



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
*** ARAGÓN *****

**“EL ARRAIGO EN LOS CASOS DE
DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SU
CONTRADICCIÓN CON EL PRINCIPIO PENAL DE
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”.**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO**

**PRESENTA: GUADALUPE ARACELI SALDIVAR
GONZÁLEZ**

ASESOR: LIC. ENRIQUE M. CABRERA CORTES

NEZAHUALCOYOTL, EDO. DE MÉXICO

2014





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.

ÍNDICE

Pág

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO.

MEDIDAS CAUTELARES.

1.1. Generalidades sobre las medidas cautelares.....	1
1.2. Las medidas cautelares y su relación con los principios de derecho procesal penal liberal:.....	4
1.2.1. Presunción de inocencia e in dubio pro reo.....	5
1.2.2. Proporcionalidad.....	8
1.2.3. Excepcionalidad (el caso de la prisión preventiva).....	10
1.2.4. Autoridad judicial.....	13
1.2.5. Legalidad.....	14
1.3. Finalidad de las medidas cautelares:.....	15
1.3.1. Garantizar la plena ejecución de las resoluciones judiciales.....	16
1.3.2. Garantizar el éxito en la investigación.....	18
1.3.3. Evitar que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia.....	20
1.3.4. Garantizar la protección de las víctimas u ofendidos, testigos y bienes jurídicos.....	22
1.3.5. La protección y restitución de los derechos de las víctimas u ofendidos, testigos o de los bienes jurídicos.....	24
1.3.6. Garantizar la presencia del imputado en el juicio.....	27
1.4. Características de las medidas cautelares:.....	28
1.4.1. Provisionalidad.....	29
1.4.2. Instrumentalidad.....	31
1.4.3. Actos privativos.....	33
1.4.4. Revocabilidad.....	34
1.4.5. Jurisdiccionalidad.....	35

1.4.6. Manifestación de un interés público.....	37
1.4.7. Anticipación provisional de algunos efectos de la sentencia.....	41
1.5. Requisitos de las Medidas Cautelares:.....	44
1.5.1. Peligro en la demora.....	46
1.5.2. Apariencia del buen derecho (fumi bonis iuris).....	50

CAPÍTULO SEGUNDO.

MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.

2.1. Clasificación de las medidas cautelares:.....	55
2.1.1. Reales.....	55
2.1.2. Personales.....	57
2.2. Los Derechos Humanos de los afectados y las medidas cautelares personales.....	60
2.3. Finalidad de las medidas cautelares personales.....	64
2.4. Clases de medidas cautelares personales:.....	65
2.4.1. Citación.....	65
2.4.1.1. Casos en que procede.....	66
2.4.2. Detención.....	68
2.4.2.1. Concepto.....	68
2.4.2.2. Clases de detención:.....	69
2.4.2.2.1. Detención en flagrancia.....	71
2.4.2.2.2. Detención en caso urgente.....	76
2.4.3. Prisión preventiva:.....	79
2.4.3.1. Concepto.....	80
2.4.3.2. Características.....	81
2.4.3.3. Presupuestos.....	82
2.4.3.4. Principios.....	84
2.4.4. Arraigo.....	87

CAPÍTULO TERCERO.

ASPECTOS GENERALES SOBRE EL ARRAIGO

3.1. Concepto de arraigo.....	88
3.1.1. Clases de arraigo:.....	91
3.1.1.1. De acuerdo al momento en que se hace necesaria la medida.....	91
3.1.1.2. Atendiendo a la competencia por razón de fuero.....	92
3.1.1.3. Atendiendo a la naturaleza del delito.....	92
3.1.1.4. De acuerdo al lugar donde debe permanecer el arraigado.....	97
3.1.1.5. Por los sujetos a quienes se dirige.....	98
3.2. Los sujetos del arraigo.....	98
3.3. Finalidad del arraigo.....	102
3.4. El arraigo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	103
3.5. El arraigo como medida cautelar en el procedimiento penal federal.....	105
3.6. El arraigo a la luz de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. La postura internacional.....	107

CAPÍTULO CUARTO.

EL ARRAIGO EN LA PRÁCTICA DIARIA EN LOS CASOS DE DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SU CONTRADICCIÓN CON EL PRINCIPIO PENAL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

4.1. Fundamento legal del arraigo: el artículo 16 constitucional, párrafo octavo.....	111
4.2. El Centro Federal de Arraigo de la Procuraduría General de la República:.....	112
4.2.1. Concepto.....	113
4.2.2. Naturaleza jurídica.....	115
4.2.3. Finalidad.....	116
4.3. Temporalidad del arraigo.....	116
4.4. La distribución y clasificación de los arraigados.....	119

4.5. Los casos de arraigo en materia de delincuencia organizada:.....	121
4.5.1. Concepto de delincuencia organizada.....	121
4.5.2. La regulación jurídica de la delincuencia organizada en México.....	124
4.5.3. El arraigo en los casos de delincuencia organizada.....	127
4.5.4. Los constantes abusos del arraigo como medida cautelar por parte de la Procuraduría General de la República.....	128
4.5.5. El arraigo y la violación de Derechos Humanos.....	130
4.5.6. El arraigo y su contradicción con el principio penal de presunción de inocencia.....	132
4.5.7. Problemática de los familiares de arraigados.....	133
4.6. La postura internacional sobre el arraigo.....	135
4.7. Algunas propuestas:.....	140
4.7.1. Legales: necesidad de limitación del arraigo como medida cautelar en la práctica en materia de delincuencia organizada.....	141
4.7.2. Sociales: Necesidad de brindar el apoyo y asesoría jurídica a los familiares de los arraigados.....	143

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En fecha 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación un paquete de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dentro de dicho paquete se incluye el artículo 16 del Pacto Federal en cuyo párrafo octavo se incorporó la medida cautelar del arraigo de personas en materia de delincuencia organizada. Dicha medida debe ser solicitada por el Ministerio Público y obsequiada mediante orden correspondiente por el juez de lo penal, con las modalidades del lugar y tiempo que la ley disponga, pero, sin que tal medida pueda exceder del término de cuarenta días, siempre que resulte necesario para fines de la indagatoria correspondiente la protección de personas o bienes jurídicos o bien, cuando exista el riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia. El término de cuarenta días a que alude el numeral constitucional se podrá duplicar en los casos en que el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que dieron origen al arraigo, por otros cuarenta días, por lo que la duración total de la medida en comento no podrá exceder de ochenta días. Esta inserción al artículo 16 constitucional resulta de gran trascendencia en el ámbito de la procuración de la justicia sobre todo en el ámbito federal, ya que su uso permite al Ministerio Público de la Federación disponer del tiempo necesario para allegarse de los elementos necesarios para acreditar la existencia del ilícito así como de la presunta responsabilidad de una persona, ya que existen ciertos delitos en los que resulta muy difícil obtener tales elementos.

No obstante lo anterior, es de ponderarse el hecho incontrovertible que en la práctica diaria, la Procuraduría General de la República ha utilizado en exceso la medida cautelar del arraigo en la mayoría de las indagatorias en delincuencia organizada, por lo que la figura del arraigo constituye en muchos de los casos un abuso por parte de la representación social federal que en esos casos se erige como el titular indiscutible de la averiguación previa federal.

Resulta lamentable que la Procuraduría General de la República haga uso indiscriminado del arraigo para efecto de ganar tiempo y de allegarse de los elementos necesarios para tratar de arribar a la verdad jurídica de los hechos y más aún, resulta también preocupante la actitud de los jueces federales quienes constantemente obsequian las ordenes de arraigo solicitadas por el Ministerio Público de la Federación en razón de que con esta medida cautelar se violentan generalmente los Derechos Humanos de los arraigados, toda vez que en esencia se trata de una forma de incomunicación aún de sus familiares y abogados, lo cual resulta contrario al principio de legalidad que sustenta la actividad del Ministerio Público.

En el presente tema de tesis que pongo a consideración, pretendo hacer un análisis de la medida cautelar del arraigo desde el punto de vista doctrinal y legal para después arribar a la práctica diaria en la que he podido observar gracias al ejercicio profesional, la problemática antes descrita y que resulta contraria a los Derechos Humanos consagrados por nuestra Constitución Política en su parte dogmática y en los tratados internacionales firmados y ratificados por nuestro país en materia de Derechos Humanos.

Cabe decir que la opinión internacional se ha manifestado en contra del arraigo como medida cautelar por considerarlo violatorio de los derechos fundamentales de toda persona, sin embargo, en México y más aún en el ámbito federal se hace uso excesivo y abuso de tal medida.

Así, la presente investigación tiene por finalidad analizar la figura del arraigo como medida cautelar en el procedimiento penal federal, tanto en la teoría, como en la ley y sobre todo, en la práctica, a fin de demostrar que tal medida cautelar deviene en inconstitucional y arbitraria en una época en la que los Derechos Humanos constituyen el eje de la mayoría de los sistemas jurídicos mundiales incluyendo el nuestro.

Para efectos de actualización de la presente investigación, se incluyen algunos comentarios sobre el tratamiento que el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales otorga a la figura del arraigo en lo que será el próximo sistema de justicia penal acusatorio y oral.

El presente tema de tesis se estructura en cuatro apartados en forma de capítulos en los que abordaré los siguientes temas:

En el Capítulo Primero, abordaré las medidas cautelares en el procedimiento penal, destacando las más representativas.

En el Capítulo Segundo, analizaré las medidas cautelares personales en razón de que el arraigo constituye precisamente una medida de este tipo.

En el Capítulo Tercero, expondré de manera sucinta la figura del arraigo dentro del procedimiento penal federal como una medida cautelar personal de gran relevancia y que tiene su fundamento en el artículo 16 constitucional, párrafo octavo.

En el Capítulo Cuarto, describiré la problemática imperante en la práctica en materia del arraigo como medida cautelar en el procedimiento penal federal en razón del constante abuso en que incurre la Procuraduría General de la República al arraigar a la mayoría de las personas en los delitos de delincuencia organizada.

Para la realización de la presente investigación utilizaré los siguientes métodos: histórico, inductivo-deductivo, comparativo y jurídico, así como la técnica de investigación documental.

CAPÍTULO PRIMERO. MEDIDAS CAUTELARES.

1.1. GENERALIDADES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

En virtud a la reforma a la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del mes de junio del 2008, nuestro proceso penal experimentó un cambio de rumbo significativo al establecerse un modelo de sistema penal acusatorio y predominantemente oral en su sustanciación, con un paréntesis de al menos ocho años para efecto de que se lleven a cabo las adecuaciones necesarias en los códigos sustantivos y adjetivos federal y los locales correspondientes.

Con la citada reforma al proceso penal en nuestro país, uno de los temas que más ha cobrado trascendencia es el de las medidas cautelares, figura que se justifica aún más con la existencia de una nueva figura: el llamado juez de control, el cual, en términos de lo dispuesto por el artículo 16, párrafo décimo cuarto de la Constitución Política, tiene dentro de sus atribuciones la resolución de las solicitudes de las medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran de un control judicial. El texto íntegro del párrafo y artículo en cita es el siguiente:

“Art. 16.-...

..

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes..”.

Acerca de las medidas cautelares debemos señalar con toda justicia que se trata de un tema que no ha sido lo suficientemente abordado a profundidad en

el ámbito penal, razón por la cual es menester hacer un análisis de sus contenidos y alcances jurídicos en el proceso penal.

Apunta el autor Héctor González Chévez que: *“Es conveniente hacer algunas precisiones en cuanto al término medidas cautelares, pues la denominación que de éstas se efectúa varía de un país a otro, e incluso entre los distintos ordenamientos jurídicos de una misma nación.*

*En la legislación mexicana, además de la expresión medidas cautelares se utiliza la denominación medidas o providencias precautorias...”*¹

Posteriormente el doctrinario anterior cita a otro autor, Rolando Arazi, quien manifiesta que: *“... puede hablarse indistintamente de medidas cautelares o precautorias, ya que tanto una como la otra denotan la idea de prevención, significan prevenir un daño para guardarse de él y evitarlo. El peticionario intenta precaverse ante la posibilidad de que la sentencia que se dicte en un futuro sea de imposible cumplimiento”*.²

En un sentido etimológico, el término “cautelar”, según el autor Carnelutti, proviene de la voz: “cavere”, que se refiere a *“...la diligencia que tiene por finalidad la prevención o precaución”*³ de algo. Es por esto que en algunos países como España y Argentina, se utiliza el término “medidas cautelares”, en lugar de “providencias cautelares”.

Se estima que la denominación “medidas cautelares” es preferible, toda vez que resulta una expresión cuyo uso se ha generalizado ya que da la idea tanto del objeto como del resultado, es decir, adoptar o tomar las medidas para reparar o solucionar un problema o dificultad, pero además ponerlas en ejecución.

¹ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. 1ª edición, Ediciones Coyoacán, México, 2009, p. 16.

² Idem.

³ CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil, t. I. 1ª edición, Ediciones Jurídicas Europa-América, buenos aires, p. 413.

Es por lo anterior que se estima que el término “medidas cautelares”, resulta más adecuada para referirse a las diversas resoluciones que puede adoptar el juzgador o por la autoridad administrativa, con el objeto de asegurar la efectividad de una resolución definitiva que en su momento se adoptará en el proceso penal principal

Nuestra legislación penal adjetiva no establece un criterio de diferencia entre los vocablos citados: *medidas cautelares*, *medidas precautorias* y *medidas de aseguramiento*, por lo que el tratamiento que se les brinda es indistinto.

Algunos doctrinarios han pretendido establecer un criterio de diferenciación entre las medidas cautelares reales y las personales, por ejemplo, el autor Sergio García Ramírez apunta que: “... *las medidas cautelares son de carácter personal, en tanto que las medidas precautorias se adoptan respecto a los bienes*”.⁴

De esta manera, la tendencia doctrinal se orienta hacia la denominación medidas cautelares de manera sinónima a los términos: medidas preventivas y medidas precautorias, sin embargo, prevalece la primera de ellas, por lo cual y para efectos de la presente investigación, utilizaremos la denominación medidas cautelares para hacer regencia a las distintas resoluciones que bien puede adoptar el juzgador en materia penal, o inclusive, la autoridad en materia administrativa, y que tienen por efecto de conformidad con el autor Héctor González Chévez: “... *asegurar la efectividad de la resolución definitiva que se pronuncie en el proceso principal, o para evitar que durante la pendency del proceso se puedan producir daños de imposible reparación*...”.⁵

Finalmente, estimamos oportuno citar el concepto del autor alemán Julio Maier quien señala que las medidas cautelares en materia penal son: “*Aplicación de la fuerza pública que coarta las libertades reconocidas por el ordenamiento*

⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 437.

⁵ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. 17.

*jurídico que pretende el resguardo de los fines que persigue el mismo procedimiento y averiguar la verdad y la actuación de la ley sustantiva o en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento”.*⁶

Creemos que el anterior concepto esgrime de manera completa los alcances y contenidos de las medidas cautelares en materia penal, es decir, la aplicación de la fuerza pública para efecto de acotar las libertades o derechos públicos subjetivos a favor de las personas, hoy derechos humanos, con la finalidad de resguardar los fines del procedimiento penal y poder arribar así a la verdad jurídica de los hechos que se estiman probablemente delictivos, medida de naturaleza preventiva.

1.2. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL LIBERAL.

Primeramente debemos señalar que la Revolución Francesa nos legó entre otras concepciones políticas y jurídicas de trascendencia, como es la soberanía popular, una serie de axiomas que constituyen el llamado Derecho Procesal Penal Liberal, es decir, sendos derechos de seguridad jurídica a favor de los gobernados que se traducen en frenos procesales a los actos de molestia de la autoridad.

Entre los citados axiomas o principios del Derecho Penal Procesal Penal están: la presunción de inocencia, la proporcionalidad, la excepcionalidad, el principio de autoridad judicial y sobre todo el de legalidad.

Debemos agregar que estos principios o postulados guardan una relación estrecha con las medidas cautelares en razón de que mediante éstas, se afectan los derechos públicos subjetivos de los gobernados, sin embargo, para

⁶ MEIER, Julio. La Ordenanza Procesal Penal Alemana. Vol II, p. 127.

la aplicación de las medidas cautelares, en específico el arraigo, materia esencial de la presente investigación, es menester que la autoridad tenga presente en todo momento los principios señalados.

A continuación nos referiremos a cada uno de estos importantes principios derivados del Derecho Procesal Penal liberal.

1.2.1. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO.

El principio de presunción de inocencia es uno de los elementos esenciales que integran las garantías en el proceso. Este principio es fundamento inmediato de otros y que junto con él conforman una de las principales directrices de un moderno modelo de enjuiciamiento criminal, es decir, la garantía del *proceso justo*.

De acuerdo con los autores Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, se entiende por presunción de inocencia el: *“Principio generalmente admitido que exige para la sanción de la persona acusada la prueba evidente y plena de que es autora del acto delictivo objeto de la acusación.*

*Esta presunción se basa en la consideración elemental de que toda persona tiene derecho a ser tenida como no culpable en tanto no se le pruebe lo contrario. La presunción de inocencia no puede ser destruida sino por medio de una prueba practicada en el juicio penal correspondiente y que no permitía duda alguna acerca de la verdad del acto incriminatorio y de ser autora del mismo la persona imputada”.*⁷

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se refiere a este valioso axioma en su artículo 11, párrafo 1 al decir que:

“Artículo 11

⁷ DE PINA, Rafael y Rafael DE PINA VARA. Diccionario de Derecho, 26ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 416.

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

..”

Inspirada en la Declaración Universal de 1948, a su vez la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (OEA) establece en el Artículo 8 que *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*. Y en términos semejantes se asienta en Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU).

Asimismo la Resolución 43/173 emitida por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas denominada *“Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”* establece en el principio numero 36 que *“Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.”*

Si bien el Estado mexicano al ratificarlos se obligó a respetar dichos instrumentos internacionales, en nuestro país fue hasta la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia aprobada por el Congreso de la Unión en el año 2008, cuando se incorporó este derecho de manera explícita en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como derecho fundamental. Así el apartado B del artículo 20 de nuestra Carta Magna establece como derecho de toda persona imputada: *“I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”*.

Así, este principio también se encuentra inserto en nuestra Constitución Política General del país en su artículo 20, inciso B) relativo a los derechos de las personas imputadas, en su fracción I que a la letra señala:

“B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

..”

La vigencia del principio determina que un procesado no puede ser considerado ni tratado como culpable, menos como delincuente, mientras no exista una sentencia condenatoria que adquiera la calidad de cosa juzgada formal y material. Esto implica que únicamente la sentencia condenatoria firme es el instrumento idóneo capaz de vencer el estado de presunción de inocencia del procesado.

De esta suerte, de acuerdo al principio de inocencia, toda persona que aparezca como presunta responsable en la comisión de un delito debe ser tratada como inocente por las autoridades hasta en tanto se pueda comprobar su culpabilidad y aún, en ese caso, recordemos que goza de derechos de seguridad jurídica en todo el procedimiento penal.

De conformidad con este principio rector del sistema procesal penal, la medida cautelar específica de que se trate no debe pre-juzgar sobre la culpabilidad del presunto o imputado, lo cual es labor del juzgador una vez sustanciado el proceso correspondiente en que hayan sido valoradas las pruebas.

Es importante que la autoridad valore la necesidad de imponer la medida cautelar en razón de los objetivos en la indagatoria correspondiente.

1.2.2. PROPORCIONALIDAD.

Sobre este importante principio dice el autor Gyorgy Doczi, que: *“La proporcionalidad es una cualidad percibida por el ser humano en la naturaleza y comprobada a través formalmente a través de procedimientos matemáticos y serias investigaciones. Consiste en una relación adecuada entre cosas diversas, y evoca las ideas de orden y armonía entre ellas”*⁸

En efecto, la naturaleza no es arbitraria, sino que obedece siempre un patrón de proporción entre las cosas. Es por esto que el principio de proporcionalidad *“...no sólo ha influenciado la obra humana en el plano consciente e inconsciente, sino también la regulación normativa de la conducta del mismo ser humano, primeramente desde el punto de vista ético y después desde el jurídico”*.⁹

De acuerdo con lo anterior, las medidas cautelares tienen entonces un carácter accesorio o instrumental, el cual se encuentra en la noción y necesidad de poder acreditar sus presupuestos de aplicación. Dichas medidas deben dictarse en razón lógica del cumplimiento de los fines que ameritan la necesidad de tutela, por ello, en ningún momento trascenderán sus fines.

Las medidas cautelares tampoco pueden anticipar la aplicación de una pena definitiva, para el caso de que en su momento, la autoridad judicial logre demostrar la culpabilidad del procesado, por ello, dichas medidas preventivas no pueden superar ni en monto ni en duración a la pena que la autoridad habrá de imponer, esto es, que debe existir un marco de proporcionalidad entre las medidas cautelares y la pena.

Derivado de lo anterior es lógico entender que existen algunas reglas o principios como son que las medidas cautelares no operarán cuando el proceso

⁸ DOCZI, Gyorgy. El poder de los límites. Proporciones armónicas en la naturaleza, el arte y la arquitectura, Editorial Troquel, Buenos Aires, 2004, pp. 1 y 8.

⁹ Idem.

penal tenga por materia delitos cuya pena sea inferior a dichas medidas; en el caso en que el delito de que se trate no tenga una pena privativa de libertad, sino pecuniaria; en materia de prisión preventiva cuando la pena sea la mínima que esté contemplada para los delitos que contengan una pena restrictiva de libertad, entre otros casos.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad imperante en la imposición de la medida cautelar de que se trate está sujeto a un marco temporal. Puede ser que la misma legislación adjetiva sea la que establezca los tiempos mínimos y máximos de duración de la medida cautelar, pero, en aquellos casos en los que no sea así, le corresponde al juzgador decretar al tiempo de duración de la medida de acuerdo a los elementos con los que cuente para efecto de que se pueda cumplir el objetivo cautelar, el juzgador debe definir la duración de la medida, observando en principio de rebus sic stantibus en relación con la permanencia de los hechos presumiblemente delictivos. En el caso del artículo 16, párrafo octavo de nuestra Carta Magna, el legislador dota al juzgador de un término para decretar la medida cautelar del arraigo que va de un mínimo y hasta un máximo. Así, dicho numeral señala que la autoridad judicial y a petición del Ministerio Público, en los delitos de delincuencia organizada, puede decretar el arraigo de una persona, con las modalidades que establezcan las leyes, pero sin que puede exceder de cuarenta días, siempre que sea necesaria la medida para el éxito de la indagatoria o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se pueda sustraer de la acción de la justicia. El juzgador decidirá el término que sea necesario de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, por lo que puede decretar un término de hasta los cuarenta días o menos del mismo. Este plazo se puede prorrogar, sin embargo le corresponde al Ministerio Público acreditar que subsisten las causas que dieron origen a la medida, pero, en términos globales, la medida del arraigo no podrá exceder del término de ochenta días totales.

El marco temporal de la medida cautelar está ligado indefectiblemente a la necesidad de eficacia y al derecho a un proceso pronto, es decir, sin dilaciones

que devengan ilegales, por lo que tanto el Ministerio Público como el mismo juzgador deben tomar en cuenta la adopción y oportunidad de la medida cautelar para efecto de que el procedimiento no resulte obstaculizado e ilegalmente retardado con la misma.

1.2.3. EXCEPCIONALIDAD (CASO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA).

El principio de excepcionalidad de la prisión preventiva deriva de lo dispuesto por el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el cual dispone lo siguiente:

“Art. 19.- ..

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

..”

Es indudable que el caso de la prisión preventiva constituye un punto de análisis puesto que es la medida cautelar más limitativa de derechos que podamos encontrar, por lo cual, la misma debe ser aplicada de manera excepcional, sólo en el caso cuando las otras medidas menos lesivas, no pueden ser impuestas en razón del daño que la autoridad pretende evitar, tanto a la investigación, al proceso mismo, a las víctimas o a la comunidad.

A este respecto, la autora Silvia Barona Vilar apunta acertadamente que: *“La necesidad de atemperar los inconvenientes que trae aparejada la prisión provisional, así como su intrínseca injusticia, determinan que se trate de restringir su aplicación exclusivamente a los casos en que resulte verdaderamente imprescindible para asegurar el sometimiento del acusado al proceso y la eventual aplicación de la pena que pueda corresponderle, atenuando los efectos de aquélla en los demás casos mediante la adopción de otras medidas cautelares”*.¹⁰

Otra autora, Virginia Pujadas Tortosa, expresa su opinión sobre la prisión preventiva en los siguientes términos: *“..la prisión provisional (preventiva) es la medida más gravosa; parece claro que sólo podrá acordarse cuando, por la calidad o la intensidad del peligro para el proceso, ninguna otra medida resulte suficiente. Así, la tan demandada subsidiaridad de la prisión provisional se explica por la regla de intervención mínima o cláusula alternativa menos gravosa”*.¹¹

En razón de la limitación que impone la prisión preventiva a uno de los derechos más importantes de las personas, el deambulatorio, se estima con acierto que la prisión preventiva debe aplicarse con un carácter excepcional, tal y como lo advierten algunos tratados multilaterales en materia de derechos humanos como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de San José de 1966 que establece en su artículo 9.3 lo siguiente:

“La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general. Pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias del proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

¹⁰ BARONA VILAR, Silvia. Prisión Provisional y Medidas Alternativas, Editorial Bosch, Barcelona, 1988, p. 173.

¹¹ PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría general de Medidas Cautelares penales, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 147.

El autor Héctor González Chévez critica con razón la segunda parte del párrafo segundo de la Constitución política general ya que faculta al juez de lo penal para decretar de oficio la prisión preventiva en materia de ciertos delitos, señala el autor lo siguiente: *“Por otra parte, con un criterio muy discutible y que no compartimos, la Constitución reformada impone que de oficio se decrete la prisión preventiva en determinados casos, lo cual desde una perspectiva garantista violenta los principios de presunción de inocencia, del debido proceso y, desde luego, el de proporcionalidad”*.¹² Efectivamente, el segundo párrafo del artículo 19 de nuestra Constitución contiene la facultad del juzgador en materia penal comentada por el doctrinario y que deviene en violatoria de los principios señalados, por lo que el legislador actuó en funciones de juez y decide en qué casos debe restringirse la libertad deambulatoria de los imputados. Por esta razón agrega el autor que: *“.. sin que el órgano jurisdiccional tenga conocimiento de las circunstancias del caso concreto; no sabe aún si el imputado fue obligado a declarar, incomunicado, se le sembraron pruebas o su detención fue ilegal. Subyace en tal dispositivo la idea de entender la formal prisión no como una medida cautelar, sino como una medida de prevención del delito.*

El legislador da por hecho que tratándose de determinados delitos existen elementos suficientes para considerar que se actualiza el peligro que las medidas cautelares penales tratan de evitar como una forma de presunción de responsabilidad”.¹³

Coincidimos plenamente con el autor en el sentido que nuestros legisladores han entendido e interpretado erróneamente la prisión preventiva como la última de las medidas cautelares en razón del terrible menoscabo que trae para los imputados y que se traduce en senda limitación a su derecho deambulatorio. El legislador ha entendido que la aplicación de esta medida debe ser un imperativo en los delitos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y

¹² GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. pp. 103 y 104.

¹³ Idem.

explosivos, así como en otros delitos calificados por la ley como graves en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud.

Así, el legislador, sin importar los principios antes explicados como el de inocencia, el de debido proceso y el de proporcionalidad, estimó que de oficio en los casos anteriores, el juez tiene el deber de decretar la prisión preventiva en razón de la presunta peligrosidad del sujeto infractor de la norma penal, olvidando que la adopción de las medidas cautelares obedecen a un juicio de probabilidad y verosimilitud, por lo que es muy lamentable y cuestionable que el legislador determine la restricción provisional de la libertad sin tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto y sin analizar previamente las pruebas que obren en el sumario, por lo que dicha modificación e inserción del artículo 19 constitucional resulta arbitraria e ilegal de los principios básicos del procedimiento penal.

1.2.4. AUTORIDAD JUDICIAL.

En un sistema acusatorio como el nuestro, este principio significa que toda medida cautelar debe ser solicitada por el Ministerio Público y en su caso, obsequiada por el juez de o penal, el cual previa la valoración del fundamento y motivación que haga el representante de la sociedad, determine la procedencia de la medida.

Recordemos que a la autoridad judicial le corresponde la imposición de las penas y de las medidas cautelares de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 14, 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, previa la solicitud que haga el Ministerio Público y los elementos de convicción que éste le haga llegar al juzgador.

1.2.5. LEGALIDAD.

Los distintos ordenamientos legales han ido incorporando paulatinamente las reglas de la interpretación y aplicación de las distintas medidas cautelares, así como la prohibición de su aplicación de manera analógica. Recordemos que el artículo 14, párrafo penúltimo de nuestra Constitución Política establece que:

“Artículo 14.- ...

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

..”

Lo anterior significa que existe la prohibición constitucional de imponer por simple analogía, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al caso de que se trate. Esta prohibición se hace extensiva en materia de las medidas cautelares, las cuales tampoco pueden aplicables por simple analogía.

Para algunos doctrinarios, las medidas cautelares que no están contempladas en la ley reciben el nombre de indeterminadas. Señala el autor Julián González que: *“..la operación de la reserva de ley en las cuestiones relativas a la afectación de derechos de los ciudadanos requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de ley, y que la norma legal habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad y certeza del Derecho”*.¹⁴

De esta suerte, la imposición de toda medida cautelar debe estar avalada previamente por una disposición legal que la regule y autorice, sin embargo, es menester agregar que en nuestro sistema legal procesal penal, las distintas medidas cautelares están desperdigadas, por lo que urge una reforma legal a

¹⁴ GONZÁLEZ, Julián et alios. Medidas cautelares en el proceso penal. Editorial Sepan, Madrid, 2008, p. 285.

efecto de que se puedan clasificar y establecer en el mismo apartado con una regulación específica para cada una de ellas.

En el sistema legal español, se ha ido logrando un notable desarrollo jurisprudencial en el que se han ponderado los principios de legalidad y proporcionalidad, lo que ha propiciado el desarrollo de las medidas cautelares. A este respecto, tenemos que:

*“En relación con la insuficiencia de la ley desde la perspectiva de la seguridad jurídica, señalamos que si bien constituye una vulneración autónoma e independiente de cualquiera otra del derecho fundamental, que sólo el legislador puede remediar, ya que la insuficiente adecuación del ordenamiento a los requerimientos de certeza crea para los hipotéticos destinatarios de las medidas **un peligro en el que reside dicha vulneración**, no implica por sí misma necesariamente la legitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales, siempre que éstos hubieren actuado en el caso concreto respetando las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad”.*¹⁵

1.3. FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Las medidas cautelares, además de poseer fines generales como son: asegurar la eficacia del fallo o sentencia que habrá de pronunciarse en el momento procesal oportuno por la autoridad judicial y evitar que durante el desarrollo del proceso se puedan producir daños de imposible reparación, las leyes establecen otro tipo de fines de carácter particular de los que a continuación hablaremos.

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, STC 49/1999, disponible en http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Paginas/mem1999_13_A_nIV.aspx, consultado en fecha 28 de noviembre de 2012 a las 20:16 horas.

1.3.1. GARANTIZAR LA PLENA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

En términos generales, las medidas cautelares tienen la finalidad de establecer las condiciones jurídicas y materiales para que el juzgador pueda dictar la resolución que corresponda en el proceso penal y en su caso, la misma pueda ejecutarse sin dilaciones ni obstáculos. Esto es así porque las medidas cautelares buscan asegurar que el imputado esté en todo momento a disposición de la justicia, además, las mismas brindan a las autoridades, tanto al Ministerio Público como el juzgador, las condiciones jurídicas óptimas para que el procedimiento penal, es decir, la averiguación previa y en su caso, el proceso, se sustancien normalmente

Por otra parte, la imposición de las medidas cautelares asegura que todas y cada una de las resoluciones, distintas a la sentencia que dicte el juzgador en el ámbito de sus atribuciones, sean cumplidas en tiempo y forma, por ejemplo, el caso del arraigo, última medida cautelar y que es solicitada por el Ministerio Público al juzgador, el cual, después de analizar los elementos que le brinde el primero, decidirá si obsequia la orden de arraigo o no de un imputado, en términos de lo dispuesto por el artículo 16 constitucional, párrafo octavo.

El artículo 17, párrafo sexto establece que las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se pueda garantizar la plena ejecución de sus resoluciones, como acontece con las medidas cautelares:

“Art. 17.-..

..

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones”.

Sobre lo anterior, el autor Héctor González Chévez apunta lo siguiente:
“Cuando dicho mandato constitucional dispone que se deberán establecer los

*medios necesarios para garantizar la plena ejecución de las resoluciones judiciales, se entiende, o ello equivale, a que se instituyan en la legislación las medidas necesarias para garantizar la efectividad de las sentencias judiciales, como es sabido, entre otros medios procesales para garantizar la efectividad de la resolución definitiva se encuentran las medidas cautelares”.*¹⁶

El artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Política es otro ejemplo de la finalidad de las medidas cautelares en los siguientes términos:

“Art. 19.-..

..

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud..”.

El artículo 20, apartado C, fracción IV, del mismo ordenamiento constitucional sobre los derechos de las víctimas o de los ofendidos, señala que éstos tienen derecho a la reparación del daño:

“C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

..

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

¹⁶ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 64.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño..”.

El mismo precepto constitucional, en su inciso, en la fracción V, señala que la víctima u ofendido tiene derecho a resguardar su identidad y otros datos personales en estos casos:

“V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación..”.

Por último, el mismo numeral e inciso, en su fracción VI se refiere a la facultad de las víctimas u ofendidos para solicitar las medidas cautelares necesarias para lograr la protección y restitución de sus derechos:

“VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y..”.

De todo lo anterior, se puede observar que los destinatarios de las medidas cautelares pueden ser: las víctimas u ofendidos, la sociedad, la investigación o el proceso, en algunos casos, se hace la referencia a la protección de las personas o bienes jurídicos y por último, se ubican también como destinatarios, los diferentes derechos del imputado o inculpado.

1.3.2. GARANTIZAR EL ÉXITO DE LA INVESTIGACIÓN.

Es evidente que la solicitud que hace el Ministerio Público al Juez de Control para que éste obsequie la orden correspondiente en la que se ordene la

medida cautelar procedente, tiene por objeto que la misma autoridad cuente con las facilidades legales para efecto de integrar adecuadamente la investigación o averiguación previa, misma que en algunas entidades de la federación recibe el nombre en la actualidad de carpeta de investigación, esto es que a través de la orden que contenga la medida cautelar solicitada por el Ministerio Público, se logrará garantizar que la investigación previa pueda ser llevada con el desarrollo normal y adecuado que requiere. Tenemos por ejemplo, el caso de los casos de delincuencia organizada, cuando participan en la comisión de un delito más de tres personas de forma permanente o reiterada. El artículo 16 constitucional, párrafo noveno define a la delincuencia organizada como:

“Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.

En estos casos, es lógico suponer que la autoridad investigadora requiere de un lapso de tiempo considerable para efecto que se pueda llevar a cabo con certeza la indagatoria correspondiente en razón de la complejidad de los hechos presumiblemente delictivos de que se trata, por ello, es muy usual que el Ministerio Público de la Federación solicite la medida cautelar consistente en el arraigo que puede ser concedido por el juzgador hasta por cuarenta días y ser prorrogado hasta por otros cuarenta días, plazo que ha sido materia de críticas y opiniones diversas por parte de los autores en razón del abuso constante que hace la Procuraduría General de la República en la gran mayoría de los delitos de delincuencia organizada, tema por demás interesante y que será abordado en los siguientes apartados de esta investigación.

Con independencia de la ilegalidad del arraigo en nuestro derecho y en la práctica diaria, consideramos que el tiempo que dicha medida cautelar le otorga al Ministerio Público de la Federación es más que suficiente para que éste pueda integrar adecuadamente la indagatoria que corresponda, es por ello que la Procuraduría General de la República, constantemente solicita esta

importante medida cautelar al juzgador ya que aporta beneficios interesantes que se traducen en mayor amplitud en el marco temporal para el representante social federal.

1.3.3. EVITAR QUE EL IMPUTADO SE SUSTRAGA DE LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA.

Otra finalidad de las medidas cautelares que resulta de suma importancia tanto para el éxito en la investigación ministerial como para el debido proceso es lograr evitar que el imputado se pueda sustraer de la acción de la justicia, lo cual es más que garantizado a través de figuras como el arraigo, medida que permite restringir la libertad deambulatoria del probable, pero además, la medida cautelar tiene la finalidad de tener al imputado a plena disposición de la autoridad para la realización de todas y cada una de las diligencias que resulten necesarias para la debida investigación. Este aspecto reviste mucha importancia ya que en muchos de los casos, las diligencias que la autoridad ministerial federal tiene que llevar a cabo son en altas horas de la madrugada o en la noche, por lo que si el imputado estuviera en libertad, sería muy complicado estar citándolo y lograr su puntual comparecencia. Así, la medida cautelar del arraigo, independientemente de su legalidad, aspecto que habremos de abordar con posterioridad, resulta eficaz para que el imputado esté en total disposición de la autoridad en cualquier hora y día en que ésta lo solicite, sobre todo en delitos de delincuencia organizada, narcotráfico o sus actividades conexas, en los que se requiere mucha discrecionalidad en el manejo de la información.

Adicionalmente, recordemos que el artículo 16, párrafo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la medida cautelar del arraigo en términos generales, mientras que el artículo 133-bis del Código Federal de Procedimientos Penales se refiere al arraigo domiciliario como una subespecie de la figura en comento, en los siguientes términos:

“Art. 133-bis.- La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de cuarenta días.

El afectado podrá solicitar que el arraigo quede sin efecto, cuando considere que las causas que le dieron origen han desaparecido. En este supuesto, la autoridad judicial escuchará al Ministerio Público y al afectado, y resolverá si debe o no mantenerse”.

Este numeral viene a complementar lo señalado en el artículo 16, párrafo sexto de la constitución Política general, por lo que, a petición del Ministerio Público de la Federación, el Juez de Control, podrá decretar el arraigo domiciliario en materia de delitos graves, siempre y cuando sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas o bienes jurídicos o bien, cuando existe un riesgo fundado de que el inculpado se pueda sustraer de la acción de la justicia. Le corresponderá tanto al Ministerio Público como a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea cabalmente cumplido.

El término para este tipo de arraigo no puede exceder de cuarenta días, pero, el afectado podrá solicitar a la autoridad que el arraigo quede sin efecto, cuando las circunstancias que dieron origen hayan desaparecido. Para este efecto, el juez escuchará al Ministerio Público y decidirá sobre la petición del afectado.

En el mismo sentido, el artículo 133-ter dispone que:

“Art. 133-ter.- La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, imponer las medidas cautelares a la persona en contra de quien se prepare el

ejercicio de la acción penal, siempre y cuando estas medidas sean necesarias para evitar que el sujeto se sustraiga a la acción de la justicia..”.

El párrafo tercero de este numeral contiene otra medida cautelar, la prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica, por lo que podrá ser vigilado por cualquier medio tecnológico, por ejemplo, el brazalete electrónico que se utiliza en el Distrito Federal como parte del beneficio de reclusión domiciliaria mediante el programa de monitoreo electrónico a distancia y que ha dado buenos resultados en los casos de primo delincuentes u otros medios que en la actualidad resultan muy eficaces gracias a los adelantos tecnológicos.

El afectado podrá solicitar que las medidas cautelares queden sin efecto, cuando considere que las causas que le dieron origen han desaparecido. En este supuesto, la autoridad judicial de control escuchará al Ministerio Público y al afectado, y resolverá si debe o no mantenerse la misma. A este respecto, el autor Héctor González Chévez agrega que: *“Es claro que tanto el arraigo como la prohibición de abandonar una demarcación tienen como propósito precisamente evitar que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia”*.¹⁷

1.3.4. GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS U OFENDIDOS, TESTIGOS Y BIENES JURÍDICOS.

El artículo 20 constitucional en su apartado C, relativo a los derechos de las víctimas u ofendidos por el delito, en su fracción V, párrafo segundo establece otra medida cautelar que consiste en el deber del Ministerio Público de garantizar la protección de las víctimas u ofendidos, los testigos y los bienes jurídicos en los siguientes términos:

“V..

¹⁷ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 67.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación”.

De esta suerte, el Ministerio Público de la Federación tiene el deber ineludible de velar por la integridad de las víctimas, ofendidos, testigos y de toda persona que intervenga durante el proceso. Este derecho está también contenido en el artículo 141, fracción XVII del Código Federal de Procedimientos Penales que establece lo siguiente:

“Art. 141.- La víctima o el ofendido por algún delito tendrán los derechos siguientes:

A. En la averiguación previa:

..

XVII. Solicitar se dicten medidas y providencias suficientes para proteger sus bienes, posesiones o derechos, contra todo acto de intimidación, represalia o daño posible, o cuando existan datos suficientes que demuestren que éstos pudieran ser afectados por los probables responsables del delito o por terceros implicados o relacionados con el inculpado”.

Por consiguiente, es un deber del Ministerio Público, desde la averiguación previa velar por la integridad física y emocional de las víctimas, los ofendidos, testigos, así como el resguardo de los bienes jurídicos, contra todo acto de intimidación, represalia o posible daño, o en el supuesto de que existan datos que demuestren que tales bienes jurídicos pudieran ser afectados ya sea por el probable responsable o por uno o varios terceros implicados o relacionados con el inculpado, por lo que el Ministerio Público debe adoptar todas y cada una de las medidas legales, materiales y logísticas necesarias para evitarlo, contando en todo momento con la policía que está bajo su mando inmediato.

Este mismo derecho se extenderá durante el proceso penal, tal y como lo señala la fracción XI del mismo numeral, en su apartado B en los siguientes términos:

“B. En el proceso penal:

..

XI. Los derechos previstos en apartado A, fracciones I, II, IV, V, VI, VII, VIII, X, XI, XII, XVI, XVII y XVIII también serán observados durante el proceso penal. Asimismo, se observará lo dispuesto en la fracción XIX en lo que hace al desistimiento de la acción penal”.

Durante el proceso penal, el juez de la causa deberá vigilar que el Ministerio Público cumpla cabalmente con la medida cautelar señalada, lo cual redundará en beneficio del proceso mismo.

1.3.5. LA PROTECCIÓN Y RESTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS U OFENDIDOS, TESTIGOS O DE LOS BIENES JURÍDICOS

Conjuntamente a la protección de la integridad física y emocional de las víctimas, ofendidos, testigos y de los bienes jurídicos está otra medida cautelar, la protección y restitución de los derechos de los mismos. A este respecto, el artículo 20, apartado C, de la Constitución Política general, en materia de los derechos de las víctimas u ofendidos señala que es un derecho de los mismos:

“VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y..”.

De esta manera, tanto en la averiguación previa, como durante el proceso, las víctimas, los ofendidos, los testigos tienen derecho a solicitar a las autoridades las medidas cautelares necesarias para la protección y en su caso la restitución de sus derechos que hubieren sido violentados. También se podrá solicitar la protección o salvaguarda jurídica de los bienes involucrados.

El artículo 141, apartado B, fracción XVII antes invocada, se refiere también a la protección y restitución de los derechos de las víctimas, ofendidos, testigos o de los bienes jurídicos y dentro de este rubro, cabe destacar el derecho a la reparación del daño.

El artículo 136 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que el Ministerio Público al ejercitar la acción penal procesal deberá solicitar, cuando sea procedente, el aseguramiento precautorio de bienes, para garantizar el pago de la reparación del daño:

“Art. 136.- En ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público:

..

III. Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño;

..”.

Por su parte, el artículo 149 del mismo ordenamiento adjetivo penal federal señala que el ofendido, sus legítimos representantes o el Ministerio Público podrán solicitar al juez el embargo precautorio de bienes, para garantizar la reparación del daño:

“Art. 149.- El Ministerio Público, el ofendido o sus legítimos representantes solicitarán al juez, y éste dispondrá, con audiencia del inculpado, salvo que éste se haya sustraído a la acción de la justicia, el embargo precautorio de los bienes en que pueda hacerse efectiva la reparación de daños y perjuicios. Tomando en cuenta la probable cuantía de éstos, según los datos que arrojen las constancias procesales, se negará el embargo o se levantará el efectuado, cuando el inculpado u otra persona en su nombre otorguen caución bastante, a juicio del órgano jurisdiccional, para asegurar la satisfacción de la responsabilidad de los daños y perjuicios causados.

Para los efectos de este artículo, se resolverá y diligenciará el embargo, notificando de inmediato al inculpado sobre la medida precautoria dictada, para desahogar la audiencia prevista en el párrafo anterior.

Se entiende que el inculpado se encuentra sustraído a la acción de la justicia a partir del momento en que se dicta en su contra orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, y hasta en tanto se ejecuta ésta”.

Apunta el autor Héctor González Chévez que: *“..de lo anterior se desprende que la finalidad que se persigue con el aseguramiento y el embargo precautorio de bienes es garantizar la reparación de daños, es decir, evitar que a una de las partes se puedan producir daños de imposible o de difícil reparación”.*¹⁸

Por otra parte, el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales advierte que todo inculpado tiene derecho tanto en la averiguación previa, como durante el proceso a la libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos, entre ellos, la reparación del daño:

“Art. 399.- Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

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 las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

III. Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso; y

IV. Que no se trate de alguno de los delitos calificados como graves en el artículo 194.

La caución a que se refiere la fracción III y las garantías a que se refieren las fracciones I y II, podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido”.

¹⁸ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. pp. 66 y 67.

La reparación del daño constituye uno de los principales derechos de las víctimas u ofendidos por el delito, por lo que tanto el Ministerio Público como el juez deben velar porque tal derecho se garantice en todo momento, inclusive, como ya lo mencionamos, a través del embargo precautorio de bienes.

1.3.6. GARANTIZAR LA PRESENCIA DEL IMPUTADO EN EL JUICIO.

Como lo hemos señalado con anterioridad, las medidas cautelares tienen por objetivo que el imputado no se sustraiga de la acción de la justicia, toda vez que se le limita en su derecho de libertad deambulatoria, pero, adicionalmente, con la restricción a este derecho, se puede lograr también tener al sujeto a plena disposición de la autoridad para efecto de que se leven a cabo todas y cada una de las distintas diligencias necesarias desde la averiguación previa y en el proceso se logra tener siempre la presencia del sujeto, por ejemplo, en el caso de la prisión preventiva, como lo dispone el artículo 19, párrafo segundo:

“El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.

Señala el autor Héctor González Chévez lo siguiente: *“Garantizar la presencia del imputado en juicio, en los casos de reincidencia, antecedentes penales, o bien, cuando se trate de delitos graves (homicidio doloso, violación, secuestro, contra la nación, el normal desarrollo de la personalidad, contra la salud) o que por la modalidad de la comisión del delito (delincuencia organizada o cometidos*

*por medios violentos como armas de fuego y explosivos) sea indispensable adoptar la medida”.*¹⁹

Coincidimos plenamente con el doctrinario, ya que la medida cautelar resulta adecuada sobre todo en los casos citados: delitos graves o en aquellos que por su modalidad resulte necesaria, como es la delincuencia organizada o los cometidos con el apoyo de armas de fuego y explosivos. Para la autoridad y el debido desarrollo tanto de la indagatoria como el proceso, la medida cautelar trae beneficios jurídicos y materiales al tener al imputado asegurado y listo para llevar a cabo cualquier tipo de diligencia que la ley exija, sin importar el día ni la hora, lo que sería muy complicado si el sujeto estuviera en libertad plena, entorpeciendo el desarrollo de la averiguación o del mismo proceso.

1.4. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Las medidas cautelares deben revestir necesariamente ciertas características o cualidades que nos permitan hallar la razón de ser y su justificación. Al respecto, es menester aclarar desde ahora que ni la doctrina ni la jurisprudencia han logrado ser uniformes por cuanto hace a la determinación de los rasgos más característicos que permitan delimitar la diferencia específica con otras instituciones procesales afines, desde luego, esta situación es el resultado de la falta de sistematización en los ordenamientos adjetivos de dichas medidas.

Por otra parte, si bien en cierto, la mayoría de los tratadistas coinciden en que las dos cualidades básicas de las medidas cautelares son: la *provisionalidad* y la *instrumentalidad*, no menos cierto es que este catálogo ya se ha ampliado y que ahora, se conciben junto con las mencionadas características, la *revocabilidad*, la *jurisdiccionalidad*, y la *anticipación provisional de los efectos de una sentencia*.

¹⁹ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 66

A continuación, abundaremos sobre las referidas características de las medidas cautelares.

1.4.1. PROVISIONALIDAD.

Esta característica se encuentra determinada en relación con la dependencia de la sentencia definitiva.

La autora Coral Aragüena Fanego nos dice de esta característica lo siguiente: *“La provisionalidad es otra de las notas que caracterizan a las medidas cautelares configurándose, al lado de la instrumentalizada, como criterio fundamental a la hora de delimitar este tipo de medidas.*

*El concepto de provisionalidad supone que los efectos derivados de las medidas cautelares tienen una duración limitada en el tiempo, en cuanto que están destinadas a extinguirse una vez que sea dictada la resolución final, bien alzándose definitivamente, caso de que la sentencia sea absolutoria, bien transformándose en ejecutivas, caso de que fuera condenatoria, no subsistiendo, por consiguiente, como tales cautelares”.*²⁰

Lo anterior es así en razón de que las medidas cautelares no podrán alcanzar la categoría de cosa juzgada, por ello, la situación jurídica que se asegura, garantiza, previene o trata de evitar, ya sea de carácter personal o real, tiene necesariamente un carácter provisional, es decir, la medida cautelar cesará, por regla general, hasta que se dicte sentencia. Esta característica hace alusión no tanto a la posibilidad de que puedan ser revocadas, sino a que sus efectos no pueden ir más allá de la duración del proceso.

Dice el autor Héctor González Chévez que: *“Lo anterior, si tomamos en cuenta que aun cuando la sentencia definitiva resulte condenatoria, en ningún*

²⁰ ARAGÜENA FANEGO, Coral. Teoría General de las Medidas Cautelares reales en el proceso penal español. Editorial José María Bosch, Barcelona, 1991, p. 79.

*momento ésta se pronuncia en el sentido de convalidar o confirmar la medida cautelar, sino que la resolución jurídica que se establece en este caso funciona como una nueva relación, determinada por la sentencia definitiva, aun cuando reproduzca algunas disposiciones señaladas al momento de resolver acerca de la medida cautelar”.*²¹

De acuerdo con Calamandrei, este principio implica que las medidas están sujetas a una temporalidad y, al mismo tiempo, que esa temporalidad o duración es limitada. Dice el autor citado: *“..los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración temporal (fenómeno que, bajo un cierto aspecto, se puede considerar común a todas las sentencias pronunciadas, como se dice, con la cláusula rebus si stantibus [...]) sino que tienen duración limitada a aquel periodo de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional, que en la terminología común, se indica, en contraposición a la clasificación de cautelar, con la calificación de definitiva.”*²²

Coincidimos con el autor en razón de que las medidas cautelares tienen un marco temporal, el cual si bien no se desvanece, lo cierto es que está sujeto a que se dicte una resolución ya sea condenatoria o absolutoria. Dice la autora Coral Aragüena Fanego lo siguiente: *“En todo caso, y prescindiendo de estas precisiones terminológicas, lo cierto es que la provisionalidad de las medidas cautelares no es más que una consecuencia de la instrumentalidad que las caracteriza y que se expresa en la duración limitada de sus efectos en el tiempo estando destinada la medida cautelar a desaparecer, una vez que haya recaído la resolución final, en virtud del vínculo de instrumentalidad que liga indefectiblemente a ambas resoluciones, provisional –la cautelar- y la definitiva –la final-“.*²³

²¹ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 83.

²² CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, (traducción de Sentis Melendo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1945, p. 262

²³ ARAGÜENA FANEGO, Coral. Teoría General de las Medidas Cautelares reales en el proceso penal español. Op. Cit. p. 86.

De todo lo anterior podemos concluir que en las medidas cautelares penales se manifiesta en modo suficiente la provisionalidad, como una característica inherente a la naturaleza misma de este tipo de medidas. Es por esto que la autora Coral Aragüena Fanego agrega con toda razón y maestría que: *“la ratio de la provisionalidad puede encontrarse –como señala SAPIENZA- en la exigencia de atemperar el poder atribuido al juez de acordar medidas que gravan la esfera de actuación de un sujeto sobre la base de una cognitio sumaria. Por ello, la provisionalidad lleva como consecuencia una limitación de la duración en el tiempo de la relación cautelar, que hace soportable la invasión de la esfera jurídica individual por el periodo estrictamente necesario para llegar a obtener la resolución final”*.²⁴

1.4.2. INSTRUMENTALIDAD.

Esta característica, sin restar importancia a las demás, merece nuestra especial atención toda vez que aporta los elementos que permiten distinguir a la medida cautelar de otras figuras procesales afines.

Dice el autor italiano Calamandrei que la instrumentalidad debe ser concebida de manera distintiva ya que supone que las medidas cautelares: *“.. no son nunca fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior resolución definitiva, cuya finalidad práctica aseguran previamente”*. Después el autor agrega que: *“Estas medidas nacen al servicio de una resolución definitiva, con el fin de predisponer el terreno y preparar los medios más aptos para su buen éxito..”*²⁵

De lo anterior deducimos que la instrumentalidad se refiere a que la medida cautelar no constituye un fin en sí misma, toda vez que no tienen pretensiones

²⁴ ARAGÜENA FANEGO, Coral. Teoría General de las Medidas Cautelares reales en el proceso penal español. Op. Cit. p. 87.

²⁵ CALAMANDREI, Piero. CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Op. Cit. p. 73.

autónomas, sino que se halla supeditada necesariamente a la sentencia condenatoria que pudiera dictarse en el proceso por la función que tienen de asegurar su efectividad. En otras palabras las medidas cautelares son, “..en relación con el derecho sustancial, una tutela inmediata que sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia”.²⁶

Es de resaltar que esta característica no es de creación legislativa, es decir, no existe en el ordenamiento procesal alusión alguna, esta característica es el producto de la doctrina y también de la jurisprudencia.

Caemos en cuenta que la característica de instrumentalidad refiere a la íntima relación que existe entre la medida cautelar y el proceso principal.

A lo largo del tiempo se han empleado varios términos para expresar la relación entre la medida cautelar y la resolución final a la que está preordenada, por lo que la doctrina habla de “subsidiariedad”, “relatividad”, “accesoriedad” o de “variedad”, entre otras. No obstante el vocablo “instrumentalizador”, ha sido considerado como el mejor desde el punto de vista terminológico ya que expresa claramente la relación entre la medida cautelar y la resolución definitiva, por ello, es el más usado en el estudio de las medidas cautelares.

El autor Héctor González Chévez puntualiza este principio señalando que: *“Podemos concluir que la característica de instrumentalizador hace referencia a la dependencia que tiene las medidas cautelares, del proceso principal. No constituyen un fin en sí mismas pues no hay pretensiones autónomas de tutela cautelar; tampoco en un proceso distinto del de cognición o el de ejecución, sino que están preordenadas a asegurar la efectividad de la sentencia principal, por lo que los efectos de la medida cesan cuando finalice el procedimiento con la declaración de fondo o por cualquier otra cosa”.*²⁷

²⁶ ARAGÜENA FANEGO, Coral. Teoría General de las Medidas Cautelares reales en el proceso penal español. Op. Cit. p. 72.

²⁷ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 78.

1.4.3. ACTOS PRIVATIVOS.

Las medidas cautelares son consideradas como simples actos de molestia, en razón de que la autoridad afecta la esfera jurídica de los imputados, pero, sólo de manera temporal, accesoria y sumaria, a diferencia de los actos privativos, que si bien también son actos de autoridad mediante los cuales se causa un perjuicio en la esfera jurídica de una persona, pero, también es cierto que dichos actos tienen una duración permanente, a diferencia de las medidas cautelares, cuya temporalidad esta definida, por eso se dice acertadamente que son temporales. Esta apreciación queda acreditada plenamente con el siguiente criterio jurisprudencial en firme de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a la letra señala:

“Conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la garantía de previa audiencia, establecida en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, únicamente rige respecto de los actos privativos, entendiéndose por éstos los que en sí mismos persiguen la privación, con existencia independiente, cuyos efectos son definitivos y no provisionales o accesorios. Ahora bien, las medidas cautelares constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan, generalmente, por ser accesorias y sumarias; accesorias, en tanto la privación no constituye un fin en sí mismo; y sumarias, debido a que se tramitan en plazos breves; y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia, por lo que tales medidas, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir un menoscabo, constituyen un instrumento no sólo de otra resolución, sino también del interés público, pues buscan restablecer el ordenamiento jurídico conculcado desapareciendo, provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica; por lo que debe considerarse que la emisión de tales providencias no constituye un acto privativo, pues sus efectos provisionales quedan sujetos, indefectiblemente, a las resultas del

*procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten, donde el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere convenientes; consecuentemente, para la imposición de las medidas en comento no rige la garantía de previa audiencia”.*²⁸

Nos pronunciamos por apoyar el anterior criterio del máximo tribunal del país ya que de manera más que contundente advierte que existe una notable diferencia entre las medidas cautelares y los actos privativos propiamente, en virtud de que las primeras tiene caracteres diferentes en relación con los segundos. Así, las medidas cautelares son provisionales puesto que son dictadas de acuerdo a un criterio judicial fundado y motivado y además, dichas medidas se encaminan a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular podrá sufrir un menoscabo en su esfera, por lo que las mismas son materia de otra resolución, pero además, por naturaleza son de interés público, ya que buscan restablecer el numeral jurídico violado o conculcado, desapareciendo de manera provisional, una situación que se estima como antijurídica, más exactamente, delictiva.

Es por lo anterior que al ser diferentes las medidas cautelares de los actos privativos, no puede alegarse que deba concederse la previa garantía de audiencia.

1.4.4. REVOCABILIDAD.

Una peculiaridad esencia de las medidas cautelares es la revocabilidad. Esto significa que toda medida cautelar está sujeta a la cláusula “*rebus sic stantibus*”, entendiéndose por ésta, que las circunstancias se sigan manteniendo en el estado que guardaban al momento en que fueron dictadas, de tal forma que si varían las circunstancias que al momento prevalecían, se produciría una

²⁸ JURISPRUDENCIA P/J. 21/98, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, t. VII, marzo de 1998, p. 18.

desproporción y por lo mismo, las medidas cautelares son susceptibles de ser modificadas, sustituidas, aumentadas, disminuidas o en su caso, revocadas.

Ampliando lo anterior, las medidas cautelares están condicionadas a que las circunstancias que dieron origen no cambien y en caso contrario, es decir, de existir una variación, si el juez considera que dicha medida no está ya de acuerdo con la nueva situación, puede dictar la revocación de la medida a favor del afectado.

Cabe decir que las medidas cautelares pueden ser revocadas en dos supuestos jurídicos, como lo argumenta el autor Héctor González Chévez, primero, que *“...existan hechos supervinientes o que no pudieron ser tomados en cuenta al momento de dictarse, o bien mediante recurso que en su contra se interponga, pero antes de que se pronuncie sentencia definitiva en el juicio”*²⁹, pudiendo interponerse, por ejemplo, el juicio de amparo. Recordemos el supuesto que contiene el artículo 133-bis del Código Federal de Procedimientos Penales en materia de arraigo que establece *in fine* que el afectado podrá solicitar que el arraigo quede sin efecto, por considerar que las causas que dieron origen a la medida han desaparecido, por lo que el juez penal escuchará al Ministerio público de la federación y resolverá sobre la procedencia del afectado o arraigado, pudiendo revocarlo si lo estima procedente.

1.4.5. JURISDICCIONALIDAD.

De acuerdo a la doctrina, la jurisdiccionalidad constituye otra de las características esenciales de las medidas cautelares.

Este principio exige que las medidas cautelares sean indefectiblemente dictadas por un juez competente, en este caso, nos referimos al juez de control.

²⁹ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 81.

Derivado de este principio, lo que se pretende es garantizar los derechos de naturaleza procesal³⁰ y de forma especial se busca controlar las restricciones a la libertad personal.

La autora Coral Aragüena Fanego afirma que: *“Consecuencia de este carácter jurisdiccional de las medidas cautelares reales, es que su adopción esté reservada a los órganos jurisdiccionales, estando por consiguiente vedada tanto a los órganos administrativos, como a los arbitrales”*.³¹

En nuestro derecho vigente y en virtud de las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación en fecha 18 de junio de 2008, el artículo 16 dispone en su párrafo décimo cuarto sobre los jueces de control lo siguiente:

“Art. 14.- ..

..

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes...”.

Las reformas constitucionales citadas consagran el sistema acusatorio, cuyas bases o fundamentos son los principios de publicidad y oralidad, suprimiéndose

³⁰ “Los derechos fundamentales de naturaleza procesal significan tanto una manifestación general del Estado de derecho –la de acceso a la jurisdicción– como garantías procesales que hasta épocas recientes se habían formulado sólo como principios de derecho objetivo (*in dubio pro reo, nemine damnetur nisi audiatur, audiatur et altera pars*, entre otros) y que en la actualidad, para destacar su importancia y reforzar su tutela, aparecen revestidos de la forma de derechos fundamentales [...] Los derechos y garantías se concretan y definen con mayor precisión cuando se trata de procesos penales: en estos casos, se proclaman expresamente derechos, como la prohibición de la tortura, la presunción de inocencia y la doble instancia”. Carlos Faustino Natarén Nandayapa, *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000*, UNAM, México, 2006, pp. 10 y 19.

³¹ ARAGÜENA FANEGO, Coral. Teoría General de las Medidas Cautelares reales en el proceso penal español. Op. Cit. p. 88.

la etapa judicial instructora, la cual es sustituida por una fase pre-procesal de investigación, la cual carece de valor probatorio, y tanto el enjuiciamiento como la prueba son trasladados al juicio oral, observándose de esta manera la introducción de los procedimientos abreviados en los que hay un debate y se actúa, bajo la aceptación del acusado, por ello, se habla del principio del consenso, como medio de pacificación del conflicto, con lo que se crean limitaciones a la Fiscalía o Ministerio Público

Según consta en el párrafo décimo cuarto del artículo 16 constitucional, todos los poderes judiciales de los estados y el federal contarán con los llamados jueces de control, los cuales deberán de resolver, de manera inmediata, y por cualquier medio, sobre las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, las cuales necesiten un control judicial, pero, garantizando en todo momento los derechos de los indiciados, de las víctimas u ofendidos. El párrafo del numeral establece la obligación de que exista un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre los jueces de control y el Ministerio Público, así como otras autoridades competentes. Recordemos que es el Ministerio Público el encargado de solicitar al juez de control el otorgamiento de la medida cautelar que se requiera y el segundo deberá decidir sobre la procedencia o no de tal petición.

1.4.6. MANIFESTACIÓN DE UN INTERÉS PÚBLICO.

En puntos anteriores de esta investigación hemos señalado que las medidas cautelares son, por naturaleza, instrumentos que utiliza la autoridad para garantizar un debido proceso; son provisionales, ya que desaparecen en un momento determinado, al haber cumplido su cometido y sobre todo, son de interés público.

En el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigación Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México podemos encontrar la siguiente

definición de interés público, es: *“el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado”*.³² Esta idea doctrinaria incorpora elementos importantes en materia del interés público como son las necesidades colectivas o generales, la comunidad y la intervención del Estado.

El vocablo “interés”, se refiere al valor o importancia que tiene una cosa para una persona o grupo de ellas, lo que significa la existencia de una estimación que se puede valorar, pero a la vez, la idea de un provecho, resultado o utilidad que esas mismas cosas tienen, *“..una conveniencia o necesidad, tanto en el orden moral como en el material”*.³³ En cuanto al término “público”, éste se refiere a aquello que le pertenece al pueblo, a la comunidad, a las personas en general, y que, por exclusión, que no es de titularidad individual.

Visto lo anterior, pasaremos a explicar la característica que nos ocupa. Señala la autora Coral Aragüena Fanego que: *“Cuando decimos que las medidas cautelares reales constituyen la manifestación de un interés público a la tutela de los derechos del perjudicado por el delito, queremos significar que esta es la conclusión a la que conduce el análisis de las siguientes circunstancias que se verifican en el proceso penal: en primer lugar, el ejercicio de la acción civil por el Ministerio Fiscal, como deber que le confieren los arts. 105, 108 y 781 LECrim. Y 3.4 de su estatuto orgánico (E.O.M.F.), independientemente de que en el proceso haya o no acusador particular, excepción hecha de los supuestos de renuncia o reserva expresa del perjudicado o bien en los casos en que tal acción haya sido objeto de un pronunciamiento civil anterior o constituya una cuestión prejudicial. En segundo lugar, por la tutela cumulativa o eficacia expansiva que se produce en relación a las responsabilidades pecuniarias del art. 111 C.P., e incluso, por el mismo orden de prelación que en dicho artículo*

³² INSITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano*. UNAM-Porrúa México, 1997, t. III. p. 250.

³³ *Idem*.

se consagra. Por último, por la inexistencia o, en todo caso, innecesariedad de iniciativa cautelar parcial en fase sumarial".³⁴

De lo anterior derivamos que existe una gran preocupación del Estado acerca de la reparación de los daños que se producen con el delito, por lo que las medidas cautelares, como ya lo manifestamos con anterioridad, tienden también a garantizar la reparación de tales daños, como acontece en los casos del embargo precautorio de bienes del imputado. Dice la misma autora española que: *"Con la atribución de este deber al Ministerio Fiscal, se da un paso más en la protección de los derechos del perjudicado, ya que nos encontramos con que no solo existe un interés público a la tutela de los derechos privados, sino además un interés público al ejercicio de las acciones en tutela de tales derechos; se trata de dos tipos de intereses públicos que no deben ser confundidos..."*.³⁵ Así, el interés público en materia de tutela de los intereses privados, se pone de manifiesto en los diferentes casos en los que dicha protección es solicitada por el mismo agraviado, lo que se cumple en el momento en que el juez impone el pronunciamiento de la medida cautelar, pero además, la misma norma establece la atribución a un órgano público, en el caso de nuestro derecho el Ministerio Público de la Federación o los correspondientes Ministerios Públicos estatales, de legitimación para ejercer la acción. El autor Pekelis, citado por la autora Coral Aragüena Fanego apunta lo siguiente: *".. no ya la satisfacción del mencionado interés de la tutela de los intereses privados con independencia de que haya mediado instancia del particular interesado, sino más bien un interés diverso. No se trata simplemente del interés a que el particular, tiene razón, sea tutelado independientemente de su solicitud, sino del ulterior interés a que sea sometido al Juez el examen de los casos en que el particular pueda tener razón. Con ello el Estado parece querer expresar su voluntad de que no sólo se de la razón a quien la tenga,*

³⁴ ARAGÜENA FANEGO, Coral. Teoría General de las Medidas Cautelares reales en el proceso penal español. Op. Cit. p. 112.

³⁵ Idem.

sino además, que en todos los supuestos en que es posible que el particular tenga razón, se acuda al proceso".³⁶

En cuanto a la tutela cumulativa o eficacia expansiva, ésta representa otra manifestación del interés público en la protección de los intereses del perjudicado por el delito. Este tipo de tutela hace referencia a que la cuantía a que asciende el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan ser declaradas en la sentencia que ponga fina al juicio, se va a determinar atendiendo al montante total a que posiblemente asciendan tales responsabilidades. Es por lo anterior que la autora española concluye acertadamente que: *"De aquí que las medidas cautelares reales no sean solamente instrumento de tutela de los singulares intereses patrimoniales ya que, una vez acordadas, extienden ope legis su eficacia a todos los créditos enumerados en el art. 111 C.P., aunque respetando el orden de prelación fijado, en la satisfacción de los créditos"*.³⁷

Por tanto, la finalidad que persigue dicha tutela cumulativa es doble, en opinión de los autores españoles, ya que por una parte, se impide que la posición privilegiada de ciertos acreedores de intereses pecuniarios constituidos en parte en el proceso penal, pueda llegar a causar un perjuicio o a hacer inoperante la probabilidad de que sean satisfechos los intereses de otras personas las cuales por alguna razón, no hagan valer los mismos durante el proceso penal; por otra parte, se evita que un tardío ejercicio de la acción civil haga infructuosa dicha pretensión debido a una rápida ocultación de los bienes por el responsable civil, por ello, sólo en base al ejercicio acumulativo de la acción civil a la penal y a partir de que resulten indicios de la conducta delictiva de una persona, se deberá proceder al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias.

³⁶ ARAGÜENA FANEGO, Coral. Teoría General de las Medidas Cautelares reales en el proceso penal español. Op. Cit. p. 113.

³⁷ Ibid. p. 114.

Así también, otro caso o manifestación de cómo el Estado hace suyo el interés de que el perjudicado por el delito sea reparado por los daños sufridos lo constituye el hecho de que en la medida cautelar resulte irrelevante o, innecesario para que puedan adoptarse medidas cautelares dirigidas al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias.

Se desprende entonces que la medida cautelar en el proceso penal tiene un marcado matiz público, ya que en nuestro sistema, a diferencia de otros como el italiano, el Estado asume como propio la función cautelar. En efecto, el Estado ve como suyo el interés y deber de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que el imputado y responsable civil tienen para con las víctimas u ofendidos por el delito.

1.4.7. ANTICIPACIÓN PROVISIONAL DE ALGUNOS EFECTOS DE LA SENTENCIA.

Esta característica es de creación de la doctrina europea la cual sostiene al respecto que las medidas cautelares en algunos casos anticipan provisionalmente algunos efectos de la sentencia principal, y que se encuentran orientadas a prevenir el daño que pudiera derivarse por el tiempo en que tarda en pronunciarse la sentencia definitiva.

Así, gran parte de los doctrinarios europeos han sostenido que, como una característica de las medidas cautelares, éstas se anticipen de manera provisional a algunos de los efectos de la sentencia penal principal, encaminadas hacia la prevención del daño que pudiera causarse por el periodo de tiempo en que el juzgador penal tarda en pronunciarse a través de su sentencia respectiva.

Lo anterior se da en relación al carácter instrumental que tienen las medidas cautelares, esto es, su relación de dependencia de la sentencia principal, por lo

que resulta necesaria su articulación entre los efectos de una posible y eventual sentencia penal que condene al actual imputado y el contenido y esencia de las mismas medidas cautelares, las cuales, en la gran mayoría de los casos, permiten anticipar los efectos de la sentencia principal.

Un claro ejemplo de esta característica es la formal prisión, si bien en un primer momento se restringió la libertad del imputado por acreditarse que existen datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, si la sentencia resulta condenatoria, los efectos de la prisión preventiva cesarán pero el sentenciado continuará privado de su libertad, aunque también es cierto que el tiempo que haya estado bajo prisión preventiva se le tomará en consideración para efecto de compurgar la condena definitiva. Por lo tanto, es evidente que la medida cautelar consistente en la prisión preventiva anticipó provisionalmente algunos de los efectos de la sentencia definitiva. A este respecto, el artículo 18 constitucional, párrafo primero advierte que:

“Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.

El artículo 19 constitucional, en su párrafo segundo advierte que:

“El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.

De esta manera, el Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva en el caso de que otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, en el desarrollo de la investigación, la protección de personas como la víctima el ofendido, de los testigos o de la misma comunidad o haya sido sentenciado el imputado previamente por la comisión de un delito doloso.

El mismo párrafo señala que el juez actuará de oficio y decretará la prisión preventiva en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos, así como en cualquier delito que la ley califique como grave contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y contra la salud en sus distintas modalidades.

Lo mismo acontece en materia de la medida cautelar consistente en el embargo precautorio de bienes, el aseguramiento preventivo de bienes, la imposición de la caución, así como en la reparación de los daños, ya que las medidas que se dicten se adelantan de manera provisional a los efectos que tendrá la sentencia definitiva cuando esta se pronunciada por el juzgador, por lo que las medidas cautelares se orientan a prevenir el daño que pudiera causarse por el tiempo en que tarde en dictarse la sentencia definitiva. Otras hipótesis son: la detención del imputado en casos de flagrancia o urgencia, el arraigo, la orden de aprehensión, la retención por parte del Ministerio Público por cuarenta y ocho horas, la citada prisión provisional por el lapso de setenta y dos horas o la formal prisión. Es por esto que el autor Héctor González Chévez advierte que: *“Si una eventual sentencia condenatoria tendrá como efecto la privación definitiva de la libertad del imputado, dichas medidas cautelares anticipan provisionalmente sus efectos, imponiendo restricciones a la libertad personal, provisionalmente, mientras dure el proceso”*.³⁸

³⁸ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 84.

Algunos Códigos estatales están a la vanguardia en materia de medidas cautelares. Tal es el caso del Código de Procedimientos Penales de Morelos de noviembre de 2007, así como el Código de Procedimientos Penales para el estado de Chihuahua, los cuales incorporan. Dichos ordenamientos adjetivos incorporan entre otras medidas las siguientes:

- “a) La prohibición de acercarse a una o a varias personas;*
- b) La restitución provisional de los derechos de las víctimas u ofendidos;*
- c) La vigilancia a cargo de determinadas personas o instituciones;*
- d) la protección de la integridad física y moral de las víctimas u ofendidos;*
- e) Arraigo en su propio domicilio o en el de otra persona;*
- f) Prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;*
- g) Separación del domicilio;*
- h) Internamiento en centros de salud u hospitales psiquiátricos;*
- l) Cualquier otra medida cautelar cuando favorezca la libertad del imputado (libertad bajo caución o bajo protesta, colocación de localizadores electrónicos)”.*³⁹

Todas estas medidas constituyen un avance significativo en materia de las medidas cautelares, ya que tienen por objeto “..evitar el estado de insatisfacción de un derecho mientras dure el proceso (pericolo di dadivita)”⁴⁰. Además, con tales medidas se anticipan de manera provisional algunos de los efectos de la sentencia principal que se habrá de dictar en su momento procesal.

1.5. REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Las medidas cautelares están sujetas a ciertos requisitos o presupuestos que establecen tanto la Constitución Política vigente, como las leyes secundarias.

³⁹ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 85.

⁴⁰ Idem.

La doctrina ha estimado adoptar como requisitos o presupuestos materiales de decisión para acordar las medidas cautelares el de la apariencia del buen derecho o *fumus boni iuris* y el peligro de demora o *periculum in mora*, no obstante, estos requisitos resultan ajenos tanto al juzgador, como al foro nacional, a la tradición jurídica mexicana y por ende, al proceso penal nacional.

Sin embargo, se estima necesario que los abogados litigantes, los jueces, magistrados, los doctrinarios y estudiosos del derecho penal se familiaricen paulatinamente con estos conceptos y más aún si tenemos en consideración que las medidas cautelares se han elevado a rango de garantías constitucionales, como lo hemos visto. Así, dichas medidas constituyen adelantos en nuestro sistema que debemos analizar, entender y saber aplicar en el ámbito de nuestras labores jurídicas diarias.

Los anteriores requisitos o presupuestos de las medidas cautelares provienen del derecho procesal civil.

El autor Héctor González Chévez recuerda en su obra que: *“Cabe señalar aquí que para que la Suprema Corte de Justicia de la nación haya aceptado finalmente sentar jurisprudencia firme respecto de la apariencia del buen derecho y el peligro de demora como presupuestos materiales de decisión de las medidas cautelares hubo que recorrer un largo y sinuoso camino, particularmente tratándose de la medida cautelar por excelencia en el proceso de amparo; esto es, la suspensión del acto reclamado, en torno a la cual se suscitó el debate, pues algunos reconocidos tratadistas, como Ignacio Burgoa (q.e.p.d.) por ejemplo, así como algunos miembros de la Suprema Corte de Justicia, como Mariano Azuela, se opusieron durante mucho tiempo a aceptar dichos conceptos, bajo el argumento de que sería tanto como prejuzgar anticipadamente sobre el fondo del asunto, mientras que otro sector de la doctrina, como el doctor Fix-Zamudio y el doctor Genaro Góngora Pimentel han sido fervientes defensores de incluir dichos presupuestos para acordar las medidas. Finalmente prevaleció la razón y las corrientes doctrinales que*

*durante décadas ya habían explicado la conveniencia que para el proceso y la función jurisdiccional representa utilizar tales conceptos”.*⁴¹

Estimamos que si la Suprema Corte de Justicia de la nación ha accedido a aceptar los conceptos mencionados como presupuestos o requisitos de las medidas cautelares, no hay más que discutir, pues se trata de un tema por demás ya superado, por lo que a continuación hablaremos sobre los dos conceptos y presupuestos o requisitos de las medidas cautelares: el peligro en la demora y la apariencia del buen derecho.

1.5.1. PELIGRO EN LA DEMORA (PERICULUM IN MORA).

Este requisito que deriva del derecho procesal civil se explica de la siguiente manera. Es claro que el tiempo que tarda en pronunciarse la sentencia definitiva en el proceso penal, desde que inicia el mismo hasta que concluye mediante la sentencia respectiva, por lo que en ese tiempo que va de un extremo al otro existe un temor real. El *periculum in mora* constituye la base de las medidas cautelares y se origina por el temor a que se pueda producir un daño durante la precedencia del proceso, sea por la temida desaparición de las personas, los medios o bienes que pudieran ser objeto en su momento del cumplimiento de la resolución definitiva, o ya sea, por el temor en que se produzcan daños de imposible reparación a alguna de las partes por la prolongación del proceso penal.

Por lo consiguiente, si no se adoptan las medidas precautorias que correspondan, como la prisión preventiva, el arraigo, el embargo precautorio, el aseguramiento de los bienes, entre otras más, el tiempo que dure el proceso penal hasta el pronunciamiento de la eventual sentencia que ponga fin al mismo que sea condenatoria implica un peligro constante para los fines mismos del proceso y la efectividad de la sentencia que se deba pronunciar. Es

⁴¹ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p.87.

evidente que en ese inter, existe el peligro y temor fundado de que el imputado se pueda sustraer de la acción de la justicia, que no comparezca a las diligencias de mérito, obstaculice el normal desarrollo de la investigación o el proceso, o bien, oculte bienes en que se pueda hacer efectiva la condena a la reparación del daño, por ejemplo, en los delitos contra la salud, en el lavado de dinero, entre otros. Dice el autor Héctor González Chévez que: *“En estos casos se dice que se trata de evitar el peligro de la infructuosidad (pericolo di infruttuosidad), pues existe el temor de que al pronunciarse una eventual sentencia condenatoria ésta no pueda ejecutarse”*.⁴²

Así, el temor de que se puedan producir daños durante el proceso penal están constituidos no por la temida desaparición de todos y cada uno de los medios aptos para que se pueda ejecutar la sentencia de fondo, sino por o que algunos laman “la prolongación del estado de insatisfacción de un derecho durante todo el tiempo que dure el proceso”⁴³. Tal es el caso de la libertad provisional bajo caución o fianza, la restitución provisional de los bienes o derechos de las víctimas u ofendidos, casos en los que los derechos que están en juego no pueden detenerse a esperar hasta el momento en que el juzgador pronuncie la sentencia definitiva sin que se produzcan ciertos daños, algunos de ellos de modo irreparable para las víctimas u ofendidos.

Es por todo lo anterior que la adopción de las medidas cautelares reviste el carácter de urgente.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos adopta este requisito en los siguientes preceptos:

El artículo 16, en su párrafo sexto dice que:

“Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de

⁴² GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 94.

⁴³ Idem.

la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder”.

El mismo artículo en su párrafo octavo dispone que:

“La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días”.

El artículo 19, en su párrafo segundo dispone lo siguiente:

“El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.

El artículo 20, apartado C, fracción quinta, párrafo segundo dispone lo siguiente:

“V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación,

trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación..”.

El mismo numeral, en su apartado C, fracción sexta sostiene lo siguiente:

“VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y..”.

Algunos Códigos de Procedimientos penales estatales, como el de Morelos se refiere de manera muy activa a las medidas cautelares, por ejemplo, el artículo 162, que señala:

“Artículo 162.- Las medidas cautelares en contra del imputado son exclusivamente las autorizadas por la ley, sólo pueden ser impuestas... para los fines de asegurar la presencia del imputado en juicio, evitar la obstaculización del procedimiento y garantizar la seguridad o integridad de la víctima u ofendido”.

La jurisprudencia se ha ocupado ya de este principio de periculum in mora. Por ejemplo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido el siguiente criterio por contradicción de tesis:

“... el peligro en la demora consiste en la posible frustración de los derechos del pretendiente de la medida, que puede darse como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo. En síntesis, la medida cautelar exige un preventivo cálculo de probabilidad sobre el peligro en la dilación, que no puede separarse de otro preventivo

cálculo de probabilidad, que se hace sobre la existencia del derecho cuya tutela se solicita a los tribunales...”.⁴⁴

1.5.2. APARIENCIA DEL BUEN DERECHO (FUMUS BONI IURIS).

Este requisito o presupuesto para acordar una medida cautelar también proviene del derecho procesal civil.

Este requisito debe mucho su desarrollo al jurista italiano Calamandrei, quien argumenta que: *“.. la investigación que realiza el juzgador acerca del derecho de quien insta la medida se limita en todo caso a un juicio de probabilidad y de verosimilitud; es decir, que en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, esto es, que es suficiente que según un cálculo de probabilidades se pueda preveer que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida”.*⁴⁵

La llamada apariencia del buen derecho o fumus boni iuris, se estructura precisamente en una apariencia, esto es, no en la certeza del derecho, toda vez que la declaración de certeza del derecho está en función de la sentencia definitiva. En cambio, en la medida cautelar, basta que el derecho de quien solicita o insta dicha medida aparezca como algo posible o probable, es decir, en un juicio razonable que haga la autoridad, es por ello que se le denomina precisamente: apariencia del buen derecho, esto es, que aparentemente la medida obedece a un buen derecho de quien solicita la medida cautelar, por lo que el aspecto de probabilidad y de la verosimilitud juegan un papel preponderante en el otorgamiento de las medidas cautelares.

⁴⁴ Véase jurisprudencia por contradicción de tesis que aparece con el rubro: SUPSENSIÓN. PORCEDENCIA EN LOS CASOS DE CLAUSURA EJECUTADA POR TIEMPO INDEFINIDO. Visible con el No. Registro: 200,137, materia (s): Común, Administrativa, Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario judicial de la Federación y su gaceta, III, Abril de 1996, Tesis: P/J. 16/96, Página: 36.

⁴⁵ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, (traducción de Sentis Melendo). Op. Cit. p. 89.

Estos aspectos importantes en el requisito de toda medida cautelar parecen no ser cabalmente entendidos por los tribunales federales, por lo que es menester su exacta comprensión para el éxito de la medida cautelar de que se trate.

Es por lo anterior que resulta menester entender la esencia de este importante requisito de las medidas cautelares en materia civil. Dice el autor Héctor González Chévez que: *“Se entiende que dado el carácter sumario con el que normalmente se adoptan las medidas cautelares, se ha considerado que no es necesario que quien solicite la tutela cautelar acredite plenamente en ese momento el derecho que se discute en el proceso, sino que es suficiente un principio de prueba, para que el juez o tribunal se forme un juicio de probabilidad o verosimilitud acerca de la viabilidad de la pretensión del recurrente en el juicio principal, que le sirva de base para acordar la medida, claro está, sin prejuzgar el fondo del asunto”*.⁴⁶

Es así que, en el proceso cautelar que dicho sea, es sumario, se limitan los medios de defensa, tanto en relación con los medios de prueba que se puedan aportar como a la disponibilidad de un periodo probatorio propio, a diferencia con el proceso ordinario en el cual existe mayor amplitud en esos aspectos. De esta manera, se justifica que para poder adoptar una medida cautelar no sea un requisito necesario el demostrar en ese momento la existencia de un derecho, sino que es suficiente que el derecho de quien insta la medida cautelar aparezca como probable para que la autoridad otorgue la medida. Así, la autoridad se forma un juicio de verosimilitud probable y provisional acerca de la viabilidad de lo pretendido, o como lo apunta el autor Héctor González Chévez: *“.. lo que es lo mismo, es suficiente que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la sentencia definitiva resultará favorable al peticionario de la medida, sobre todo porque implica, en la mayoría de los casos, una injerencia en la esfera jurídica de la contraparte”*.⁴⁷

⁴⁶ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 88.

⁴⁷ Ibid. p. 89.

Una característica interesante de las medidas cautelares en materia civil, por ejemplo, el embargo precautorio, el arraigo, la pensión provisional alimentaria, entre otras, que las mismas pueden quedar sin efecto en el caso de que la contraparte otorgue a su vez lo que se denomina “contra-cautela”, esto es, un caución suficiente para responder sobre lo reclamado.

A efecto de trasladar lo anterior al proceso penal tenemos que la apariencia del buen derecho o *fumus boni iuris*, como requisito para que se decrete una medida cautelar, necesita que la autoridad se forme un juicio provisional e indiciario sobre la probabilidad de que la sentencia definitiva que se pronuncie sea condenatoria, esto significa que la probabilidad de éxito de la pretensión del que ejercita la acción y solicita la medida que en materia penal es el Ministerio Público.

De lo anterior se colige que los presupuestos o elementos materiales que se requieren para que la autoridad judicial pueda acordar una medida cautelar son los contenidos en el artículo 16 constitucional, párrafo tercero que a la letra señalan:

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

Así, el párrafo citado dispone que los elementos o requisitos necesarios para que la autoridad judicial pueda decretar la medida de arraigo solicitada por el Ministerio Público, previo juicio de posibilidad o verosimilitud son: a) que obren datos que establezcan que se ha cometido un delito y que exista la posibilidad de que el indiciado lo haya cometido o bien, que haya participado en su comisión.

De esta forma, para que la autoridad judicial decrete la medida cautelar que corresponda basta con que dichos elementos constitucionales aparezcan como probables, por lo que se deben acreditar sólo de manera indiciaria.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido el siguiente criterio por contradicción de tesis:

“El artículo 107, fracción X, de la Constitución General de la República, establece como uno de los requisitos para la procedencia de la suspensión del acto reclamado en el amparo, el de tomar en cuenta la naturaleza de la violación alegada; esto es, el juzgador deberá realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante, que podrá cambiar al dictar la sentencia definitiva, pues el hecho de que anticipe la probable solución de fondo del juicio principal, es un adelanto provisional, sólo para efectos de la suspensión. Tal anticipación es posible porque la suspensión se asemeja, en el género próximo, a las medidas cautelares.... En este aspecto cabe señalar que son dos los extremos que hay que llenar para obtener la medida cautelar: 1) Apariencia de buen derecho y 2) Peligro en la demora. La apariencia de la existencia del derecho apunta a la credibilidad objetiva y sería que descarte una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento superficial, dirigido a lograr una decisión de mera posibilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso.... En síntesis, la medida cautelar exige un preventivo cálculo de probabilidad sobre el peligro en la dilación, que no puede separarse de otro preventivo cálculo de probabilidad, que se hace sobre la existencia del derecho cuya tutela se solicita a los tribunales”.⁴⁸

⁴⁸ Véase jurisprudencia por contradicción de tesis que aparece con el rubro: SUSPENSIÓN. PROCEDENCIA EN LOS CASOS DE CLAUSURA EJECUTADA POR TIEMPO INDEFINIDO. Visible con el No. Registro: 200,137, materia (s): Común, Administrativa, Constitucional, Novena época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, III, Abril de 1996, Tesis: P/J. 16/96, Página: 36.

Estimamos que de la exacta comprensión y aplicación de los anteriores conceptos por parte de los tribunales federales, corresponderá el éxito, pero sin abuso de las medidas cautelares en nuestro país, ya que se trata de medidas que requieren de mayor madurez en su concepción y aplicación.

CAPÍTULO SEGUNDO.

MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.

2.1. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES:

Existen varios criterios de clasificación de las medidas cautelares, sin embargo, es una realidad que también impera un consenso entre los doctrinarios a efecto de distinguir dos grandes tipos o clases de medidas cautelares: las personales y las reales. De esta opinión es el autor Héctor González Chévez al señalar que: *“Desde otro ángulo la doctrina clasifica las medidas cautelares penales en personales y reales o patrimoniales, las primeras atendiendo a que están vinculadas con la libertad personal, como la detención, la orden de aprehensión, el arraigo, la prisión preventiva, la libertad bajo protesta y la libertad bajo caución. Las segundas porque inciden en el patrimonio del inculpado, como el aseguramiento de bienes, el embargo precautorio penal, fianzas o la anotación registral, entre otras”*.⁴⁹

Efectivamente, debemos tener presente que existen medidas cautelares en materia penal como las citadas por el autor y las correspondientes a otras materias como el Derecho Civil y el familiar, las cuales cuentan también con sus propias medidas como el embargo precautorio, la pensión alimentaria provisional, entre otras.

2.1.1. REALES.

Las medidas cautelares reales, como su nombre lo indica, tienen por objeto restringir los derechos patrimoniales del imputado durante la realización del proceso penal, por lo que su objetivo es bastante claro: asegurar el pago de la eventual indemnización por concepto de daños y perjuicios a que pudiera ser

⁴⁹ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. pp. 71 y 72.

condenado el probable responsable o la multa que se le pudiera aplicar como sanción, así como las costas y gastos erogados en el proceso.

Son medidas procesales del órgano jurisdiccional que, recayendo de modo exclusivo sobre el patrimonio del legalmente obligado a su prestación, están específicamente orientadas al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho punible por el que se procede, a declara en su día en la sentencia.

Las medidas cautelares de carácter real deberán ser aplicadas en aquellos casos en los que la sentencia sea de carácter patrimonial, como lo es el caso de imposición de multas, costas o la obligación de indemnizar independientemente de la posibilidad de ejercitar acción civil indemnizatoria surgida del mismo hecho típico.

A este respecto, el autor Héctor González Chévez apunta que: *“Aunque la mayoría de las medidas cautelares reales tienden a asegurar el contenido civil del fallo condenatorio, también pueden tener como fin asegurar contenidos penales o procesales, como el decomiso de los objetos, instrumentos o productos del delito, el pago de las multas o las sanciones pecuniarias”*.⁵⁰ Así es, por esto en la mayoría de las legislaciones de los Estados y a nivel federal dichas medidas están perfectamente reguladas.

El autor Sergio García Ramírez agrega con toda razón que: *“...por contraste, la mayor importancia corresponde a las providencias asegurativas que se adoptan con respecto a los bienes”*.⁵¹

A manera de conclusión, tenemos que las medidas cautelares reales tienen por finalidad asegurar los posibles daños y perjuicios que puede ser el resultado de

⁵⁰ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 72.

⁵¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1988, p. 573.

un hecho delictivo, así también, garantizar el pago de todos los gastos generados por el proceso a la víctima.

Dentro de las variadas formas de medida cautelar real podemos invocar la presentación de una caución para efecto de que el presunto pueda gozar del beneficio de la libertad provisional durante el proceso penal, la cual se trata de una medida de naturaleza personal y no real, como algunos podrían pensar, ya que, no sólo implica el depósito en dinero o efectivo, sino de valores, prendas o la constitución de hipotecas sobre los bienes libres de gravámenes, pólizas con cargo a una empresa de seguros, entrega de bienes, fideicomisos, fianza solidaria de una o más personas solventes o cualquier otro medio idóneo. En estos casos e independientemente de que se trata de un derecho constitucionalmente establecido a favor de los imputados, también es cierto que se trata de una medida que representa también un detrimento o restricción en el patrimonio de la persona, y en ciertos casos, de extraños o terceros.

2.1.2. PERSONALES.

Las medidas cautelares personales tienen por objetivo asegurar la presencia física y disposición del imputado a lo largo de todo el juicio, incluyendo cualquier tipo de actos o diligencias, también, garantizar la seguridad de la víctima, ofendido, testigos de los hechos y de la sociedad en general y, evitar la obstaculización del procedimiento o el desarrollo en la investigación de los hechos delictivos.

Las medidas cautelares personales se definen como: *“Aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal, que pueden adoptar en tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento”*⁵². Las medidas cautelares

⁵² LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2002, pag. 45.

personales que más frecuentemente se observa en las legislaciones adjetivas son las siguientes: a) la prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual se reside o del ámbito territorial que fije el juez, b) la obligación de someterse a la vigilancia

Las medidas cautelares de carácter personal deberán ser aplicadas si el delito imputado ordena penas que exigen la presencia física del sujeto para su ejecución.

Dice el autor Juan Carlos Marín sobre estas medidas que: *“...tienen por objeto privar o limitar la libertad del imputado durante el curso del proceso y debieran cumplir estrictos fines procesales, esto es, asegurar la comparecencia del imputado al juicio oral y la eventual ejecución de la pena”*.⁵⁰

Las principales medidas cautelares en un proceso penal, de acuerdo al grado de afectación a los derechos del imputado son las que a continuación se enumeran:

- a) Citación.
- b) Detención.
- c) Alternativas a la prisión preventiva, como la prohibición de aproximación a lugares o personas, obligación de presentación periódica, el arresto domiciliario.
- d) Prisión preventiva con derecho a libertad caucional.
- e) prisión preventiva sin libertad caucional.

El Código Modelo del Proceso Penal acusatorio para los Estados de la Federación, aprobado el 16 de octubre de 2008 por la Comisión Nacional de los Tribunales Mexicanos, cuyas siglas son: *CONATrib*, establece las medidas cautelares personales siguientes:

⁵⁰ MARÍN, Juan Carlos. *“las medidas cautelares procesales en el nuevo código procesal penal chileno”*. Serie de Cuadernos de Trabajo, número 26, ITAM, México, 2002, p. 10.

- a) La prohibición de salir sin autorización del país, de una localidad en la cual reside e del ámbito territorial que determine el juez;
- b) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informa regularmente al juez;
- c) la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que éste designe;
- d) La colocación de localizadores electrónicos, sin que medie algún tipo de violencia física o moral contra el imputado;
- e) El arraigo, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el juez disponga;
- f) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;
- g) La prohibición de convivir o de comunicarse con ciertas personas, siempre que ello no afecte su legítimo derecho de defensa;
- h) En materia de agresiones a mujeres, niños o en delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la separación inmediata del domicilio conyugal;
- i) La prisión preventiva.

Otra medida cautelar personal es el internamiento en un centro de salud u hospital psiquiátrico, en aquellos casos en que el estado de salud del imputado así lo requiera. No obstante, no todos los códigos procesales del país han adoptado esta medida.

Finalmente y de manera excepcional, podemos agregar que es factible incluir como una medida cautelar personal la suspensión del imputado en el ejercicio del cargo o comisión que desempeña, cuando se le atribuya un delito llamado “funcional”, es decir, que está relacionado con determinadas funciones o cargos públicos, esto es, que tenga el carácter de servidor público en término de lo establecido por el artículo 108 constitucional, un ejemplo de esto serían los delitos cometidos por servidores públicos en detrimento de la administración

de justicia o aquellos otros en los que la pena se agrava cuando el sujeto activo tiene el carácter de servidor público.

Adyacentemente a lo anterior, otra medida cautelar es la inhabilitación para realizar cierta conducta, en el caso de los delitos cometidos por servidores públicos, además de la pena de prisión que corresponda, se les sanciona con la inhabilitación para desempeñar cualquier cargo o comisión en el servicio público sea federal o estatal.

2.2. LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS AFECTADOS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.

El presupuesto primario señala que toda persona gozará de los Derechos Humanos que nuestra Constitución Política vigente establezca y además, aquellos otros que se encuentren en los tratados internacionales firmados y ratificados por el Senado de la República, de conformidad con el texto del artículo 1º del Pacto Federal, reformado y adicionado en el años 2008 al siguiente tenor:

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

El párrafo segundo del mismo numeral dispone que todas las normas relativas a los Derechos Humanos deberán ser interpretadas de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales sobre la misma materia favoreciendo en todo momento a las personas y brindándoles la protección más amplia:

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

El párrafo tercero del numeral en cita establece la obligación de todas las autoridades, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, para promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de acuerdo con los principios jurídico-filosóficos de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Por consiguiente, el Estado Mexicano deberá intervenir para efecto de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a estos derechos de las personas:

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

Desprendemos de lo anterior que el respeto, promoción, protección y garantía de los Derechos Humanos constituye una prioridad de todas las autoridades en nuestro país, sin importar el nivel de gobierno de que se trate: federal, local o municipal.

Sin embargo, es menester reconocer que las medidas cautelares en el proceso penal tienen como característica en la gran mayoría de los casos la limitación provisional de los derechos y libertades de los imputados y en el caso particular de las medidas cautelares personales, la finalidad es restringir la libertad personal o deambulatoria.

El estado natural de los seres humanos es el de ejercicio pleno de sus variadas libertades, por lo que la Constitución Política del país y las demás leyes en la materia así lo establecen, pero también de manera negativa prohíben cualquier

acto que tienda a menoscaba o impedir en el legítimo derecho a ejercer dichas libertades, con las excepciones que disponen las propias leyes.

En ese sentido, el artículo 14, párrafo segundo del Pacto Federal señala que:
“Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, 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”.

A primera vista daría la impresión de que la aplicación de una medida cautelar personal constituiría una violación a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, ya que constituiría una privación de la libertad, por lo que la medida derivaría en inconstitucional, sin embargo, esta apreciación somera pierde sustento toda vez que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado en siguiente criterio:

“ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA. DISTINCIÓN.

El artículo 14 constitucional establece en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos 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; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, 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 consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los actos privativos respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, los autoriza solamente a través del cumplimiento

de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que se cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando proceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento.... Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional".⁵¹

De esto se colige que, una de las principales características de las medidas cautelares es precisamente la provisionalidad, por ello, la afectación a los derechos de los imputados ya sea en su persona o en sus bienes sólo es de carácter provisional o temporal, por lo que tales medidas son actos de molestia y no privaciones de la libertad o actos privativos, por lo que las citadas medidas resultan totalmente apegadas al marco constitucional y más aún si tenemos presente que en el artículo 16 del Pacto federal se contienen varias medidas cautelares de las que ya hemos hablado en el capítulo anterior de esta investigación documental, como es el caso de la orden de aprehensión, la detención en casos de flagrancia o de urgencia y la retención ante el Ministerio Público por el término de cuarenta y ocho horas mientras aquél decide la situación jurídica del imputado.

⁵¹ Visible con el No. Registro: 200.080. materia (s): Común, Novena época, Instancia: Pleno, Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su gaceta, IV, Julio de 1996, Tesis: P/J. 40/96, página 5.

Es por esto que coincidimos con el autor Héctor González Chévez cuando severa que: *“Por lo que debemos concluir que en la restricciones a la libertad personal derivadas de una medida cautelar personal el derecho fundamental afectado es aquel al que se refiere el artículo 16 constitucional, reputados como actos de molestia, distintos de los actos privativos a los que se refiere el artículo 14 constitucional”*.⁵² De esta manera, las medidas cautelares son instrumentos al servicio de la autoridad en busca de la verdad jurídica y que se trata de actos de molestia que están apegados a los Derechos Humanos de las personas en virtud de su carácter provisional o temporal.

2.3. FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.

De acuerdo con los criterios esgrimidos tanto por la ley, la doctrina y por la jurisprudencia, podemos manifestar que la finalidad de las medidas cautelares personales es evitar que el imputado se substraiga de la acción de la justicia, así como asegurar su presencia física en todas y cada una de las diligencias que sean necesarias, así como en el proceso penal mismo en caso de la consignación penal. Asimismo, estas medidas personales persiguen garantizar la integridad o la seguridad material de las víctimas u ofendidos por el delito, testigos, peritos, así como evitar que se pudieran producir daños a la sociedad misma en los delitos considerados graves o en los casos de reincidencia o de delincuencia organizada.

Podemos advertir que las medidas cautelares personales tienen varias finalidades como las antes citadas, por lo que el uso de dichas medidas se justifica plenamente durante la indagatoria y aún en el proceso penal.

⁵² GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 130.

2.4. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES:

A continuación hablaremos de manera general sobre las principales medidas cautelares personales en materia penal reconocidas tanto por las leyes como por la doctrina procesalista.

2.4.1. CITACIÓN.

Entendemos por citación: *“Llamamiento judicial hecho a persona o personas determinadas para que se presenten a un juzgado o tribunal en el día y hora que se les señale para realizar alguna diligencia o tomar conocimiento de alguna resolución o reclamación susceptible de afectar a sus intereses.*

*Es una especie de notificación que, como esta, forma parte de los llamados actos de comunicación procesal”.*⁵³

De esta suerte, la citación es el llamado que hace la autoridad judicial o el Ministerio Público a una o varias personas para que se presenten obligatoriamente ante la autoridad de que se trate el día y hora que éste disponga para la realización de alguna diligencia o para notificarse de alguna determinación o imponerse de alguna reclamación que pueda afectar sus intereses jurídicos.

Las citaciones son requisitos esenciales que la autoridad debe cumplir para interactuar con los gobernados, imputado, su defensor, testigos, peritos, víctimas u ofendidos, entre otros, durante la indagatoria o en el proceso penal.

⁵³ DE PINA, Rafael y Rafael DE PINA VARA. Diccionario de Derecho. Op. Cit. p. 157.

2.4.1.1. CASOS EN QUE PROCEDE.

Bajo esta premisa, cabe agregar que el artículo 73 del Código Federal de Procedimientos Penales establece la obligación de toda persona a presentarse ante los tribunales y ante el Ministerio Público cuando sea citada, por lo que la procedencia de esta medida está en relación directa con el rumbo de la investigación o el desarrollo del proceso. La citación tiene el objetivo de cumplir con alguna diligencia de ley que corresponda, con la excepción lógica de padecer alguna enfermedad que lo impida o bien, la persona padezca alguna otra imposibilidad física para presentarse:

“Artículo 73.- Con excepción de los altos funcionarios de la Federación, toda persona está obligada a presentarse ante los tribunales y ante el Ministerio Público cuando sea citada, a menos que no pueda hacerlo porque padezca alguna enfermedad que se lo impida, o tenga alguna otra imposibilidad física para presentarse”.

Una excepción derivada de este numeral lo constituyen los altos funcionarios, quienes no están obligados a acudir en el momento en que sean requeridos por las autoridades judiciales y el Ministerio público, en razón de las múltiples y vitales encomiendas funciones que realizan en los tres niveles de gobierno.

El artículo 74 del mismo ordenamiento señala las formas en que pueden hacerse las citaciones:

“Artículo 74.- Las citaciones podrán hacerse verbalmente, o por cédula, o por telégrafo, anotándose en cualquiera de esos casos la constancia respectiva en el expediente.

La cédula se asentará en papel oficial y deberá ser sellada por el tribunal o el Ministerio Público que haga la citación”.

Hablando específicamente de la citación como una medida cautelar penal, debemos mencionar que la doctrina no se ha manifestado en su totalidad por considerarla como una medida cautelar. Se dice que no es provisional en razón

de que dicha medida se consume de manera inmediata, a diferencia de las demás medidas que se proyectan a través de los días, como el arraigo. La citación es una medida que se agota en sí misma, se ordena y termina en el preciso momento en que la persona comparece ante la autoridad, por lo que tampoco puede decirse que tenga un carácter instrumental a otra resolución principal.

Pero además, a través de la citación se puede llamar a terceros como los testigos y peritos, personas que están obligados a acudir ante la autoridad y para el caso que no lo hagan, es posible aplicarles una medida apremio como la multa o el arresto, como lo impone el artículo 44 del Código Federal de Procedimientos Penales:

“Artículo 44.- El Ministerio Público en la averiguación previa, y los tribunales, podrán emplear, para hacer cumplir sus determinaciones, los siguientes medios de apremio:

I. Apercibimiento;

II. Multa por el equivalente a entre treinta y cien días de salario mínimo vigente en el momento y lugar en que se realizó o se omitió realizar la conducta que motivó el medio de apremio. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados el de un día de su ingreso;

III. Auxilio de la fuerza pública, y

IV. Arresto hasta de treinta y seis horas.

La atribución prevista en este artículo podrá emplearla el Tribunal respecto de los agentes del Ministerio Público, defensores y los peritos.

El Ministerio Público o el Tribunal podrán dar vista a las autoridades competentes en materia de responsabilidad administrativa o penal que en su caso proceda”.

Así, si el testigo o perito citado no comparece injustificadamente, la autoridad podrá imponer cualquiera de las anteriores medidas de apremio.

Apunta el autor chileno Juan Carlos Marín que: *“Con todo, desde una perspectiva positiva no hay duda que bajo el NCPP la citación es una de las medidas cautelares personales a las que pueden acudir los tribunales”*.⁵⁴ Coincidimos con este doctrinario en el sentido de que, a pesar de las características propias de la citación, se trata de una medida de apremio sui generis y sumamente útil para los tribunales y el Ministerio Público.

2.4.2. DETENCIÓN.

Acto seguido hablaremos de una de las medidas cautelares más importantes en todo proceso penal y ampliamente utilizada por las autoridades en nuestro país, la detención.

2.4.2.1. CONCEPTO.

Dice el autor Juan Carlos Marín que: *“La detención es la privación de libertad de un sujeto por un tiempo breve y determinado con la finalidad de ponerlo a disposición del juez de garantía. Su naturaleza cautelar es reconocida por la mayor parte de la doctrina comparada aun cuando en el último tiempo han surgido algunas voces discrepantes”*.⁵⁵

El vocablo “detención”, encuentra un uso lingüístico simple, significa permanencia provisional en prisión de una persona por existir datos que indiquen que ha cometido un delito. Héctor González Chévez lo define de la siguiente manera: *“Se entiende por detención la restricción de la libertad personal por breve tiempo de un individuo, en contra de quien aparezcan motivos bastantes de ser responsable de la comisión de un delito y de aquel en*

⁵⁴ MARÍN, Juan Carlos. “las medidas cautelares procesales en el nuevo código procesal penal chileno”. Op. Cit. pp. 20 y 21.

⁵⁵ Ibid. p. 23.

contra de quien exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia, por la investigación de un hecho punible".⁵⁶

El autor De Liera señala por su parte que la detención es para efectos del proceso penal lo siguiente: *"... toda privación de la libertad deambulatoria de duración muy breve, dispuesta por la autoridad judicial, el Ministerio Público, o la Policía Judicial, e incluso, en ocasiones, los particulares, en los casos previstos legalmente y que tiene como única finalidad asegurar a la persona del presunto responsable de una infracción penal investigada"*.⁵⁷

Finalmente, los autores Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara argumentan sobre la detención: *"Privación de la libertad de una persona con objeto de ponerla a disposición de una autoridad competente"*.⁵⁸

Creemos que la última opinión de los autores mexicanos resume perfectamente la esencia de la detención como una medida cautelar penal, al decir que se trata de la privación de la libertad de una persona con objeto de ponerla a la disposición de una autoridad competente con motivo de la realización de hechos presumiblemente delictivos. En esencia, la detención implica un acto de molestia y no privativo de la autoridad, ya que la privación de la libertad es legal por provenir de una autoridad la cual funda y motiva la causa de la medida, la cual será provisional, mientras se resuelve la situación jurídica del imputado.

2.4.2.2. CLASES DE DETENCIÓN:

La detención de una persona puede deberse bien a la comisión de una conducta ilícita o a fines diferentes al proceso penal, como es la detención de un menor de edad; la de los incapaces; la de personas que padezcan

⁵⁶ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 163.

⁵⁷ Citado por MORENO CATENA, Víctor. El Proceso Penal, vol II. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1559 y 1561.

⁵⁸ DE PINA, Rafael y Rafael DE PINA VARA. Diccionario Jurídico. Op. Cit. p. 247.

enfermedades contagiosas; la de un extranjero que hubiese ingresado al país de manera ilegal o la detención de la persona declarada en quiebra. De la misma manera, hay otro tipo de detenciones que son ajenas al proceso penal, por ejemplo, en materia de infracciones administrativas, hipótesis en las que se conduce el presunto infractor ante un juez de cívico. Igual sucede cuando se realizan operativos policiales con motivo de algún programa y por ello se procede a revisar a ciertas personas que transiten por las calles, las que viajen en algún medio de transporte público o en sus propios vehículos, incluyendo, el alcoholímetro, por ejemplo. En estos casos, se trata de una verdadera detención, ya que se priva temporalmente de su libertad deambulatoria a una o varias personas y si de las revisiones se desprende la posible comisión de algún delito, se presentará a la persona ante el Ministerio Público para el inicio de la averiguación previa, por ejemplo, si la persona revisada porta una arma de fuego o arma blanca, drogas, entre otros casos.

Por lo anterior, señala acertadamente el autor Héctor González Chévez que: *“La detención para los fines del proceso penal constituye una medida cautelar, en cuanto tiene por fundamento la presunta responsabilidad de una persona en la comisión de un delito”*.⁵⁹

En nuestro país, la detención puede ser realizada por la Policía Investigadora, otrora Policía Judicial, la Policía Preventiva, los miembros de los cuerpos de seguridad privada, las autoridades fiscales, las aduaneras, las migratorias y las fuerzas y cuerpos de seguridad que incluyen a los elementos del Ejército y la Armada, e incluso los particulares pueden hacer detenciones.

Existen ciertas detenciones que no constituyen per se medidas cautelares, como es el caso de la orden de presentación, decretada por un juez o el Ministerio Público como medio de apremio ante la incomparecencia de una persona legalmente citada y que reviste el carácter de acusado, testigo, perito, entre otros. En estos casos, no se trata de una medida de apremio

⁵⁹ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 164.

propriadamente, ya que en el momento en que las personas se presentan ante la autoridad se cumple con la determinación y por tanto la persona presentada queda libre.

En el caso de la orden de reaprehensión, es decir, cuando una persona se ha sustraído de la acción de la justicia, por ejemplo, si se ha fugado de la prisión o ha inobservado la medida de seguridad, o bien por haber incumplido con la obligación de acudir a firmar al juzgado en el caso de que goce de la libertad bajo caución, tampoco se trata de una medida cautelar, ya que los requisitos de procedencia de la reaprehensión no son los mismos que los de la medida cautelar penal.

Nuestra Constitución Política vigente distingue la detención o aseguramiento de una persona para efectos del proceso penal en los casos de flagrancia, urgencia y el que se desprende de la orden de aprehensión. A continuación hablaremos brevemente de las dos primeras formas de detención.

2.4.2.2.1. DETENCIÓN EN FLAGRANCIA.

Los autores Rafael de Pina y Rafael de Pina vara definen el delito flagrante de esta manera: *“Considérase que el delito es flagrante cuando es descubierto en el momento de su ejecución, o en aquél en que el autor es sorprendido cuando lo acaba de cometer”*.⁶⁰

Jorge Alberto Silva Silva apunta: *“Otro supuesto o vía para lograr la detención preventiva es la llamada flagrancia (evidencia facti). El término proviene de flagrantia, flagrantiae, cuyo significado es arder, brillar, estar flameante,*

⁶⁰ DE PINA, Rafael y Rafael DE PINA VARA. Diccionario de Derecho. Op. Cit. p. 292.

*incandescente, y que metafóricamente, al pasar al derecho y aplicarse al delito, significa delito resplandeciente, o actualidad del delito”.*⁶¹

De lo anterior se desprende que la idea o concepto de flagrancia supone la relación íntima entre un hecho concebido como delito y su autor, pero unidos o concatenados por el elemento sorpresa. Por esta razón dice el jurista italiano Manzini que: *“El arresto de 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 provisionalmente de su libertad personal un sujeto autorizado, para ponerla a disposición de esa misma autoridad”.*⁶²

La flagrancia al igual que el caso urgente constituyen también las dos excepciones al principio que en el proceso penal acusatorio ninguna persona puede ser detenida si no es mediante orden emitida por un juez competente.

La Constitución Política general del país, en su artículo 16, párrafo quinto contiene la figura de la detención en flagrancia en los siguientes términos:

“Artículo 16.- ..

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención”.

Así, en caso de flagrancia, es decir, cuando se detiene a una persona en el momento en que está cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, casos en que cualquier persona podrá detener al delincuente y proceder inmediatamente a ponerlo a disposición, sin demora, a la autoridad más cercana y ésta deberá hacer lo mismo ante el Ministerio Público, debiendo

⁶¹ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, 2ª edición, Editorial Harla S.A., México, 1982, p. 502.

⁶² MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal, t. III, Editorial EJE, Buenos Aires, 1952, p. 601.

existir un registro de la detención en ese supuesto. Una vez que el Ministerio público reciba al detenido procederá a iniciar la indagatoria correspondiente, previa satisfacción del requisito de procedibilidad que corresponda: denuncia, querrela o cualquier otro.

El párrafo séptimo del mismo numeral advierte que:

“...

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”.

De esta suerte, en casos de urgencia o flagrancia, el juez penal que reciba la consignación del detenido deberá de manera inmediata a ratificar la detención o en su caso a decretar la libertad con las reservas de ley del detenido.

A este respecto, el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación aprobado, en su artículo 184 establece que habrá flagrancia:

“1.-... únicamente cuando el presunto autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después”.

Este mismo numeral, en su párrafo tercero señala que en caso de delito flagrante, cualquier persona podrá realizar la detención del responsable e impedir que el hecho delictivo pueda producir sus consecuencias jurídicas. En este supuesto, la persona detenida será inmediatamente entregada a la autoridad más cercana y ésta hará lo propio ante el Ministerio público, cumpliendo así lo expresado por los párrafos quinto y séptimo del artículo 16 constitucional, sin embargo, el Código Modelo le atribuye ciertas libertades de decisión al Ministerio Público al señalar que ese órgano, luego de examinar las condiciones en que se realizó la detención dispondrá la libertad en caso de que la privación de la libertad no fuere conforme al artículo 16 constitucional y a la ley adjetiva de la materia, en caso contrario, el mismo Ministerio Público tendrá

la obligación de que dentro de un plazo de cuarenta y ocho horas, conduzca al detenido ante el juez de control, sin perjuicio de que pueda fijarle una caución a fin de garantizar su comparecencia ante el juez. El numeral en cita dispone que:

“...

2. La flagrancia se entiende, como Inmediata:

- a) Cuando el imputado sea detenido huyendo del lugar de los hechos;*
- b) Cuando el imputado sea perseguido por la víctima o testigos, sin que alguno lo haya perdido en la persecución;*
- c) Cuando el imputado sea señalado por la víctima o algún testigo presencial y, concuerde con el señalado al ser detenido;*
- d) Cuando el imputado haya sido detenido por un tercero y se encuentre, entre sus pertenencias, algún bien que lo relacione con el delito.*

3. En el caso de flagrancia, cualquier persona podrá practicar la detención e impedir que el hecho produzca consecuencias. La persona aprehendida será entregada inmediatamente a la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud la entregará al ministerio público, quien luego de examinar las condiciones en que se realizó la detención dispondrá la libertad en caso de que no fuere conforme a la Constitución y a la ley; de lo contrario, dentro, de un plazo de cuarenta y ocho horas, conducirá al detenido ante el juez de control. El ministerio público deberá dejar sin efecto la detención cuando no pretenda solicitar prisión preventiva, sin perjuicio de que pueda fijarle una caución a fin de garantizar su comparecencia ante el juez. En caso contrario, ordenará que el detenido sea conducido ante el juez dentro del plazo a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contado desde que la detención se hubiere practicado.

4. Las autoridades de policía que realicen la detención deberán elaborar un registro de la misma, estableciendo la fecha y hora en que el imputado fue detenido o puesto a su disposición”.

Esta atribución dada al Ministerio Público para valorar las condiciones en que se realizó la detención del presunto responsable constituye una especie de

mecanismo de control de la constitucionalidad de tal privación y se justifica con el hecho de que en dicho Código se plantea como presupuesto imperativo la protección irrestricta de las libertades de los gobernados. Así, el Ministerio Público al valorar las condiciones en que fue hecha la detención estará velando por el cabal cumplimiento de lo dispuesto en nuestro Pacto Federal en su numeral 16 antes invocado.

Finalmente, el artículo citado del Código Modelo establece la obligación de las autoridades de policía consistente en elaborar un registro de las detenciones en casos de flagrancia, aclarando la fecha y hora en que el imputado fue puesto a su disposición.

Finalmente, la doctrina conoce varios tipos de flagrancia: la flagrancia propiamente o flagrancia estricta que consiste en la detención que ocurre cuando el delincuente se encuentra cometiendo el delito; la cuasiflagrancia que es cuando se detiene al delincuente después de haber cometido el delito, pero siempre y cuando no se le haya perdido la vista y aún haya sido perseguido desde la realización del hecho delictivo. A este respecto, Julio Acero apunta: *“... cuando no deje de prevalecer siempre como exigencia principal, la racional proximidad del tiempo de la ejecución del delito, para que se considere que su impresión subsiste íntegra y clara como tema de estricta actualidad”*.⁶³

Por último, en la presunción de flagrancia o flagrancia equiparada, el individuo ni ha sido detenido al ejecutar o consumir el delito, ni tampoco ha sido perseguido luego de haberlo cometido. Dice a este respecto el autor Jorge Alberto Silva Silva que: *“Aquí, sólo existen datos que hacen posible pensar que ese sujeto fue el autor. El encontrarle en su poder la cosa robada, o el arma ensangrentada implica una presunción de flagrancia”*.⁶⁴

⁶³ ACERO, Julio. El procedimiento penal. Editorial Cajica, Puebla, 1968, p. 131.

⁶⁴ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Op. Cit. p. 504.

El artículo 184 del Código Modelo recoge los tres tipos o clases de flagrancia explicadas.

2.4.2.2.2. DETENCIÓN EN CASO URGENTE.

El segundo caso de excepción a la regla de que sólo un juez competente puede ordenar la detención preventiva de una persona, es el que la doctrina denomina como “caso urgente” o simplemente “urgencia”.

El artículo 16 constitucional regula el caso urgente en sus párrafos sexto y séptimo en el siguiente tenor.

“Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”.

De la lectura cuidadosa de los párrafos anteriores desprendemos que el caso urgente es otra medida cautelar penal consistente en que en los supuestos en los que en el lugar donde se hubiere cometido un ilícito, no existiera autoridad judicial, que es el facultado para dictar la orden de detención, dicha facultad pasa al Ministerio Público, quien podrá ordenar la detención provisional del imputado. Dice el autor Julio Acero que: *“Por lo que ve a la falta de autoridad judicial en el lugar, debe entenderse respecto de la población, villa o hacienda de que se trate y se concibe perfectamente en todas las rancherías, lugares despoblados o aun en poblaciones de cierta importancia, cuando por algún motivo se carezca de ellos o se hayan ausentado los jueces respectivos; pero*

*no en el sentido de que hasta que no se hayan hecho presentes en la casa, calle o sitio mismo exacto de la comisión del delito”.*⁶⁵

Sin embargo, esta medida cautelar encierra una hipótesis que deja abierta la puerta al subjetivismo, por eso, el don Ignacio Burgoa se manifestó en su contra al decir que: *“abre un limitado campo propicio al subjetivismo de las autoridades administrativas, incluyendo dentro de su tipo funcional y orgánico al Ministerio Público, para atentar contra la libertad personal de los gobernados”.*⁶⁶ Después agrega el maestro que. *“...el artículo 16 constitucional prohija el criterio subjetivo y hasta arbitrario de la autoridad administrativa para determinar la urgencia de un caso y ordenar, por consecuencia, la detención de una persona, pudiendo afirmarse que, merced a la salvedad de que tratamos, se vuelva nugatorio el principio general de que sólo por decisión judicial procede la aprehensión. En otras palabras, al establecer la excepción del caso urgente, el artículo 16 constitucional se suicida en lo que respecta al mencionado principio”.* Resultan duras las palabras del autor, sin embargo, debemos tener presente que lo urgente es característico de toda medida cautelar y en opinión del autor Jorge Alberto Silva Silva, *“...el problema de interpretación del artículo 16 constitucional es que dio el nombre de la receta, pero no enumeró los ingredientes. Aquí convendría definir la urgencia dentro de una sospecha de fuga fundada en actos tangibles que la revelen”.*⁶⁷

El caso urgente constituye una medida cautelar realmente excepcional, ya que en la práctica es difícil que el Ministerio Público haga uso de la misma, es decir, que ordene la detención de una persona bajo la premisa de que se trate de delito grave y que no exista en el lugar de los hechos una autoridad judicial que pueda decretar la orden de privación legal de la libertad correspondiente, en razón de la eventualidad de sucedan los requisitos materiales de procedencia como por la responsabilidad en que puede incurrir el representante social al

⁶⁵ ACERO, Julio. El procedimiento penal. Op. Cit. p. 131.

⁶⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las garantías individuales, 23ª edición, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 581.

⁶⁷ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Op. Cit. p. 506.

decretar la orden de detención de una persona. Sobre el primer punto, esto es, que se puedan actualizar los requisitos materiales de procedencia, de acuerdo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al igual que los códigos procesales penales de las entidades federativas y del Distrito Federal disponen que la detención en caso de urgencia opera cuando el Ministerio público no pueda acudir ante la autoridad judicial por razón de la hora, el lugar o la circunstancia para solicitar la orden de aprehensión, lo cual resulta complicado de verificarse, ya que: *“... difícilmente se presentan en la práctica, si consideramos que tanto en la jurisdicción federal como en las locales se prevé que habrá juzgados de lo penal de guardia o de turno, precisamente para atender promociones que tengan el carácter de urgentes”*.⁶⁸

En cuanto al segundo punto, sobre la responsabilidad del Ministerio público, tenemos que de acuerdo a lo dispuesto por el párrafo sexto del artículo 16 constitucional, el Ministerio Público, bajo su responsabilidad, podrá ordenar la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que le motiven a actuar de esa manera.

De esta manera, el Ministerio Público debe ser muy cuidadoso de no actuar fuera del marco legal, porque puede fácilmente incurrir en algún ilícito, por ejemplo, el Código Penal federal contiene un apartado específico dirigido a los Delitos contra la Administración de Justicia y en su artículo 225, fracción X dispone lo siguiente:

“Artículo 225.- ...

X.- Detener a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la ley, o retenerlo por más tiempo del señalado por el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional”.

El Código Penal para el Distrito Federal contiene un tipo penal similar, contenido en el artículo 293, ubicado en el Capítulo II, Delitos en el ámbito de la procuración de justicia:

⁶⁸ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 195.

“Artículo 293.- Se impondrán de dos a ocho años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, al servidor público que:

I. Detenga a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la ley, o lo retenga por más tiempo del previsto por el párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional...”

Bajo estas premisas, el Ministerio Público debe ser extremadamente cuidadoso al decretar una orden de privación legal de la libertad de una persona, argumentando caso urgente, ya que resulta fácil que su conducta pueda encuadrarse en alguno de los tipos penales antes mencionados.

Por otra parte, el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional expresa que en los casos de urgencia y flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá de manera inmediata decidir si ratifica la medida cautelar o decreta la libertad de la persona con las reservas de ley:

“...

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”.

Es por lo anterior que en los casos de urgencia, el Ministerio Público debe acreditar los principios procesales o requisitos de procedencia, que deben también estar presentes en toda medida cautelar y que son, como ya los hemos mencionado y explicado en el Capítulo anterior de nuestra investigación: la apariencia del buen derecho y el peligro de demora.

2.4.3. PRISIÓN PREVENTIVA:

A continuación hablaremos sobre una de las medidas más estudiadas en el ámbito del proceso penal y que también constituye una medida cautelar penal, la prisión preventiva.

2.4.3.1. CONCEPTO.

A continuación citaremos algunos conceptos doctrinales sobre la prisión preventiva.

Abelardo Esparza F. atiende al sentido etimológico del término y dice: *“Prisión. Del latín prehensio-onis, que significa detención por la fuerza en contra de la voluntad”*.

En ocasiones se confunden los términos prisión y cárcel, sin embargo, éste último es anterior en tiempo ya que con él se designó histórica y técnicamente al edificio en que se alojaba a los procesados, mientras que presidio, prisión o penitenciaría es un lugar destinado a sentenciados o condenados a una pena de privación de la libertad.

Entendemos prisión como privación de la libertad, y por prisión preventiva a la privación de la libertad que sufre quien no ha sido sentenciado, sentencia que bien puede ser tanto absolutoria como condenatoria. Es de carácter preventivo porque tiene por objeto asegurar la presencia del procesado evitando que se fugue ante la concreta e inminente amenaza de la pena privativa de la libertad mediante la sentencia, que en caso de ser condenatoria sólo prolongará la detención en el tiempo. La prisión preventiva no se considera propiamente una pena, pero sin embargo, constituye una auténtica privación de uno de los derechos más sagrados del hombre, su libertad, que frecuentemente se prolonga por años y que en caso de condena se computa incluyéndola en el tiempo de prisión impuesto, pero que en caso de absolución representa una violación de elementales derechos humanos irrecuperable”.⁶⁹

Los autores Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara señalan: *“Privación de la libertad corporal destinada a mantener a los procesados en seguridad durante la tramitación del sumario, en aquellos casos expresamente señalados por la ley.*

⁶⁹ ESPARZA F., Abelardo. La prisión preventiva: algunos criterios de política criminal, en colección Vínculo Jurídico. Universidad Autónoma de Zacatecas, México, 1990, p. 12.

La prisión preventiva no puede prolongarse por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso (art. 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).⁷⁰

Guillermo Colín Sánchez advierte: *“Las restricciones a la libertad personal, en el orden indicado cualquiera que sea el estado del procedimiento en que se ordenen, tienen un carácter preventivo y no, sancionador.*

Con la prisión preventiva, se asegura la presencia del probable autor por el tiempo indispensable en que se lleve a cabo el proceso.

La vieja discusión doctrinaria, respecto a la procedencia o improcedencia de la prisión preventiva, está superada y es aceptada por la mayoría. Es un mal necesario para la realización de la propia justicia.

No es una pena, como argumentan los enemigos de la prisión preventiva, a mi juicio es una necesidad para que pueda darse un proceso válido”.⁷¹

En términos generales, las anteriores opiniones de la doctrina coinciden en que la prisión preventiva constituye una medida cautelar, de hecho, la última, tiene lugar cuando las demás medidas cautelares no resulten suficientes para garantizar la comparecencia del imputado durante el proceso. La prisión preventiva implica una limitación o restricción de la libertad de las personas decretada por la autoridad judicial y cuya característica es la provisionalidad de la medida.

2.4.3.2. CARACTERÍSTICAS.

Las principales características de la prisión preventiva son las siguientes:

a) Se trata de una medida cautelar penal, ya que tiene lugar durante la sustanciación del proceso penal y se diferencia de la prisión definitiva en el

⁷⁰ DE PINA, Rafael y Rafael DE PINA VARA. *Diccionario de Derecho*. Op. Cit. pp. 419 y 420.

⁷¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. 18ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001, pp. 230 y 231.

sentido de que la primera tiene la finalidad de ser temporal, su vigencia dependerá del pronunciamiento de la sentencia de mérito en la que el juzgador puede condenar o absolver al procesado, mientras que la prisión definitiva es la privación legal de la libertad que tiene lugar después de haberse dictado una sentencia condenatoria, es decir, la prisión definitiva implica el castigo o la sanción que decreta el juez de lo penal por encontrar penalmente responsable al procesado y durará el tiempo que dicha autoridad determine.

b) Es innegable que se trata de una medida cautelar provisional, ya que sólo se aplicará en materia de delitos graves y cuando ninguna otra medida cautelar asegure la comparecencia física del imputado. Su duración dependerá del tiempo que se requiere para la sustanciación del proceso penal y en caso de que al final el juzgador decrete una sentencia condenatoria, se computará el tiempo que el sujeto haya estado en prisión preventiva para efecto del cumplimiento de su condena definitiva.

c) Su finalidad es asegurar que al imputado estará a disposición en todo momento de la autoridad judicial durante la sustanciación del proceso penal.

2.4.3.3. PRESUPUESTOS.

La prisión preventiva está inserta en los artículos 18, 19 y 20, apartado B, fracción IX, párrafo segundo de la Constitución Política general del país. El numeral 18, párrafo primero establece que:

“Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados..”

Por su parte, el artículo 19, párrafo segundo dispone que:

“Artículo 19.- ...

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud...”.

“Artículo 20.- .

B..

IX.-...

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares”.

Derivado de la lectura de los anteriores numerales tenemos que la prisión preventiva sólo tendrá lugar cuando se trate de delito que merezca pena privativa de libertad; el sitio destinado a cumplir la prisión preventiva será diferente al establecido para el cumplimiento de las penas, además, existirá separación entre ambos (artículo 18); sólo se podrá solicitar la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no resulten suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, en el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso; procederá de oficio en los casos de que se trate de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación,

secuestro, delitos cometidos con medios violentos con armas de fuego y explosivos, así como en tratándose de delitos graves que la ley defina en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud (artículo 19).

Finalmente, otra característica y garantía de toda persona es que la prisión preventiva no podrá exceder del término que como pena máxima fije la ley al delito que motive el proceso y en ningún momento será superior a dos años, salvo el supuesto que su prolongación obedezca al ejercicio de su propia defensa del imputado. Además, si una vez transcurrido ese término el juez no ha dictado sentencia, el imputado será puesto en inmediata libertad mientras sigue el proceso, lo que no obsta para aplicar otras medidas cautelares (artículo 20, apartado B, fracción IX, párrafo segundo).

2.4.3.4. PRINCIPIOS.

Coincidimos con el autor Héctor González Chévez cuando señala que: *“... en la aplicación de medidas cautelares penales se debe encontrar un punto de equilibrio entre dos intereses superiores encontrados, por un lado el ius puniendi del Estado de perseguir y sancionar a quienes infrinjan la ley penal y por otro el respeto a las libertades y derechos que la Constitución reconoce a toda persona”*.⁷²

Efectivamente, la imposición o aplicación de cualquier medida cautelar oscila necesariamente entre dos derechos legítimamente tutelados por nuestra Carta Magna, por un lado, como lo dice el autor, está el ius puniendi o derecho de sancionar todo delito, como un deber del Estado a lo largo de la historia, función que éste lleva a cabo a través de sus órganos correspondientes, en nuestro derecho penal vigente, por el Ministerio Público como autoridad administrativa investigadora y por la autoridad judicial, encargada de la

⁷² GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. 216.

imposición de las penas a nombre y en representación del Estado, previa la sustanciación del proceso respectivo en donde se acredite que el imputado cometió el delito o que participó en su comisión y obviamente su responsabilidad penal y por otra parte, los Derechos Humanos de los gobernados, incluyendo los de aquellas personas imputadas por la posible comisión de un delito, por ello, la aplicación de toda medida cautelar penal debe tender a respetar tanto la facultad del Estado de perseguir y sancionar los delitos como los Derechos Humanos de los gobernados. De esto se coligen algunos principios ideados por la doctrina de los que a continuación hablaremos.

a) *Primeramente*, tenemos el *principio de necesidad*, que se traduce en que toda aplicación de una medida cautelar debe obedecer a la necesidad imperiosa de salvaguardar los fines del proceso penal y la seguridad de las personas que en él deben intervenir, cuando existan datos suficientes que hagan suponer que se ha cometido un delito y la presunción de que el imputado participó en su comisión (artículo 16, párrafo tercero).

b) *Principio de proporcionalidad*, se traduce en la obligación que tiene el juzgador que decreta la medida para valorar si la misma guarda proporción alguna entre la restricción a los derechos del imputado y por otra parte, la gravedad del ilícito penal de acuerdo a la legislación penal y el peligro que se trata de evitar con la medida de cautela. Asimismo, de acuerdo a este principio, el juzgador debe ponderar para efecto de acordar la medida que ésta sea la más viable o idónea para el caso concreto, lo cual debe verificar y decidir de acuerdo al estudio que haga de los hechos proporcionados por el Ministerio Público.

Finalmente, el mismo principio le impone al juzgador el deber de decidir dentro del catálogo de medidas cautelares que contemplen las leyes, la que constituya la mínima ingerencia en la esfera jurídica del imputado, es decir, escogerá y decretará la medida que menos daño cause en la esfera jurídica del imputado.

c) *Principio de presunción de inocencia*, explicado en el anterior capítulo de esta investigación, significa que el imputado al que se le aplica la medida cautelar no puede ser tratado, ni considerado como culpable hasta que se dicte una sentencia definitiva condenatoria por la autoridad judicial correspondiente, por lo que, a contrario sensu, el imputado debe recibir el trato de inocente hasta que la autoridad pueda demostrar lo contrario, por ello, el trato que se le debe prodigar durante la investigación y a lo largo del proceso debe ser de respeto a sus Derechos Humanos, evitando viejas prácticas como la tortura, la amenaza y otros tratos degradantes a las personas. Este principio está inserto en el artículo 20, inciso B, fracción I de la Constitución Política del país. De esto deriva que al decretar y ejecutar la medida cautelar consistente en la prisión preventiva, la autoridad debe tener apegarse a dicho principio y tratar como inocente al imputado hasta que se pueda dictar una sentencia y ésta llegue a ser definitiva.

d) *Principio de excepcionalidad*, significa que toda vez que la prisión preventiva constituye la medida que más origina una restricción o disminución de los derechos de las personas, la misma debe ser aplicada de manera excepcional, esto es, que debe ser la última medida que aplique la autoridad, sin embargo, la excepcionalidad de la misma está definida por la Constitución Política en los casos cuando otras medidas cautelares no resulten suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, los testigos o de la comunidad, al igual que cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso y el juez la decretará de oficio en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Es por esta razón que algunos autores consideran que la prisión preventiva es el mal necesario, es decir, es la medida cautelar más lesiva o grave en virtud de los derechos que restringe o limita.

2.4.4. ARRAIGO.

En nuestro país existen otras medidas alternativas en materia cautelar penal, las cuales comparten la misma finalidad que las que hemos explicado a lo largo de esta investigación, esto es, “... evitar que durante la pendency del proceso el imputado se sustraiga de la acción de la justicia o entorpezca el normal desarrollo de la investigación o el proceso, o bien que origine un daño a las víctimas o a la sociedad”.⁷³ Así, dependiendo del caso concreto será el tipo de medida cautelar que la autoridad decreta, siempre teniendo en cuenta la protección de los derechos tanto del imputado como de terceros o de bienes y por la otra, el deber de sancionar a los responsables por la comisión de delitos.

Nuestro país cuenta con más medidas cautelares de las que hemos hablado con antelación y especialmente una de ellas ocupa un lugar aparte en razón de su naturaleza, características, del rechazo que prevalece por parte de la mayoría de los países para su aplicación y sobre todo, de su constante abuso en el ámbito federal, nos referimos al *arraigo*, materia esencial de este trabajo recepcional y del cual abundaremos en el siguiente Capítulo de esta investigación.

⁷³ GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. Op. Cit. p. 230.

CAPÍTULO TERCERO.

ASPECTOS GENERALES SOBRE EL ARRAIGO

3.1. CONCEPTO DE ARRAIGO.

Algunos conceptos sobre el arraigo son los siguientes: Los autores Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara dicen sobre el arraigo: *“ARRAIGO EN JUICIO. Acto procesal de naturaleza precautoria que precede, a petición de parte, cuando hubiere el temor de que se ausente u oculte la persona que vaya a ser demandada o lo haya sido ya, la cual en virtud del arraigo, no podrá ausentarse del lugar del juicio sin dejar representante legítimo suficientemente instruido y expensado para responder de las resultas del procedimiento judicial de que se trate (arts. Del 235 al 254 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal)”*.⁷⁴ Los autores lo definen como una medida cautelar que tiene por finalidad impedir que alguien quien debe responder ante la justicia se sustraiga de la acción de ésta.

Jorge Alberto Silva Silva dice: *“El arraigo es una condición para obtener la libertad provisional y consiste en el acatamiento a la orden que se le da al sujeto, para que no se ausente del lugar donde el asunto se encuentra radicado. No existe aquí respaldo en dinero, como en el caso de la caución, sino sólo la orden del funcionario para que la persona no se ausente, a consecuencia de lo cual la persona queda obligada a presentarse en todos los actos procesales a los que sea citada. Esencialmente se trata de que no se ausente del lugar del juicio”*.⁷⁵ El autor resalta el objetivo del arraigo, que el sujeto no se sustraiga de la acción de la justicia. Pero, posteriormente agrega algo muy interesante y que resulta contrario al abuso que la Procuraduría General de la República ha hecho del arraigo: *“El arraigo no implica enclaustramiento dentro de un pequeño lugar (como permanecer dentro de un convento o una casa), sino sólo imposibilidad de abandonar el lugar donde se*

⁷⁴ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*. Op. Cit. p. 101.

⁷⁵ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Op. Cit. p. 528.

realiza el juicio. También se ha llamado arresto domiciliario, prisión preventiva atenuada o arraigo domiciliario, éste último, con el que es más conocido en México".⁷⁶

Marco Antonio Díaz de León señala que es: *"..una medida cautelar que durante la averiguación previa se impone con la vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que cumpla con los requerimientos del Ministerio Público, en razón de la investigación de un hecho delictivo; concepción que si bien se aprecia con una estructura entendible, se enfoca sólo a nivel de averiguación previa..."*.⁷⁷ El autor coincide con los criterios anteriores en el sentido de que se trata de una medida cautelar que tiene por finalidad evitar la sustracción de una persona de la acción de la justicia y que esté disponible ante la autoridad en todo momento. Un elemento nuevo que introduce el autor es que se trata de una medida cautelar que tiene lugar preferentemente durante la averiguación previa con motivo de un hecho presumiblemente delictivo, por lo que el Ministerio Público la solicita al juez de control, quien decidirá si la concede o no.

La Procuraduría General de la República ha definido al arraigo de la siguiente manera: *"EL arraigo penal es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado 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.*

Este instrumento fue introducido en las reformas a los Códigos de Procedimientos Penales y Código Federal de Procedimientos Penales promulgadas en diciembre de 1983, como una innovación respecto de la regulación de las medidas precautorias en los textos anteriores, en los que únicamente se establecía la libertad caucional previa o administrativa durante el periodo de investigación, tratándose de delitos imprudenciales ocasionados por el tránsito de vehículo, o bien la libertad caucional de carácter judicial, una

⁷⁶ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Op. Cit. p. 529.

⁷⁷ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal penal y Términos Usuales en el Proceso Penal. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 72.

vez iniciado el proceso penal propiamente dicho en los supuestos de la prisión preventiva".⁷⁸

Finalmente, diremos que el arraigo ha sido también denominado de otras formas por los doctrinarios como son: *"Carnelutti les llamó proveimientos cautelares; Chiovenda, medidas de conservación o cautelares; Podetti, providencias de naturaleza cautelar; De la Plaza, medidas provisionales de cautela; Pallares, medidas preventivas o de seguridad; Calamandrei, providencias cautelares o precautorias"*.⁷⁹

La figura de la arraigo se introdujo a España a partir del año 1931, sin embargo, señala el autor Jorge Alberto Silva Silva apunta que: *"...el código musoliniano de 1931 (art. 247) ya daba la posibilidad de que la mujer encinta, o que lacte a la prole, o la persona que se encuentre en condiciones de salud grave, o bien, por razones de hecho o morales o sociales, no es necesario que quede en prisión, sino en su propia habitación"*.⁸⁰

Concluimos que el arraigo es una medida cautelar o precautoria que tiene por finalidad evitar que el presunto responsable se pueda sustraer de la acción de la justicia durante la etapa de la averiguación previa o fase investigatoria. La solicita el Ministerio público al juez de control, quien analizará los elementos presentados por el representante social y decidirá si la otorga. Mediante el arraigo se asegura que el presunto responsable esté dispuesto en todo momento ante la autoridad investigatoria. Fue introducida a España en el año de 1930 y a México en virtud de las reformas y adiciones de 1983.

⁷⁸ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. "La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia". 1ª edición, Procuraduría General de la República, México, 1984, p. 54.

⁷⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO IBARRA, Victoria, Prontuario del Proceso Penal Mexicano, 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 20.

⁸⁰ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Op. Cit. p. 529.

3.1.1. CLASES DE ARRAIGO:

La doctrina ha estudiado el arraigo como medida cautelar y lo ha dividido en razón a distintos criterios de los que hablaremos a continuación.

3.1.1.1. DE ACUERDO AL MOMENTO EN QUE SE HACE NECESARIA LA MEDIDA.

De acuerdo al momento en que se hace necesaria la medida cautelar, el arraigo se clasifica en:

a) Prejudicial.- Es solicitado por el Ministerio Público ante el juez de control y busca el éxito en la investigación ministerial. La finalidad es evitar que el presunto responsable se pueda sustraer de la acción de la justicia, aunque en la realidad, es evidente que el Ministerio Público de la Federación ha abusado de este tipo de arraigo, ya que se ha convertido en un instrumento que le permitido al representante social gozar de tiempo suficiente para encontrar elementos o indicios para poder consignar al presunto.

b) Judicial.- Se le denomina también como judicial. El juez, en un asunto de su pleno conocimiento, puede ordenar la medida cautelar a cualquiera de las partes. Dentro de los sujetos a quien puede estar dirigida la medida están: los testigos y los sujetos pasivos del juicio (el ofendido), pero incluso, puede suceder que la medida recaiga también sobre el ofendido. El artículo 208 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México del año 2000, (vigente para el sistema mixto tradicional) establece que:

“Art. 208.- Cuando hubiere de ausentarse del lugar en que se practiquen las diligencias alguna persona que pueda declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de la persona del procesado, el órgano jurisdiccional, a solicitud de cualquiera de las partes procederá a examinarla, si fuere posible; en caso contrario, podrá arraigar al testigo por el tiempo que sea estrictamente

indispensable para que rinda su declaración. Si resultare que la solicitud fue infundada y por lo mismo indebido el arraigo, el testigo podrá exigir al que lo solicitó que lo indemnice por los daños y perjuicios que le hayan causado”.

Este tipo de arraigo resulta muy debatible, sobre todo porque si en el prejudicial, ya le pertenece al juzgador otorgar la medida, en el judicial est’sa facultado por la ley para decretarlo, lo que se puede traducir en una especie de privación de la libertad con tintes de castigo o sanción y por ello, el Estado deja abierta la posibilidad de que en caso que el arraigo haya sido indebido, el afectado por la medida pueda demandar al mismo la indemnización por daños y perjuicios.

3.1.1.2. ATENDIENDO A LA COMPETENCIA POR RAZÓN DE FUERO.

De acuerdo a este criterio, el arraigo puede ser:

a) Del fuero común, si se trata del que está regulado por el Código de Procedimientos Penales de cada una de las distintas entidades de la Federación, así como el del Distrito Federal, por ello, un arraigo puede ser del ámbito local o estatal.

b) Federal.- Si se encuentra regulado por el Código Federal de Procedimientos Penales, particularmente en el artículo 133 de dicho ordenamiento y tiene por objeto servir como medida dentro de una investigación del orden federal.

3.1.1.3. ATENDIENDO A LA NATURALEZA DEL DELITO.

En el caso del arraigo en materia penal se debe tener en consideración la naturaleza del delito que amerita tal medida, ya que no en todos los ilícitos es

procedente, esencialmente se solicita la medida en los delitos considerados como graves, por ejemplo, en delitos tales como:

a) *Delincuencia organizada.*- Este tipo de arraigo procede en los supuestos del artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que a la letra dice que:

“Art. 12.- El juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2o. de esta Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación.

La duración del arraigo podrá prolongarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que la duración total de esta medida precautoria exceda de ochenta días”

El citado artículo 2 de la misma Ley define a la delincuencia organizada de la siguiente manera:

“Art. 2.- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

I.- Terrorismo, previsto en el Artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los Artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los Artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el Artículo 400 Bis; y el previsto en el Artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;

II.- Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III.- Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;

IV.- Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud;

V.- Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201;

Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202;

Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis;

Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204;

asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores o personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y robo de vehículos,

previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales Estatales o del Distrito Federal, y

VI. Trata de personas, previsto y sancionado en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas”.

En esta clase de delitos, el Ministerio Público solicita la medida al juzgador, quien tomando en consideración el hecho delictivo y las circunstancias del inculpado, podrá dictar la medida cautelar, su duración y efectos, dejando su vigilancia al mismo Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares. El tiempo señalado por la autoridad judicial servirá para que se pueda integrar

adecuadamente la averiguación previa, sin que pueda exceder del término de noventa días. Cabe agregar que a partir de las citadas reformas y adiciones de 2008, el arraigo procederá únicamente en los casos de delincuencia organizada (artículo 16, párrafo VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

b) Delitos graves.- De conformidad con la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, en el artículo 11 transitorio, que todavía no entra en vigor, se facultará al Ministerio Público para solicitar el arraigo domiciliario cuando se trate de delitos graves.

c) Delitos no graves.- Existe la posibilidad del arraigo por delitos no graves, por ejemplo, el artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece que por delitos cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión, el responsable no sea encarcelado en un centro destinado para tal fin, sino que se arraigue en su propio domicilio, pudiendo desplazarse a su lugar de trabajo con ciertas condiciones y con la revisión de la autoridad. Se critica mucho este tipo de arraigos en razón de que existen otras medidas cautelares, por ejemplo la exhibición de una garantía amplia que asegure la presencia del inculpado:

“Art. 271.- ..

..

En las averiguaciones previas por delitos que sean de la competencia de los juzgados de paz en materia penal o siendo de los juzgados penales cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión el probable responsable no será privado de su libertad en los lugares ordinarios de detención y podrá quedar arraigado en su domicilio, con la facultad de trasladarse al lugar de su trabajo, si concurrieren las circunstancias siguientes:

I.- Proteste presentarse ante el Ministerio Público que tramite la averiguación, cuando éste lo disponga;

II.- No existan datos de que pretenda sustraerse a la acción de la justicia;

III.- Realice convenio con el ofendido o sus causahabientes, ante el Ministerio Público de la forma en que reparará el daño causado, en su caso, cuando no se convenga sobre el monto, el Ministerio Público con base en una estimación de los daños causados, en la inspección ministerial que practique, en las versiones de los sujetos relacionados con los hechos y en los demás elementos de prueba de que disponga, determinará dicho monto;

IV.- Que tratándose de delitos por imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, el presunto responsable no hubiese abandonado al lesionado, ni participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas;

V.- Que alguna persona, a criterio del agente investigador del Ministerio Público, fundado en los datos que recabe al respecto, se comprometa, bajo protesta, a presentar al probable responsable cuando así se resuelva;

VI.- En caso de que el indiciado o la persona a quien se refiere la fracción anterior, desobedecieren sin justa causa las órdenes que dicte el Ministerio Público, se revocará el arraigo y la averiguación previa será consignada en su caso, solicitando al juez competente la orden de aprehensión o de comparecencia en su contra, según corresponda; y

VII.- El arraigo no podrá prolongarse por más de tres días; transcurridos éstos el arraigado podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de que el Ministerio Público, si así procediese, consigne la averiguación y solicite la orden mencionada”.

El numeral undécimo transitorio del Decreto por el que se reforman varios artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia del sistema acusatorio oral establece que en tanto entran en vigor las reformas y adiciones, el Ministerio Público podrá solicitar el arraigo en delitos graves.

3.1.1.4. DE ACUERDO AL LUGAR DONDE DEBE PERMANECER EL ARRAIGADO.

Otro criterio de clasificación del arraigo de vital importancia para esta investigación obedece a l lugar donde se lleva a cabo la medida cautelar. Así, el arraigo se clasifica en:

a) *Arraigo domiciliario.*- Este tipo de arraigo se debe ejecutar en un domicilio específico. Sin embargo, la postura general es que debe cumplirse en el domicilio del propio arraigado, sin embargo, esto entraña una complejidad evidente ya que, puede suceder que el domicilio del arraigado no sea fijo, por ejemplo, que rente el inmueble o que viva con un familiar, inclusive, que no desee señalar su domicilio, por esto, han ido adquiriendo relevancia medidas alternas como las casas de seguridad de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y de la Procuraduría General de la República, así como las existentes en las entidades de la Federación. En el siguiente capítulo abundaremos sobre el Centro Nacional de Arraigo de la Procuraduría General de la República.

b) *Prohibición de abandonar una demarcación.*- Como su nombre lo indica, en esta forma de medida cautelar, se limita la libertad deambulatoria del presunto para no salir de un lugar no específico, por ejemplo, del Distrito Federal, Estado de México, u otra entidad, más esto no significa que no pueda salir de su domicilio como en el caso anterior. Dice el autor Carlos Arellano García que: *“..limita el desplazamiento de la persona física, lo que hace evidente que no condiciona la permanencia del sujeto en domicilio específico..”*⁸¹ De esta manera, el arraigo tiene la finalidad de conceder cierto grado de libertad de movilidad al sujeto bajo investigación, aunque dicho grado sólo se limita a deambular dentro de una circunscripción poblacional determinada, para efecto de que la autoridad lo tenga disponible en todo momento para las distintas diligencias que tengan lugar.

⁸¹ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Procesal Civil, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993, p. 115.

3.1.1.5. POR LOS SUJETOS A QUIENES SE DIRIGE.

De acuerdo a esta clasificación, el arraigo puede caer sobre la persona del:

a) *Imputado*.- Es el tipo de arraigo clásico, el cual tiene lugar sobre la persona de quien es un presunto responsable de cometer algún delito, por lo que el Ministerio Público solicita el otorgamiento de la medida al juez de control para efecto de contar con más tiempo y así poder completar adecuadamente la investigación ministerial. Se busca que el presunto o imputado no se sustraiga de la acción de la justicia y esté disponible en todo momento para las diligencias que hayan de tener lugar hasta que se resuelva la situación jurídica del mismo. Sin embargo, el arraigo también puede darse a nivel del proceso, a este respecto argumenta el autor José Luís Embris Vázquez que: *“Aunque también como en el caso del estado de Nuevo León, el arraigo del imputado puede decretarse a nivel procesal una vez que el órgano jurisdiccional tiene a su disposición a aquel para mantenerlo restringido en su libertad personal hasta en tanto se resuelva su situación jurídica, evitando con ello, que éste se sustraiga a la acción de la justicia”*.⁸²

b) *Del testigo*.- Dentro del sistema mixto tradicional del Estado de México, se puede decretar el arraigo de testigos u ofendidos, hecho que resultaría muy polémico por la naturaleza del arraigo contra estas personas.

3.2. LOS SUJETOS DEL ARRAIGO.

Durante la etapa de la averiguación previa, los sujetos que intervienen en el arraigo son los siguientes:

⁸² EMBRIS VÁZQUEZ, José Luís. El arraigo domiciliario del sistema acusatorio y oral. 1ª edición, Flóres editor y Distribuidor S.A. de C.V., México, 2012, p. 44.

a) El arraigado.- es la persona del imputado o presunto responsable de la comisión de un ilícito. Recordemos que la autoridad sólo tiene indicios de que esta persona o varias de ellas han cometido un delito, por lo que en término de lo dispuesto en el artículo 20, inciso B, fracción I, opera el principio de presunción de inocencia a favor del imputado:

“B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa..”

De esta manera, al imputado se le tiene que considerar como inocente hasta que la autoridad logre demostrar su culpabilidad. No obstante, el Ministerio Público solicita el otorgamiento de la medida cautelar consistente en el arraigo ante el temor fundado de que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia y para efecto también de que el mismo esté disponible en todo momento para llevar a cabo las diligencias investigatorias necesarias.

Ante esta situación, el juez de control podrá conceder la orden de arraigo sobre la persona del arraigado, por un tiempo que en ningún caso podrá exceder de ochenta días.

El objetivo del otorgamiento de esta medida cautelar es que la representación social en su carácter de autoridad administrativa cuente con el tiempo necesario para poder llevar a cabo todas y cada una de las diligencias que le permitan establecer la verdad jurídica de los hechos y así, decidir sobre la situación legal del imputado y arraigado, sin embargo, habremos de explicar con profundidad que en lo que hace a la Procuraduría General de la República, ha existido un verdadero abuso en cuanto al uso de esta medida cautelar, ya que en todos los casos de delincuencia organizada, casi de oficio, la Institución en comento solicita al juez de control el otorgamiento de la medida, pero, el objetivo es más que evidente, más que lograr que el imputado no se sustraiga de la acción de la justicia es buscar afanosamente los elementos necesarios para poder llevar a cabo la averiguación previa, esto es, primero se priva de la

libertad al imputado y después la autoridad investiga para saber si hay elementos o no, cuando el espíritu de la medida es brindarle al Ministerio Público mayor tiempo posible cuando la investigación ya ha sido iniciada y sólo solicitar el arraigo en casos especiales de delincuencia organizada, no en todos, como sucede en el práctica, puesto que la Procuraduría General de la República ha estimado como criterio, en todos los casos de delincuencia organizada, fáciles o complicados en su integración, solicitar al juzgador el otorgamiento de la medida.

b) Juez.- Es el servidor público que actúa en representación del Estado, tiene la función de resolver en el marco de sus atribuciones, la solicitud de arraigo que le hace el Ministerio Público investigador durante la averiguación previa en el ámbito federal. Actualmente se trata de un juez penal, pero, de acuerdo a las reformas constitucionales de 2008, será el juez de control y de juicios orales o juez de garantías el encargado de conocer y resolver en materia de solicitudes de arraigo. Este servidor público tiene gran responsabilidad al conceder la medida cautelar, ya que de acuerdo a la solicitud fundada y motivada que le presente el Ministerio Público de la Federación, tendrá que resolver si concede o no la medida, sin embargo, en la actualidad podemos observar que casi en todos los casos de delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación la solicita y en el mismo porcentaje el juez la otorga, lo que significa que el abuso de la Institución cautelar no sólo recae en la representación social, sino también en el juez penal, lo que indica la existencia de jueces penales federales “de consigna”, los cuales actúan al servicio del Ejecutivo Federal, alejándose del espíritu de la medida cautelar.

c) Solicitante o peticionario.- Tiene ese carácter el Ministerio Público investigador, como autoridad encargada de llevar a cabo la averiguación previa o carpeta de investigación en las legislaciones de las entidades de la Federación. Dice el autor José Luís Embris Vázquez que: *“Es la institución facultada constitucionalmente para realizar la indagación de hechos posiblemente delictivos, así como de la posible intervención de quien los*

cometió...”.⁸³ El artículo 2, fracción III del Código Federal de Procedimientos Penales establece la figura del arraigo como atribución del Ministerio Público de la Federación en los siguientes términos:

“Artículo 2.- Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales.

En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público:

...

III. Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan..”

Una vez que el Ministerio Público ha solicitado la medida de arraigo y el juez ha estimado procedente la misma para efectos de que el imputado no se sustraiga de la acción de la justicia, le corresponde precisamente el Ministerio Público ejecutar dicha medida, por lo que en primera instancia es parte solicitante y después, cuando se concede la misma se convierte en parte ejecutante de ella, contando con una policía que está bajo su mando inmediato, como lo dispone el artículo 21 constitucional, párrafo primero:

“Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función...”

Durante el proceso, las partes en el arraigo son las siguientes:

a) *El arraigado.*- Puede ser un testigo que conozca de los hechos que se están investigando o sobre las circunstancias personales del imputado. De la misma manera, puede suceder que el arraigo recaiga sobre la persona del denunciante, el ofendido, si el Ministerio Público logra acreditar que éstos pueden abandonar el lugar donde se lleva a cabo el juicio.

⁸³ EMBRIS VÁZQUEZ, José Luís. El arraigo domiciliario del sistema acusatorio y oral. Op. Cit. p. 46.

b) *El juez.*- Sólo el juez de conocimiento es el que puede decretar la medida cautelar contra alguna o varias de las personas mencionadas con anterioridad.

c) *El solicitante o peticionario.*- Son las partes en el proceso como el Ministerio Público en representación de los intereses del ofendido o la víctima, el imputado, su defensor.

3.3. FINALIDAD DEL ARRAIGO.

A nivel averiguación previa, el arraigo tiene la finalidad de asegurar la disponibilidad del imputado, para que pueda comparecer en cualquier tipo de diligencia que se requiera, lo que no ocurriría no se decretara la medida. Asimismo, el arraigo persigue que el imputado no se sustraiga de la acción de la justicia.

En cuanto al fin del arraigo domiciliario durante el proceso, el autor José Luís Embris Vázquez apunta lo siguiente: *“... se deben tomar en cuenta los dos momentos procesales en que se puede presentar, ya que no se puede soslayar que el sistema procesal penal mexicano de carácter mixto tradicional, posibilita que hasta en tanto entra en vigor en todo el territorio nacional el sistema acusatorio, adversarial y oral, se puede decretar a nivel de averiguación previa, así como en el proceso. En este sentido, aunque en ambos casos es eminentemente asegurativo, tiene sus particularidades...*

*Por otra parte, en cuanto al fin que en el arraigo domiciliario se persigue a nivel procesal (como en el caso del arraigo judicial regulado en el CPPEM del año 2000); se entiende que busca procurar el desahogo de los medios de prueba ofrecidos en el sujeto que se pida sea arraigado, se busca favorecer a la búsqueda de la verdad de los hechos que se persigue con el proceso penal”.*⁸⁴

⁸⁴ EMBRIS VÁZQUEZ, José Luís. El arraigo domiciliario del sistema acusatorio y oral. Op. Cit. p. 48.

De la misma manera, el arraigo durante el proceso busca asegurar la comparecencia de las personas inmersas en el proceso: testigos, imputado e incluso el ofendido o la víctima, pero también asegurar los objetos involucrados en el proceso.

3.4. EL ARRAIGO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

En las mencionadas reformas y adiciones del año 2008 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el legislador decidió establecer en el artículo 16, párrafo octavo la figura del arraigo en general, cuyo texto es el siguiente:

“Art. 16.- ..

..

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días”.

De esta manera, la autoridad judicial, podrá decretar, a petición del Ministerio Público, el arraigo de una persona, con las modalidades del lugar y tiempo que durará la medida. Esto significa que la autoridad judicial señalará el lugar donde se llevará a cabo el arraigo, pero, en la actualidad en materia federal sólo se decreta el arraigo en el Centro Federal de Arraigos, destinado para tales fines y que depende de la Procuraduría General de la República, en el momento en que entren en vigor las reformas relativas al juicio oral, la

autoridad podrá decretar inclusive un arraigo domiciliario como está contemplado por la doctrina y que nuestras leyes ya contemplan.

De la misma manera, la autoridad judicial determinará el tiempo que durará la medida cautelar, la cual en términos del artículo 16, párrafo octavo constitucional, no podrá prolongarse por más de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación ministerial, la protección de personas o bienes jurídicos, o bien, cuando exista el temor fundado de que el inculpado pueda sustraerse de la acción de la justicia. El mismo párrafo establece la posibilidad de que dicho término pueda prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que existen las condiciones iniciales que dieron origen a la medida, pero, la duración del arraigo no podrá en ningún caso exceder del término de ochenta días totales, plazo en el cual cesará la misma y el Ministerio Público de la Federación decidirá la situación jurídica del arraigo.

Por otra parte, la fracción XIV del artículo 16 constitucional establece que cada Poder Judicial de la Federación contará con jueces de control encargados de resolver de manera inmediata y por cualquier medio, las solicitudes del Ministerio Público en materia de medidas cautelares, debiendo garantizar los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos:

“..

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes..”.

Por otra parte, es necesario agregar que de acuerdo al Transitorio número Décimo Primero del Decreto por el que se reforman varios artículos de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 18 de junio de 2008, en tanto entra en vigor el sistema penal acusatorio y oral, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar el arraigo domiciliario del inculpado en los delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días:

“Décimo Primero. En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.

Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia...”

No obstante lo anterior, en la práctica, en materia de delitos de delincuencia organizada y en otros considerados como graves, la Procuraduría General de la República solicita casi en todos los casos el arraigo como medida cautelar, la cual es concedida en la misma proporción por jueces penales y dicha medida se ejecuta en lo que se conoce como el Centro Nacional de arraigo de la misma Institución, el cual es custodiado por personal de la Secretaría de Marina.

3.5. EL ARRAIGO COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL.

El arraigo constituye una de las medidas cautelares que conoce la doctrina y que nuestras leyes contemplan, posiblemente es la más polémica de ellas en virtud de sus efectos en la esfera jurídica de los arraigados y en relación con los derechos humanos y el principio de presunción de inocencia contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta medida cautelar fue introducido en el Código Federal de Procedimientos Penales en el año de 1983, durante el gobierno de Miguel de la Madrid Hurtado y hasta el año 2008 en la Constitución Política del país, como una medida federal preventiva tendiente a privar de la libertad a las personas con indicios de pertenecer al crimen organizado, bajo la apariencia de una medida cautelar, sin embargo, lo cierto es que la misma ha desatado polémicas por su contradicción con los derechos humanos.

Hemos señalado que de acuerdo con el artículo 16 constitucional, la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades en tiempo y lugar que determine dicha autoridad, pero, el arraigo no podrá exceder en su totalidad de ochenta días.

No obstante, el arraigado puede acudir ante la autoridad judicial para cuestionar la legalidad de las condiciones a las que está sometido y la duración del arraigo. Incluso, puede promover el juicio de amparo o solicitar al juez que la medida cautelar quede sin efecto si considera que las circunstancias que dieron lugar a la medida han desaparecido.

Esta Institución jurídica, ampliamente abusada por la Procuraduría General de la República al ser ejecutada en lugares distintos al domicilio del arraigado han dado pauta a los actos de tortura, y a otros tipos de tratos crueles inhumanos y degradantes.

El arraigo tiene por finalidad garantizar que el sujeto bajo la medida no se sustraiga de la acción de la justicia y esté a disposición en todo momento de la autoridad para las diligencias que sean necesarias, ya que brinda al Ministerio Público un lapso de tiempo extraordinario para que pueda integrar adecuadamente la averiguación previa, sin embargo, la práctica ha demostrado que el Ministerio Público de la Federación ha convertido a la medida cautelar en una especie de “colchón jurídico”, que le permite primero privar de su

libertad al sujeto, tenerlo a su disposición y después proceder a investigar los hechos, cuando debería ser aplicada de manera especial, sólo en casos en los cuales la investigación esté avanzada o al menos iniciada y se requiera de más tiempo para agotar todas y cada una de las diligencias que sean necesarias.

En la práctica, la Procuraduría General de la República, en todos los casos de delincuencia organizada solicita al juez la orden de arraigo contra los indiciados, de manera casi oficiosa, cuando el artículo 16 constitucional, en su párrafo octavo señala que el Ministerio Público podrá solicitar la medida, más nunca establece ese presunto carácter oficioso que se ha arrogado el Ministerio Público de la Federación en los delitos de delincuencia organizada.

Sin embargo, consideramos que este abuso manifiesto y reiterado del arraigo, que en mucho lo ha desgastado en demasía, no sólo es responsabilidad del Ministerio Público de la Federación, sino que también lo es de los jueces los que otorgan la medida sin mayor problema, hecho que nos hace pensar en que se trata de jueces de consigna en franco apoyo a las líneas que dicta el Poder Ejecutivo, lo cual rompe el principio de la división de poderes eje central de nuestro sistema político y jurídico y sobre todo, de la esencia misma de los juzgadores como garantes de la constitucionalidad de las leyes y actos de otras autoridades.

3.6. EL ARRAIGO A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. LA POSTURA INTERNACIONAL.

El arraigo y sobre todo su constante abuso ha sido materia en reiteradas ocasiones de opiniones contrarias y de preocupación por parte de organismos internacionales. Por ejemplo, el relator de la organización de las naciones Unidas sobre Tortura, Trato Cruel, Inhumano y Degradante, Juan Méndez, manifestó su preocupación sobre la figura del arraigo en México, señalando

que: *“se trata de por si es una detención arbitraria lo cual no cae bajo mi mandato, pero si las condiciones son de aislamiento eso si me preocupa”*⁹⁵.

Sobre lo anterior, la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha señalado que *“...se presentaron ante ese organismo, al menos 120 quejas por violaciones de derechos humanos en situación de arraigo entre 2008 y 2010, de las cuales 38% estaban relacionados con una detención arbitraria, 41% debido a casos de tortura u otros crueles o inhumanos, y 26% reclamaban tanto una detención arbitraria como tortura”*.⁹⁶

La propia Organización de las Naciones Unidas ha expresado reiteradamente su preocupación por el abuso constante en el arraigo en México, sobre todo porque se trata de una práctica contraria a los tratados internacionales de derechos humanos y ello representa una detención arbitraria y facilita las condiciones para la tortura. A continuación explicaremos dicha conculcación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Nuestro país firmó y ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos que prohíben la detención arbitraria, por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9 establece el principio de que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad jurídicas. Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido por el Instrumento. En su inciso 4, establece que toda persona que sea privada de su libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. El artículo 10 del mismo ordenamiento señala que toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el debido

⁹⁵ ROXANA LÓPEZ FREGOSO en [http:// www.elsoldetijuana.com.mx](http://www.elsoldetijuana.com.mx). Página consultada el día 25 de febrero de 2014 a las 13.48.

⁹⁶ Idem.

respeto a la dignidad de todo ser humano, por lo que queda prohibida toda tortura o trato inhumano o cruel. El artículo 14 establece que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

En cuanto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, este instrumento también tutela los derechos humanos de las personas, por ejemplo, en su artículo 5, habla de que nadie puede ser sometido a penas o tratos crueles o degradantes y que toda persona privada de su libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad humana. En su artículo 7, establece que nadie puede ser privado de su libertad, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes y además, que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

En este sentido, los anteriores instrumentos colocan al arraigo como una figura ilegal y hasta arbitraria, contraria a lo que determina el artículo 1 constitucional que a la letra señala:

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

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia...”

Es por lo anterior que las críticas constantes contra el arraigo que se lleva a cabo en México resultan fundadas. Nuestras autoridades deben meditar sobre el futuro de esta medida cautelar en razón de su carácter ilegal y arbitrario

disfrazado de medida cautelar, así como sobre sus efectos o consecuencias en la esfera jurídica de los arraigados e inclusive, de sus familias.

CAPÍTULO CUARTO.

EL ARRAIGO EN LA PRÁCTICA DIARIA EN LOS CASOS DE DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SU CONTRADICCIÓN CON EL PRINCIPIO PENAL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

4.1. FUNDAMENTO LEGAL DEL ARRAIGO: EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, PÁRRAFO OCTAVO.

El 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un paquete de reformas y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre ellas la incorporación del párrafo octavo del artículo 16 en materia de arraigo como una de las medidas cautelares. El texto de dicho párrafo es el siguiente:

“Art. 16.-..

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días..”

De acuerdo a esta reforma y adición, la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y en materia de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que la medida cautelar pueda exceder de cuarenta días originalmente, siempre que sea necesario y para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o bien, cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Adicionalmente, el legislador consideró que este plazo pueda prorrogarse, siempre y cuando el

Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen a la medida, la cual en todo caso no podrá ser mayor de ochenta días en su totalidad. Ahora bien, de la lectura del párrafo octavo del artículo 16 constitucional, nos parece muy escueta la hipótesis que faculta al Ministerio Público y sobre todo al juez, para conceder la ampliación del arraigo hasta por otros cuarenta días, es decir, ochenta en total, ya que basta con que el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que dieron origen a la medida cautelar para que el juez otorgue su ampliación. Consideramos que si de hecho solicitar el arraigo y concederlo constituye una medida extrema, el hecho de decretar su ampliación y duplicidad debe estar perfectamente justificado por el Ministerio Público, puesto que en la práctica acontece generalmente que el representante social solicita la ampliación para tener mayor margen de tiempo para encontrar elementos que acrediten la probable responsabilidad del indiciado y no porque habiendo realizado las indagatorias necesarias, es decir, acredite un verdadero avance en la investigación, requiera de mayor tiempo para terminarlas o se encuentre con algún obstáculo.

Consideramos que el legislador debió haber acotado lo más posible el marco temporal de la medida cautelar del arraigo y obligar al Ministerio Público a justificar su petición de ampliación con algún avance importante y no limitarse a decir al juzgador que subsisten las condiciones que dieron origen al arraigo. Por esto, creemos que el legislador dejó muy general la posibilidad de ampliación de la medida cautelar.

4.2. EL CENTRO FEDERAL DE ARRAIGO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA:

En la actualidad existe un espacio destinado para el cumplimiento de los arraigos en el ámbito federal, el Centro Nacional de Arraigos o Centro Federal de Investigaciones de la Procuraduría General de la República. A continuación hablaremos de este Centro.

4.2.1. CONCEPTO.

El artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 7 de noviembre de 1996 establece que el juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2 de esa Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación.

El segundo párrafo del numeral agrega que la duración del arraigo podrá prolongarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que la duración total de esta medida precautoria exceda de ochenta días. Como podemos observar, este numeral es casi idéntico al párrafo octavo del artículo 16 constitucional que establece y justifica la medida cautelar del arraigo, sin embargo, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada data de 1996, mientras que el párrafo octavo del artículo 16 constitucional fue publicado en el Diario Oficial de la Federación hasta el año 2008.

Llama la atención que el Título Primero, Capítulo Segundo de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, tiene el título de: “De la Detención y Retención de Indiciados”, más no se refiere a la figura del arraigo como una medida cautelar. El término “retención de indiciados”, resulta irregular y hasta violatorio de los Derechos Humanos en la actualidad, por ello, proponemos que se reforme y actualice ese Capítulo de la Ley Federal contra le Delincuencia Organizada y se refiera a la figura del arraigo como medida cautelar específica.

Por otra parte, de la lectura del primer párrafo del artículo 12 de dicha Ley se desprende que la solicitud que haga el Ministerio Público de la Federación de la medida cautelar de arraigo, estará sujeta a las modalidades de tiempo, forma, medios de realización y sobre todo, de lugar donde se llevará a cabo la medida cautelar, ya que si bien es cierto existe el Centro Nacional de Arraigo de la Procuraduría General de la República, ubicado materialmente en la colonia Doctores en el Distrito Federal, pero también lo es que dicho Centro carece de una fundamentación jurídica específica, ya que ni en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, ni su Reglamento, ni aún la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, hacen referencia a dicho centro, por lo que su creación es mediante un acuerdo del Procurador General de la República.

Posiblemente el hecho que la Procuraduría General de la República utilice y abuse constantemente del arraigo en el Centro Nacional de Arraigos resulte intrascendente tanto para la propia Procuraduría General de la República como para los jueces federales, sin embargo, nos llama la atención que este Centro se mantiene en el más absoluto hermetismo posible, ya que no existe información en la web de la Institución⁹⁷ sobre ese Centro, por lo que su operación diaria es también un misterio.

En términos generales podemos decir que el Centro Nacional de Arraigos de la Procuraduría General de la República es la unidad dependiente de la Subprocuraduría Especializada de Investigación de Delincuencia Organizada encargada de fungir como casa de arraigos, es decir, de residencia material y jurídica para el cumplimiento de las medidas de arraigo decretadas por la autoridad jurisdiccional federal.

Debemos tomar en cuenta que la medida de arraigo no implica necesariamente que deba ser ejecutada en una casa o centro como el mencionado, sino que bien puede ser ejecutada en el domicilio del presunto o en otro lugar.

⁹⁷ Vid. www.pgr.gob.mx. Consultada el 25 de marzo de 2014 a las 22:23 horas.

Por otra parte, es dable mencionar que en Centro de Arraigos del Distrito Federal cambiará de nombre por “Centro de Detención con Control Judicial”. Adicionalmente, la asamblea Legislativo de esta Ciudad aprobó modificaciones en este año al Código de Procedimientos Penales insertándose el artículo 270-bis 1, para acotar la duración del arraigo. Así, se eliminaron los treinta días que otorgaban los jueces penales al Ministerio público para realizar las investigaciones de determinados casos y se consideró acotar ese término a sólo cinco días el plazo bajo la modalidad de detención con Control Judicial⁹⁸. Esto puede ser interpretado en el sentido de que en el Distrito Federal se eliminó la figura del arraigo y que en su lugar se instituyó lo que hoy se denomina: “detención con control judicial”, como medida cautelar penal y sujeta a un marco temporal de cinco días. Finalmente habría que analizar la constitucionalidad de esa nueva figura sobre todo por su denominación y sus efectos.

También en este año y a nivel federal, el Pleno de la Cámara de Diputados aprobó por 389 votos, 32 en contra y 14 abstenciones la reforma constitucional para disminuir de 80 a 35 días la temporalidad máxima del arraigo; la minuta se turnó a la Cámara de Senadores para su revisión y eventual ratificación.

La tendencia actual, inclusive a nivel mundial es derogar la figura del arraigo por considerarla contraria a los Derechos Humanos y sobre todo al principio básico de inocencia en todo proceso penal, sin embargo, se requiere del consenso de los Congresos locales para poder derogarlo del Pacto Federal, hecho que posiblemente ocurra en algún tiempo en nuestro país.

4.2.2. NATURALEZA JURÍDICA.

El Centro Federal de arraigos de la Procuraduría General de la República es una unidad administrativa dependiente de la Subprocuraduría Especializada de

⁹⁸ Vid www.CRONICA.com.mx Consultada en fecha 25 de marzo de 2014 a las 22:45 horas.

Investigación de Delincuencia Organizada (SEIDO), cuyo director es designado por el subprocurador de la llamada SEIDO.

Esta unidad administrativa fue creada mediante acuerdo del Procurador General de la República, por lo que su permanencia puede ser modificada en cualquier momento mediante otro acuerdo del titular de la dependencia.

4.2.3. FINALIDAD.

La finalidad del Centro Federal de Investigaciones de la Procuraduría General de la República es contar con un lugar material donde se puedan ejecutar los arraigos solicitados por el Ministerio Público de la Federación y obsequiados por la autoridad judicial en los casos de delitos de delincuencia organizada. El hecho de contar con este lugar tiene buenos beneficios como son: evitar que el presunto de sustraiga de la acción de la justicia durante la investigación, contar con la presencia del presunto en toda diligencia a cualquier hora del día, salvaguardar testigos y objetos involucrados en la investigación, lo que se podría complicar si el arraigo se ejecutara en el domicilio del presunto o en otro lugar diferente.

Así, el Centro Federal de Investigaciones es un local o residencia ad hoc para el cumplimiento y la permanente vigilancia por parte de la autoridad de los arraigos concedidos por el juez. En este caso le corresponde al mismo Ministerio Público de la Federación y a la Policía Federal la vigilancia permanente de todos y cada uno de los indiciados.

4.3. TEMPORALIDAD DEL ARRAIGO.

Toda medida cautelar tiene como premisa y principio rector la temporalidad en sus efectos, esto quiere decir que su duración está previamente limitada por la

ley, por lo que la autoridad no puede abusar con la imposición de la misma, ni aplicarla arbitrariamente.

El arraigo no es la excepción a esta regla, toda vez que la ley establece perfectamente el marco temporal de aplicación y de los efectos de la misma. Así, el artículo 16, párrafo octavo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, antes de las reformas analizadas y discutidas por el legislativo, determina que el arraigo tendrá máxima de cuarenta días, aunque pueden ser menos. El Ministerio Público de la Federación podrá solicitar los cuarenta días de arraigo cuando acredite ante la autoridad jurisdiccional que para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o bien, cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se pueda sustraer a la acción de la justicia. Generalmente en la práctica el Ministerio Público de la Federación solicita casi en todos los casos el arraigo por cuarenta días, ya que con ello gana tiempo para poder realizar la investigación ministerial de manera tranquila y contrario al espíritu del arraigo.

El párrafo octavo del artículo 16 constitucional establece en una segunda hipótesis que el plazo máximo de cuarenta días podrá prorrogarse, si el Ministerio Público de la Federación acredita ante la autoridad jurisdiccional que subsisten las mismas condiciones que dieron origen a la solicitud de esta medida cautelar, por lo que se puede solicitar una ampliación hasta por otros cuarenta días, aunque pueden ser menos, pero en la práctica diaria sucede que el representante federal de la sociedad casi en todos los casos solicita los cuarenta días adicionales, por lo que finalmente gozará de un plazo de ochenta días para poder integrar la averiguación previa y encontrar los elementos que establezcan la probable responsabilidad del inculpado.

Desgraciadamente, la Procuraduría General de la República ha abusado en la solicitud de arraigos en los casos de delincuencia organizada, pero también la autoridad jurisdiccional tiene gran parte de responsabilidad en el desgaste que ha sufrido la medida cautelar a la fecha por concederla exageradamente, es

por ello que se ha considerado que el arraigo debe desaparecer de nuestro sistema penal.

El artículo 133-bis del Código Federal de Procedimientos Penales se refiere al arraigo domiciliario casi en los mismos términos que el párrafo octavo del artículo 16 constitucional:

“Art. 133-bis.- La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de cuarenta días.

El afectado podrá solicitar que el arraigo quede sin efecto, cuando considere que las causas que le dieron origen han desaparecido. En este supuesto, la autoridad judicial escuchará al Ministerio Público y al afectado, y resolverá si debe o no mantenerse”.

Este numeral complementa lo establecido en el artículo 16, párrafo octavo de la Constitución Política general, por lo que, a petición del Ministerio Público de la Federación, el Juez de Control, podrá decretar el arraigo domiciliario en materia de delitos graves, siempre y cuando sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas o bienes jurídicos o bien, cuando existe un riesgo fundado de que el inculpado se pueda sustraer de la acción de la justicia. Le corresponderá tanto al Ministerio Público como a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea cabalmente cumplido.

No obstante los plazos aludidos con anterioridad, es menester resaltar que en la actualidad, la Cámara de Diputados ya aprobó por 389 votos a favor, 32 en contra y 14 abstenciones la reforma constitucional que tiende a acotar la duración del arraigo de 80 a 35 días totales, lo que constituye un gran avance

en materia de los Derechos Humanos e indica que se trata de una figura que tiende a desaparecer por el gran abuso que han hecho tanto la Procuraduría General de la República como los jueces de Distrito en materia penal.

El proyecto de reforma y acotamiento del arraigo se encuentra en el Senado para su discusión y en su caso aprobación.

4.4. LA DISTRIBUCIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS ARRAIGADOS.

El Centro Nacional de Arraigos o Centro Federal de Investigaciones de la Procuraduría General de la República funciona en un hermetismo total, por lo que no existe mucha información al respecto al público usuario, lo cual se puede entender de cierta manera, aunque no se justifica ya que se le ha considerado como una bomba de tiempo, en razón de las capturas que tuvieron lugar durante el sexenio pasado de grandes capos de la delincuencia como Carlos Beltrán Leyva, entre otros o bien el Chapo Guzmán en la actual administración. Este centro es considerado de esa manera en razón de la constante posibilidad de que sea objeto de cualquier momento de ataques por parte de los carteles o grupos de la delincuencia organizada, por lo que su seguridad ha sido llevada a casos extremos, no obstante la vigilancia de más de cincuenta policías federales, de militares, una red que impide el posible aterrizaje de helicópteros, más de 60 cámaras de circuito cerrado dentro y fuera de las instalaciones, de puertas blindadas y exclusas para impedir cualquier posible rescate o ataque de la delincuencia.⁹⁹

Se tiene el antecedente fallido del intento de rescate de Jerónimo Gamez García, alias “El Primo”, uno de los principales operadores y familiar de los hermanos Beltrán Leyva.

⁹⁹ Vid. www.oem.com.mx/laprensa/notas/n1464797.htm Consultada el día 26 de marzo de 2014 a las 22:54 horas.

En el intento de rescate participaron agentes federales destinados a la custodia del Centro Nacional de Arraigos de donde Gamez García salió el día 18 de abril de 2009 para ser internado en el penal de mediana seguridad de El Rincón, en Tepic, Nayarit.

De acuerdo con las investigaciones se pudo llegar a la conclusión de que el intento de evasión fue planeado y ejecutado en base a la información proporcionada por los elementos policiales arraigados.

La vulnerabilidad del Centro Nacional de Arraigos fue puesta al descubierto cuando el 7 de junio de 2009 Pedro Sánchez Arras alias “El Tigre”, logró salir de la habitación en la que se encontraba confinado y logró saltar a un taller mecánico aledaño a las instalaciones de la Procuraduría General de la República, ubicadas en la colonia Doctores. Agentes de dicha Institución le perdieron la vista a esa persona y éste logró escapar momentáneamente, siendo recapturado en el inmueble contiguo, por lo que la Procuraduría General de la República negó la fuga de esta persona.

Poco se sabe del funcionamiento y organización del Centro Nacional de Arraigos, de hecho, ni a los familiares de los arraigados se les brinda la información necesaria, lo que constituye una violación a los Derechos Humanos.

En algunas ocasiones que he tenido la oportunidad de acompañar a amigos abogados litigantes a dicho lugar, he podido constatar que a los arraigados los clasifican de acuerdo al tipo de delito del que se les acusa, por ejemplo, los que están por delincuencia organizada usan ropas de color rosa, los secuestradores roja, los que están arraigados por delitos contra la salud el azul. Se trata de un criterio de clasificación un poco primario y hasta violatorio de los Derechos Humanos en razón de que el funcionamiento y organización del Centro Nacional de Arraigos no cuenta con una reglamentación jurídica específica. Además, adentro de las instalaciones de dicho Centro priva la

intimidación, la tortura y los malos tratos según pláticas con algunos de los internos, clientes de amigos abogados litigantes, lo que resulta increíble sobre todo por que se supone que existe vigilancia expresa de la autoridad para asegurar los Derechos Humanos de los arraigados.

Recordemos que ya se han dado casos en los que la brutalidad y la tortura han ocasionado la muerte de algunos arraigados.

Consideramos que ha sido un error que la Procuraduría General de la República haya centralizado el cumplimiento de los arraigos en el Distrito Federal, puesto que ha convertido al Centro Nacional en una bomba de tiempo, por el contrario, consideramos viable y necesario que se creen otros centros de arraigos en varias entidades de la República, precisamente para descentralizar los cumplimientos de estas medidas y quitarle presión al centro que se ubica en la colonia Doctores.

4.5. LOS CASOS DE ARRAIGO EN MATERIA DE DELINCUENCIA ORGANIZADA:

Los delitos por los que más se arraigan a personas son los de delincuencia organizada. Parece ya una costumbre que en tratándose de estos, el Ministerio Público de la Federación solicita en más del 90 % de los casos el arraigo a la autoridad judicial, la cual también tiene gran responsabilidad al otorgar la orden correspondiente.

A continuación abundaremos en este apartado.

4.5.1. CONCEPTO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Se entiende por delincuencia: *“La actividad de un grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y que actúe concretamente con*

*el propósito de cometer uno o mas delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.*¹⁰⁰

La Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional es un instrumento multilateral patrocinado por las naciones Unidas en contra del crimen organizado transnacional, fue adoptado en el año 2000. Es también conocida como Convención de Palermo, consta de tres Protocolos que son los siguientes:

- a) Protocolo de las naciones Unidas para Prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, Especialmente Mujeres y Niños;
- b) Protocolo de las naciones unidas contra el Contrabando de Migrantes por Tierra, mar y aire, y
- c) Protocolo de las naciones Unidas contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego.

La Convención de Palermo entró en vigor el 29 de septiembre de 2009. Nuestro país es parte integrante de la misma.

El término delincuencia organizada es utilizado en los tiempos actuales para señalar a grupos de personas que se dedican a traficar drogas, personas, cometer delitos varios como el secuestro, los homicidios, robos, entre otros.

Otra idea sobre la delincuencia organizada es la siguiente: *“Se trata de un grupo social con cierta estructura y con miembros que a diferencia del delincuente que actúa en solitario, los individuos que forman parte de una banda de delincuencia organizada deben responder a la estructura y cumplir con una determinada función”.*¹⁰¹

¹⁰⁰ NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, p. 5.

¹⁰¹ Vid. www.definicion.de/delincuencia-organizada Consultada el día 26 de marzo de 2014 a las 22:57 horas.

La delincuencia organizada suele dedicarse a tareas mucho más complejas que los simples robos comunes o hurtos. Estos grupos del crimen organizado se involucran en actividades como el tráfico de drogas o de armas, la trata de personas, principalmente mujeres y menores, el contrabando o la falsificación.

Una característica fundamental de estos grupos es que están perfectamente organizados, esto es, que poseen un orden jerárquico, por eso, cuando detienen a las cabezas del grupo, sobreviene un reordenamiento o acomodamiento de las capas y se vuelven a organizar con jerarquía hasta que sean totalmente desmembrados.

En opinión de la Procuraduría General de la República: *“Cuando con el transcurso del tiempo la delincuencia común, llega a tal extremo de evolución o perfeccionamiento, cuando rebasa los límites del control gubernamental, cuando establece líneas especiales de operación basadas en un sistema complejo, tipo empresarial, bien estructurado en su comisión, cuando persigue a través de determinadas acciones violentas la búsqueda del poder, ya sea político, económico o social, es cuando podemos decir, sin lugar a dudas, que estamos frente a un caso de delincuencia organizada”*.¹⁰²

El concepto “delincuencia organizada”, fue empleado por vez primera por el criminólogo norteamericano John Ladesco en 1929, para designar a las operaciones delictivas provenientes de la mafia. *“Este tipo de delincuencia fue designada con la palabra organizada, ya que se refiere a la asociación, a la sociedad, a la corporación, al grupo, al sindicato, a la liga, al gremio, a la coalición, en sí a la unión, como forma de conjuntar esfuerzos en grupo, y con el empleo de la violencia, soborno, intimidación y fuerza, los delincuentes llevaban a cabo sus actividades ilegales”*.¹⁰³

¹⁰² Vid. www.pgr.gob.mx/Combate%20la%20Delincuencia/delitos%organizada Consultada el día 28 de marzo de 2014 a las 21:56 horas.

¹⁰³ Idem.

La fuerza o poderío de la delincuencia organizada radica en el establecimiento de alianzas y de vínculos en todos sus niveles, incluyendo el político y militar, gracias a la ayuda de la corrupción es que logran su impunidad.

Finalmente, las organizaciones dedicadas a la delincuencia organizada emprenden operaciones ilegales de tipo financiero, mercantil, bancario, bursátil o comercial; acciones de soborno, extorsión; ofrecimiento de servicios de protección, ocultación de servicios fraudulentos y ganancias ilegales; adquisiciones ilegítimas; control de juegos ilegales y centros de prostitución.

Cuando la delincuencia organizada construye puentes de conexión con otras organizaciones similares en otros países, la Organización de las Naciones Unidas la identifica como delincuencia organizada transnacional.

4.5.2. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN MÉXICO.

En México, la delincuencia organizada está regulada a nivel federal por su propia ley.

Es oportuno decir que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que fue publicada en fecha 7 de noviembre de 1996 en el Diario Oficial de la Federación, señala que habrá delincuencia organizada cuando en el delito de secuestro participen tres o más personas en términos de lo establecido en el artículo 2º de ese cuerpo normativo que dice literalmente que:

“Artículo 2º. Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

- I.- Terrorismo, previsto en el Artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los Artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los Artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el Artículo 400 Bis; y el previsto en el Artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;*
- II.- Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;*
- III.- Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;*
- IV.- Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud, y*
- V.- Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales”.*

Los delitos a que se refieren las fracciones I, II, III y IV del artículo anterior, que sean cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada, serán investigados, perseguidos, procesados y sancionados conforme a las disposiciones de esta Ley.

“Artículo 3º. Los delitos señalados en la fracción V de dicho artículo lo serán únicamente si, además de cometerse por un miembro de la delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación ejerce la facultad de atracción. En este caso, el Ministerio Público de la Federación y las autoridades judiciales federales serán las competentes para conocer de tales delitos. Bajo ninguna circunstancia se agravarán las penas previstas en las legislaciones de las entidades federativas”.

Cabe decir que se trata de una atribución que el Ministerio Público de la Federación puede aceptar o no, en cuyo caso le corresponderá conocer a la

autoridad local, pero, el representante social de la Federación conocerá sólo por la delincuencia organizada.

El artículo 4º de la ley señala las penas que se pueden aplicar en caso de delincuencia organizada:

“Artículo 4º. Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas siguientes:

I.- En los casos de los delitos contra la salud a que se refiere la fracción I del artículo 2o. de esta Ley:

a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, respecto de la delincuencia organizada, de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o

b) A quien no tenga las funciones anteriores, de diez a veinte años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa.

II.- En los demás delitos a que se refiere el artículo 2o. de esta Ley:

a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, de ocho a dieciséis años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o

b) A quien no tenga las funciones anteriores, de cuatro a ocho años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa.

En todos los casos a que este artículo se refiere, además, se decomisarán los objetos, instrumentos o productos del delito, así como los bienes propiedad del sentenciado y aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes”.

Estas penas se aumentarán en los siguientes casos:

“Artículo 5º. Las penas a que se refiere el artículo anterior se aumentarán hasta en una mitad, cuando:

I.- Se trate de cualquier servidor público que participe en la realización de los delitos previstos para la delincuencia organizada. Además, se impondrán a dicho servidor público, destitución e inhabilitación para desempeñar cualquier cargo o comisión públicos, o

II.- Se utilice a menores de edad o incapaces para cometer cualesquiera de los delitos a que se refiere esta Ley”.

Por ejemplo, en la mayoría de los casos de secuestro participan tres o más personas (delincuencia organizada), por lo que la Procuraduría General de la República es la autoridad encargada de investigar los hechos. Cabe decir que existe una Subprocuraduría de Especializada de Investigación en Delincuencia Organizada cuyas siglas son SEIDO en el Procuraduría General de la República, lo que nos da una idea de la importancia que tiene para esta Institución los delitos de delincuencia organizada.

4.5.3. EL ARRAIGO EN LOS CASOS DE DELINCUENCIA ORGANIZADA.

El objetivo del legislador al reformar el artículo 16 constitucional fue dotar al ministerio Público de la Federación de una medida cautelar eficaz que le permitiera contar con mayor tiempo para efecto de integrar adecuadamente la investigación que le llevara a esclarecer la verdad jurídica, en los delitos de delincuencia organizada, es decir, cuando tres o más personas se reúnan de manera organizada para cometer en forma permanente o reiterada conductas por sí o unidas con otras y que tienen como fin cometer alguno de los siguientes delitos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, como son: terrorismo, artículo 139, párrafo primero del Código Penal Federal; delitos contra la salud, artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237 del mismo ordenamiento; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, en relación con el 424 bis del mismo Código; acopio y tráfico de armas, previsto en los artículos 83 y 84 del la Ley Federal de armas de Fuego y Explosivos; tráfico de indocumentados de acuerdo a la nueva Ley de Migración; tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de salud; asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores,

previsto en el Código Penal para el Distrito Federal y en las diferentes legislaciones penales de las entidades estatales.

De lo anterior concluimos que el legislador dotó al Ministerio Público de la Federación de un instrumento más que le permitiera contar con el tiempo necesario para terminar de integrar la investigación previa, sin embargo, en la práctica diaria, el Ministerio Público de la Federación ha interpretado y entendido la medida cautelar como casi un imperativo constitucional que tiene que utilizar en todos los casos de delincuencia organizada, abusando de la medida y sobre todo, desgastándola terriblemente al grado de convertirla en violatoria de los Derechos Humanos en razón de su oposición al principio de inocencia, piedra toral en todo juicio penal.

4.5.4. LOS CONSTANTES ABUSOS DEL ARRAIGO COMO MEDIDA CAUTELAR POR PARTE DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Con la inserción de la medida cautelar del arraigo, el legislador consideró necesario dotar al Ministerio Público de la Federación de una medida cautelar eficaz que le permitiera contar con un plazo extenso que se pudiera duplicar a efecto de que el representante social pudiera arribar a la verdad de los hechos presumiblemente delictivos, a la vez, que dicha medida cautelar le asegurara contar con la presencia del presunto responsable en cualquier momento del día para efecto de llevar a cabo todo tipo de diligencias, dicha medida es el arraigo.

Así, desde el estricto punto de vista constitucional, el legislador, consideró que dicha medida cautelar debía ser considerada como la última instancia, ya que por sus características, el arraigo puede prestarse al abuso, lo que ha sucedido en la práctica. Además, el arraigo desde ese punto de vista, puede tener variantes en tiempo y lugar, esto es, que puede ser solicitado y otorgado por un tiempo menor a los cuarenta días iniciales y en su totalidad, no mayor de

ochenta días, con lo que el legislador consideró útil que el arraigo tuviera variabilidad en su aplicación y no se convirtiera en una medida casi similar a la prisión preventiva con la única diferencia de que la última es cumplida en algún centro penitenciario, mientras que el arraigo en una casa especialmente diseñada para tales efectos como lo es el Centro Federal de Investigaciones.

El arraigo fue ideado y establecido en el artículo 16 constitucional como un instrumento más al servicio de la labor investigadora, más no como una medida que le permite al Ministerio Público inmovilizar al presunto responsable, privarlo de su libertad deambulatoria mientras realiza la investigación, ya que es contrario a la esencia de la creación de la medida cautelar que nos ocupa.

Durante la gestión del hoy ex presidente Felipe Calderón, se abusó en exceso de la figura del arraigo, ya que en la totalidad de los casos sobre delincuencia organizada, el Ministerio Público solicitó a la autoridad judicial el otorgamiento de la medida cautelar, con lo que se hizo más que notorio que la misma estaba a punto de colapsar en razón del abuso constante, en lugar de buscar otro tipo de medidas cautelares. Durante el sexenio pasado, el arraigo fue utilizado a diestra y siniestra. La Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada (SEIDO) usó dicha medida cautelar contra 21 personas diariamente en promedio, una incidencia que de acuerdo a los expertos representa un abuso en la figura.

Estadísticas de la Procuraduría General de la República indican que los jueces emitieron 2 mil 227 ordenes para retener temporalmente a 7 mil 739 personas. Además, se dice que los jueces sólo negaron el 4.7 por ciento de las solicitudes de arraigo, por lo que se puede decir que la autoridad jurisdiccional obsequió casi todo en esta materia.

De acuerdo a cifras oficiales, de diciembre de 2006 a octubre de 2012 el Poder Judicial de la Federación otorgó el 95.2 por ciento de las solicitudes de arraigo

tramitadas por la SEIDO; el 91.3 por ciento de los cateos y el 96 por ciento en el caso de las intervenciones de comunicaciones privadas.¹⁰⁴

Los órganos de impartición de justicia resolvieron que había justificación legal para otorgar la medida en el 93 por ciento de los casos, lo que nos indica el abuso constante en el uso de la medida a cargo del titular en turno de la SIEDO o SEIDO. Recordemos que ese órgano de la Procuraduría General de la República tuvo varios titulares como fueron: Noé Ramírez, Marisela Morales, Patricia Bugarín y Cuitláhuac Salinas.

Con el nombramiento del actual Procurador General de la República, Jesús Murillo Karam, se empezó a explicar la necesidad acotar paulatinamente la figura del arraigo hasta desaparecerla en razón de los constantes abusos y de la ilegalidad intrínseca de la misma por ser conculcatoria del principio de presunción de inocencia y por ende de Derechos Humanos.

4.5.5. EL ARRAIGO Y LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

Muchos grupos pro defensa de los Derechos Humanos se han manifestado en el sentido de que no es suficiente el hecho de haber acotado o limitado en su temporalidad la figura del arraigo, sino que lo procedente es eliminarla definitivamente de nuestra legislación federal. Tenemos un importante antecedente, ya que en el estado de San Luís Potosí, el congreso de esa entidad aprobó la eliminación de dicha figura en la Ley de Procedimientos Penales, por considerar que se trata de una medida que viola los Derechos Humanos. El legislador Filemón Hilario Flores, sostiene que: *“México ha sido firmante de os tratados internacionales como es el pacto de san José, Costa rica, y ahí se refiere que la figura del arraigo que todavía se maneja en el país,*

¹⁰⁴ www.diario.mx/Nacional/2013../abusan-de-arraigo-en-el-sexenio-de-calderon. Consultado el día 27 de julio de 2014 a las 21:05 horas.

*ya no debe de existir, por lo que presentó una iniciativa, con la que se logró eliminar esta figura, con la que a la gente se detenía solo para investigarla”.*¹⁰⁵

La Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, en su Informe ante el Comité contra la Tortura con motivo de la revisión del 5º y 6º informes periódicos de México ha estimado lo siguiente: *“La figura del arraigo fu introducida en la Constitución mexicana en 2008 como una medida federal preventiva para privar de la libertad a personas sospechosas de pertenecer al crimen organizado. Supuestamente, el arraigo es utilizado como un medio para investigar a presuntos delincuentes, pero en la práctica, se utiliza como un tipo de vigilancia pública que permite más tiempo a las autoridades para establecer si el detenido es culpable o inocente.*

*Esta medida constituye claramente una forma de detención arbitraria contraria a las obligaciones en materia de derechos humanos que México ha adquirido y viola, entre otros, los derechos de libertad persona, legalidad, presunción de inocencia, las garantías del debido proceso y el derecho a un recurso efectivo. Por otra parte, el arraigo amplía las posibilidades de una persona de ser sometida a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o denigrantes..”*¹⁰⁶

La lucha emprendida por el hoy ex presidente calderón contra la delincuencia organizada fue llevada a cabo de manera torpe e improvisada, se valió de cualquier tipo de instrumento que la ley le permitiera, sin embargo, entre las variadas acciones que tuvieron lugar está el exagerado abuso de algunas instituciones o figuras como es el caso del arraigo contra personas aparentemente involucradas en delitos de delincuencia organizada. La Procuraduría General se convirtió en un instrumento al servicio del Ejecutivo de la Unión en su lucha interminable e injustificada contra la delincuencia organizada y el arraigo se convirtió en la piedra toral en materia de procuración de justicia.

¹⁰⁵Vid. www.eleconomista.com.mx/.../e514934bd865b6a431f7dd67b3cd8b3 consultada el día 2 de abril de 2014 a las 21:45 horas.

¹⁰⁶ Vid. www.2.ohchr.org/english/.../CMDPDH_OMCT_Mexico_CAT49_sp.pdf. Consultado el día 2 de abril de 2014 a las 22.23 horas.

4.5.6. EL ARRAIGO Y SU CONTRADICCIÓN CON EL PRINCIPIO PENAL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

El arraigo y su aplicación deviene en contradictorio de uno de los principios más importantes en materia penal, el de presunción de inocencia, piedra toral de cualquier sistema penal que se precie de ser respetuoso de los Derechos Humanos. Como lo hemos señalado con anterioridad, el artículo 20, apartado B de nuestra Constitución política vigente establece como uno de los derechos de toda persona imputada que se le presuma su inocencia, mientras la autoridad judicial no declare su responsabilidad penal mediante la emisión de la sentencia que corresponda:

“B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa..”.

Este principio constituye uno de los más importantes dentro de todo procedimiento penal, ya que responde a la tendencia pro defensa de los Derechos Humanos, por lo que toda persona que tenga el carácter de probable responsable debe gozar de esta presunción en su favor, hasta el momento en que el juzgador penal lo declare culpable en la sentencia que ponga fin al juicio.

De esta manera, por gozar de la presunción de inocencia, ninguna persona puede ser tratada como delincuente, lo que sí ocurre en el momento en que el Ministerio Público de la Federación solicita y el juez obsequia la orden de arraigo como medida cautelar y ésta es ejecutada, privando de su libertad al probable, con lo que se le estará tratando como delincuente. El arraigo constituye la última de las medidas cautelares, por ello, el Ministerio Público de la Federación debería valorar cada caso específicamente para determinar desde el punto de vista jurídico y ético qué tipo de medida cautelar es la idónea, ya que al solicitar y en su caso aprobatorio, al ejecutar el arraigo, está dando un trato de delincuente al probable responsable, lo que atenta contra este valioso principio jurídico penal que contempla nuestra Constitución Política

vigente. De hecho, para los doctrinarios, resulta incompatible el principio de inocencia con la medida cautelar del arraigo, por eso, en la mayoría de los Estados en los que privan la cultura de los Derechos Humanos, esta medida ha sido totalmente derogada de sus respectivas legislaciones procesales.

4.5.7. PROBLEMÁTICA DE LOS FAMILIARES DE ARRAIGADOS.

Otro problema que se presenta en la práctica diaria en materia del arraigo en nuestro país es en relación de los familiares de los arraigados. Acontece que el arraigo no sólo representa un problema para quienes están aparentemente legalmente privados de su libertad, sino que los efectos de la medida se extienden por desgracia también para los familiares quienes primeramente tienen que desplazarse al Distrito Federal al Centro Federal de Investigaciones siguiendo a su familiar arraigado y ahí sufrir un verdadero vía crucis, ya que el Centro Federal de Investigaciones está ubicado en el corazón de la colonia de los Doctores, un zona considerada como peligrosa, además, los familiares desconocen cuanto tiempo estará su familiar en ese lugar. Además, los familiares se ven en la necesidad de rentar alguna vivienda por el tiempo que dure la medida, pudiendo ser por los cuarenta días iniciales y hasta los ochenta días de que habla el artículo 16 constitucional párrafo octavo. Casualmente, por las calles aledañas al centro Federal de Investigaciones se rentan habitaciones muy humildes, por cierto, para que los familiares pernocten y puedan incluso bañarse y así estar cerca de su familiar y de su abogado.

La estancia del arraigado en el Centro Federal de Investigaciones representa también una fuerte erogación para los familiares, los cuales tienen que desplazarse inmediatamente al Distrito Federal desde donde haya tenido lugar la detención, tienen que contratar los servicios de un abogado en el Distrito Federal para que se encargue de la defensa durante el arraigo, tienen que contar con los recursos necesarios para los alimentos y otros gastos que surjan durante el tiempo que dure el arraigo, por lo que los familiares sufren también

un desgaste monetario y emocional considerable con la medida y su posible alargamiento.

Por otra parte, he podido constar que los familiares casi no reciben ningún tipo de información por parte de las autoridades de la SEIDO, quienes argumentan que no pueden informar por tratarse de investigaciones delicadas y sólo se brindan informes vagos a los abogados de los arraigados. Existen ocasiones en las que sólo se procede a avisar vía teléfono celular al abogado defensor cuando se llevan al arraigado para efectos de realizar alguna diligencia, por lo que el defensor tiene que intentar comunicarse con el Ministerio Público que lleva el asunto en particular y solicitar información sobre el paradero del arraigado. Hay incluso casos en los que la noticia de que trasladaron al arraigado le llega al abogado por conducto de sus familiares los cuales logran enterarse por medios legales o no legales y proceden a avisar al abogado para efecto de que intente averiguar el paradero del arraigado.

Además de esto, los familiares tienen que soportar malos tratos por parte del personal de vigilancia del Centro Federal de Investigaciones, revisiones exhaustivas por parte de los custodios del mismo Centro Federal y la constante intimidación, tanto para el arraigado, como para su familia e incluso el abogado defensor. Resulta muy contradictorio que dentro del Centro Federal de Investigaciones existe personal pro defensa de los Derechos Humanos de la propia Procuraduría General de la República y a pesar de ello, existen innumerables violaciones a los derechos fundamentales, intimidaciones y vejaciones a los arraigados.

Me parece verdaderamente lamentable y triste que este sea el ambiente que priva en el Centro Federal de Investigaciones ya que la constante es la violación de los Derechos Humanos y los malos tratos.

Finalmente, hay que mencionar que a pesar de que el Centro Federal de Investigaciones está fuertemente custodiado, la corrupción ha podido pernearlo

rápidamente, por lo que es fácil conseguir mediante el pago de una gratificación que dicho sea es en dólares, copias o la simple información de la alguna diligencia que se lleve a cabo con el arraigado.

Creo honestamente que deberían existir más Centros Federales de Arraigo en otras entidades de la república y aún en el Distrito Federal para descentralizar las funciones y evitar algunos de los problemas antes descritos, aunque lo mejor sería eliminar la figura del arraigo y con ello el Centro Federal de Investigaciones y toda su problemática.

4.6. LA POSTURA INTERNACIONAL SOBRE EL ARRAIGO.

La tendencia internacional que impera desde hace algunos años se orienta hacia el respeto irrestricto de los Derechos Humanos de todas las personas, por eso, se ha exhortado a los países miembros de las Naciones Unidas a llevar a cabo reformas profundas en sus sistemas de justicia, implementando los juicios orales adversariales. En el caso de México, las Naciones Unidas le han recomendado basarse en el modelo chileno de juicio oral, por lo que ya en algunas entidades de la Federación se llevan a cabo este tipo de juicios, incluyendo ya al estado de México y dentro de poco tiempo tendrán cabida en el Distrito Federal.

Cabe mencionar que el modelo chileno de juicios orales ha despertado muchas críticas tanto allá como en otros países donde se han instaurado debido a las fallas que trae consigo, por lo que ya se pone en tela de juicio su efectividad.

Bajo este esquema de total protección a los Derechos Humanos, impera el principio de debido proceso en el que una persona presunta responsable de la comisión de un delito no debe ser tratada como delincuente hasta que la autoridad logre demostrar su culpabilidad mediante la sentencia que ponga fin a al juicio y que le imponga una pena privativa de la libertad.

Como hemos señalado anteriormente, el principio de presunción de inocencia es la piedra toral del procedimiento penal adversarial, por lo que resulta totalmente contradictorio e incompatible con la medida cautelar del arraigo, por lo que en la mayoría de los países europeos y de nuestro continente ya se ha derogado a esta medida cautelar.

*“Las Naciones Unidas han reiterado su recomendación hacia México, toda vez que es uno de los pocos Estados en los cuales se sigue aplicando el arraigo, e incluso, se aplica de manera indiscriminada y abusiva, por lo que nuestro país se ha convertido en un Estado omiso en cuanto a la recomendación emitida por las Naciones Unidas e incluso por otros organismos y ONGs quienes han podido constatar el abuso en la medida cautelar en nuestro país. Así, por ejemplo, organizaciones como Human Rights Watch, Amnistía Internacional y Sin Fronteras solicitaron al senado de la República de nuestro país desaparecer de la Constitución Política la figura del arraigo que, argumentaron, ha provocado violaciones a los Derechos Humanos y negligencia en los cuerpos policiales”.*¹⁰⁷

*“En el foro sobre la Relación México-Estados Unidos, se pronunciaron también por acotar y regular el fuero militar, para evitar excesos de las fuerzas castrenses”.*¹⁰⁸

El director para América de Human Rights, José Miguel Vivanco, expuso que el Congreso Mexicano no sólo debería rechazar un proyecto de reforma constitucional sobre el arraigo, sino eliminar esa práctica de la Constitución, porque no se adecua a las normas internacionales de Derechos Humanos sobre el arraigo. Consideró que el arraigo se circunscribe en un ambiente de impunidad, de falta de rendición de cuentas y no es compatible con el Estado

¹⁰⁷ Vid. www.eleconomista.com.mx/sociedad/2013/04/29/organizaciones-piden-a-senado-desaparecer-arraigo consultado el día 3 de abril de 2014 a las 22:03 horas.

¹⁰⁸ Idem.

de derecho. En su opinión *“la figura en comento promueve la negligencia y la falta de profesionalismo de los cuerpos de seguridad”*.¹⁰⁹

Así mismo, la directora de Sin Fronteras, Nancy Pérez García, y el director de Amnistía Internacional, Daniel Zapico, coincidieron en la opinión de que el arraigo es una figura violatoria de los Derechos Humanos, por lo que seguir legislando sobre la medida cautelar llevará nuevamente al Congreso de la Unión a serias condenas por parte de organismos internacionales.

Podemos concluir que las recomendaciones y condenas que organismos internacionales y las Organizaciones No Gubernamentales han hecho a México en materia de la eliminación del arraigo han sido muy fuertes, por lo que no dudamos que dentro de poco tiempo esta figura desaparezca completamente de nuestro texto constitucional, ante los argumentos en su contra esgrimidos y más que comprobados.

Es así que el 5 de marzo de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Código Nacional de Procedimientos Penales, en cuyo artículo 1 se establece lo siguiente:

“Art. 1.- Ámbito de aplicación.

Las disposiciones de este Código son de orden público y de observancia general en toda la República mexicana, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales en el marco de los principios y derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”.

El objeto del código en comento está contenido en el artículo 2:

“Art. 2.- Objeto del código.

¹⁰⁹ Vid. www.eleconomista.com.mx/sociedad/2013/04/29/organizaciones-piden-a-senado-desaparecer-arraigo. Op. Cit.

Este Código tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”.

En materia de los principios que regirán a los nuevos procedimientos penales en toda la República, el artículo 4 establece lo siguiente:

“Art. 4.- características y principios rectores.

El proceso penal será acusatorio y oral, en él se observarán los principios de publicidad, contradicción, concentración e inmediación y aquellos previstos en la Constitución, Tratados y demás leyes”.

Una de las piedras torales del nuevo procedimiento penal en toda la República es el principio de presunción de inocencia, contenido en el artículo 13 del nuevo Código en el siguiente tenor:

“Art. 13.- Principio de presunción de inocencia.

Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código”.

En materia de medidas cautelares el Código Nacional de Procedimientos Penales establece que las mismas serán impuestas por resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 153.

Según el numeral 154 del Código en comento, el Ministerio público puede solicitar al Juez de control las medidas cautelares procedentes en una audiencia y con la presencia de los testigos. El juzgador puede decretar uno o varias de las medidas solicitadas por la representación social o bien combinarlas, a excepción de la prisión preventiva la cual no puede combinarse.

El artículo 155 del Código contiene un catálogo de medidas cautelares dentro de las cuales destaca la fracción V:

“Art. 155. Tipos de medidas cautelares.

...

V. la prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez...”.

Si bien es cierto, de la lectura de las quince fracciones que integran el artículo 155 no se desprende la existencia del arraigo como lo hemos explicado, también es cierto que la invocada fracción V refiere un tipo de arraigo territorial o espacial, que sin ser aquella figura en la que se violan los Derechos Humanos al recluir a los probables responsables a residir en un centro especializado para tales efectos por la autoridad, tan criticada, no menos lo es que el legislador decidió transformarlo en un tipo de arraigo más sutil al establecer que la medida cautelar simplemente consiste en prohibir al presunto de salir del país sin autorización o bien de la localidad en la que reside o del ámbito territorial que determine el juez, es decir, en esta fracción se encuentra un tipo de arraigo encubierto, aceptado internacionalmente y que no limita la libertad de las personas a un espacio como lo es aún el Centro Nacional de Arraigos, sino que las constriñe a permanecer en una zona geográfica más amplia en la que tienen libertad de movimiento, de convivir con sus familiares y abogados.

De esta forma, no podemos aseverar que el arraigo haya desaparecido en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, sino que se transformó en

un tipo de arraigo territorial o geográfico el cual consideramos está más apegado a Derechos Humanos.

De conformidad con el artículo segundo transitorio en relación a la vigencia del Código, el mismo entrará en vigor a nivel federal de manera gradual en los términos previstos por la Declaratoria que al efecto emita el Congreso de la unión previa solicitud conjunta del Poder Judicial de la Federación, la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría general de la república, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016. En el ámbito local, específicamente en el Distrito Federal, el Código entrará en vigor en cada una de ellas en los términos que para tal efecto emita el órgano legislativo correspondiente, previa solicitud de la autoridad encargada de la implementación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio en cada una de ellas. En todos los casos, entre la Declaratoria a que se hace referencia y la entrada en vigor del Código deberán mediar sesenta días naturales.

Así, existe un plazo improrrogable para que el Código Nacional de Procedimientos Penales sea implementado en todo el país: el 18 de junio de 2016.

Por último, cabe agregar que en el momento en que se finalizó la presente investigación aún no había sido siquiera aprobado el código de referencia, sin embargo y para efectos de la actualización de la misma es importante resaltar cómo queda el arraigo en dicha normatividad la cual aún no entra en vigor.

4.7. ALGUNAS PROPUESTAS:

La presente investigación documental no estaría completa si careciera de un apartado destinado a las propuestas derivadas de la exposición del tema presentado, el arraigo, una de las medidas cautelares más criticadas a lo largo del tiempo.

Las siguientes propuestas obedecen al resultado de la investigación, pero también, a las experiencias vividas en el Centro Federal de Investigación, ya el arraigo en la práctica ha dado pauta a innumerables casos de abusos por parte de las autoridades, a violaciones de Derechos Humanos, incluyendo la tortura y los malos tratos.

4.7.1. LEGALES: NECESIDAD DE LIMITACIÓN DEL ARRAIGO COMO MEDIDA CAUTELAR EN LA PRÁCTICA EN MATERIA DE DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Consideramos que la medida cautelar del arraigo debe desaparecer totalmente de nuestro marco constitucional, sin embargo, creemos fielmente que su derogación no puede ser inmediata, como muchas opiniones lo desearían, ya que todo cambio legislativo debe ser gradual para minimizar los efectos jurídicos.

Si bien es cierto estamos en espera de que la Cámara de Senadores apruebe la iniciativa presentada por la de Diputados a efecto de acotar el arraigo de cuarenta a veinte días, plazo que se podrá ampliar a otros veinte días, siempre y cuando se acredite que subsisten las causas que dieron origen a la medida. La propuesta también señala que sólo procederá el arraigo cuando se acredite la existencia de indicios suficientes que vinculen a la persona con algún delito.

De esta manera, nuestra propuesta consiste en acotar a la mitad la duración del arraigo, si es que resulta aprobada la iniciativa presentada por diputados del PAN, PRI, PVEM y el PANAL, por lo que la duración del arraigo de cualquier persona sería de sólo diez días y podría duplicarse en los mismos casos ya explicados, cuando el Ministerio Público de la Federación acredite fehacientemente que subsisten las causas que dieron origen a la medida, por lo que la duración inicial sería entonces de **diez días, prorrogables por otros diez días más**, es decir, veinte días en total, plazo que estimamos es más que

suficiente para que el Ministerio Público se ponga a trabajar y logre arribar a la verdad jurídica sobre los hechos, ya que los veinte que propone la Cámara de diputados sigue siendo un plazo exagerado como lo es actual y sólo fomenta la apatía en las investigaciones ministeriales.

Consideramos que diez días y la posibilidad de que se puedan otorgar como máximos otros diez días más, es suficiente para que el Ministerio Público de la Federación obtenga los elementos que le permitan bien consignar ante la autoridad judicial federal o en el menor de los casos, decretar la inmediata libertad del presunto por falta de elementos de convicción.

Reiteramos que nuestra propuesta ideal y definitiva es que la figura del arraigo desaparezca de nuestras leyes, sin embargo, su derogación tiene que ser gradual, para paliar los efectos de su ausencia como instrumento y sobre todo, para que el Ministerio Público de la Federación empiece a implementar otro tipo de instrumentos jurídicos como medidas cautelares como podría ser la utilización del brazalete electrónico, tal y como sucede en el Distrito Federal, entre otras más que deben ser analizadas y valoradas para efectos de suplir al arraigo.

Adicionalmente a lo anterior, consideramos necesario que la Procuraduría General de la República cuente con más Centros Federales de Investigación o centros de arraigo en distintos lugares de la República, lo cual no resulta tan costoso puesto que la Institución cuenta con muchos bienes inmuebles que han sido asegurados a los delincuentes y bien pueden ser utilizados para este fin. Con esta medida se podrá descentralizar las funciones del actual Centro Federal de investigaciones que se ha considerado constituye una “bomba de tiempo”, ante la constante posibilidad de fuga o liberación de los presuntos arraigados.

Consideramos más que necesario que la procuraduría General de la República transparente la normatividad aplicable y en la medida de lo posible, sus

actuaciones en materia de arraigos, ya que existe un verdadero misterio al respecto. Existe gran desconocimiento sobre el marco jurídico aplicable en este tema y más aún sobre la forma en que actúa el personal de la Institución para solicitar y ejecutar los arraigos como medidas cautelares. Creemos que la transparencia es necesaria para que la Institución pueda obtener más credibilidad, sobre todo porque a pesar del hermetismo que impera en el Centro Federal de Arraigos, es innegable que hay muchos actos de corrupción que permiten que los abogados y familiares accedan a información de un arraigado a cambio del pago de cierta cantidad que dicho sea, siempre es tasada en dólares americanos. Esto nos sugiere incluso la idea que la misma Procuraduría general de la República no desea transparentar la información en materia de arraigos por el margen de corrupción y de los negocios que tienen lugar diariamente en el Centro Federal de Arraigos, lo cual sería terrible para el actual gobierno federal.

Los legisladores federales deben avocarse también al análisis tanto de la normatividad como de la operación o funcionalidad del Centro Nacional de Investigaciones, mejor conocido como centro de arraigos, a efecto de que se pueda transparentar tanto la primera como la forma en que trabaja dicho centro que está bajo la custodia y mando de la Procuraduría General de la República.

4.7.2. SOCIALES: NECESIDAD DE BRINDAR EL APOYO Y ASESORÍA JURÍDICA A LOS FAMILIARES DE LOS ARRAIGADOS.

Las reformas legislativas en materia del arraigo no deben ser las únicas, ya que el abuso de la medida ha causado daños colaterales hacia las familias de muchos de los arraigados, por lo que es menester hacer algunas propuestas dirigidas hacia los familiares de estas personas, quienes resultan seriamente afectados por la medida y su constante abuso por parte de la Procuraduría General de la República.

En anteriores apartados hemos explicado el suplicio que tienen que afrontar los familiares de personas arraigadas desde el momento de la detención, ya que sin importar el lugar donde se encuentren, son trasladados al Distrito Federal al Centro Federal de Investigaciones, toda vez que en asuntos de delincuencia organizada el Ministerio Público de la Federación solicita siempre al juez federal la medida del arraigo para efecto de contar con el tiempo suficiente para allegarse de los elementos necesarios que le permita consignar o en su caso dejar en libertad al probable responsable. De esta forma, los arraigados son trasladados a la SEIDO, antes SIEDO, ubicada en la avenida Reforma 74, lo que antes eran las oficinas principales de la Procuraduría General de la República para que rindan su declaración ministerial y posteriormente se solicita la orden de arraigo la que es concedida sin mayor problema, por lo que se traslada rápidamente al probable al Centro Federal de Investigaciones o centro de arraigos, como también se le conoce, por el tiempo que haya concedido la autoridad judicial, pudiendo ser hasta por cuarenta días, prorrogables por otros cuarenta días, lo que implica que los familiares tengan que contratar un abogado penalista en la localidad donde ocurrió la detención de su familiar y pagar los gastos de su traslado y estancia en el Distrito Federal o bien en el mejor de los casos, contratar los servicios de un abogado penalista en el Distrito Federal, pero además, lo usual es que la familia del arraigado se tenga que desplazar inmediatamente al Distrito Federal para saber del paradero de su familiar ante la total incertidumbre y hermetismo que priva en los casos de delincuencia organizada.

Durante el plazo otorgado para que tenga lugar la medida cautelar que nos ocupa, si bien, tanto los familiares como el abogado del arraigado tienen derecho a visitarlo y llevarle las provisiones necesarias y permitidas para su subsistencia, también es cierto que los familiares tienen que permanecer cercanos al Centro Federal de Investigación el tiempo que dure la medida y si tiene lugar la consignación, después desplazarse al lugar a donde lo trasladen, pudiendo ser alguna parte de la República. Todo esto genera además del desgaste emocional y familiar lógico, muchos gastos para la familia, ya que

tienen que establecerse en el Distrito Federal en algún hotel, si es que sus recursos económicos se los permite o en el menor de las casos y posibilidades, en las viviendas contiguas al Centro Federal de Investigaciones se rentan cuartos para los familiares, quienes pagan cien pesos diarios para tener un techo al menos digno y poder estar al pendiente de lo que se ofrezca, ya que la información sobre los arraigados es manejada a cuenta gotas y en ocasiones ni el propio abogado sabe a donde trasladan a su defendido, ya que la comunicación con él es únicamente vía teléfono celular.

Ante este desgaste brutal de los familiares de los arraigados es que consideramos que la Procuraduría General de la República debe brindar la ayuda y apoyo necesario para que mientras dura la medida, los familiares no resientan ni en el emocional ni en su patrimonio los estragos de una medida cautelar que en sus orígenes era buena opción, pero que en razón de los constantes abusos por parte de la Procuraduría General de la República la ha convertido en un suplicio tanto para el arraigado mismo, por los malos tratos y la tortura imperante, pero también para sus familiares quienes aparte de tener una solidez emocional y familiar, deben gozar de muchos recursos económicos para soportar el desplazamiento hacia el Distrito Federal y los constantes gastos que se tienen que hacer, en ocasiones constituyen prácticas corruptas, puesto que literalmente son obligados a acceder a las mismas con tal de tener información que facilite la posible ubicación de su familiar si es el caso que lo hayan trasladado a otra parte para alguna diligencia, sin la presencia de su abogado, lo cual constituye una violación grave en sus Derechos Humanos y en el desarrollo del procedimiento, así como información para la defensa adecuada de su familiar tanto durante la averiguación previa federal como en el proceso si es que se consigna la averiguación ante la autoridad judicial federal.

En tales condiciones, estimamos necesario que la Procuraduría General de la República brinde la ayuda y asesoría tanto jurídica como psicológica a los familiares de los arraigados para efecto de que tengan certidumbre del paradero y de las condiciones en las que se encuentra su familiar arraigado.

También proponemos que la Institución acondicione el Centro Federal de Investigaciones para efecto de que los familiares puedan pernoctar y estar pendientes de las diligencias de su familiar arraigado, por ejemplo, colocando una zona de estancia como ocurre en las áreas de urgencias en los hospitales del IMSS o del ISSSTE, con lo que se ayudará en mucho también a la economía de muchas familias quienes carecen de recursos para pagar hoteles o casas de alojamiento.

Es importante que la Procuraduría General de la República brinde todas las facilidades para que los familiares y los abogados de los arraigados puedan ayudar en la medida de lo posible a sus familiares arraigados, ya que en muchos casos estos sufren de diferentes enfermedades adquiridas en el Centro o bien, ya las padecen y requieren de atención médica especializada y de medicamentos permanentes.

Es también impostergable que la Institución brinde toda la información necesaria a los familiares y los abogados sobre las diligencias y las condiciones en las que se encuentra su familiar arraigado, eliminando paulatinamente las prácticas de corrupción que tienen lugar en el Centro Federal de Investigaciones, ya que el hermetismo y la negativa de las autoridades del Centro fomentan ese tipo de prácticas. Consideramos que de poco sirve que exista presencia de los representantes de la defensa de los Derechos Humanos de la misma Institución si subsisten las constantes violaciones a los Derechos humanos, malos tratos, tortura, intimidación, amenazas y corrupción.

Creemos que una forma de llevar a cabo estas medidas en el ámbito administrativo es simplemente mediante la emisión por parte del Procurador General de la República de un acuerdo o base, que dicho sean, son actos materialmente legislativos que el titular de la dependencia puede emitir para delegar facultades, crear o eliminar organismos de la Procuraduría y bien, establecer lineamientos operativos de alguna área de la Institución.

Consideramos que estas simples propuestas pueden coadyuvar a humanizar las ejecuciones de los arraigos mientras que este figura tenga vigencia, a la vez, las mismas vendrían a concientizar y sensibilizar a las autoridades de la Procuraduría General de la República sobre la importancia de que la medida se lleve a cabo en el más estricto apego al respeto a los Derechos Humanos de los probables, quienes finalmente deben gozar del principio de presunción de inocencia hasta que se emita una sentencia condenatoria que les imponga una pena por la comisión de un delito, mientras, deben ser tratados con total apego a derecho.

Finalmente, sería oportuno que la Procuraduría General de la República analice la viabilidad de otras medidas cautelares que puedan substituir al arraigo, sobre todo, para el caso de que dicha medida cautelar sea derogada, proponemos por ejemplo, el brazalete electrónico que ya se aplica en el Distrito Federal y que permite la vigilancia a distancia permanente del presunto y a la vez ahorra gastos para la Institución y la familia del presunto, como ocurren en el arraigo.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÜENA FANEGO, Coral. Teoría General de las Medidas Cautelares reales en el proceso penal español. Editorial José María Bosch, Barcelona, 1991.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. Métodos y técnicas de la investigación jurídica. Editorial Porrúa, México, 1999.

_____ Derecho Procesal Civil, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993, p. 115.

BARONA VILAR, Silvia. Prisión Provisional y Medidas Alternativas, Editorial Bosch, Barcelona, 1988.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las garantías individuales, 23ª edición, Editorial Porrúa, México, 1992.

CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, (traducción de Sentis Melendo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1945.

CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil, t. I. 1ª edición, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 18ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal penal y Términos Usuales en el Proceso Penal. 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

DOCZI, Gyorgy. El poder de los límites. Proporciones armónicas en la naturaleza, el arte y la arquitectura, Editorial Troquel, Buenos Aires, 2004.

EMBRIS VÁZQUEZ, José Luís. El arraigo domiciliario del sistema acusatorio y oral. 1ª edición, Flóres editor y Distribuidor S.A. de C.V., México, 2012.

ESPARZA F., Abelardo. La prisión preventiva: algunos criterios de política criminal, en colección Vínculo Jurídico. Universidad Autónoma de Zacatecas, México, 1990.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO IBARRA, Victoria, Prontuario del Proceso Penal Mexicano, 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor. Las medidas cautelares en el proceso penal. 1ª edición, Ediciones Coyoacán, México, 2009.

GONZÁLEZ, Julián et alios. Medidas cautelares en el proceso penal. Editorial Sepan, Madrid, 2008.

LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2002.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal, t. III, Editorial EJE, Buenos Aires, 1952.

MARÍN, Juan Carlos. “las medidas cautelares procesales en el nuevo código procesal penal chileno”. Serie de Cuadernos de Trabajo, número 26, ITAM, México, 2002.

MORENO CATENA, Víctor. El Proceso Penal, vol II. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia”. 1ª edición, Procuraduría General de la República, México, 1984.

PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría general de Medidas Cautelares penales, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, 2ª edición, Editorial Harla S.A., México, 1982.

LEGISLACIÓN NACIONAL CONSULTADA.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Editorial Porrúa, 75ª edición, Editorial SISTA S.A. México, 2014.

CÓDIGO PENAL FEDERAL. Editorial DELMA S.A., México, 2014.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Editorial DELMA S.A. México, 2014.

LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. Editorial DELMA S.A., México, 2014.

LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Editorial DELMA S.A. México, 2014.

REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Editorial DELMA S.A. México 2014.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL CONSULTADA.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE 1948.

CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969 SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS DE 1969.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL.

OTRAS FUENTES

DE PINA, Rafael y Rafael DE PINA VARA. Diccionario de Derecho, 26ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

INSITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. UNAM-Porrúa México, 1997, t. III.

JURISPRUDENCIA P/J. 21/98, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, t. VII, marzo de 1998.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, STC 49/1999, disponible en http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Paginas/mem1999_13_A_nIV.aspx, consultado en fecha 28 de noviembre de 2012.

PÁGINAS WEB

www.CRONICA.com.mx Consultada en fecha 25 de marzo de 2014 a las 22:45 horas.

www.definicion.de/delincuencia-organizada Consultada el día 26 de marzo de 2014 a las 22:57 horas.

www.diario.mx/Nacional/2013./abusan-de-arraigo-en-el-sexenio-de-calderon. Consultado el día 27 de julio de 2014 a las 21:05 horas.

www.eleconomista.com.mx/.../e514934bd865b6a431f7dd67b3cd8b3 consultada el día 2 de abril de 2014 a las 21:45 horas.

www.eleconomista.com.mx/sociedad/2013/04/29/organizaciones-piden-a-senado-desaparecer-arraigo consultado el día 3 de abril de 2014 a las 22:03 horas.

LÓPEZ FREGOSO, Roxana en [http:// www.elsoldetijuana.com.mx](http://www.elsoldetijuana.com.mx). Consultada el día 25 de febrero de 2014 a las 13.48.

www.2.ohchr.org/english/.../CMDPDH_OMCT_Mexico_CAT49_sp.pdf. Consultado el día 2 de abril de 2014 a las 22.23 horas.

www.oem.com.mx/laprensa/notas/n1464797.htm Consultada el día 26 de marzo de 2014 a las 22:54 horas.

www.pgr.gob.mx. Consultada el 25 de marzo de 2014 a las 22:23 horas.

www.pgr.gob.mx/Combate%20la%20Delincuencia/delitos%organizada Consultada el día 28 de marzo de 2014 a las 21:56 horas.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- La reforma constitucional de junio de 2008 que establece un cambio radical en el sistema de justicia penal vino a poner de manifiesto la problemática imperante en materia de las medidas cautelares penales utilizadas durante muchos años en el país, ya que resulta innegable que los juzgadores han abusado en la imposición de algunas de ellas como son la prisión preventiva y sobre todo del arraigo.

SEGUNDA.- La reforma constitucional de 2008 implementa un sistema de justicia penal oral adversarial en el que se parte de varios principios dentro de los que sobresale el de presunción de inocencia, incluido en el artículo 20, apartado B, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con ello se espera que todo proceso se siga de manera adecuada y con pleno respeto a los Derechos Humanos de las partes.

TERCERA.- El tema de las medidas cautelares en materia penal es uno de los que menos se han abordado, posiblemente por su desconocimiento resulta hasta cierto punto escuchar que tanto la prisión preventiva como el arraigo constituyen dos de ellas, de hecho, las más utilizadas por la justicia mexicana.

CUARTA.- Las medidas cautelares penales tienen diferentes fines como son: asegurar la eficacia del fallo o sentencia que habrá de pronunciarse en el momento procesal oportuno por la autoridad judicial y evitar que durante el desarrollo del proceso se puedan producir daños de imposible reparación, pero además, las leyes establecen otro tipo de fines de carácter particular como son: garantizar la plena ejecución de las resoluciones judiciales; garantizar el éxito en la investigación; evitar que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia; garantizar la protección de las víctimas u ofendidos, los testigos y los bienes jurídicos; la protección y restitución de los derechos de las víctimas u ofendidos, los testigos o de los bienes jurídicos; garantizar la presencia del

imputado en todo momento en que se le requiera para cualquier tipo de actuación.

QUINTA.- Las medidas cautelares en materia penal tienen las siguientes características generales: la *provisionalidad* y la *instrumentalidad*, pero además, la *revocabilidad*, la *jurisdiccionalidad*, y la *anticipación provisional de los efectos de una sentencia* las cuales ya fueron explicadas en el Capítulo Primero de esta investigación.

SEXTA.- Tanto las leyes como la doctrina establecen como requisitos principales de las medidas cautelares en materia penal las siguientes: el de la apariencia del buen derecho o *fumus boni iuris* y el peligro de demora o *periculum in mora*, sin embargo, estos requisitos han resultado históricamente ajenos tanto al juzgador, como al foro nacional, a la tradición jurídica mexicana y por ende, al proceso penal nacional, por lo que es menester que los abogados litigantes y las autoridades se familiaricen con ellos con la finalidad de entender y aplicar mejor las medidas cautelares en el nuevo sistema de justicia penal.

SÉPTIMA.- De acuerdo a la clasificación doctrinal, las medidas cautelares penales se clasifican en reales y personales. El arraigo está incluido dentro de las segundas en razón de que la medida tiene por finalidad limitar o acotar un derecho personal o humano fundamental, la libertad deambulatoria. Lo mismo acontece con la prisión preventiva.

OCTAVA.- El artículo 16 constitucional en su párrafo octavo establece todavía la posibilidad de que el juez federal a disposición del Ministerio Público, tratándose de delitos de delincuencia organizada pueda decretar el arraigo de una persona, con las modalidades que la ley señale, sin que el tiempo que dure la medida pueda exceder de cuarenta días y siempre y cuando sea necesaria la misma para el éxito de la investigación, la protección de las personas o de los bienes jurídicos o exista riesgo fundado de que el inculpado puede

sustraerse de la acción de la justicia. El término de cuarenta días puede prorrogarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que dieron origen a la medida, pero en estos casos, el arraigo no podrá durar más de ochenta días. Es importante recordar que la duración del arraigo a cuarenta u ochenta días fue acotada mediante la reforma de 18 de junio de 2008. En la actualidad, el arraigo en el ámbito federal se cumplimenta en el Centro Nacional de Arraigos en la colonia Doctores en un predio que parece una fortaleza y en la que abundan las violaciones a los derechos Humanos de los inculpados, ya que se les tiene casi totalmente incomunicados, causándoles serios daños familiares, psicológicos y patrimoniales a sus familias.

NOVENA.- La posición internacional de la mayoría de los gobiernos, de organismos internacionales como la Organización de los Estados Americanos y de ONGs pro defensa de los Derechos Humanos se orientan hacia la derogación de la figura del arraigo como está contenida en el artículo 16 constitucional y en su lugar se apliquen otras medidas cautelares penales, incluyendo la prohibición de abandonar un lugar determinado, que dicho sea es una forma de arraigo más humano y que se encuentra por fortuna ya en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales que entrará en vigor a más tardar en el 2016.

DÉCIMA.- Así, es dable concluir que tanto la Procuraduría General de la República como la autoridad judicial federal penal han abusado en el uso del arraigo, ya que dicha medida cautelar ha sido utilizada como una forma de ganar tiempo para poder iniciar las investigaciones ministeriales, alejándose de la esencia de la medida y con ello, se han violado muchos Derechos Humanos de los inculpados afectando también a sus familias.

DÉCIMA PRIMERA.- El arraigo tal y como se ha venido aplicando tiene sus días contados. En su lugar se aplicarán medidas cautelares más humanas y adecuadas en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, por lo que sólo esperamos que la experiencia obtenida en el sistema penal acusatorio que

duró muchos años nos permite evitar abusos en las medidas cautelares penales, incluyendo al arraigo y la prisión preventiva.