría cometiendo un delito, y no es sino, hasta el final del juicio que en sentencia se ordene el remate de dichos bienes o su adjudicación al vencedor del litigio.

Existen bienes que son inembargables debido a su naturaleza, ya sea porque son objetos o materiales de trabajo del deudor por medio de los cuales obtiene ingresos para subsistir, los indispensables para el uso ordinario, los bienes que hayan sido inscritos en el Registro Público de la Propiedad como patrimonio familiar, los que formen parte del salario de los trabajadores, salvo que sean para satisfacer deudas de carácter alimentario, las cuales se encuentran en un lugar preferente respecto del salario.

Tomadas en cuenta las consideraciones anteriores, la Ley faculta a realizar el embargo de otros bienes o derechos para el caso de que el requerido judicialmente no pague y podrá él mismo señalar bienes para embargar, y en el supuesto de que se negare podrá hacerlo el embargante. Hecho lo anterior, el Juez declara que se ha "trabado formalmente embargo sobre los bienes designados, en cuanto que sean

suficientes para cubrir la suerte 'principal, los intereses legales y el pago de gastos y costas'.

Se ha mencionado que el embargo puede ser utilizado con la finalidad de garantizar cautelarmente la eventual ejecución de una pretensión de condena que se le expone o expondrá en juicio (embargo cautelar), o bien, para satisfacer una pretensión de carácter ejecutivo (embargo definitivo).

Por lo antes señalado, debemos entender que el secuestro de bienes es una medida precautoria de carácter civil y que tiene gran similitud con lo que en materia penal se conoce como el aseguramiento de bienes; no obstante que tienen finalidades distintas, ya que en materia civil se embargan los bienes para garantizar el pago de una deuda y en materia penal el aseguramiento de bienes es para que los bienes objeto del delito o producto se encuentren en posibilidad de ser examinados, destruidos, rematados o adjudicados a su legítimo propietario según corresponda.

3.10 Flagrancia

Considerada como la detención preventiva llamada *Flagrancia (evidencia facti)*. El término proviene de *flagrantia, flagrantiae*, cuyo significado es arder, brillar, estar flameante, incandescente, y que metafóricamente al pasar al derecho y aplicarse al delito, significa *delito resplandeciente, o actualidad del delito*.⁶³

Refiere Manzini que la flagrancia "es el acto con el que una persona es sorprendida mientras está cometiendo un delito o en un estado declarado equivalente por la ley, la priva de su libertad provisionalmente un sujeto autorizado, para ponerla a disposición de esa misma autoridad".⁶⁴

Nuestra Constitución señala como excepción, que en los casos del delito Flagrante, cualquier persona podrá aprehender al delincuente y sus cómplices, poniéndolos sin dilación alguna a disposición de la autoridad inmediata, y esta a su

⁶³ Silva Silva, Jorge Alberto; *Derecho Procesal Penal*, 2da ed., Ed. Oxford. México 1995 Pág. 502.

⁶⁴ Mazini, Op. Cit, Pág. 498

vez con prontitud, al Ministerio Público. Por lo que se puede apreciar que, no sólo los jueces podrán aplicar la medida cautelar, sino que también la Constitución faculta a un particular para realizar una detención, de características específicas.

La flagrancia no es una medida cautelar, ni mucho menos una condición específica del delito, sino una característica externa del mismo, respecto a la relación entre el delincuente y la conducta ilícita; es decir que se encuentra presente en el lugar de los hechos y en el instante de la comisión de tal acto. La detención preventiva motivada por haber sorprendido al "delincuente" en el momento en que estaba efectuando la conducta tipificada como delito en alguna ley o código vigente, es lo que si podemos considerar como una medida cautelar que limita la libertad particular de una persona.

Con la posibilidad de ejecutar la medida cautelar antes de que se inicie el proceso, esta debe ser ratificada por la autoridad competente, es decir, que en el caso de que un sujeto sea privado de su libertad por quien no tiene facultad para ello, quedará a disposición del Ministerio Público y el deberá confirmar o negar la detención.

Los legisladores, al establecer este tipo de medida cautelar (detención) lo justifican por el caso de urgencia, características inherente a las medidas cautelares. De tal forma que, por dicha urgencia y la cercanía temporal con el delito, se permite a cualquier persona, llevar a cabo la medida cautelar restrictiva de la libertad personal del presunto responsable.

La doctrina contempla tres tipos de flagrancia, a saber:

- **Flagrancia en estricto sentido.** Cuando el sujeto es detenido en el momento en que está ejecutando o cuando ya se consumió el delito, en el lugar de los hechos.
- **Cuasiflagrancia.** Para el caso de que una persona, después de haber ejecutado o consumado la conducta tipificada como delito, es detenida siempre

que haya sido perseguida desde la comisión del delito y no se les haya perdido de vista.

- **Presunción de flagrancia.** Esta clase se da cuando el delincuente ni ha sido aprendido al momento de ejecutarse el delito ni tampoco ha sido perseguido después de realizar la conducta; sino que existen datos que hacen probable su participación en el ilícito.

Dentro del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la flagrancia está contemplada dentro de los artículos 266 y 267, reiterando que se hace mención de esta figura jurídica ya que de ella se puede generar una medida precautoria privativa de la libertad de un sujeto como es su detención, con la única intención de que este sujeto no se sustraiga de la acción de la justicia.

3.11 Caso Urgente

Además de la flagrancia, existe como segunda excepción para la privación de la libertad, que exista una causa de urgencia la cual se traduce en que se presenten los supuestos previstos por el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; los cuales son:

I.- Se trate de delito grave;

II.- Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia y;

III.- Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

Se considera que existe riesgo fundado, en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo el hecho o, en general, cualquier indicio que haga presumir fundadamente que pueda sustraerse de la acción de la justicia.

CAPÍTULO IV

Medidas Cautelares en el Proceso

Una vez que el Ministerio Público ha reunido los elementos suficientes para ejercitar acción penal en contra de un sujeto, y le fue autorizada la consignación el expediente deberá pasar a la consideración del órgano jurisdiccional; con lo que podemos dar por iniciado el proceso, es decir que, se abre la fase sumaria o de instrucción y que el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo primero le asigna el nombre de preinstrucción.

En esta etapa el primer acuerdo que se dicta recibe el nombre auto de radicación, de inicio o cabeza de proceso; con dicho proveído las partes quedan sujetas a la potestad del Juez instructor, con lo que se da el triangulo de la relación procesal formado por el Juez, el Ministerio Público y el procesado.

Por lo que, de acuerdo con juristas como García Ramírez y Colín Sánchez, esta etapa que el Código denomina Preinstrucción si forma parte del proceso y no es una etapa preparatoria del mismo.

El tiempo que tiene el Juez instructor para dictar el referido auto de radicación variará de acuerdo a las circunstancias del caso en particular, ya que el Código de Procedimientos Penales establece que deberá ser inmediatamente, no obstante ello se de tomar en cuenta si la consignación del expediente se hizo con o sin detenido ya que toda detención ante autoridad judicial no puede exceder del termino de 72 horas sin que se determine su situación jurídica.

Sin embargo, cuando la consignación es sin detenido el Juez tiene dos días para dictar el auto de radicación tanto en materia del fuero común como en materia Federal de acuerdo a lo establecido por el Código de Procedimientos Penales local y Federal de manera especifica en los artículos 286 bis y 142 respectivamente. Asimismo, el Juez contara con cinco días en materia del fuero común y diez días en

materia Federal para ordenar o negar las ordenes de aprehensión, reprehensión comparecencia o cateo que le haya solicitado el Ministerio Público.

Para el caso de que se trate de delitos graves o de los establecidos por la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada se debe dictar inmediatamente el auto de radicación sin detenido, dentro de las 24 horas otorgar o negar las ordenes de aprehensión o cateo que le haya solicitado el Ministerio Público.

Ahora bien, cuando la radicación sea con detenido el Juez deberá valorar si el delito de que se acusa al indiciado amerita pena corporal o una sanción alternativa, a efecto de estar en condiciones de librar orden de aprehensión, de comparecencia o de presentación para lograr la presencia del sujeto ante él.

Como se puede apreciar de los párrafos anteriores a partir de la consignación que realiza el Ministerio Público de la averiguación previa, es cuando entra en función la autoridad jurisdiccional, a la cual me habré de referir en el presente capítulo, así como de su tareas relacionadas a las medidas precautorias que durante el proceso puede conceder o negar, previa solicitud del Ministerio Público.

4.1 El Juez

Como se mencionó en el primer capítulo, de manera particular en el tema de los sujetos procesales existentes en materia penal a saber: el órgano de acusación (Ministerio Público), el órgano de la jurisdicción (Juez de Paz, Primera Instancia o Magistrado, etc.), el sujeto activo del delito (indiciado); el sujeto pasivo del delito (ofendido o víctima), la defensa (abogado o persona de confianza). En este capítulo hablaremos con mayor detalle de la figura central dentro del Proceso Penal.

La etimología de la palabra Juez, viene de *jux* y *dex*, esta última contracción de *vindex*, de donde resulta que juez es el *juris vindex*, o lo que es igual el vindicador del derecho, lo anterior de acuerdo al jurista Caravantes invocado por Pallares.

El Estado cumple una de sus atribuciones a través del poder Judicial de la Federación, es decir, que este Poder ejerce la función jurisdiccional para preservar Orden Público. La función jurisdiccional del Estado esta encomendada a un Juez; persona trascendental, encargado de aplicar el derecho dentro de un determinado proceso penal.

Etimológicamente, jurisdicción viene de *jurisdictio* que quiere decir declarar el Derecho, facultad que en Derecho Romano residía en la persona destinada a estos fines, también con ello se quiere significar la circunscripción territorial en donde se ejerce la autoridad.

La importancia de esta persona dentro de la relación procesal, es en virtud de que tiene la capacidad de decidir a través de la emisión de una sentencia en la que esta en juego el futuro de una persona, quien podrá resultar absuelta o privada de su libertad por mucho tiempo, dependiendo de las circunstancias, siendo a mi juicio la libertad el segundo derecho más importante que tiene el hombre, resulta entendible su valoración y trascendencia.

4.1.1 Facultades y Obligaciones del Juez dentro del Proceso Penal

Como hemos apreciado, la importancia que tiene el juzgador dentro del proceso penal es trascendental por la facultad de decisión con que esta investido, ya que a el corresponde decidir sobre el futuro de un sujeto acusado de haber cometido un delito, por lo que tanto el inculpado y la víctima u ofendido quedan sujetos a la jurisdicción de él.

La principal obligación de un juzgador es aplicar el derecho a un caso concreto en un determinado proceso penal, por lo que se trata de una persona investida de imperio, es decir, que sus decisiones son de carácter coercitivo, por lo tanto estas se deben cumplir o hacerse cumplir aun en contra de la voluntad de alguna de las partes, claro esto no exime de que siendo el juzgador una ser humano cometa errores los cuales pueden ser combatidos con los recursos establecidos en las Leyes y en los Códigos.

El juzgador debe preservar el principio de imparcialidad entre el procesado, el Ministerio Público y en su caso con la víctima, ya que el no puede manifestar favoritismos de ningún tipo, puesto que él solamente se debe dedicar a la aplicación de la ley y a emitir su juicio respecto de los hechos que se le plantean, valorando todas y cada una de las pruebas ofrecidas por las partes, relacionadas entre sí a fin de que su resolución definitiva este lo más apegada a derecho y a la justicia.

Ahora bien, la sentencia emitida por el Juez A Quo puede no favorecerle a alguna de los sujetos que forman parte de la relación procesal, por lo que acudirán ante un Juez de Segunda Instancia Ad Quem, en busca de impugnar dicha sentencia, autoridad que se encargara de revisar que la sentencia de primera instancia haya sido dictada conforme a derecho fundada y motivada, congruente con lo actuado durante el proceso y también emitirá su resolución confirmando modificando o revocando la resolución del juzgador de Primera Instancia y lo mismo sucederá en caso de inconformidad con esta nueva sentencia, en la que se agotara el juicio de amparo ya sea directo o indirecto dependiendo de la resolución que se pretenda impugnar, en todos los casos, los juzgadores sin importar la instancia deberán ajustar sus resoluciones a derecho, procurando como ya lo he mencionado la mayor imparcialidad entre las partes.

4.1.2 Orden de Aprehensión

La orden de aprehensión se puede entender como un mandamiento judicial que tiene la finalidad de privar de la libertad a una persona, de la cual se tiene acreditado el cuerpo del delito y su probable responsabilidad, respecto de la comisión de un delito que amerita pena corporal; por lo que debe quedar privado de su libertad de manera preventiva a un proceso penal.

Las medidas cautelares de carácter corporal, más importantes dentro del proceso penal, son aquellas que tienden a coartar la libertad física del sujeto señalado como responsable de los hechos delictivos. Existen diversos juristas

que sostienen que las medidas cautelares que limitan la libertad de un individuo tienden a garantizar:

- A) La ejecución de una probable condena, evitando que el sujeto pasivo del proceso se sustraiga de la acción de la justicia. Con lo que se asegura la ejecución de una pena de carácter definitivo.
- B) La presencia y disponibilidad del probable responsable a todos los actos procesales, (audiencias, careos, declaraciones, comparencias, diligencias, etc.).
- C) Evitar que se destruyan las fuentes de prueba; en el supuesto de que el sujeto pasivo del proceso penal, que goce de su libertad a fin de evitar ser condenado, trate de desaparecer las huellas, indicios, en general todas las pruebas que demuestren su responsabilidad de los hechos delictivos, evitando y dificultando la integración correcta de la averiguación previa.
- D) La protección del sujeto pasivo del proceso de cualquier agresión en forma de venganza por parte de las víctimas del delito.

La restricción a la libertad, aun cuando sea provisional se traduce en una sanción anticipada.

La orden de aprehensión, "es la providencia cautelar, dispuesta por el Tribunal, para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implican (asegurar eventual condena, presencia al proceso, impedir destruya pruebas etc.)".⁶⁵

El jurista Carlos Barragán Salvatierra dice que la orden de aprehensión es; "una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del Ministerio Público y satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado para que sea puesto de inmediato a disposición de la autoridad que lo requiera, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye."⁶⁶

⁶⁵ *Silva, Silva, Op. Cit. Pág. 498*

⁶⁶ *Barragán Salvatierra Op. Cit. Pág. 319.*

De los anteriores conceptos, se desprende primeramente que la orden de aprehensión es un acto de autoridad y de acuerdo con el artículo 16 constitucional es un acto de molestia, es decir una mera perturbación o afectación de la libertad de un individuo, en relación a que es una medida precautoria que no tiene el carácter de definitiva ni es inobjetable. De igual manera podemos considerar que la base constitucional de la orden de aprehensión se encuentra en el artículo 18, toda vez que en el se establece que "solo por delito que amerite pena corporal habrá lugar a prisión preventiva...". Siendo entonces, que cualquier detención en la que la pena sea distinta a la prisión será a todas luces inconstitucional.

Así también tenemos que es obligación del Ministerio Público solicitar dicha medida precautoria junto con la consignación de la averiguación previa que haga ante el Juez penal en turno, y para que exista este pedimento, se debe tener por acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad los cuales se entienden como:

El cuerpo del delito, de acuerdo con el maestro Colín Sánchez es "la comprobación de la conducta o hecho punible descrito por el legislador y entendido como un todo unitario en los elementos que lo integran, es la base en la que se sustenta; sin ello no habrá posibilidad ninguna de dictar un auto de formal prisión o, en su caso, una sentencia en donde se declare a una persona culpable y se le imponga alguna pena".

Y la probable responsabilidad existe cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente.

Ahora bien, una vez que recibe el expediente el Juez penal tiene diez días para conceder la orden de aprehensión al Ministerio público, para que este a su vez ordene a la Policía Judicial se avoquen a la aprehensión del presunto responsable; evidentemente que se trata de una consignación sin detenido, ya que en cuanto se de con el paradero del sujeto debe ser puesto de inmediato ante la presencia del

Juez para que dentro del término a que hace referencia el artículo 19 constitucional se decida su situación jurídica.

Una vez que el presunto responsable es detenido, se le hará saber el motivo por el cual se le aprehendió, quien lo acusa y las garantías que en su favor establece la Constitución en su artículo 20 y los códigos penales. Ahora bien, como señala el maestro Sergio García Ramírez, se trata de una detención por motivos procesales, no por razones punitivas, aunque a la postre la reclusión procesal se absorba en la prisión punitiva.⁶⁷ De lo que podemos reafirmar que de acuerdo a las leyes, solo se trata de un mero "acto de molestia" para los gobernados.

4.1.3 Requisitos para girar Orden de Aprehesión

Los requisitos de la orden de aprehensión se encuentran establecidos en el artículo 16, Constitucional, 195 del Código Federal de Procedimientos Penales y 132 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, requisitos que a continuación se mencionan:

- Debe ser expedida por autoridad judicial;
- Ha de mediar denuncia o querrela por hechos sancionados con pena privativa de libertad,
- Que se haya promovido previamente la acción penal;
- Que exista petición del Ministerio Público;
- Que se haya radicado la averiguación previa ante un Juez en materia penal y;
- Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Nunca el Juez podrá actuar de oficio, porque estaría invadiendo las funciones del representante de la sociedad. El jurista Jorge Alberto Silva Silva; señala que los puntos anteriormente señalados son solo prerrequisitos para librar la orden de aprehensión ya que los únicos requisitos que él considera son:

⁶⁷ *García Ramírez, Op. Cit. Pág. 504*

- Que el hecho calificado sea sancionado con pena corporal o de reclusión y;
- Solo un Tribunal puede ordenarla.

Independientemente de la discusión que los diferentes puntos de vista puedan ocasionar, entre juristas sin los mencionados requisitos o prerrequisitos, la autoridad que tenga privado de su libertad a un individuo, tiene la obligación de ponerlo inmediatamente en libertad, tal y como lo señala el artículo 123, quinto párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales.

Cabe hacer mención a la orden de comparecencia, que igualmente debe ser solicitada por el Ministerio Público, en virtud de que se trata de delitos considerados no graves por la ley y solamente para el caso de que el presunto responsable no comparezca, será entonces cuando pueda solicitar orden de aprehensión.

En relación a las formalidades que debe contener la orden de aprehensión estas se encuentran establecidas en el artículo 195 del Código Federal de Procedimientos Penales, es decir que debe contener una relación sucinta de los hechos que la motiven, sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga de los hechos delictuosos, y se transcribirá inmediatamente al Ministerio Público para que este a su vez ordene la aprehensión a la Policía Judicial.

Una vez que los elementos de la Policía Judicial han capturado al probable responsable, deberán de ponerlo a disposición del Juez que libró la orden de aprehensión a efecto de que este se encuentre en posibilidad de determinar su situación jurídica dentro del término que nuestra Constitución establece en su artículo 19, es decir setenta y dos horas, término que podrá ser duplicado si así lo requiriera el aprehendido a efecto de recabar las pruebas necesarias para desvirtuar las acusaciones existentes en su contra por parte del Ministerio Público y así acreditar su inocencia.

4.2 Auto de Formal Prisión

En nuestro sistema penal, se prevé que al concluir el término establecido en el artículo 19 constitucional habrá de dictarse una resolución por parte del juzgador la que puede ser; un auto libertad por falta de elementos para procesar, auto de sujeción a proceso y auto de formal prisión del cual nos referiremos ampliamente.

El auto de libertad por falta de elementos para procesar, se encuentra previsto en el artículo 302, 303 y 304 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y tiene lugar cuando no se han reunido pruebas suficientes para tener por acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de un individuo, por lo que se le debe poner en inmediata libertad, sin que por ello se evite que en el futuro pueda volverse a consignar el expediente una vez reunidas las pruebas necesarias.

El auto de sujeción a proceso esta previsto en el artículo 305 del Código de Procedimientos Penales para esta Ciudad; el cual se caracteriza porque se tiene acreditado el cuerpo del delito y existen fuertes indicios de que el sujeto pasivo del proceso es responsable de la conducta que se le imputa, no obstante ello, el delito del que se le acusa no es de los señalados como graves o la pena que se impone a la comisión del delito no es corporal o es conmutable.

El auto de formal prisión se encuentra contemplado en los artículos 297, 298, 299, 300 y 301 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; y se puede entender como "la resolución jurisdiccional, dictada dentro de las setenta y dos horas de que el imputado queda a disposición del juzgador (plazo que se puede duplicar, a solicitud del inculpado o su defensor y en beneficio de la defensa) en que se fijaran los hechos materia del proceso, estimándose acreditado plenamente el cuerpo del delito y establecida la probable responsabilidad del inculpado".⁶⁸

⁶⁸ *ibidem* Pág. 521

Cabe hacer mención de que no habrá de existir a favor del inculpado una causa excluyente de responsabilidad para así determinar el delito o delitos por los que se debe seguir el proceso.

Uno de los puntos controversiales señalados en el concepto del auto de formal prisión, es el referente al momento en que debemos empezar a contar las setenta y dos horas que marca el artículo 19 constitucional, situación que el artículo 197 del Código Federal de Procedimientos Penales esclárese en su segundo párrafo, al señalar que "...se entenderá que el inculpado queda a disposición del Juzgador, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que la Policía Judicial en cumplimiento de la orden respectiva, lo ponga a disposición de aquel en la prisión preventiva o en un centro de salud..."

Ahora bien, respecto a las setenta y dos horas, estas se conceden al inculpado para que reúna pruebas que ataquen las imputaciones hechas por le Ministerio Público en su carácter de órgano acusador, dicho plazo hasta antes de 1988 no podía ser duplicado, sin embargo los legisladores aplicaron a contrario sensu lo referente a que ninguna detención podrá exceder del termino de setenta y dos horas sin que se justifique con auto de formal prisión. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley, por lo tanto la ampliación del término constitucional solo es a petición del imputado o su abogado con la intención de que se vea beneficiado contando con mayor tiempo para lograr reunir las pruebas que someterá a consideración del Juez a fin de que este dite un auto de libertad.

No puede el juzgador ni el Ministerio Público ampliar este término de oficio ya que este es un derecho del probable responsable el que en conjunto y por consejo de su abogado deben decidir si les conviene o no solicitarlo lo que debe suceder al momento de rendir su declaración preparatoria o tres horas depuse de sucedido este acto. Dicha prorroga debe ser inmediatamente notificada al encargado del lugar donde se encuentre detenido el sujeto pasivo del proceso.

Iniciado el término de las setenta y dos horas también se entiende que se abre el procedimiento de preinstrucción que tendrá su fin cuando el juzgador emita su resolución o auto, y además la situación jurídica del sujeto pasivo del proceso cambia ya que de ser detenido o indiciado después del auto de prisión preventiva será un procesado, el cual deberá seguir el proceso por los delitos que se establezcan en dicha resolución.

4.3 La Prisión Preventiva

El auto de formal prisión también se le conoce como de prisión preventiva; a través del cual se confirma, homologa u ordena una medida cautelar limitativa de la libertad de una persona, se confirma en el caso de que el presunto responsable ya estaba detenido, se homologa si alguna persona o un Tribunal ya la había impuesto (en los supuestos de caso urgente y flagrancia) y la puede ordenar para el caso de que la consignación de la averiguación previa haya sido sin detenido.

La prisión preventiva consiste en la privación de libertad, más prolongada que la detención, que se impone a ciertos procesados para asegurar su permanencia a disposición de la justicia, evitando que se fuguen o se oculten para hacer cesar su acción delictiva o prevenir su repetición, para proteger a la víctima o asegura la paz social, y cuando la prisión sea el único medio de conservar las pruebas o los indicios materiales o impedir una presión sobre los testigos o un concierto fraudulento entre inculpados y cómplices⁶⁹.

Tanto la detención como la prisión preventiva son medidas cautelares que restringen la libertad de los individuos señalados como responsables de haber cometido un delito. Ahora bien, la formal prisión se enfoca regularmente al sentido del proceso y no como la medida cautelar que esta garantizando una potencial sanción corporal de carácter definitivo.

⁶⁹ Pailas Enrique. *Derecho Procesal Penal. Volumen II. Ed. Jurídica de Chile. Chile 1986. Pág. 49*

El artículo 19 constitucional señala que: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas a partir de que el indicado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresara el delito que se le impute al acusado, el lugar, el tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado".

De lo anterior se desprende que, al momento de que se cumplan las setenta y dos horas o su duplicidad, si el juzgador considera que hay elementos suficiente para dictar el auto de formal prisión, será entonces cuando inicie esta medida cautelar considerada como la de mayor trascendencia por lo que implica encontrarse limitado en cuanto a la libertad de transito de las personas.

Ahora bien, no existe en nuestro Sistema Procesal Penal el tiempo que deberá durar la prisión preventiva, ya que solo existe plazo para la duración del proceso, no obstante lo anterior de acuerdo con el artículo 20 fracción X constitucional refiere que no podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motive el proceso".siendo entonces que da en reiteradas ocasiones que la prisión preventiva dure largos periodos y resultaría injusto que al momento de emitir sentencia el juzgador declare que el procesado es inocente. O en caso contrario que se declare la culpabilidad y solo faltaren unos meses o días para que se cumpla con la pena establecida.

De los anteriores conceptos se puede entender que la prisión preventiva es una medida cautelar muy práctica, porque con ella se pretende asegurar el cumplimiento de la pena corporal de carácter definitivo, sujetar al indiciado a proceso y evitar que este siga causando daño a la víctima y a la sociedad o que trate de destruir los medios de prueba, esconder los productos del delito entre otras cuestiones; sin embargo también se presta a muchas criticas, por lo que implica la limitación de la libertad, como si fuese una pena anticipada sin siquiera haber sido oído y vencido en juicio.

4.3.1 Requisitos de la Prisión preventiva (Auto de Formal Prisión)

Como se señaló anteriormente los requisitos que debe contener el auto de formal prisión están contemplados en el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal a saber:

- I Se dictará dentro del plazo de setenta y dos horas, a partir de que le indicado sea puesto a disposición de la autoridad judicial;
- II Que se le hay tomado la declaración preparatoria al inculpado en los términos de ley, o bien, conste en el expediente que se negó a emitirla;
- III Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito por el cual deba seguirse el proceso;
- IV Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad;
- V Que no este acreditado alguna causa de licitud;
- VI Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indicado y;
- VII Los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice.

El auto de formal prisión deberá contener la fecha y hora en que fue dictado, el número de la causa, el nombre de la persona de quien se determina su situación jurídica, una relación de los hechos que se contienen las diligencias realizadas en la averiguación previa y de las que se realizaron durante el termino de las setenta y dos horas, la valoración hecha por el juzgador de los hechos y el resolutive en donde se decreta que esta acreditado el cuerpo del delito y que se puede presumir la probable responsabilidad del sujeto pasivo del proceso; debiéndose notificar inmediatamente tanto al Ministerio Público como al Procesado, su defensor y al Director del Centro de Reclusión en que se encuentre el detenido.

La fecha del auto de formal prisión tiene gran importancia y trascendencia ya que si el Director del Centro de Reclusión no recibe la notificación de este; debe llamar la atención del juzgador y si no recibe dicha notificación dentro de las tres

horas siguientes a que se haya vencido el término constitucional deberá poner en inmediata libertad al detenido.

4.4 Libertad Bajo Caución

Dentro de las medidas cautelares existen las de carácter primario y secundario, las primeras están enfocadas a garantizar el cumplimiento de una medida definitiva y las segundas, también se conocen como contragarantías, ya que su objetivo es evitar que se aplique la medida cautelar primaria o principal.

Así tenemos que, la prisión preventiva es una medida cautelar principal y la libertad bajo caución es una medida cautelar de carácter secundario conocida como contragarantía o contramedida.

Por otra parte, la medida cautelar de la libertad bajo caución se encuentra prevista en el Título Quinto Sección Primera, Capítulo III, a partir de los artículos 556 al 574 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, siendo que en la opinión de reconocidos juristas no se trata de un incidente sino de una medida cautelar que como he mencionado anteriormente tiene el carácter de ser secundaria, es decir que es una contramedida cuya finalidad es la de restituir en el goce de su libertad al sujeto que esta privado de este derecho por orden del juzgador o del Ministerio Público.

Se considera que esta medida esta pensada en aquellas personas que cuentan con el poder económico para caucionar y evitar la prisión preventiva que se les ha dictado, ya que existen muchos caso en los que los presos pueden acceder a este derecho y sin embargo no cuentan con dinero suficiente para cubrir la caución por lo que deben permanecer reclusos el tiempo que dure su proceso aun y cuando existe la posibilidad de que sean inocentes.

Bajo el nombre de libertad provisional o libertad bajo caución, "se conoce en el procedimiento penal a la libertad que con carácter temporal se concede a satisfacción de determinadas condiciones estatuidas en la ley"⁷⁰.

Del anterior concepto se desprende que la libertad bajo caución es una contramedida respecto de la prisión preventiva, consistente en disfrutar de la libertad aunque de manera restringida ya que no puede el sujeto beneficiado con este derecho salir del lugar del procedimiento sino mediante autorización del juzgador y deberá presentarse ante él o el Ministerio Público las veces que sea necesario.

Dentro de la figura de la libertad bajo caución existen tres sujetos a saber: el fiado (Estado, representado por el Ministerio Público o por el Juez de la causa), el fiador (el mismo detenido o alguno de sus familiares e incluso un tercero) y el beneficiario (el sujeto que se encuentra privado de su libertad).

La libertad bajo caución puede ser solicitada de acuerdo con la fracción primera del artículo 20 constitucional en cualquier momento, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos de los que se hablará de manera más específica en el siguiente punto de este capítulo.

Seguir el proceso en libertad sería lo más idóneo, ya que declarar la culpabilidad del procesado es materia de sentencia y por lo tanto, para el caso de que se compruebe plenamente la responsabilidad del sujeto pasivo del proceso y la pena impuesta sea de carácter corporal, será hasta entonces cuando debe ser privado de su libertad; no obstante existen diversas circunstancias alrededor de la libertad bajo caución tanto a favor como en contra, según se trate de la víctima o del probable delincuente y del monto fijado por la autoridad.

⁷⁰ *González Bustamante. Op. Cit. Pág. 298*

4.4.1 Requisitos y Obligaciones para conceder la libertad Provisional (Bajo Caución)

De conformidad con el artículo 20 constitucional y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para acceder a la contramedida de la libertad bajo caución es necesario:

- I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño; tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la ley Federal del Trabajo;
- II. Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;
- III. Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso y;
- IV. Que no se trate de los delitos que por su gravedad están previstos en el párrafo último del artículo 268 del Código.”

Así tenemos que el monto que se fije para otorgar la libertad bajo caución deberá ser bastante para la reparación del daño y proporcional en relación de las cantidades a que pudiera ser condenado el probable responsable, (multas) y lo correspondiente a la contramedida propiamente dicho, es decir lo que debe cubrir en razón de evadir la prisión preventiva. En la misma Constitución se establece que el monto de la caución no podrá ser inferior al monto de los daños causados por la comisión del delito.

Cabe hacer mención de los tipos de caución que se pueden otorgar ante el Ministerio Público o el Juzgado que son:

- a) **Fianza.** En esta se no se hace depósito en dinero, sino que basta afirmar que se ha de cubrir el importe en dinero por el que va a responder el fiador en caso dado.

b) **Hipoteca.** Es aquella en la que la garantía esta respaldada por un bien inmueble, la cual debe estar exenta de gravámenes y debe garantizar el monto fijado como caución y la reparación del daño.

c) **Dinero.** En México tiene dos modalidades ya sea que se deposite en efectivo el total del monto de la garantía fijada y la segunda que se realice en parcialidades.

d) **Prendaria.** Esta puede constituirse en dinero, acciones u otros valores mercantiles cuya cotización en la bolsa de valores este debidamente autorizada, incluso cualquier bien mueble.

e) **Fideicomiso.** Es una modalidad reciente en la que el fiduciario será el banco, el fideicomitente será el garante el que constituye la fianza y el fideicomisario será el Estado en materia penal y la víctima u ofendido respecto de la materia civil.

Por último se debe tomar en cuenta que no es un delito considerado como grave en relación a que no deberá exceder del término medio aritmético de cinco años de la pena aplicable por la comisión del ilícito; asimismo el Juez debe tomar en cuenta si el delito se cometió intencionalmente o por imprudencia, los antecedentes del inculpado; sus costumbres y su conducta anteriores; la gravedad y circunstancias del delito cometido; las condiciones económicas del solicitante, el mayor o menor interés que pueda mostrar para sustraerse de la acción de la justicia y la naturaleza de la garantía que ofrezca.

Ahora bien, las obligaciones que se tienen al momento de que se conceda la medida cautelar de la libertad bajo caución de acuerdo con el artículo 567 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal son las siguientes:

- Deberá comparecer el inculpado ante el Ministerio Público o el Juez las veces que sea citado o requerido para ello; deberá notificar los cambios de domicilio que tuviere y presentarse ante el Ministerio Público o juzgado o Tribunal que conozca de su causa el día que se señale de cada semana.
- Dentro de la notificación que se haga al inculpado deberán constar las obligaciones antes señaladas sin que la omisión de las mismas sea pretexto para incumplirlas.

4.4.2 Revocación de la Libertad Provisional Bajo Caución

Dentro del concepto de revocación debemos incluir también la rescisión, la anulación y la invalidación ya que estos supuestos son factibles para dar por terminada la medida cautelar de la libertad bajo caución. Entre los supuestos existentes se encuentran los siguientes:

- a) Por desvanecerse los requisitos de procedencia que dieron la pauta al Tribunal o al Ministerio Público para que en su momento otorgaran la libertad provisional bajo caución, (cuando de haber clasificado el delito como lesiones se agrave la salud de la víctima y fallezca, debiéndose reclasificar el delito como homicidio, de tal manera que la penalidad por este delito no se pueda conceder esta medida cautelar).
- b) Porque el sujeto beneficiado con la libertad provisional bajo caución incumpla con alguna de las condicionantes que se le impusieron para gozar del este derecho, (cuando se cita al beneficiado para que comparezca ante el Juez o el Ministerio Público y no lo hace).
- c) Por mal comportamiento del sujeto beneficiado con la libertad provisional bajo caución, ya sea que: (1. cometa un nuevo delito que amerite pena corporal antes de que haya concluido el proceso anterior, 2. que amenace al denunciante o querellante, algún testigo, al Ministerio Público, al Juez o que trate de cohechar o sobornar al alguno de los sujetos que forman parte del proceso).
- d) Por haber engañado al Ministerio Público o al Juzgador, diciendo que era insolvente o que percibe menor cantidad de la que en realidad obtiene, siendo que estaba en posibilidades de garantizar por un mayor valor la caución.
- e) Porque posteriormente al otorgamiento de la libertad bajo caución se considerase que el delito es de los considerados como graves, (cuando se agrava una lesión y fallece la víctima del delito).
- f) Por voluntad del caucionado o de su fiador. En este caso se decide no continuar con el beneficio y se retira la garantía otorgada.
- g) Por reducción en el valor del bien hipotecado o dejado en prenda.
- h) Porque se ha extinguido el proceso principal, (cuando el juzgador dicta resolución declarando la culpabilidad del caucionado, cuando se declara

sobreseimiento del proceso, o alguna otra resolución que impide continuar con el procesamiento).

En estos casos de revocación de la libertad bajo caución se mandara reaprender al procesado y se mandará hacer efectiva la garantía otorgada para la reparación del daño a favor de la víctima y la que sea para el cumplimiento de las sanciones pecuniarias y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso, serán a favor del Estado.

Existe la posibilidad de que el juzgador niegue la libertad bajo caución en caso de delitos no graves a petición del Ministerio Público, porque este tenga conocimiento de que el inculpado ya había sido condenado por delito calificado de grave o cuando el representante social aporte elementos suficientes para demostrar que la libertad del detenido implica un riesgo fundado para el ofendido o víctima y para la sociedad en general.

Por conducta precedente o circunstancias y características del delito cometido, según corresponda se entenderán, cuando:

- El inculpado sea delincuente habitual o reincidente por delitos dolosos, en términos de lo dispuesto por el Código Penal Federal.
- El inculpado esté sujeto a otro u otros procesos penales anteriores, en los cuales se le haya dictado auto de formal prisión por el mismo género de delitos.
- El inculpado se haya sustraído de la acción de la justicia y este sujeto a un procedimiento penal por delito doloso por el cual ¿haya sido extraditado.
- El inculpado se haya sustraído con anterioridad a la acción de la justicia impidiendo con ello la continuidad del proceso penal correspondiente.
- El Ministerio Público aporte cualquier otro elemento probatorio de que el inculpado se sustraerá de la acción de la justicia, si la libertad provisional le es otorgada.
- Exista riesgo fundado de que el inculpado cometa un delito doloso en contra de la víctima u ofendido, alguno de los testigos que depongan en su contra,

servidores públicos que intervengan en el procedimiento o algún tercero si la libertad provisional le es otorgada.

- Se trate de delito cometido con violencia en asociación delictuosa, pandilla.
- El inculpado haya cometido el delito bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Es evidente que si el sujeto beneficiado con la libertad bajo caución incumple con alguna de las obligaciones que se mencionaron en los párrafos arriba citados perderá la libertad que le fue concedida debiendo seguirse el proceso penal recluido en un centro de readaptación social sin posibilidad de obtener su libertad, salvo que en sentencia definitiva se declare su inocencia y en consecuencia su libertad.

Las anteriores consideraciones se encuentran previstas en el artículo 399 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, asimismo en el artículo 399 ter del mismo ordenamiento se establece que el juzgador podrá revocar la libertad bajo caución concedida al inculpado si durante el proceso aparece cualesquiera de las causas previstas en el artículo anterior, si así lo solicita el Ministerio Público.

4.5 Continuidad de las Medidas Cautelares

De acuerdo a lo relatado en el capítulo tercero y párrafos anteriores, las medidas cautelares decretadas por el Ministerio Público pueden continuar durante el proceso ante el juzgador, tales como el aseguramiento de bienes, pruebas, indicios u objetos del delito, la prisión preventiva, la libertad bajo caución y el arraigo. No obstante, una de las características de las medidas cautelares es que no tienen el carácter de definitividad, es decir estas pueden terminar en cualquier momento, ya sea que el inculpado o su defensa realicen los trámites necesarios y se cumplan con los requisitos que establecen las leyes penales.

Así tenemos que en el caso del aseguramiento de bienes, pruebas objetos o productos del delito, si se acredita que estos pertenecen a la víctima o a un tercero ajeno al proceso, estos deben ser entregados a su propietario dejando constancia de ello en el expediente.

La prisión preventiva que se inició con una detención ordenada por el Ministerio Público, puede continuar después que es decretado el auto de formal prisión para que el inculcado continúe privado de su libertad en lo que concluye el proceso y se dicta sentencia definitiva.

La libertad bajo caución puede ser otorgada en el momento que lo solicite el inculcado, de tal manera que si desde la averiguación previa obtuvo este beneficio y el delito no es de los considerados como graves, una vez que rinda su declaración preparatoria podrá continuar gozando de esta contragarantía, no obstante ello, si así lo decidiera el sujeto que goza de la libertad caucional, puede retirar la garantía en cualquier momento y volver al centro de reclusión.

El arraigo domiciliario puede ser decretado por el Ministerio Público quien prevendrá al indiciado para que se presente las veces que sea necesario ante el para la práctica de diligencias de averiguación previa y concluida esta y consignada que fuere ante un Juez deberá el presunto responsable presentarse ahora ante esta autoridad quien ordenará su presentación y si no compareciere sin justa causa se librárá orden de aprehensión; esta situación se encuentra contemplada por el artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Como podemos ver, las medidas cautelares pueden iniciar desde la averiguación previa y continuar durante el proceso incluso hasta que se dicte resolución definitiva, más no existe impedimento que por alguna causa se terminen antes de la sentencia, ya sea en beneficio o perjuicio de la víctima o del inculcado.

4.6 Aseguramiento de Bienes

En el capítulo tercero se habló de este tema, en el que quedó establecido que desde el momento en que se hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un delito, éste deberá realizar las diligencias necesarias a efecto de asegurar los bienes objetos o producto del delito y todos aquellos en que puedan haber quedado huellas o indicios relacionados con los hechos; con la finalidad de que no se alteren, destruyan o desaparezcan.

Se debe realizar un inventario de las cosas que sean aseguradas, debiendo describir todos los objetos de tal forma que en cualquier momento puedan ser identificadas.

Dentro de la ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en su Capítulo Quinto establece que el aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso, cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que una persona es miembro de la delincuencia organizada, el Ministerio Público podrá disponer previa autorización judicial, el aseguramiento de los bienes de dicha persona. El aseguramiento podrá realizarse en cualquier momento de la indagatoria o dentro del proceso. De lo que podemos considerar que la participación del juzgador en el aseguramiento de bienes implica la decisión de llevar a cabo el acto y que bienes se deben conservar, cuales son susceptibles de destrucción y cuales podrán ser entregados a aquel tercero que acredite su legítima propiedad.

4.7 Medidas Cautelares para Asegurar Pruebas y el Cuerpo Del Delito

El juzgador es el encargado de valorar todas y cada una de las pruebas ofrecidas tanto por la defensa como las del Ministerio Público y de decidir si se tiene acreditado el cuerpo del delito, en tal supuesto debe ordenar su aseguramiento, depósito o embargo y su conservación según se trate de determinado delito.

Las pruebas deberán de estar a disposición de los peritos de la materia que se trate, para que estén en posibilidades de emitir sus dictámenes, los cuales son indispensables para determinar la responsabilidad y participación de los inculpados, así como para determinar el monto de los daños causados por la comisión del delito.

El aseguramiento regularmente inicia desde la averiguación previa, con la noticia del delito, siendo de las primeras medidas que debe realizar el Ministerio Público, procurando conservar el lugar de los hechos tal y como lo encontraron al llegar ahí y recoger todos los objetos, instrumentos, productos, indicios, huellas que servirán para integrar sus pruebas.

4.8 Incomunicación entre testigos

Esta medida se lleva a cabo en el desahogo de la prueba testimonial, con la finalidad de evitar que las personas que van a rendir su testimonio se pongan de acuerdo o cuando ya ha sido interrogado un testigo le comunique a otro el sentido de las preguntas o lo que debe responder; no obstante sabemos que en la práctica, la mayoría de los testigos han sido preparados por los abogados para declarar a fin de que digan lo más favorable para su causa.

Pese al aleccionamiento previo que pueda existir, el nerviosismo de encontrarse ante una autoridad y el apercebimiento que se hace para aquellos que declaran falsamente ante esta, pudiera descontrolar a los testigos o hacer que se les olvide que debían responder a determinada pregunta, perjudicando con su dicho a su presentante, esto es para el caso de los testigos de descargo, por lo que es en beneficio del juzgador aplicar esta medida cautelar en aras de conocer la verdad de los hechos.

En el caso de testigos de cargo, es decir aquellos que declararan en contra del inculpado, pueden ser objeto de amenazas o intentos de soborno, extorsión por el defensor del presunto responsable o de sus familiares, por lo que es necesario brindar protección a esta persona, situación que acontece principalmente en procesos por la comisión de delitos cometidos por integrantes de la delincuencia organizada, siendo en ocasiones necesarios ocultar el nombre del testigo y su paradero, situación que se toma como una medida cautelar que garantiza que la declaración de los testigos estará apegada a la verdad de los hechos.

CAPÍTULO V

Problemática Jurídica que Presentan las Medidas Cautelares en el Proceso Penal en el Distrito Federal y Propuestas.

5.1 Problemática Jurídica

En este último capítulo, entrare de fondo a las causas que me motivaron a realizar el presente trabajo de investigación; así como a la controversia que puede llegar a generar dentro del ámbito jurídico las medidas cautelares en materia penal, puesto que, estas repercuten de una forma muy importante en la esfera social de los individuos que forman parte de la relación procesal.

Lo anterior, en virtud de que pueden verse afectados en su patrimonio si se ordena una medida cautelar real o en su persona si es de carácter personal, es decir que, aun cuando sea de manera momentánea las medidas cautelares afectan algunos de los derechos más importantes de las personas como lo son la libertad y el patrimonio, derechos indispensables para la subsistencia tanto del individuo directamente afectado así como de su familia, dependientes y allegados.

A pesar de las mencionas afectaciones que provocan las medidas cautelares, estas tienen una finalidad que podríamos considerar como de buena intención, ya que se crearon para que la supuesta víctima de un delito tenga la certeza de que no se seguirá causando un daño en su persona o en su patrimonio y de que el responsable de la conducta tipificada por las leyes será procesado y sentenciado a fin de que reciba un castigo con carácter de definitivo. Sin embargo dicha buena intención en la práctica no siempre se cumple, porque si consideramos que las medidas cautelares son dictadas con base en una simple sospecha y de manera apresurada, sin que existan fuertes indicios de la verdad histórica de los hechos, puesto que regularmente se toman al inicio de la averiguación previa o del proceso.

Así tenemos que, en el presente capítulo abordaremos el punto de vista de los sujetos que están inmiscuidos dentro de la determinación de las medidas precautorias, así como la dependencia de todo proceso penal de contar con estas providencias, a efecto de que el mismo tenga sustento o materia de proceso y se pueda llegar a dictar una resolución de carácter definitivo, toda vez que en el derecho penal, no solo se busca proteger a la persona directamente afectada por un delito sino que además se asegura a toda la sociedad procurando la conservación del orden público necesario para la convivencia de los individuos que la integramos, por lo que no obstante la importancia que tienen las medidas precautorias, no cuentan con el reconocimiento en las fuentes del derecho, ya que de la información al respecto es escasa tanto en las leyes, como en jurisprudencia y en la doctrina, siendo el caso que nos ocupa los códigos penales y procesales, los cuales mantienen dispersa la información provocando con ello confusión y exteriorizando la poca relevancia e interés por parte de los legisladores, juzgadores, litigantes y la sociedad en general, cuando debiese ser todo lo contrario, tomando en consideración lo que implica ser objeto de la imposición de una determinación de este tipo.

5.1.1 La Víctima y el Probable Responsable o el Procesado

La víctima

De acuerdo con el maestro Fernando Castellanos Tena el *sujeto pasivo del delito*, "es el titular de derecho violado y jurídicamente protegido por la norma y el *ofendido* es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal". Y agrega que generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero que a veces se trata de personas diferentes.

La palabra víctima proviene del latín *víctima* y con ello se designa a la personas o a el animal sacrificado o que se destina al sacrificio.

Existen diversas acepciones respecto a lo que significa ser víctima a saber:

Víctima "es el sujeto que padece un daño por culpa propia, ajena o por causas fortuitas". Este es el concepto más utilizado por los victimólogos".⁷¹

Víctima es la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que está afectada por las consecuencia sociales de sufrimiento determinado por factores de origen muy diverso-físico, psíquico, económico, político o social así como el ambiente natural o técnico".⁷²

En el ámbito jurídico podemos entender como víctima aquella persona a quien se le han quebrantado alguno de sus bienes jurídicamente protegidos, por actos deliberados y maliciosos, sin embargo este pensamiento puede considerarse como limitado en virtud de que anteriormente no se contemplaba a aquellas víctimas indirectas del delito, como son los familiares, dependientes o personas ligadas al sujeto pasivo del delito, los cuales se ven afectados seriamente cuando pierde este ya sea la vida, su libertad o algún bien que forma parte de su patrimonio.

Históricamente ha existido más atención dentro de las leyes y en la apreciación general de la sociedad para salvaguardar los derechos y garantías individuales de los presuntos responsables, procesados y sentenciados; que respecto de las víctimas del delito, situación que ha ido cambiando con el transcurso del tiempo, sin embargo, no se ha logrado del todo un avance paralelo entre la protección jurídica a la víctima y delincuente porque, aun sin grandes logros, se aprecia mayor importancia al trato que se le da al sujeto que es acusado de haber cometido un delito que a la víctima de éste, la cual primordialmente pretende que se le restituyan sus derechos, es decir, que de ser posible se vuelvan las cosas al estado en que estaban antes de la comisión de la conducta tipificada por las leyes y de no ser posible que se le indemnice por los daños ocasionados.

⁷¹ Rodríguez Manzanera Luis. *Victimología (estudio de la víctima)*. Editorial Porrúa. México 1988. Pág.

57

⁷² Mendelsohn Benjamín. *Victimología y tendencias de sociedad contemporánea*, ILANUD al día, año 4, número. 10. San José, Costa Rica, 1981, Pág. 58

Ahora bien, no solo el sujeto directamente afectado por el delito es la única víctima ya que si el derecho procesal penal es de interés social, también se pretende lograr la protección de la colectividad, procurando conservar el orden público del cual me he referido en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación, de tal manera que se va relegando el interés particular del sujeto pasivo del delito, el cual tendrá que esperar a que el Ministerio Público como es su obligación solicite la reparación del daño, con las salvedades que ello implica.

La víctima o sujeto pasivo del delito y en ocasiones siendo el mismo denunciante, es decir, aquella persona que acude ante el Ministerio Público a narrar que ha sido afectado por una conducta que se considera delictiva y será en ese momento -si es posible- que el Ministerio Público se abocará a lograr la captura del indiciado a través de la policía judicial a fin de que este responda de los hechos que se le imputan y si es el caso, haga valer en su favor alguna causa excluyente de responsabilidad, porque de lo contrario las medidas precautorias harán su aparición; de forma inmediata con la intención de reducir a favor de la víctima lo que ahora conocemos como el *periculum in mora*, es decir, que se evita que se siga causando un daño al sujeto pasivo del delito y que el señalado como responsable este a disposición de las autoridades para garantizar que será juzgado y sentenciado.

No obstante que por disposición de la ley el Ministerio Público es el encargado de la representación de la víctima en el proceso, existen diversos factores que impiden que la impartición de justicia sea pronta y expedita, lo cual sería tanto en beneficio del procesado como de la víctima; en virtud de que para el primero, en el supuesto de que demuestre su inocencia o sea condenado a determinada pena o medida de seguridad, tendrá una certeza del tiempo que esta habrá de durar y podrá planear estrategias para reducir aun más ese tiempo, o solicitará en su momento alguno de los beneficios que las leyes establecen en su favor y por otro lado, la víctima tendrá la seguridad de que su agresor recibió un castigo por su conducta y que posiblemente será indemnizada o restituida en sus derechos, bienes o documentos.

Presunto Responsable

Si tómanos en cuenta que de acuerdo a la situación o lazo afectivo que tengamos con determinada persona, podemos considerar una conducta justa o injusta, lo anterior viene a colación ya que si nosotros fuésemos los señalados como indiciados o alguno de nuestros familiares, un amigo o conocido nos pondremos de su parte, dejando de lado la objetividad que debiese prevalecer en el mundo del deber ser, sin embargo, tendremos un sentimiento de injusticia y de violación a nuestros derechos, pues ser señalado como presunto responsable implica la limitación de nuestro derecho de tránsito o al uso de nuestros bienes, sin que se haya demostrado plenamente nuestra responsabilidad o la del familiar o amigo en la comisión de algún delito, a pesar de que esto sea de manera provisional, pues es de todos sabido que los procesos penales no duran un mes o dos y que durante ese tiempo si es que a caso somos inocentes, será tiempo que nunca recuperaremos y difícilmente recibiremos una indemnización por los daños y perjuicios que se nos ocasionaron al haber sido privados de los mencionados derechos.

Se debe buscar un equilibrio en relación de estos sujetos participantes de la relación procesal penal, ya que si se transgreden los derechos del inculpado este se convertirá en una víctima y por lo tanto tendrá que pugnar por el respecto de todos y cada uno de sus prerrogativas ante las instancias correspondientes, por lo que tanto el Ministerio Público como el juzgador deben actuar apegados a la leyes, con la finalidad de obtener la verdad de los hechos y si el inculpado es responsable, este deberá cumplir con la sanción que amerite, sin embargo si resultare que se le declare inocente, cuando menos debiese recibir disculpas públicas y una indemnización que minimice el detrimento que ha sufrido por las acusaciones de que fue objeto.

5.1.2 La Reparación Del Daño

De conformidad con lo que establece el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal se refiere a lo que es un daño y quien lo causa: "el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro, esta obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de

culpa o negligencia de la víctima". Es inobjetable que aquel sujeto que comete una conducta tipificada por el código Penal esta causando un daño a las víctimas y por lo tanto, tal como señala el artículo 42 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que la reparación del daño comprende:

I El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;

II La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el Juez podrá ordenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial;

III La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima"

IV El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y

V El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión"

Este artículo tiene relación con lo establecido por el artículo 1915 del Código Civil, en el que hace mención de la indemnización para el caso de que la víctima del delito fallezca se aplicara la Ley Federal del Trabajo, igualmente el artículo del Código Penal para esta Ciudad lo señala, situación de suma importancia, por lo que en general la creación del Nuevo Código Penal, al menos en intenciones parece muy interesante respecto a resarcir a la víctima de los menoscabos sufridos por el inculpado, ya que también se propone la creación de un Fondo para la Reparación del Daño y que los inculpados trabajen para pagar los daños que ocasionaron, asimismo me parece una gran idea que de los objetos que se decomisen por parte de las autoridades estos sean vendidos y que los ingresos obtenidos de dicha enajenación se aporten al Fondo para la Reparación del Daño.

Sin embargo, esta indemnización se dará hasta que exista sentencia en la que se condene al procesado a dicha reparación del daño y durante el transcurso del tiempo en que esto suceda, la víctima de que forma sobrevivirá o sus dependientes económicos, quizás será necesario que haya una reparación precautoria que sea aportada del referido Fondo; o bien que sucede si por cualquier causa no se llegue a ejercitar la acción penal en contra del probable responsable, quien indemnizará a las víctimas, tendrían que promover en la vía civil, demandando el pago por daños y perjuicios, debiendo sufragar los gastos que ello implica. Sería bueno que también el Fondo para la Reparación del Daño contemple estas situaciones y brinde apoyo a los ofendidos por una conducta ilícita.

La reparación del daño ya sea a favor de la víctima directo o los familiares de esta, debe ser el objetivo principal de los procesos penales, pues de que le puede servir o beneficiar al sujeto ofendido por el delito, que su agresor se la pase privado de su libertad, quizás solamente como una dudosa seguridad de que no será agredido por este, durante el lapso de tiempo en que se encuentre recluido.

Aun cuando esta previsto como una de las obligaciones reunir los medios de prueba pertinentes para demostrar el daño causado por la conducta ilícita, es necesario que se agilice esta situación y se facilite los tramites necesarios, para que la víctima reciba lo más pronto posible la indemnización a que tiene derecho.

5.1.3 El Mal Necesario

El nombre del título que asigne a este subtítulo, va encaminado a explicar que hasta el momento los legisladores de nuestro país no se han preocupado por tocar el tema de las medidas precautorias indispensables en todo proceso y tampoco los servidores públicos encargados de solicitarlas y los que las conceden, les dan la importancia debida a consecuencia de la misma ley, ya que vivimos dentro de un régimen de carácter inquisitorio en el que no se respeta el derecho a la presunción de inocencia sino todo lo contrario, es decir, que todos somos culpables hasta que no demos lo contrario, y como en el caso de la prisión preventiva, la medida cautelar de mayor trascendencia, por lo que implica la limitación a la libertad de un

individuo esta resulta ser de carácter practico el que se siga utilizando y no porque sea la mejor opción.

Pese a que la presunción de inocencia es un derecho que tiene toda persona señalada como la autora de la comisión de un delito, a ser considerada y también tratada como inocente, en tanto que no se haya demostrado su participación y culpabilidad en los hechos.

El citado derecho tiene su origen en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, de manera específica en su artículo noveno y nuestro país ha firmado tratados internacionales en los que se compromete a procurarlo, sin que así haya sucedido al día de hoy.

El motivo o sustento de este derecho trascendental, es asegurar que toda persona inocente no será condenada, sino hasta que existan pruebas plenas y contundentes, que no pongan en duda su participación en la realización de la conducta establecida y sancionada por los códigos penales de nuestro país y de suceder todo lo contrario se destruiría la presunción de inocencia, no antes. Ahora bien las medidas cautelares se sustentan en una sospecha de que se ha cometido un delito y que es necesario asegurar el bienestar de la víctima y de la sociedad en general, siendo la única la manera, la de dictar una medida precautoria, ya que no es posible dictar una resolución definitiva tan pronto, pues se tienen que seguir los procedimientos y formas previamente establecidos; siendo esta una característica de las medidas cautelares, es decir, la prontitud con la que deben decidirse, además de su carácter temporal, no existe forma de alegar violación a las garantías individuales, en relación a que no se respetó la garantía de audiencia que establece el artículo catorce constitucional, referente a que debemos ser oídos y vencidos en juicio, puesto que las medidas cautelares no son resoluciones definitivas y mucho menos son cosa juzgada, debiendo ser consideradas como un mero acto de molestia.

En este orden de ideas, considero que las medidas cautelares son necesarias para llevar a buen puerto cualquier proceso, sin embargo cada caso en particular debe recibir un trato distinto ya que no es lo mismo tratar un primo delincuente que

un reincidente o miembro de la delincuencia organizada; con lo que pretendo que se apliquen medidas cautelares de menor impacto o intensidad a aquellas personas que son acusadas de delitos menores.

Ya que actualmente ha proliferado la comisión de delitos considerados como graves por sujetos que forman parte de algún grupo de la delincuencia organizada, afectando a la sociedad en general, percibiéndose el temor de la gente a salir a las calles; por lo que una persona que hace de su modo de vivir la comisión de delitos de forma cotidiana, cuando sea investigado o detenido debe estar bien vigilado tanto él como los bienes que ha obtenido por su conducta ilícita, para que no se sustraiga de la acción de la justicia y llegado el momento sea puesto a disposición de un Juez que decidirá si se acredita el cuerpo del delito y su probable responsabilidad.

5.2 Propuestas

Hablar de propuestas para mejorar el sistema procesal de nuestro país, es tomar en cuenta la problemática general de éste, partiendo desde su origen, es decir, que hay que dar solución a los problemas de sobrepoblación, falta educación, escaso fomento de los valores humanos, desempleo, corrupción, mala política y malos gobernantes. Factores que propician el aumento de la delincuencia, problemas que se van arrastrando y aumentado hasta convertirse en lo que todos podemos apreciar en nuestros días.

Ahora de manera específica la prisión preventiva resulta ser más práctica que efectiva, pues es por todos conocidos que no existe una separación de aquellas personas que ya han sido sentenciadas de los que son procesados y mucho menos de aquellos que son primodelinquentes de los que son reincidentes, situación perjudicial a todas luces, pues aquellos que delinquen por primera vez lejos de readaptarse aprenden cosas de los presos que llevan más tiempo recluidos siendo quienes tienen el control de estos centros y son los que imponen sus reglas y castigos para aquellos que no les obedezcan.

Otro gran problema en mi particular punto de vista, es que no existe un proyecto de nación, en que se ponga por encima de los intereses particulares los de la colectividad, en el sentido de que los partidos políticos deben buscar la unión entre ellos a fin de sacar adelante este país y por su parte el pueblo debe exigir a los gobernantes que cumplan con sus responsabilidades, ya que no es posible lograr que los legisladores se pongan de acuerdo para reformar una ley o aprobar un presupuesto, no porque sean tercicos si no porque buscan obtener el mayor beneficio para sus partidos o su propio beneficio sin importarles si la sociedad es afectada con sus indecisiones.

Por otro lado, también es muy importante fortalecer la imagen de los Licenciados en Derecho, la cual se ha visto afectada porque han proliferado las escuelas que imparten la carrera sin que fomenten en los alumnos la ética profesional, los valores y principios así como el valor de las leyes, que todo buen abogado debe procurar, es decir que exista una verdadera profesionalización de los que estudiamos esta gratificante carrera, lo anterior se vera reflejado en el trato que al ejercer la carrera ya sea como litigantes o servidores públicos brindaremos a los clientes o a los justiciables, tomando en cuenta que la responsabilidad que tenemos al tener en nuestras manos la libertad o el patrimonio de una persona. Sin olvidar que al terminar la licenciatura se debe continuar con un mayor estudio de las leyes, ya que es tan vasto el derecho y cambiante que si dejamos de cultivarnos, seremos menos abogados cada día.

Se debe cumplir también con el principio de que la justicia debe ser pronta y expedita, lo cual se lograra con la descentralización de las instituciones, capacitación constante de los servidores públicos, los cuales deben estar sometidos a exámenes que garanticen que están actualizados en sus conocimientos, así como una mayor humanización para entender tanto la situación de la víctima como del inculpado, aunado a ello se deben pagar sueldos equitativos con el trabajo desempeñado y fortalecer el servicio profesional de carrera, que permita fomentar las aspiraciones de los servidores públicos realizando de la mejor manera posible sus actividades, asimismo se debe reducir o facilitar ciertos trámites que retrasan la impartición de justicia, en el sentido de que dado el caso que alguien deba permanecer privado de

sus bienes o de su libertad hasta la conclusión del proceso, exista un órgano encargado de vigilar el avance de los procesos en determinado tiempo y solicitar en su caso que se agilice las diligencias pendientes; dicho órgano debiese contar con capacidad coercitiva para sancionar a los servidores públicos que se retrasen sus labores por causas injustificadas.

Es necesario incluir el principio de presunción de inocencia dentro del sistema penal de todos los Estados del país, para evitar que se siga privando de la libertad o del patrimonio de las personas y después de que concluya el proceso se dicte sentencia en la que se llegue a declarar la inocencia del inculpado, el cual para ese entonces ya habrá perdido trabajo, ingresos, e incluso en algunos casos a su familia.

El actual Presidente de la República, licenciado Vicente fox Quezada, en algunas de sus conferencias ha tocado someramente esta idea de la presunción de inocencia, no obstante ello se requiere mayor voluntad política y compromiso con el país para reformar e innovar en el mundo del derecho en beneficio de todos.

La tecnología esta al servicio del hombre, por lo tanto juega un papel importante dentro de la impartición de justicia, ya que si estuviéramos a la vanguardia en las dependencias que procuran o imparten justicia se tendría registro de aquella persona que delinquiró en algún otro Estado del país, con el objeto de que se le niegue su libertad por tratarse de un reincidente o prófugo de la justicia o todo lo contrario. Así también al contar con equipos de cómputo habrá reducción de trámites de una institución a otra, en el orden de los expedientes, el desarrollo de las audiencias, diligencias internas o fuera de la capital, situación que beneficiaría a toda la sociedad.

Como mencione al principio de esté capítulo debe haber una separación de las personas privadas de su libertad, para lo cual se requiere la creación de nuevos centros de interacción con las instalaciones adecuadas a fin de que estas personas no guarden resentimientos en contra de la sociedad, ocupando su tiempo en tareas productivas aprendiendo oficios, o dedicándose a estudiar así como un tratamiento profesional tanto médico como legal. A pesar de que esto esta contemplado tanto en

la Constitución como en leyes secundarias, no se lleva a cabo y hay casos en que no será posible. Lo que se pretende transmitir es que se debe dejar atrás la imagen de las cárceles, oscuras, sucias deprimentes y en deplorables condiciones, ya que existe presupuesto para poder realizar centros que con el apoyo incluso de la iniciativa privada, sean redituables tanto para los inversionistas como para los internos los cuales reciban sueldos justos por su trabajo.

5.2.1 Creación de un Capítulo de las Medidas Cautelares en el Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal

Pareciera de poca trascendencia la creación de un capítulo dentro del Código Penal para el Distrito Federal dedicado a las medidas cautelares que a todo proceso penal acompañan, sin embargo, si tomamos en consideración que a través de estas medidas se restringe aun cuando sea de manera temporal derechos tan importantes como la libertad o el patrimonio de las personas, sería esta la forma de apreciar la importancia de estas dentro del derecho penal y que son desestimadas tanto por legisladores, juzgadores, el Ministerio Público y juristas en general.

En mi opinión las medidas cautelares son algo muy serio y de enorme trascendencia, porque se trata de una decisión que afectara a una persona y beneficiara a otra sin aun saber quien tiene la razón, es decir, las medidas cautelares caen en la disyuntiva de saber si se aplican con justicia o no, dependiendo si estamos a favor de la víctima o del inculpado.

Ahora bien, la propuesta de crear un capítulo especial para las medidas cautelares en materia penal, reside en la necesidad de que ellas sean aplicadas correctamente valorando sus consecuencias y que dentro de los Códigos tanto procesal como penal se encuentra dispersas o en capítulos que no les pertenecen, asimismo, esto primeramente provocaría un estudio a fondo de las medidas cautelares por parte de los legisladores, un mayor entendimiento del porque de su existencia y su trascendencia y por consecuencia debiese derivar una mejor aplicación de ellas a los casos en particular.

Resulta muy preocupante que las medidas precautorias se aplican por practicidad, sin medir las consecuencias de ellas las cuales tienen sustento en conjeturas, presunciones debido a la rapidez con que deben decidirse, no obstante que esta es una de sus características, porque si por un momento nos imaginamos o nos ponemos en el lugar de aquella persona que es restringida de uno de sus derechos como pudiese ser el caso de un padre que se le prohíbe ver a sus hijos; cuando recuperara ese tiempo, de cuantas vivencias o detalles se perderá y sin embargo no podemos dejar de lado la presunción de que es un agresor, que para el caso de no tomar la medida cautela este sujeto continuaría, si es culpable agrediendo, dañando a personas inocentes.

Si en el Código Civil y de Procedimientos Civiles, existen capítulos especiales para las medidas precautorias, debiese suceder lo mismo en materia penal, si tienen tanta importancia una materia como la otra y de igual manera están en controversia derechos inherentes a la persona. Si algunos autores consideran que las medidas cautelares son condenas adelantadas y existe un capítulo que habla de las penas y medidas de seguridad y como deben aplicarse éstas, como ejemplo, no existe gran diferencia entre la prisión preventiva con la prisión definitiva.

Se han dado avances en cuanto a reformas, como la que sucedió al crear el Nuevo Código penal para el Distrito Federal, el cual se pretendió adaptar a las condiciones actuales de la sociedad así como resoluciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sin embargo falta mucho por hacer en materia legislativa, no sobrando recordar que nuestra Carta Magna esta próxima a cumplir un siglo, quizás sea momento de pensar en someterla a un estudio para valorar si se encuentra adaptada a los tiempos actuales.

5.2.2 Sustitución y Difusión

Tengo conocimiento de que hay escuelas de nivel primaria en las que se comienza a impartir la materia de derecho, algo que me parece muy valioso e importante, porque, una persona informada sabrá hacer valer sus derechos; siempre se ha dicho que los niños son el futuro del país y si ellos desde temprana edad

aprenden que pueden hacer y que esta prohibido o las consecuencias de realizar una conducta tipificada como delito, habrán de considerarlo antes de infringir las leyes.

Difundir, tanto para los estudiosos del derecho como para la población en general las conductas delictivas, las consecuencias de estas y en particular lo que significa la imposición de las medidas cautelares dentro de los procedimientos penales ayudara a concientizar a la sociedad.

Los médicos consideran que para evitar enfermedades lo mejor es la prevención y la información a través de campañas que pretenden evitaran que la sociedad padezca determinadas enfermedades, lo mismo debe ser, en este tema tan trascendental en el ámbito penal; primeramente evitar la comisión de conductas ilícitas, con lo que inicialmente se evitara la imposición de medidas cautelares. Ahora que esta situación es casi imposible, por lo que se deben buscar alternativas en cuanto a las medidas cautelares agresivas como la prisión preventiva, quizás la más grave de todas y la más utilizada en los procesos penales, como puede ser sustituir esta por un arraigo de carácter domiciliario durante el tiempo que dure el proceso, el cual no podrá prolongarse más allá de lo necesario.

Las leyes deben ser flexibles y apegadas a los principios generales del derecho, en el sentido de que no en todos los casos se debe sancionar de la misma forma a aquella persona que por determinadas circunstancias, esta involucrada en un delito ya sea como víctima o como inculpado, porque no se pretende llenar los reclusorios a toda su capacidad o privar a las personas de sus bienes por simple gusto, sino que se logre una convivencia y seguridad de la sociedad a través del tratamiento del que posiblemente ha delinquido, situación que se puede comparar con la forma en que educamos a nuestros hijos, ya sea que decidamos aplicar castigos por desobediencia o le inculquemos valores, le demos ejemplos positivos y si aun así comete una conducta desagradable, buscar a toda costa que no vuelva a suceder mediante tratamiento especializado, comprensión y apoyo, para que enmiende el camino.

Sabiendo de ante mano, que todo trabajo es perfectible y que en apoyo a un reconocimiento del valor que las medidas cautelares tienen de manera general en el derecho y de forma particular en el proceso penal, la necesidad de crear un capítulo de este tema en los Códigos, contribuirá a mejorar la impartición de justicia que tanto requiere nuestra sociedad.

CONCLUSIONES

La realización del presente trabajo ha sido con la intención de que a través de esté se reconozca el valor, importancia y trascendencia de las medidas cautelares, dentro de los procedimientos penales en el Distrito Federal.

PRIMERA.-Las medidas cautelares carecen del reconocimiento que implica su ejecución en todos los procesos penales, esto es en razón de que hay muy poca información en relación la trascendencia que significa ser sujeto de una medida de esté tipo y las consecuencias de las mismas; ya que sin lugar a dudas afectará de manera importante la vida de los sujetos involucrados en la relación procesal penal.

SEGUNDA.- El sistema legislativo de nuestro país contempla a las medidas cautelares de manera casuística, toda vez que estas aparecen en diferentes partes del Código de Procedimientos Penales y por otro lado resulta complicado encontrar jurisprudencia en relación a este tema, lo que indica que en la práctica es escaso el conocimiento de lo que son las medidas cautelares, dificultando su estudio y provocando confusión al ser incluidos en títulos a los que no pertenecen, a pesar de que no hay asunto penal en el que no se apliquen.

TERCERA.- En el mundo del derecho, uno de sus objetivos primordiales es conservar y procurar el orden público, para lo cual el Estado cuenta con la facultad de castigar (*ius punendi*) a aquellos que violenten o transgredan la armonía social, este derecho se enfoca a que la autoridad requiere para hacer valer las normas o en su caso asegurar que aquel que es señalado como responsable de haber cometido una conducta ilícita, no se sustraerá de la acción de la justicia y que recibirá una pena de las que contempla el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y que tendrá el carácter de definitiva.

.....

CUARTA.- El origen de las medidas cautelares es eminentemente de carácter civil, y se pueden clasificar en dos grandes grupos que son, las de carácter real y las de carácter personal, entendiéndose por las primeras como aquellas que afectaran el patrimonio de las personas y las segundas se enfocan a limitar derechos como la libertad de tránsito, derechos inherentes a la persona que al verse restringida, sufre una molestia, la cual traerá como consecuencia problemas de carácter económico, familiar, laboral y emocional.

QUINTA.- La importancia de las medidas cautelares radica en la trascendencia de su imposición; en virtud de que se limitan derechos fundamentales de las personas como son: la libertad, cuando se aplica una medida cautelar de carácter personal y en el patrimonio o documentos cuando se trata de medidas cautelares reales, situación que perjudicará en sobremanera a aquel sujeto que es señalado como presunto responsable de la comisión de una conducta ilícita y que se ve restringido en los mencionados derechos, hasta en tanto se dicte sentencia en la que se determine si es culpable o no de lo que se le acusa.

SEXTA.- La finalidad de las medidas cautelares es la de evitar que se siga causando un daño a la víctima por parte del presunto responsable y asegurar que este no se sustraerá de la acción de la justicia; es decir, que se busca la protección inmediata de aquellas personas que han sido vulneradas por una conducta ilícita, con lo que el Estado, cumple o pretende cumplir con una de sus finalidades que es la de brindar seguridad a la sociedad.

SÉPTIMA.- Dentro de las características de las medidas cautelares destaca que su imposición está a cargo del Ministerio Público en averiguación previa o del Juzgador a petición del representante social, dentro del proceso penal y en situaciones de flagrancia o en caso urgente, pueden llevarse a cabo por cualquier persona, estas medidas no son definitivas, ya que pueden

terminarse antes de que se dicte una resolución definitiva porque no son cosa juzgada.

OCTAVA.- La sociedad en general considerará a las medidas cautelares como injustas, si es que ellos o algún familiar, amigo o conocido es sujeto a una de estas medidas o si por el contrario se ven beneficiados por la imposición de ellas, cuando han sido víctimas de algún delito pensamos que se ha hecho justicia; es decir, si se trata de la víctima o del delincuente consideraremos que la autoridad ha realizado bien o mal su trabajo, dejando de la lado cualquier tipo de objetividad, como se establece en el mundo del deber ser.

NOVENA.- El fundamento constitucional de las medidas cautelares se encuentra previsto en los artículos once, catorce, dieciséis y dieciocho; el primero se enfoca a que no existe violación a la garantía de tránsito si hay responsabilidad civil o criminal por parte de una persona; toda vez que la misma Constitución faculta a las autoridades para coartar esta garantía con la finalidad de que un sujeto responda por su conducta ilícita; en relación al artículo catorce en el que se prevé la garantía de audiencia, es decir de ser oído y vencido en juicio antes de ser privado de algún derecho fundamental, ya que las medidas cautelares no tienen el carácter de definitivas, por lo tanto se consideran simples actos de molestia, que esta previsto en el artículo dieciséis en el que además contempla el caso urgente, la flagrancia y la detención, por último tenemos que las medidas cautelares que restringen la libertad encuentran su base en el artículo dieciocho el cual señala que: "habrá lugar a prisión preventiva solo por delito que amerite pena de prisión", con lo que se justifica que una persona acusada de un delito sancionado con pena corporal no podrá gozar de su libertad.

DÉCIMA.- Las medidas cautelares que tienen como finalidad el aseguramiento de los bienes objeto del delito los productos de esté, y todos los medios de prueba relacionados con la conducta ilícita (huellas, rasgos indicios, documentos, etc.), deben de realizarse a la brevedad

posible, asimismo tienen que ser puestos en lugares de extrema seguridad, con registro de la persona que los recogió, que cantidad, en que estado se encontraba, sus características y previo análisis y estudio de ellos deberán ser devueltos a quien acredite su legítima propiedad.

DÉCIMO PRIMERA.- Las imposición de las medidas cautelares es principalmente en razón de que resultan ser de carácter práctico, sin embargo esto no significa que sean efectivas, ya que al no existir en el sistema procesal penal mexicano la presunción de inocencia, la ley faculta a las autoridades para que impongan una medida de este tipo, pese que aun falta determinar si el inculpado es responsable o bien, que este desvirtúe las acusaciones que hay en su contra, lo que sucederá durante un largo periodo de tiempo en que durara el proceso penal, existiendo la posibilidad de su inocencia.

Siendo su objetivo proteger a la víctima, evitando que se le siga haciendo daño y de que su agresor evada la justicia, se considera positivo que se procure el bienestar de aquellos que son agredidos por un delito, sin embargo debe existir mayor criterio de aquellos que tiene en sus manos la facultad de decidir si se ejercita o no una medida cautelar.

DÉCIMO SEGUNDA.- El intercambio de una medida cautelar menos drástica, como puede ser un tipo de arraigo domiciliario, en vez de la prisión preventiva, considero que sería benéfico para la sociedad en general, puesto que se busca reducir la delincuencia más no encerrar al mayor numero de gente, la cual tendrá que convivir con otros sujetos que si hacer de su modo de vida el delito, con lo que se incumple con la readaptación social.

Se debe evitar abusar de la imposición de esta medida cautelar, puesto que no se debe detener a una persona para realizar una investigación sino que

se debe investigar para reunir elementos que acrediten la responsabilidad del presunto responsable.

Por lo tanto, la contribución del presente trabajo de investigación en el que se pugna por la creación de un capítulo específico que se refiera a las medidas cautelares en el Código Procesal de la Materia sería parte de la transformación que requiere el sistema jurídico en México para mejorar en la impartición de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Barragán Salvatierra, Carlos. Derecho Procesal Penal, Ed. Mc Graw Hill, México. 1999.

Burgoa, Orihuela Ignacio. Las Garantías Individuales 30ª Ed. Porrúa, México, 1998.

Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal, Parte General, Vol. II Bogota, Ed. Temis 1973.

Camelutti, Francesco. Lecciones Sobre el Proceso Penal. Trad. Santiago Sentis Melendo. Editorial Ediciones Jurídicas Europa América, Bosch y Cía. Buenos Aires. 1950.

Calamandrei Piero, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Precautorias Ed. Porrúa. 1973.

Chiovenda, José. Derecho Procesal Civil.

Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, 15ª ed. México. 1995.

Cuello Calón, Eugenio. "La Moderna Penología", Barcelona, Bosch Casa Editorial.

Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1998.

Florián, Eugenio; Elementos de Derecho Procesal Penal, 2da ed, Librería Bosch, Barcelona, 1934.

García Morente, A. Crítica de la Razón Práctica, Ed. Nacional, México, 1995

García Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, México. 1974.

García Ramírez, Sergio. Justicia Penal (Estudios); Ed Porrúa, México 1982

Gómez Lara, Cipriano. Teoría del Proceso 2da ed., Ed. Oxford. México 1995.

González Bustamante, Juan José. Derecho Procesal Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 10ª ed. México. 1991.

Gros Espiell, Héctor. Estudios sobre Derechos Humanos II, Ed. Civitas, Madrid.

Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo III Pág. 70. 1952.

Mendelsohn, Benjamín. Victimología y Tendencias de Sociedad Contemporánea, ILANUD al día, año 4, numero. 10. San José, Costa Rica, 1981.

Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Ed. Porrúa. S.A. México.

Paillas, Enrique. Derecho Procesal Penal. Volumen II. Ed. Jurídica de Chile. Chile 1986.

Palacios, Lino Enrique. Derecho Procesal Civil. Tomo VIII, Ed. Peot, Buenos Aires, 1985.

Pavón Vasconcelos, Francisco. "Derecho Penal Mexicano" Ed. Porrúa, México.

Piña y Palacios, Javier. Derecho Procesal Penal; Apuntes para un Texto y notas sobre Amparo Penal; México 1948.

Podetti, J. Ramiro. Derecho Procesal Comercial y Laboral, Vol. IV. Editorial Editores, 1996.

Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal, 25ª, Ed Porrúa, México 1997.

Rodríguez Manzanera, Luis. *Victimología (estudio de la víctima)*. Editorial Porrúa. México 1988.

Silva Silva, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*, 2da ed., Ed. Oxford. México 1995.

V. Castro, Juventino. *El Ministerio Público en México Funciones y Disfunciones*. 9ª ed., Ed. Porrúa, México 1996

LEGISLACION

Nuevo Código Penal Para el Distrito Federal.

Código Penal Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código Civil para el Distrito Federal.

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Ley Federal del Trabajo.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia Del Distrito Federal.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Republica.

HEMEROGRAFÍA

Periódico "El Universal" del 20 de Septiembre del 2005. "Corte: inconstitucional aplicación del arraigo".