



# UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación

Pública, bajo acuerdo número 974181 de fecha 15 de julio de 1997

---

La Inconstitucionalidad del Código Fiscal de la Federación, para

otorgar la libertad provisional en delitos fiscales

Tesis que para obtener el grado de

**Maestro en Derecho Fiscal**

Sustenta el

**Lic. Leonardo Julio Ortiz Cobos**

Director de la Tesis

**Dr. José Nieves Luna Castro**

## DEDICATORIA

A,

el amor de mi vida Olguis.

28 octubre 2012.

## INDICE

### Introducción

I y II

### Capítulo I

#### Concepto de la prisión preventiva y su evolución

1.	
Concepto.	1
1.1 Antecedentes Históricos de la Prisión Preventiva.	5
1.2	
Grecia.	5
1.3 Roma	5
1.4 La República Romana.	6
1.5 La época del Imperio Romano.	7
1.6 En el derecho prehispanico.	8
1.7. En la época Colonial.	8
1.8 En el antiguo derecho español.	9
1.9 La detención en la Edad Media.	9
1.10 Evolución Histórica de la Prisión Preventiva.	12
1.11 Las ideas liberales del siglo XVIII.	12
1.12 Reglamentación Constitucional en los Siglos XVIII y XIX.	13
1.13 La detención preventiva en España y la Constitución de Cádiz.	14
1.14 La prisión preventiva del México independiente, a 1908	15
1.15 La prisión preventiva y la Constitución de México de 1917.	17

### Capítulo II

#### Propósitos y fines de la prisión preventiva

2.1. Propósitos generales de la detención preventiva.	20
2.2. Propósitos Indirectos.	20
2.3. Propósitos Directos.	21
2 4. Fines específicos.	22

### **Capítulo III**

#### **Actualidad de la Prisión Preventiva**

3.1. ¿En qué casos se justifica la Prisión Preventiva?	25
3.2. Los Tratados Internacionales y La Prisión Preventiva	28
3.3. Prisión Preventiva y perspectiva del Poder Judicial de la Federación.	30

### **Capítulo IV**

#### **Naturaleza del Proceso Penal y sus finalidades**

4.1. Naturaleza del Proceso Penal.	33
4.2. Tratados Internacionales y Proceso Penal.	39
4.3. Visión del Poder Judicial de la Federación del Proceso Penal.	46

### **Capítulo V**

#### **Los Sistemas Procesales Penales**

5.1. Acusatorio,	52
5.2. Inquisitivo,	56
5.3. Sistema Mixto.	58
5.4. Acusatorio garantista	61

### **Capítulo VI**

#### **La Libertad Provisional bajo Caución.**

6.1 Concepto de la Libertad Provisional bajo Caución.	63
6.2. Antecedentes en México de la Libertad Provisional bajo Caución.	63
6.3. ¿En qué casos es pertinente otorgar Libertad Provisional bajo Caución?	65

## **Capítulo VII**

### **Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal**

7.1 Concepto.	70
7.2 Finalidades de las medidas cautelares.	74

## **Capítulo VIII**

### **Las Medidas cautelares en el Sistema Mixto Tradicional**

8.1 Detención preventiva.	77
8.2 Orden de Aprehensión.	78
8.3 Orden de Comparecencia.	79
8.4. Prisión Preventiva.	80
8.5 Libertad provisional bajo Caucción	81
8.6 Arraigo Domiciliario.	82
8.7 Aseguramiento de Bienes.	83

## **Capítulo IX**

### **Las Medidas Cautelares en el Sistema Acusatorio**

9.1. La Reforma Constitucional de 2008.	85
9.2 Finalidad de las Medidas Cautelares.	89
9.3 Criterios para la aplicación de medidas cautelares.	90
9.4. Diferencia de aplicación, en las providencias precautorias, entre Vinculación a Proceso y Auto de Formal Prisión.	94
9.5. Providencias específicas en el Sistema Acusatorio.	96
9.6. Medidas sin custodia.	97
9.7. Separación de domicilio.	98
9.8. Medidas de Prevención.	99
9.9. Medidas de Vigilancia.	99
9.10. Medidas que atienden a la naturaleza comisiva del delito.	101
9.11. Medidas restrictivas de comunicación, derechos y ocupación.	101
9.12. Medidas Cautelares Reales.	102
9.13. Aseguramiento de bienes	103
9 14. Embargo precautorio.	104

9.15. Restitución al ofendido en el goce de sus derechos.	107
9.16. Garantía económica.	108
9.17. Medidas Cautelares Ministeriales.	110
Comentarios respecto al Arraigo Domiciliario.	114

## **Capítulo X**

10.1 Demostración de la hipótesis: El artículo 92, del Código Fiscal de la Federación, es inconstitucional.	119
10.2 Coexistencia de procedimientos: administrativo y penal.	130

## **Capítulo XI**

<b>Propuestas</b>	135
-------------------	-----

<b>Bibliografía</b>	139
---------------------	-----

## INTRODUCCIÓN.

Resulta pertinente, antes de abordar la temática de este trabajo, delimitar sus alcances en cuanto a la vigencia de las disposiciones legales que serán objeto de análisis jurídico, así como los límites y la cobertura dogmática en cuanto a los principios garantistas, aplicables conforme a los elementos característicos de los hechos imputados a los sujetos activos de los delitos fiscales; a los que se dirige este breve ensayo, para obtener el grado de Maestría.

En adición a lo anterior, en la primera parte de la presente tesis de grado, se relatarán brevemente los antecedentes históricos jurídicos relativos al origen de la prisión preventiva, así como su concepto doctrinal, a continuación se impone una necesaria y breve referencia a los Sistemas Procesales Penales, Tradicional Mixto o Inquisitivo y al Sistema Procesal Penal Acusatorio.

Antes de proseguir, esta breve introducción, permítaseme, formular una nota aclaratoria, en el sentido de que en este trabajo, las premisas de investigación académica, van enfocadas a demostrar la inconstitucionalidad de las disposiciones fiscales vigentes; aplicables para la obtención de la libertad caucional, en la probable comisión de delitos fiscales.

Sin embargo, dicha argumentación, de ninguna manera, tendrá relación con los delitos atribuidos a la delincuencia organizada; toda vez que la misma, tiene una especial reglamentación en México y en gran parte del mundo occidental, como lo han expresado, varios tratadistas: “El Derecho Penal del Enemigo” <sup>1</sup>

Desarrollado lo anterior, veremos el concepto de la libertad provisional, en qué casos se considera pertinente su otorgamiento, diversas clases de garantías; un análisis de las disposiciones Constitucionales y códigos que rigen dicha institución garantista, en materia federal.

<sup>1</sup> Günther Jakobs y Manuel Cancio Melía *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid, Civitas, 2003, 102 pp. y Francisco Muñoz Conde, “*Derecho Penal del Enemigo*”. Conferencias magistrales, no. 6, México, INACIPE 2003, 44 pp.

Los Tratados Internacionales relativos y reconocidos por el Senado de la República; los delitos fiscales, destacándose, el contenido del artículo 92, del Código Fiscal de la Federación, los criterios actuales que prevalecen en la praxis jurisdiccional, la visión jurisprudencial del Poder Judicial de la Federación.

Posteriormente, se expondrán las argumentaciones jurídicas, para sustentar la inconstitucionalidad de las disposiciones legales vigentes, contenidas en el Código Fiscal de la Federación, para conceder la libertad caucional en los delitos fiscales.

A continuación se expondrán los razonamientos, por los que, considera el autor, la necesaria reforma de las disposiciones legales vigentes para conceder la libertad caucional, en los delitos fiscales, contenidas en el Código Fiscal de la Federación.

La anterior, propuesta se hará en congruencia a las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008; por las que se emite mandamiento a la Federación, los Estados y al Distrito Federal, expedir y poner en vigor las modificaciones jurídicas necesarias, para instaurar el Sistema Procesal Penal Acusatorio.

Atento a lo cual, se incluirá, desde luego, un tratamiento breve y conciso del concepto de las medidas cautelares, su propósito e importancia, en lo que se estima deberá ser la aplicación eficaz del Sistema Procesal Penal Acusatorio.

Cabe destacar, que dicha reforma constitucional, ha sido la más importante en la materia, desde que en la Constitución de 1917, se instituyó el Ministerio Público, ya que, como sabemos, anteriormente en la época del Porfiriato, se concentraban en los jueces penales las facultades de investigar, substanciar el proceso y aplicar las penas.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación. Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, CONATRIIB., Mesa Directiva 2007-2008.

## Capítulo I

### Concepto de la prisión preventiva y su evolución.

#### 1. Concepto.

Prisión. Del latín *prehendo*, que significa "agarrar, aprehender, encarcelar", detención por la fuerza o impuesta en contra de la voluntad.<sup>3</sup>

Los términos prisión y cárcel, comúnmente se han entendido como sinónimos; sin embargo, este último concepto 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.

Por lo tanto es correcto afirmar como concepto de prisión, la 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.

Además, la prisión preventiva, es de carácter preventivo, ya que tiene por objeto asegurar la presencia del procesado evitando que se fugue ante la concreta e inminente amenaza de la pena corporal, que en el caso se le impondrá mediante la sentencia, sus inconvenientes serán analizados en el desarrollo de la exposición.

3. Diccionario Básico Latino-Español, Español-Latino VOX, por Eustaquio Echauri Martínez, P.,Bibliógrafa, Barcelona, España,. 11ª ed. Julio 1989, p. 373.

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 constituye una violación de imposible reparación a los más elementales derechos humanos.

El concepto de esta institución, ha variado según el sistema procesal penal, acusatorio, inquisitorio o mixto, imperante en determinadas épocas o en ciertos países y diferirá de acuerdo con los autores, así como en función de los sistemas legales sujetos a estudio.<sup>4</sup>

En efecto, el sistema procesal penal acusatorio en sus inicios, no concebía el encarcelamiento del inculcado sino hasta después de dictada la sentencia definitiva, en cuanto al sistema inquisitorio, éste reducía el proceso al examen del inculcado, por tanto su detención era una operación preliminar e indispensable entre los medios de coerción para descubrir “la verdad”.

Por lo que hace a la doctrina, las innumerables definiciones propuestas han dado lugar, incluso a su clasificación en diversos grupos según sea, que las mismas sigan o se aparten de alguna corriente doctrinaria o se ajusten, o no a la definición propuesta por determinado tratadista.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Zavaleta, Arturo J., *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, Buenos Aires, Argentina Ed. Ayarú', 1954, p.57.

<sup>5</sup> Bernard-Tulkens, Françoise y Bosly, Henri-D., consideran la detención preventiva como el encarcelamiento sufrido por el presunto autor de un delito, antes de que se haya decidido sobre el ilícito. Cfr. “*La Détention Preventive en Procédure Pénale Belge*” en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Nouvelle Série. París, núm. 1, enero-marzo, 1975, p.80; según Carrara Francesco, se llama detención preventiva al encarcelamiento de una persona por la sola sospecha de su culpabilidad, antes de que haya sido condenada. Cfr. *Programa de Curso de Derecho Criminal* dictado en la Real Universidad de Pisa, Trad. Y pról. de la 11ª. Ed. Italiana por Sebastián Soler, Buenos Aires, ed. De palma, 1944, Parte General, vol. II, p. 282; para Castro Ramírez, M., la detención provisional es la privación de la libertad del inculcado durante la instrucción del proceso, antes de sentencia firme. Cfr. “*Del arresto provisional o detención*” en *Criminalia*, México, octubre, 1953, núm. 10, p. 525; en opinión de Hélie, Faustin, la detención preventiva es, a la vez, medida de seguridad, garantía de ejecución de la pena y medio de instrucción. Cfr. *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, 2e. éd., 1866, vol. IV, p. 616; para Soto Nieto, Francisco, la prisión provisional es una medida preventiva a fin de asegurar la presencia del delincuente durante el proceso y para que, en última instancia, no pueda sustraerse a la ejecución de la sentencia dictada. Cfr. “*La prisión y la libertad provisionales vistas por un juez*”, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, año XI. Núm. 4, pp. 578-579.

El distinguido tratadista Jesús Rodríguez y Rodríguez,<sup>6</sup> considera que, si etimológicamente detención, significa acción de detener, ello implica el hecho del aprisionamiento, y preventiva, tomada no en el sentido de acción encaminada a evitar anticipadamente que un hecho se produzca, sino en su acepción propiamente jurídica y referida a la detención, es decir, la que es aplicable a aquél, que debe responder de una acusación formulada en su contra.

Por lo tanto, dicho catedrático no ve el porqué deba diferenciarse la detención de la aprehensión o captura de una persona, siendo todos estos términos sinónimos; o bien distinguir entre detención y detención preventiva, llámese a esta última custodia, reclusión o prisión preventiva; o incluso subdividirla en periodos sucesivos.

Tal es el caso, de México, donde con base en el artículo 16, de la Constitución, se considera que: ...“la detención se presenta en tres hipótesis diferenciables...a) detención por cualquier individuo, en caso de delito flagrante; b) detención por autoridad administrativa, justificada por la urgencia, y c) detención por orden de las autoridad jurisdiccional (orden de aprehensión).

Y agrega: En todo caso la detención en sentido estricto, concluye al dictarse el auto de formal prisión. Sin embargo, al mismo tiempo se reconoce que la preventiva, no es otra cosa, que prolongación y acentuamiento de la detención. En efecto, lo anterior se corrobora por lo dispuesto en el contenido del artículo 19, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su primer párrafo.

<sup>6</sup> Rodríguez Rodríguez, Jesús, “La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado.” México, UNAM, 1981. Artículo.-19, de la Constitución: “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas sin que se justifique con un auto de formal prisión...”

De lo anterior, aparece claro lo siguiente: primero, que en este caso concreto se está dando al término detención la dimensión y la significación mismas de la detención preventiva, ya que para que, una detención pueda exceder de 72 horas, según reza la Constitución, “justificarse”, es decir, confirmarse o convalidarse y, por ende, no concluir, sino mantenerse o prolongarse, se requiere la existencia del citado auto de formal prisión, y segundo, que en tal virtud resulta erróneo diferenciar detención de prisión preventiva, ya que, desígnese como se quiera a la detención posterior a tal auto, el hecho es que de todas formas dicha medida significa, antes y después del auto, una sola y misma cosa, o sea la privación de libertad del presunto responsable.<sup>7</sup>

La noción, del concepto de la detención preventiva y su reglamentación ha tenido múltiples variaciones y evolucionado según la época y el país de que se trate, así como conforme a las preocupaciones o tendencias imperantes, a continuación expondré una breve, evolución histórica, de dicha medida cautelar.

La confusión se originó, por la gran variedad de términos utilizados en forma anárquica e indiscriminada, tanto por la literatura especializada como por el legislador, sea ésta nacional o extranjera, para referirse con diversos nombres a un concepto, la detención preventiva.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> A la cual se designa indistintamente como detención, prisión, retención, reclusión, arresto, custodia o encarcelación, y se le considera o califica como preventiva, provisional, preliminar, prejuicial, judicial, procesal, etcétera.

<sup>8</sup> Cfr. Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 6ª. Ed., México, Ed. Porrúa, 1970, p. 617; García Ramírez, Sergio, “*El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*”, México, UNAM, 1967, pp. 20 y ss.; ídem, “*Derecho Procesal Penal, México*”, Ed. Porrúa, 1974, p. 490.

### 1.1. Antecedentes Históricos de la Prisión Preventiva.

#### 1.2. Grecia.

En Grecia la detención preventiva no tuvo ninguna aplicación, toda vez que desde el punto de vista jurídico se identificaba a la persona con el cuerpo, y la libertad era concebida esencialmente como libertad corporal.

La justicia penal, aunque administrada de manera arbitraria por los *éforos*, que fungían al mismo tiempo como acusadores y jueces en todos los asuntos penales, nunca se llegó a imponer la pena de prisión, por considerar que afectaba a la libertad, sustituyendo aquélla por penas pecuniarias.<sup>9</sup>

#### 1.3. Roma.

No obstante la aplicación limitadísima que en general se hizo de la prisión preventiva, fue en Roma, donde esta institución habría de cobrar los rasgos característicos que aún hoy día, en mayor o menor grado, se reflejan en las legislaciones adjetivas de nuestra época.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Ellul, Jacques, *Historia de las Instituciones de la Antigüedad*, Trad. y notas por Francisco Tomás y Valiente, Madrid, ed. Aguilar, 1970, pp. 85 y 109-110.

<sup>10</sup> De Luca, Giuseppe, *Lineamenti della Tutela Cautelare Penale, La Carcerazione Preventiva*. Cedam, Padova, 1953, p- 11; Mommsen, Teodoro, *Derecho Penal Romano.*, citado por Cfr. Rodríguez y Rdz J.

En efecto, en los primeros tiempos del derecho romano, durante el periodo monárquico que va del siglo VIII hasta el siglo V, a. de J.C., así como en los primeros años de la República, cuando el derecho se hallaba aún sometido a imperativos religiosos, los jueces penales y los magistrados podían a su discreción imponer esta medida como medio de coerción; recordemos que originariamente la *coertio* era el único instrumento de persecución de los delitos, llegando a constituir un poder arbitrario e ilimitado; sin embargo, el abuso y los excesos a que su empleo dio lugar, condujeron a la expedición de disposiciones, tales como las *Leges Porciae*, a mediados del siglo VI, tendientes a reprimir tales prácticas abusivas.

#### 1.4. En la República Romana.

Durante la República, siglo V hasta el año 134, a. de J.C. y más precisamente bajo la vigencia de la Ley de las Doce Tablas, a partir de mediados del siglo V, aún cuando el rigor del derecho, ya para entonces laicizado, impusiese la detención del inculpado, por lo general se prescindía de su encarcelamiento, confiando su custodia, algunas veces, a los particulares *custodia libera*, si bien, en la mayoría de los casos, el inculpado quedaba en libertad, con la sola condición de que algunos ciudadanos respondiesen por él como fiadores *vades publici*. Ya a partir de las *Leges Iulia de vi publica et privata*, año 17 a. de J.C., los ciudadanos romanos estaban exentos por prescripción legal de tal medida, tratándose de ciertos delitos.

Tal situación se justificaba por el hecho de que el sistema acusatorio, entonces imperante, otorgaba, conforme a la citada Ley de las Doce Tablas, plena igualdad al acusado y al acusador, debiendo ambos, a fin de no quebrantar tal principio de igualdad, permanecer en completa libertad, situación, que en el sistema de *judicia pública*, había desembocado en la supresión de la detención preventiva. Esta medida, sin embargo era de rigor en los casos de crímenes contra la seguridad del Estado, de flagrante delito o cuando mediaba confesión.

### 1.5. En la época del Imperio Romano.

En la época del Imperio, si bien la ley no prescribía la detención preventiva durante la instrucción del proceso, esta medida revistió las modalidades siguientes: in *carcelum*, reservada a los más graves crímenes, la cual debía cumplirse en una cárcel pública; *milite traditio*, que confiaba la custodia del inculcado a uno o varios militares, casi siempre ancianos, quienes se hacían responsables de aquél, y *custodia libera*, ya utilizada en tiempos de la República, que como, ya se dijo con anterioridad, se ponía al inculcado bajo la guarda de un particular.

La conveniencia, oportunidad y elección de la medida quedaba a la discreción del magistrado, quien, para decretarla, tomaba en cuenta la gravedad de la acusación y la personalidad del inculcado.

Salvo en los casos, de crímenes graves y de flagrante delito, no podía detenerse al inculcado, sino en virtud de una orden emanada de un magistrado superior o del defensor de la ciudad. Los últimos tiempos del Imperio vieron surgir un cambio radical en la materia; ya admitidos los principios de que la detención preventiva no debía significar una pena ni mucho menos un suplicio, y de que nadie debía ser encarcelado sin estar convicto, aún en el caso de delitos graves las simples presunciones no bastaban para reducir a prisión al imputado; ya entonces, era imprescindible contar con evidencias concretas.

Igualmente, se procuró reducir la duración de la detención preventiva; por lo que la libertad provisional constituyó un derecho, salvo en el caso de flagrante delito o crímenes que hubiesen sido confesados; se protegía al inculcado contra detenciones ilegales a través de la *Lex Favia de Plagiarius* y de la *Liberalis Causa*, esta última, verdadera acción de recuperación de la libertad que el afectado podía ser valer mediante un *assertor libertatis*.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> abogado o defensor; Diccionario Básico Latino-Español, Español-Latino VOX, por Eustaquio Echaury Martínez 11ª ed. Julio 1989, Bibliografía, Barcelona, España

## 1.6. En el derecho prehispánico.

La situación que prevaleció en el derecho prehispánico,<sup>12</sup> sobre el cual la información en muchos aspectos es incompleta y oscura, sin embargo se ha podido establecer que, se recluía en la cárcel únicamente a los condenados a muerte y a los prisioneros de guerra, si bien la prisión nunca se imponía como castigo.

Entre los aztecas, cuyo derecho se conoce con mayor detalle, las condiciones de las prisiones, eran oscuras, estrechas, y a los prisioneros o detenidos se les proporcionaba una pésima alimentación, en situaciones verdaderamente miserables, se llamaban *quauhcalli*, la destinada a los presuntos responsables de delitos graves; *petlalcal-li*, la reservada a los inculpados de infracciones leves y *teilpiloyan*, donde eran reclusos los acusados de deudas: La detención de los nobles se cumplía en su domicilio.

## 1.7. En la época colonial.

Durante el periodo colonial español, al decir de fray Gerónimo de Mendieta,<sup>13</sup> la cárcel estaba reservada a los delincuentes sentenciados a pena de muerte. Para los demás detenidos era innecesaria, ya que en tal época “huir y no aparecer, era imposible debajo del cielo”, es decir, era absolutamente imposible sustraerse a la acción de la justicia.

<sup>12</sup> Flores García Fernando, “La Administración de Justicia en los pueblos aborígenes de Anáhuac”, Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, t. XV. Núm 57, enero- marzo, 1965, pp. 86, 115, y 120-123; Quiroz Cuarón, Alfonso, “El Régimen Penitenciario de las Entidades Federativas”, en Criminalia, México, año XXIX, núm. 12, 1963, pp.898 y ss.

<sup>13</sup> Citado por Mendieta y Núñez, Lucio “El Derecho Precolonial”, Ed. Porrúa Hnos. y Cía., 1937 p. 58

## 1.8. En el antiguo derecho español.

Antiguamente,<sup>14</sup> como se sabe, el derecho español, tuvo una enorme herencia romana, por lo que, la detención tuvo escasa importancia como medio procesal, ya que las Partidas (Partida 7ª. Título 29, leyes 1ª., 2ª. y 4ª.), señalaban que la detención preventiva debía aplicarse sólo, a los acusados de delitos graves, y para que pudiesen continuar en libertad, se les aceptaban fiadores, por el temor a su fuga u ocultamiento.

Sin embargo, la detención no se imponía como castigo de los delitos, sino para guardar a los imputados, hasta que fuesen juzgados; cualquier persona podía detener sin mandamiento judicial a los autores de ciertos delitos, pero se castigaba al que aprehendiese a una persona sin derecho o la mantuviera presa por más de veinte horas, considerándose, al autor de dicha detención como responsable de plagio.

## 1.9. La detención en la Edad Media.

En la Edad Media,<sup>15</sup> se utilizaron dos sistemas para el enjuiciamiento de los inculpados; uno, la *accusatio*, proveniente directamente, del derecho romano y, el otro, la *inquisitio*, resultado de la interpretación de ciertas partes del derecho romano, adaptadas a las necesidades de la época.

<sup>14</sup> Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal*. México, Ed. Nacional, 1951, 9ª. ed., t.I, pp. 104 y ss.; García-Gallo Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*, t.II: *Antología de Fuentes del Antiguo Derecho*, 4ª. Ed. Madrid, 1971, rev., pp. 51 y ss.

<sup>15</sup> Ullman, W., "Algunos Principios del Proceso Criminal Medieval". Trad. por Javier Malagón Barceló, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t.X, núms. 39-40, julio-diciembre, pp. 33 y ss.

El primero, es decir, el sistema acusatorio, constituyó hasta finales del siglo XIV el *remedium ordinarium* de enjuiciamiento, y en él los derechos del imputado estaban más o menos protegidos en virtud tanto del origen romano de su regulación como de los principios mismos que sustentaban este tipo de procedimiento.

Recordemos que, conforme al derecho romano, el acusador debía suscribir el castigo demandado para el acusado, a más de que, si éste se encontraba bajo custodia, aquél debía compartir tal privación de libertad, principios admitidos también en este periodo de la Edad Media, no sin ciertas reticencias por parte de la doctrina, que trató de suavizar la rigidez inherente a este sistema.

En cuanto al segundo sistema, o sea la *inquisitio* o indagación, se le consideraba como un *remedium extraordinarium*, en otras palabras se le aceptaba como un mal repugnante pero necesario; en las causas instruidas conforme a este sistema, los derechos del inculpado sólo eran objetos de una vaga formulación.

A principios del siglo XIV, los fines del procedimiento inquisitorio se reducían a dos; primero, establecer la naturaleza y gravedad del delito y, segundo, descubrir y aprehender al sospechoso de haberlo cometido.

Por otra parte, las interpretaciones abusivas tanto del sistema acusatorio como de las funciones del juez, abusos explicables y hasta comprensibles, si se toma en cuenta, por un lado, el concepto medieval del delito en cuanto a mal público, y, por el otro, el hecho de que la justicia penal se iba encaminando progresivamente, a hacer frente a las exigencias de una mayor seguridad, fijándose como principal meta en que ningún delito quedara impune, condujeron al abandono casi total del sistema acusatorio, del cual ya en el siglo XV, pero especialmente en el siglo XVI, no quedaba sino el nombre, mientras que el sistema inquisitorio pasaba a ocupar un primer plano, reemplazando al acusatorio con respecto al *remedium ordinarium*.

Así, durante el Medievo, la detención pierde su carácter excepcional, ya que, en consonancia con el sistema inquisitorio, la captura se convierte en operación preliminar indispensable a fin de someter a tortura al inculcado y arrancarle una confesión.<sup>16</sup> En este sentido Esmein<sup>17</sup> pudo afirmar que en Francia<sup>18</sup> y los demás países que la circundan, se desarrolló el mismo sistema de proceso penal inquisitorio, entre cuyos rasgos característicos sobresalían la tortura y el secreto del procedimiento.

Con algunas excepciones,<sup>19</sup> las prácticas penales continuaron siendo bárbaras y crueles hasta finales del siglo XVIII, bajo el pretexto de una prevención que se realizaba por medio de la intimidación y del castigo ejemplar.<sup>20</sup>

**16** Pisapia, Gian Domenico, *“Orientamenti Per Una Riforma Della Custodia Preventiva Nel roceso Penale”*, en Rivista di Diritto Processuale, Padova, anno, XX, núm. 1, 1965, p. 74., citado por Rodríguez y Rdz. J., p. 21ss.

**17** Esmein, A., *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu’à nos jours*. L. Larose et Forcel, París, 1882, pp.55. cit. por Rodríguez y Rdz. J., p. 21ss.

**18** Rodríguez y Rdz. J., p. 21 “Donde la antigua teoría procesal, representada principalmente por el Livre de Justice et de Plet, había hecho de la detención preventiva la regla y de la libertad la excepción. Cfr. Íbidem, p. 55.”

**19** Íbidem, p. 21 *“Como las de España e Inglaterra; la primera con su derecho cartulario, su procesos forales, la figura del Justicia Mayor del Reino de Aragón, etcétera, si bien más tarde la evolución habría de marchar en sentido inverso, particularmente con la creación de los fueros especiales de que gozaban, por ejemplo, la Santa Hermandad o el Santo Oficio; la segunda, con sus célebres documentos como la Magna Charta de 1215, la Petition of Rights de 1628, la Habeas Corpus Act de 1679”*

**20** Rotman, Edgardo, *“L’Évolution de la Pensée Juridique Sur le But de la Sanction Pénale”*, en Aspects Nouveaux de la Pensée Juridique, Recueil d’études en hommage á Marc Ancel, t. II. Etudes de science pénale et de politique criminelle, París, Ed. A. Pédone, 1975, p. 164, citado por Rodríguez y Rdz. J., p. 21ss.

## 1.10. Evolución Histórica de la Prisión Preventiva.

El concepto y aplicación de la prisión, no habría de cambiar, en algunos países, sino hacia fines del citado siglo XVIII, y en otros, hasta principios del XIX.<sup>21</sup>

Las ideas liberales que precedieron a la revolución francesa, también influyeron de manera muy importante en la transformación jurídica y las limitaciones que se impusieron a la noción y utilización por los Estados de la detención preventiva, desde tales fechas, hasta antes de su reglamentación constitucional y ordinaria actual.<sup>22</sup>

## 1.11 Las ideas liberales del siglo XVIII.

En Francia, desde el punto de vista de los textos constitucionales, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 preveía que la detención no tendría lugar sino en los casos determinados por la ley y según las formas por ella prescritas (artículo 7); la Constitución de 1791, a la cual se integró la anterior declaración, precisaba además los mandamientos de detención (artículo 10).

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, parte principal de la primera constitución republicana francesa, elaborada y aprobada en la época jacobina por la Convención, la cual nunca entró en vigor, a más de reproducir en idénticos términos, en su artículo 10, la regla establecida por el artículo 7 de la Declaración de 1789, reconocía el derecho a repeler, incluso por la fuerza, toda la detención fuera de los casos y sin las formas previstas por la ley (artículo 11).

<sup>21</sup> Ancel, Marc, en su introducción comparativa a la obra *Les Codes Pénaux Européens*, publicada por el Centre Français de Droit Comparé, París, 1958 t. I, pp-XXV y ss., citado por Rodríguez., J. 22.

<sup>22</sup> Rodríguez., J. 22.

## 1.12 Reglamentación Constitucional en los Siglos XVIII y XIX.

La Constitución del año III, estipulaba que los mandamientos de detención debían expresar los motivos de ésta y la ley en la cual se fundaban; tales menciones debían figurar también en la copia destinada al interesado (artículo 223); la Constitución del año VIII.

La citada Constitución, también estableció que las órdenes de detención no podrían ser expedidas, sino por las autoridades expresamente facultadas para ello, en la ley, artículo 77; lo que constituye un claro indicio del desarrollo del principio de seguridad jurídica.

Las Cartas de 1814 y 1830 mantuvieron intacta la regla esencial formulada por el artículo 7 de la Declaración de 1789; la Constitución de 1848 en forma más escueta, señalaba que nadie podía ser detenido sino según las prescripciones de la ley (artículo 2)<sup>23</sup>

Algunas de las constituciones antes citadas, prohibían expresamente, todo rigor innecesario en la detención de una persona (artículo 9 de la Declaración de 1789; artículo 13 de la Declaración de 1793; artículo 232 de la Constitución del año III; artículo 82 de la Constitución del año VIII.

En otras constituciones se estableció un tenue control de la legalidad de la detención (Constitución de 1791, artículo 11; Constitución del año III, artículos 224 y 225); en los textos posteriores, no encontramos reglas al respecto, dado que la tarea de fijar las garantías correspondientes fue confiada a las leyes penales ordinarias.

<sup>23</sup> Aydalot, Maurice, *“La Liberté et la Détention Provisoires dans la Jurisprudence de la Cour de Cassation” en Aspects Nouveaux...*, etc., pp. 273-276; *Encyclopedie Juridique Dalloz, Répertoire de Droit Pénal et de Procédure Pénale*, t. II; *“Détention Préventive”*, núm. 8 París, 2e. éd; Rivera Jean, *“Les Garanties Constitutionnelles Des Droits de l’Homme en Droit Français”*, en *Revue internationale de droit comparé*, París, 29e année, núm. 1, enero-marzo, 1977, pp. 9 y ss.; Savey-Casard, Paul, *“Les Dispositions Concernant le Droit Pénal Dans Les Constitutions Françaises de 1789-1958” en Aspects Nouveaux...*, etc., cit., pp. 355 y ss. Para los textos de las Constituciones citadas, cfr. Duverger, Maurice, *Constitutions et Documents politiques*, París, Presses Universitaires de France, París, 1968., citado por Rodríguez, Rdz. J. p.24

En cuanto al deseo de limitar la duración de la detención preventiva, también hubo algunas manifestaciones, aún cuando más bien tímidas, en algunos de los textos fundamentales (Constitución de 1791, artículo 12; Constitución del año III, artículo 226; proyecto de Constitución de 1793 artículo 6; el senado – consultó del 16 *thermidor* año X, artículo 55, y el del 28 *florial* año XII, artículo 4, permitían a las personas detenidas, cuyo proceso no se iniciara diez días después de su detención, recurrir a la Comisión Senatorial de la libertad individual, a fin de obtener su puesta en libertad.

Cabe destacar que las constituciones posteriores, nada dispusieron respecto a la duración de la detención preventiva, ya que confiaron su reglamentación a las leyes secundarias. Diversas constituciones consideraron necesaria, e incluso obligatoria, la intervención de un defensor en materia penal (Constitución de 1791, artículo 9; proyecto de Constitución de 1793, artículo 96; y, Constitución del año III, artículo 252).

Finalmente, la presunción de inocencia la encontramos consignada también en varios textos (Declaración de 1789, artículo 9; Declaración de 1793, artículo 13).<sup>24</sup>

### 1.13 La detención preventiva en España y la Constitución de Cádiz.

En España,<sup>25</sup> ante una situación y un sistema legal complicados por la creación de los fueros especiales y donde el respeto a la libertad personal era confusa y se dieron muchos abusos, la Constitución de Cádiz de 1812 (artículos 287, 290 y 293) en un primer tiempo limitó la detención preventiva.

<sup>24</sup> Rodríguez y Rdz. J., p. 23

<sup>25</sup> Cfr. Tierno Galván, Enrique, *Leyes Políticas Españolas Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1948.

Posteriormente la Constitución de 1876 (artículos 4 y 5), también previó medidas procesales para señalar límites a la detención preventiva.

La primer Constitución, a los casos de delitos sancionados por la ley; ambas la condicionaron a la expedición de un mandamiento escrito por parte de la autoridad judicial el cual, según la primera, debía notificarse al inculcado en el acto mismo de la detención.

Las dos medidas procesales señalaban como plazo para poner al imputado en libertad o a disposición del juez competente, las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención.

La primera requería un auto motivado en caso de confirmación de la detención y, la segunda, fijaba un término de setenta y dos horas para decidir, sea la puesta en libertad del detenido, o la confirmación de su detención, plazo dentro del cual, debía notificarse al interesado la decisión respectiva; también prescribía la segunda que toda persona detenida sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos en la Constitución y en las leyes, debería ser puesta en libertad a petición suya o de cualquiera otra persona, dejando a la ley el cuidado de determinar el procedimiento sumario correspondiente.

#### 1.14 La prisión preventiva del México independiente, a 1908.

Desde los primeros años de iniciado el movimiento independentista hasta antes de la promulgación de la actual constitución de 1917,<sup>26</sup> se suscribieron cuantiosos textos constitucionales y muchos contenían referencias a las condiciones de procedencia de la detención preventiva; por lo que, limitaron la aplicación de esta medida a los casos de delitos sancionados con pena corporal (Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1823, Leyes Constitucionales de 1836, Bases Orgánicas de 1843, Estatuto Orgánico Provisional de 1856 y Constitución de 1857.

<sup>26</sup> Tena Ramírez, Felipe, "*Leyes fundamentales de México 1808-1975*", México, Ed. Porrúa, 1975.

La única excepción estuvo representada por el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865, cuyo artículo 60 se refería en general al caso de comisión de un delito, sin hacer diferenciación de ninguna especie.

Respecto de otras condiciones de fondo y forma que el juez debería tomar en consideración para decretar o no la detención preventiva, se señalaban entre las primeras, la gravedad y trascendencia del delito, la existencia de índices suficientes de culpabilidad y el peligro de fuga; entre las segundas, se requería la existencia de mandato escrito y motivado de autoridad competente, que debía notificarse al inculcado.

El derecho a la libertad provisional, bajo fianza, se preveía para los casos de delitos no sancionados con pena corporal (Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1823, artículo 74) Bases Orgánicas de 1843, Estatuto Orgánico Provisional de 1856 y Constitución de 1857.

La presunción de inocencia fue consignada en un sólo documento denominado Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana expedido en Apatzingán en 1814, en su artículo 30 decía: *“Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado”*.

Diversos derechos de defensa asistían al encausado, particularmente, conocer la causa del procedimiento, el nombre del acusador, los documentos y demás datos en su contra, debía permitírsele el careo con los testigos y oírsele en defensa por sí o mediante defensor. Por último se prohibía cualquier clase de tormento y la obtención de confesiones mediante coacción o violencia.

Debe destacarse que la Constitución de 1857, aparte de vincular la detención preventiva a la pena corporal, no estableció ninguno de los requisitos para dictar mandamiento de detención; tal previsión fue confiada a las leyes secundarias.

En tal virtud, el Código de Procedimientos de 15 de septiembre de 1880, disponía que nadie podía ser detenido sino por la autoridad competente y en virtud de una orden escrita dictada por ella (artículo 245); igualmente, enumeraba las autoridades competentes para realizar las aprehensiones y para librar las órdenes de detención (artículo 246). Los códigos procesales que lo sucedieron (1894-1908), establecían idénticos requisitos.<sup>27</sup>

#### 1.15 La prisión preventiva y la Constitución de México de 1917.

No obstante, que como anteriormente se ha dicho, la Constitución del 5 de febrero de 1857, estipuló varias disposiciones protectoras de la libertad personal, se cometieron muchos abusos, durante su vigencia.

Por ello, la Constitución vigente de 1917, consagró con mayor precisión los requisitos de la restricción provisional de la libertad con motivo del proceso penal, y la segunda parte del artículo 16, de la Constitución, exige que, salvo los casos, de flagrante delito y de urgencia, la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, podrá decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Zavaleta, A.J., pp.57-58.

<sup>28</sup> Fix-Zamudio Héctor. Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, UNAM-Ed. Porrúa, S.A. 4ª Ed. 1991, pp. 1125-1127.

Como se advierte del mensaje y proyecto en el artículo 16, de la Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la ciudad de Querétaro el 1º de Diciembre de 1916, como se transcribe.

Además, el artículo 18, Constitucional, disponía que sólo por delito que merezca pena corporal (actualmente pena privativa de libertad) podrá ordenarse la prisión preventiva. Y en artículo 19, de dicha Carta Magna, se estableció que ninguna detención podría exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión.

De lo anterior, es evidente que, durante todo el siglo XIX, nuestros constituyentes pretendieron proteger la libertad de los seres humanos, disponiendo que pudieran ser privados de ella, únicamente en aquellos casos limitativa y expresamente autorizados por la norma jurídica.

En efecto, un Estado respetuoso de los derechos humanos, debe proteger la libertad física de todos los individuos, y restringirla únicamente en los casos establecidos previa y limitativamente en la ley y mediante las formalidades y requisitos que ella establece.<sup>29</sup>

Artículo 16 del mensaje y proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza: *“No podrán librarse órdenes de arresto contra una persona, sino por autoridad judicial y siempre que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal, y que esté, además, apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable la responsabilidad, hecha excepción de los casos de flagrante delito...”*

**29** Zamora Pierce Jesús. “Garantías y Proceso Penal.”, México., Ed.5ª, Porrúa, S.A. 1991, pp. 11-13.

Artículo 7º de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano *“Ningún hombre puede ser acusado, arrestado, ni detenido más que en los casos determinados por la ley, y según las formas prescritas por ella. Los que soliciten expidan, ejecuten, o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados”*

A ello se refería, el artículo VII de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, al disponer lo siguiente:

*“VII. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia”.*

## Capítulo II

### Propósitos y fines de la detención preventiva.

#### 2.1 Propósitos generales de la detención preventiva.

De las referencias históricas que preceden, así como de las definiciones propuestas acerca de la detención preventiva, se advierte que su noción no es uniforme y que la evolución de dicha medida no siempre ha sido progresiva; ya que atiende a principios político filosóficos cambiantes y a los propósitos u objetivos que el procedimiento penal ha perseguido a través de la detención preventiva en los diversos sistemas de control político estatal.

Como se ha visto, originalmente la imposición de la detención preventiva representaba una garantía de la ejecución de la pena, puesto que impedía al inculcado sustraerse a ella por la fuga, a la vez que constituía una sanción aflictiva con carácter de ejecución anticipada de la pena o con fines de ejemplaridad; más tarde, una vez superada la confusión entre la prisión como consecuencia de la sentencia penal, y la detención preventiva, que constituye una medida cautelar que no debe prejuzgar sobre la culpabilidad del inculcado.

Por tanto, las funciones de la detención preventiva se han vinculado por parte de la doctrina con diversos imperativos o finalidades, destacándose los siguientes:<sup>30</sup>

#### 2.2. Propósitos Indirectos.

a) Garantizar una buena y pronta administración de justicia;<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Rodríguez y Rdz. J., p. 29.

<sup>31</sup> González Bustamante, Juan José, *"Principios de Derecho Procesal Mexicano"*, 4ª. Ed., México, Ed. Porrúa, 1967, p.299

- b) Garantizar el orden público, restableciendo la tranquilidad social perturbada por el hecho delictivo,<sup>32</sup>
- c) Garantizar el interés social en la investigación de los delitos,<sup>33</sup>
- d) Garantizar la seguridad de terceras personas y de las cosas.<sup>34</sup>

### 2.3 Propósitos Directos.

- a) Asegurar el fin general inmediato del proceso que tiende a la aplicación de la ley penal en el supuesto de su violación,<sup>35</sup>
- b) asegurar el éxito de la instrucción preparatoria, así como el desarrollo normal del proceso,<sup>36</sup> y
- c) facilitar el descubrimiento de la verdad, mediante las investigaciones, búsquedas y pesquisas que no deben verse entorpecidas por el inculpado,<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Cfr. Colín Sánchez, Guillermo, “*Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*”, 2ª. Ed., México, ed. Porrúa, 1970.

<sup>33</sup> González Bustamante, J.J., p.179.

<sup>34</sup> Carrara, F. op. Cit., pp. 285.286; citado por Rodríguez, Rdz. J. p.29.

<sup>35</sup> González Bustamante, J. J., p. 84.

<sup>36</sup> Clerc, F. op. Cit. , p. 68; García Ramírez, S., El artículo 18 ..., cit.p.22; Vidal, Georges, *Cours de Droit Criminel et de science Pénitentiare*, París, lib. Arthur Rousseau, 1921, 6ª. Ed. Pp.957 y ss., citados por Rodríguez y Rdz. J., p. 30.

<sup>37</sup> Castro Ramírez, M., op. Cit., p. 525; Colín Sánchez, G., op. Cit., p. 73.; Florian Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal*, trad., del italiano por L. Prieto Castro Barcelona, Ed. Bosch, s.f. pp.140-141; García Ramírez, S., El artículo 18 ..., cit.p.22 y ss.; Luzardo Padrón, T. E.,op. Cit., pp. 91-92; Pisapia, G.D.; op. Cit., p. 74; Vidal G., pp. 557-558; Zavaleta, A.J., op. Cit., p. 81, citados por Rodríguez y Rdz. J., p. 30.

#### 2.4. Fines específicos.

- a).asegurar la presencia del imputado, durante el desarrollo del juicio ante la autoridad que debe juzgarlo;<sup>38</sup>
- b).garantizar la eventual ejecución de la pena,<sup>39</sup>
- c).posibilitar al inculpado el ejercicio de sus derechos de defensa;<sup>40</sup>
- d).evitar su fuga u ocultamiento;<sup>41</sup>
- e).evitar la destrucción o desaparición de pruebas, tales como huellas, instrumentos, producto o cuerpo del delito;<sup>42</sup>
- f).prevenir la posibilidad de comisión de nuevos delitos por o contra el inculpado e,<sup>43</sup>
- g).impedir al inculpado sobornar, influenciar o intimidar a los testigos o bien coludirse con sus cómplices.<sup>44</sup>

Debe precisarse, que tales propósitos y finalidades, variarán o coincidirán según la corriente doctrinal; incluso hay quienes consideran que dichos fines y propósitos son ajenos a la detención preventiva.<sup>45</sup>

Al respecto, con tino sostiene el estudioso Rodríguez J., que con independencia de cuáles o cuántos sean los fines que se le asignen a la prisión preventiva, para aplicarla que sea absolutamente indispensable la presencia del inculpado ante el órgano jurisdiccional.<sup>46</sup>

<sup>38</sup> Hélie, F., p. 616; Pisapia, G.D., , p. 74; Zavaleta, A.J., p. 81., cit. por Rodríguez y Rdz. J., p. 30.

<sup>39</sup> Zavaleta, A.J., p. 81; González Bustamante, J. J., pp. 109-110.

<sup>40</sup> Carrara, F., pp. 285-286; Castro Ramírez, M., p 525; Chavanne, A., p.13; García Ramírez, S., El artículo 18 ..., cit.p.22; González Bustamante, J. J., pp. 109-110; Vidal G., pp. 557-558; citado por Rodríguez y Rdz. J., p. 30

<sup>41</sup> Bernard- Tulkens, F. y Bosly, H, D., p. 85; Carrara; F., pp. 285-286; Colín Sánchez, G., p. 174; Florian E., pp.140-141; García Ramírez, S., El artículo 18 ..., citado por Rodríguez y Rdz. J., p.22,ss.

<sup>42</sup> Castro Ramírez M., p.74, citado por Rodríguez y Rdz. J., p.22, ss.

<sup>43</sup> Pisapia, G.D.; op. Cit., p. 74, citado por Rodríguez y Rdz. J., p. 30ss.

<sup>44</sup> Bernard- Tulkens, F. y Bosly, H, D., op. cit., p. 85; Carrara; F., op. Cit., pp. 285-286; Vidal G., pp. 957-958., citado por Rodríguez y Rdz. J., p. 30

<sup>45</sup> Zavaleta, A. J., pp. 129-130

<sup>46</sup> Rodríguez y Rdz. J., p. 31

Por lo tanto, se afirma que la detención preventiva es un atentado contra los derechos humanos del inculpado, toda vez que se le impide trabajar, es hacinado con delincuentes habituales y peligrosos, y espera en demasía una resolución judicial.<sup>47</sup>

Tales inconvenientes, cuyos efectos perjudiciales son en muchos aspectos irreversibles e irreparables, serán desde luego más graves, cuando quien debe soportarlas es un individuo que ha delinquido por primera vez, o declarado inocente a la postre.<sup>48</sup>

En efecto, las cifras estadísticas de los más diversos países, muestran con toda evidencia los millares de personas que son privadas de su libertad para, después de un proceso largo, ser declaradas inocentes.

Por otra parte, la doctrina es acorde al considerar que la imposición de la detención preventiva, sólo habrá de decretarla, el Juez cuando, exceptuados los casos de flagrante delito, existan fundados indicios que hagan presumir razonablemente la culpabilidad del imputado y previa comprobación, del cuerpo del delito.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> González Bustamante, J. J., p. 180.

<sup>48</sup> Zavaleta, A. J., pp. 125-126.

<sup>49</sup> Cfr. González Bustamante, J. J., p. 13

## **Nota.-Cuerpo del Delito.**

En relación a la noción de cuerpo del delito, invocada en el párrafo que antecede, permítaseme hacer una pausa, para anotar y destacar; que dicho concepto jurídico fue sustituido por el de tipo penal, en la reforma constitucional de 1993, relativa principalmente, al contenido de los numerales 16 y 19 de la Carta Magna de los Estados Unidos Mexicanos.

En efecto, en la citada reforma constitucional se plasmó como exigencia para el dictado de un auto de formal prisión, respectivamente acreditar la existencia de los elementos del tipo penal; cuya acreditación, desde luego, es más amplia, rigurosa y garantista; noción jurídica, más utilizada principalmente en la doctrina finalista.

Además, el legislador constitucional todavía fue más lejos, pues en dicha reforma, también exigió la acreditación de la existencia de los elementos del tipo penal, para que los jueces pudiesen librar una orden de aprehensión o detención.

Debiéndose puntualizar que antes de la mencionada reforma de 1993; bastaba sustancialmente en términos de la lectura del artículo 16, Constitucional, la suficiencia de datos que acreditaran la existencia, de un hecho que la ley reputara como delito y que este fuese sancionado con pena privativa de libertad, además de exigir la probabilidad de su comisión por parte del indiciado.

La anterior, reforma Constitucional, desató una serie de problemas y polémicas, principalmente entre las instituciones administrativas de procuración de justicia: el Ministerio Público, y los órganos jurisdiccionales, los primeros aducían el incremento de la impunidad, al dificultarse el cumplimiento de tales tecnicismos jurídicos, respectivamente en la solicitud y emisión de solicitudes de órdenes de captura.

En consecuencia, la reacción no se hizo esperar, y el legislador modificó los textos constitucionales, en lo que se llamó, la contrarreforma del 8 de marzo de 1999, en donde restableció nuevamente, el término jurídico, denominado cuerpo del delito, al respecto vale la pena traer a colación un fragmento del dictamen del Senado de la República, en el que se dijo lo siguiente: “que la exigencia de la reforma de 1993 de acreditar los elementos subjetivos y normativos del tipo penal resulta correcta para una sentencia condenatoria, pero excesiva para una orden de aprehensión o un auto de formal prisión”.

No obstante ello, parece que subsiste la polémica doctrinaria, y jurisprudencial, respecto a la acreditación de los elementos normativos o subjetivos del delito o injusto penal, que requiere la existencia del tipo penal; así como, si dichos elementos, deben ser acreditados como requisito para girar una orden de aprehensión o justificar el dictado de un auto de formal prisión; o bien sea justo, y dogmáticamente aceptable, postergar su análisis y estudio al momento del dictado de la sentencia.**50-51**

**50**Sosa Ortiz Alejandro “El Cuerpo del Delito, la problemática en su acreditación” Ed. Porrúa, México, 2003.  
**51**Luna Castro, José Nieves, “El Concepto de Tipo Penal en México”, Ed. Porrúa, México, 2000; del mismo autor, *La Antijuricidad y los Elementos Subjetivos del Injusto, Conforme a la Doctrina Tradicional y su Evolución Histórica*. Revista de la Judicatura Federal, número 7, 2000.

## Capítulo III

### Actualidad de la Prisión Preventiva.

#### 3.1 ¿En qué casos se justifica la Prisión Preventiva?

Al respecto, y para dar respuesta integral a la anterior interrogante, hay que apuntar que los partidarios del proceso penal garantista, relativo a la prisión preventiva consideran que es una medida cautelar que siempre adolece de un déficit de legitimidad en un sistema garantista, pero que al mismo tiempo resulta cada vez más reclamada.

En efecto, la sociedad cada vez exige más rigor, acotar garantías y más órdenes de captura, al sentirse ofendida por el delito, conmocionada por el sentimiento de impunidad de la delincuencia, y contaminada por la ideología de la seguridad ciudadana. Ello, unido a la incapacidad del sistema de justicia para resolver los procesos en un plazo razonable, ha generado el serio problema de, los presos sin condena, en toda América Latina.<sup>52</sup>

A lo que debemos destacar que, es unánime la opinión doctrinal en el sentido de que se contemple la privación de la libertad del inculpado, en los casos, estrictamente limitados a los delitos graves, ya que en estos, es donde puede revelarse la necesidad de tal medida, en función del grado de peligrosidad que presente el inculpado, las circunstancias y riesgo potencial para el entorno social y la víctima.

<sup>52</sup> Cfr.: Carranza Lucero Elías, Mario. Houed, y Raúl Zaffaroni, "El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno" ILANUD. San José de Costa Rica 1983.; actualizado en 1995., (consultado el 17-X-2011, [www.cienciaspenales.org/Revista](http://www.cienciaspenales.org/Revista))

No faltan, desde luego, quienes como Contursi Lisi y Sansonetti <sup>53</sup> la reserven a los delitos muy graves, el primero, y gravísimos, el segundo. Lo anterior muestra claramente la tendencia doctrinal que quiere ver en la detención preventiva una medida de aplicación verdaderamente excepcional y limitada, no sólo a los casos estrictamente indispensables, sino, también, en cuanto a su duración. <sup>54</sup>

El maestro Zaffaroni <sup>55</sup>, al respecto de la prisión preventiva o provisional, considera que debiera ser la excepción en el sistema procesal, es casi la regla en los códigos latinoamericanos y, por ende, la libertad bajo caución se erige en una institución cuya regulación es de fundamental importancia.

<sup>53</sup> Rodríguez y Rdz. J., p. 32

<sup>54</sup> González Bustamante, J.J. p.180; Verin Jacques, "Dubon Usage de la Courte Peine D'Emprisonnement", en Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, París, abril-junio, 1965, núm. 2, p. 458., citado por González B.J.J.

<sup>55</sup> Zaffaroni ,Eugenio Raúl "Sistemas Penales y Derechos Humanos", informe Final, EDIAR, 1989. (consultado 16 octubre 2011, [www.cienciaspenales.org/revista](http://www.cienciaspenales.org/revista)).

A este respecto, los datos fácticos latinoamericanos son sumamente alarmantes: la investigación sobre el tema que ha realizado la ONU en el área muestra que el 68.47% de los presos son presos sin condena, es decir, personas sometidas a proceso. Sólo el 31.53% de los presos latinoamericanos son reos que cumplen pena. Esto revela la inversión del proceso penal latinoamericano, que hace incidir el eje principal de la actividad juzgadora en la instrucción, lo que en la práctica distorsiona totalmente el proceso penal, haciendo que el juicio provisorio del organismo instructor, dependiente o cercado por el poder ejecutivo, haga cesar el principio de inocencia e imponga la verdadera pena.

La frecuencia con la que el procesado agota en prisión preventiva la pena solicitada por la acusación, o la impuesta en primera instancia, nos obligan a concluir que ésta tiene por objeto normal un anticipado cumplimiento de la pena, y no un mero aseguramiento de la presencia del inculpado.

Por lo antes expuesto, Zamora Pierce<sup>56</sup> recomienda que el procesamiento de una persona sólo por excepción, y ello fundado en la finalidad del proceso, pueda acarrear la prisión preventiva de la misma, y que ésta no pueda prolongarse más allá de los límites temporales que, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fija para que se juzgue al procesado.

<sup>56</sup> Zamora Pierce. J., p. 182.

### 3.2. Los Tratados Internacionales y la Prisión Preventiva.

Por lo que hace a los tratados internacionales suscritos por el ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República Mexicana, que son de observancia obligatoria en términos del artículo 133, de la Constitución; que aluden a la prisión preventiva, tenemos en primer orden cronológico, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y posteriormente a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969), también conocida como Pacto de San José.

Así observamos, que la parte más significativa de dichos instrumentos internacionales; para el tema que nos ocupa, lo constituye sin duda, la coincidencia con la doctrina unánime, en el sentido de que la prisión preventiva no debe ser la regla general, para garantizar la óptima substanciación de los procesos penales, como se advierte de las siguientes estipulaciones en los tratados internacionales de mérito:

Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.<sup>57</sup>

<sup>57</sup> *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 Asamblea General, de la ONU, Resolución 2200A (XXI), y Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 1969, San José, de Costa Rica Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos., "Los Principales Tratados Internacionales de los Derechos Humanos", NY. Y Ginebra 2006, Palais des Nations, 8-14, avenue de la Paix, CH-1211, Ginebra10, Suiza., [www.oas.org/costarica/juridico/Spanish](http://www.oas.org/costarica/juridico/Spanish).*

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 (Constitución, 14; Convención, 8.1; Pacto, 14.1).

Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial (Constitución; 16; Convención, 7.5; Pacto, 9.3).

El sitio de ésta (la prisión preventiva) será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separadas (Constitución, 18, Convención, 5.4; Pacto, 10.2.a).

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión,... (Convención 7.5, Constitución, 19).

Todo maltrato que en la aprehensión, o en las prisiones; toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos, que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades (Constitución, 19; Convención, 5.2; Pacto, 10.1).

Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual". (Pacto, 11.)

En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación en dinero, por causa de responsabilidad civil o algún motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención, (Constitución, 20, X).

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;... (Pacto, 14.3, Constitución, 20, X)

### 3.3. Prisión Preventiva y perspectiva del Poder Judicial de la Federación.

De las diversas tesis del Poder Judicial de la Federación, que analizadas fueron para la realización de la presente tesis de grado, se advierte la coincidencia y uniformidad en los preceptos que norman la prisión preventiva en los tratados internacionales, citados en el apartado anterior.

En efecto, el Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado en reiteradas tesis, en el sentido, que tanto a nivel constitucional como en la codificación ordinaria, subyacen los mismos principios que animaron y se establecieron en la Convención Americana de los Derechos Humanos, de San José, al igual que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a saber;

La prisión preventiva, no debe ser la regla general, sino excepcional; dicha privación de libertad, constituye una medida cautelar, con la única finalidad de asegurar al acusado, para no impedir el desarrollo eficiente de las investigaciones y que éste no eluda la acción de la justicia.

Además, de que dicha medida provisoria sólo deberá decretarse, para el caso de imputación de delitos graves y por un plazo razonable, de preferencia breve, mientras el inculpado espera el dictado de una sentencia, por un órgano jurisdiccional competente; lo que se corrobora con el contenido de las tesis que a continuación se invocan:

**“PRISIÓN PREVENTIVA. SU REGULACIÓN EN LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”.**

Tesis sustentada por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito: XXII.1o.23 P, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Julio de 2009, Página: 2028, Registro No.166872.

**“PRISIÓN PREVENTIVA. AL SER ACORDE SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO CON LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, EL JUEZ DE LA CAUSA, AL DECIDIR SOBRE AQUÉLLA Y RESPECTO DE LA PROCEDENCIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN, PUEDE APOYARSE EN DICHO ORDENAMIENTO ESTATAL, SIN QUE ELLO IMPLIQUE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.**

Tesis sustentada por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito: XXII.1o.22 P., visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Julio de 2009, Página: 2027, Registro No.166873.

De lo anterior, podemos advertir, que en el devenir histórico, algunos hayan clamado por la supresión total y definitiva de la prisión preventiva; y otros los más prudentes, contemplan la posibilidad de restringir su aplicación a los más estrechos límites, excluyéndola completamente en algunos casos y sustituyéndola, en otros, por medidas menos drásticas y radicales.

Afortunadamente, gracias a los esfuerzos de muchos tratadistas, universitarios, litigantes, organizaciones civiles, instituciones educativas y la apertura del legislador permanente, se estipuló con tino, en las reformas Constitucionales de 2008, con la entrada en vigor del Sistema Procesal Penal Acusatorio, en nuestro país.

Precisamente en el artículo 19, Constitucional, en principio, que la prisión preventiva, sólo podrá solicitarla el Ministerio Público al Juez; 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.

Aunque, lamentablemente como se comentará, en capítulo posterior, quedó como un resabio del viejo sistema inquisitorial, la medida cautelar, mal llamada Arraigo domiciliario.

## Capítulo IV

### Naturaleza del Proceso Penal y sus finalidades.

#### 4.1 Naturaleza del Proceso

Resulta pertinente previo a definir nuestra postura traer a colación las voces más autorizadas de algunos tratadistas; para el estudioso Carnelutti<sup>58</sup> al respecto del derecho penal, consideraba que; el Derecho Civil se ocupa de la propiedad, el suyo es un vocabulario de bienes, de contratos y de obligaciones; en cambio el Derecho Penal, centra su atención en los bienes fundamentales del hombre; la honra, la libertad, en ocasiones la vida. El primero, es el Derecho del haber, el segundo el Derecho del ser.

Para el maestro Díaz de León, el Proceso Penal, primordialmente, es el medio por el cual el Estado cumple con su deber de prestar el servicio judicial, lo considera un método de debate, un conjunto de reglas para constatar la procedencia o improcedencia de las pretensiones o excepciones deducidas por las partes; mediante las cuales se trata de encontrar la certeza del interés que, en justicia, se debe tutelar en la sentencia definitiva. Y agrega, dentro del cúmulo de actos de política criminal del Estado, el proceso penal constituye un medio idóneo para dirimir imparcialmente, por medio de juicio de la autoridad jurisdiccional, un conflicto de interés de relevancia jurídico-penal.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> Carnelutti, Francisco, *“Cuestiones Sobre el Proceso Penal”*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pág.47.

<sup>59</sup> Cfr. Díaz de León Marco Antonio. *“Código Federal de Procedimientos Penales Comentado”*; México, 2001, Ed. Porrúa, S.A., 6º Ed. Pág. 4.

El profesor Rivera Silva, antes de iniciar la definición de Proceso Penal, destaca el error que han cometido los procesalistas, del Derecho penal consistente en querer trasplantar doctrinas de corte civil, como las de Bûlow, Wach, Goldschmidt, y otros, a los ámbitos del derecho procesal penal, provocando así una gran confusión, de la que sólo es posible salir, olvidando esas corrientes doctrinarias.

Por lo tanto, fuera de toda postura civilista, el Proceso Penal consiste en el conjunto de actividades, debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales, previamente excitados para su actuación por el Ministerio Público, resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea.<sup>60</sup>

El profesor agrega, los elementos esenciales de dicha definición comprenden lo siguiente:

- a) un conjunto de actividades;
- b) un conjunto de normas que regulan estas actividades, y
- c) un órgano especial que decide, en los casos concretos las consecuencias que la ley prevé.

Anteriores definiciones del proceso penal, que a mi juicio son correctas, en tanto, anotan las características distintivas y peculiares del proceso penal; sin embargo en cuanto a sus fines, el derecho debe mirar hacia posturas contemporáneas y más garantistas.

<sup>60</sup>Rivera Silva Manuel "El Procedimiento Penal" Ed. Porrúa, S.A., México 6ª. 1973.

Toda vez que, no se puede olvidar que la finalidad del proceso penal, de las leyes secundarias y específicamente los códigos adjetivos, es cuidar que se materialicen los principios constitucionales, que se vierten en un Estado, que se precie de ser democrático; a través del sistema de representación en donde el legislador diseña los instrumentos para normar el cumplimiento de las garantías individuales.

En consecuencia, actualmente en el contexto internacional, no sólo se impone contar con disposiciones constitucionales que establecen el respeto a las garantías individuales, sino diseñar la instrumentación del cumplimiento a los Tratados Internacionales que México, ha celebrado con la comunidad internacional, para el respeto a los derechos humanos.

Además, en líneas precedentes, Díaz de León; da por sentado la infabilidad para impartir justicia de los órganos jurisdiccionales; y en dicha definición, se omite mencionar, la importancia del Proceso Penal, como instrumento reglamentario de la Carta Magna.

Lo anterior es así, pues no sólo, debe privilegiarse la potestad del Estado *Ius Puniendi*, para lograr la paz y seguridad jurídica, sino la necesaria obligación del legislador para materializar, la eficacia del respeto a las garantías individuales; limitando los actos de autoridad.

Esta es, la que considero a mi modesto entender, la finalidad del proceso penal, llevar a cabo, la sucesión de actos que conforman el procedimiento penal, para encontrar la verdad histórica, y en el caso, dictar sentencia condenatoria o absolutoria; sin descuidar el respeto a las garantías constitucionales o más aún los derechos humanos, de los sujetos vinculados al Proceso Penal, incluyendo, por supuesto al inculpado.

Algunos tratadistas españoles y alemanes consideran que el derecho procesal penal, es un derecho constitucional aplicado, conceptos y principios que comparto, toda vez que, como afirman con acierto, el proceso penal no puede ser ya, estudiado como mero procedimiento, como un mecanismo puramente formal para la aplicación de las penas.

En el contexto político vigente, el interés del Estado en aplicar la pena, debe transitar necesariamente por el respeto al otro interés, que es supremo; no imponerla sino como consecuencia de un proceso, en el que se garanticen formal y sustancialmente los derechos y las libertades del acusado.

El proceso penal, es ahora la garantía de libertad y los derechos del acusado; por tanto, la finalidad principal del Estado debe ser la protección efectiva de los derechos de la persona humana.<sup>61</sup>

Por ello, debe considerarse la Justicia como un valor constitucionalizado, jurídicamente activo y, por tanto horizonte de justicia concretamente posible. El *Ius Puniendi*, de que es titular el Estado, está sujeto a garantías de legalidad y de jurisdiccionalidad, debe realizarse respetando los derechos fundamentales de la persona, y también del sometido a proceso.

<sup>61</sup> Cfr. Gimeno Sandra, V., Moreno Catena, V., Almagro Nosete, J y Cortés Domínguez, V.: "El proceso penal (Derecho Procesal, tomo II.), Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1987, p.....17.

En suma, esto es lo que se denomina proceso justo, con todas las garantías, aquél en que se entrecruzan e interrelacionan la globalidad o exhaustividad de la respuesta jurisdiccional y el respeto a las garantías, las que en forma sintética hacen referencia a la presencia en el juicio oral del acusado, al derecho a un juez imparcial, proscripción de apreciar pruebas vulneradoras de derechos fundamentales y la posibilidad de someter el fallo condenatorio y la sanción ante un Tribunal Superior imparcial.

En consecuencia, el aparato de justicia penal no puede buscar la verdad material, a cualquier precio, para ser posible, si procediera, la imposición de la pena correspondiente; sino que debe ajustarse a formas, límites y procedimientos, que garanticen los derechos de los participantes en el proceso, entre ellos el imputado.

La teoría del proceso desarrollado a partir de las ideas del Estado de Derecho del siglo XIX designa este entramado de normas limitativas con la expresión “garantías formales”; y con ello ha querido expresar precisamente que las formalidades del proceso penal no son meros formulismos, sino presupuestos necesarios para la serenidad, el distanciamiento y la reserva que exige el enjuiciamiento y para que el proceso no se convierta en un instrumento incontrolado de poder sobre los individuos sujetos a él.<sup>62</sup>

El sistema no puede dejar a la casualidad o la buena voluntad de los participantes, el que las cosas transcurran de un modo correcto; por el contrario, debe intervenir para posibilitar y asegurar la “comprensión escénica” ,la reconstrucción procesal de la verdad histórica, y el respeto a los derechos de los participantes mediante reglas procesales adecuadas. Ese es el sentido último de las garantías en el proceso penal.

<sup>62</sup> Hassemer, W. Fundamentos del Derecho Penal. Traducción española de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero. Bosch, Barcelona, 1984. Págs. 169-170.

Respecto a los principios más relevantes para poder identificar las características del debido proceso penal, el destacado italiano Ferrajoli, sintetizó lo siguiente:

- Principios de jurisdiccionalidad,
- principio de contradicción, y defensa y
- principios del procedimiento que funcionan como garantías instrumentales o de segundo grado que permiten controlar el cumplimiento de las garantías esenciales.
- Presunción de inocencia, se refiere al principio de verificación o de carga de la prueba.
- Principio de oportunidad en la persecución penal, su extensión, condiciones y garantías<sup>63</sup>

<sup>63</sup> Ferrajoli, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal.*, Traducción Española de P. Andrés Ibañez, A. Ruíz Miguel., J. C. Bayan Mohino, J.Terradillos. Basoco y R. Cantarero Bandrés. Trotta, Madrid. 1995. págs. 93 y ss. Edición Original Italiana, Gius. Laterza y Figlin 1989.

## 4.2 Tratados Internacionales y Proceso Penal.

De los diversos tratados internacionales, multilaterales, convenciones e instrumentos de Derechos Humanos suscritos por México, los más relevantes para el estudio que nos ocupa, en cuanto a la naturaleza, principios y finalidades del Derecho Procesal, es sin duda:

“La Convención Americana Sobre Derechos Humanos”, suscrita el 22 de noviembre de 1969, en San José, de Costa Rica, por los países miembros de la OEA.

Así como “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la [Asamblea General de las Naciones Unidas](#) mediante la Resolución 2200A (XXI), el [16 de diciembre de 1966](#) <sup>64</sup>

Para una mejor exposición y comprensión de los derechos humanos que deben materializarse en el procesal penal, consagrados en la Constitución Mexicana, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resulta conveniente analizar el siguiente texto comparativo:

1. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales (Constitución, 13; Convención, 8.1; Pacto, 14.1).
2. Los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda (Constitución, 13).

<sup>64</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos., “Los Principales Tratados Internacionales de los Derechos Humanos”, NY. Y Ginebra 2006, Palais des Nations, 8-14, avenue de la Paix, CH-1211, Ginebra10, Suiza., [www.oas.org/costarica/juridico/Spanish](http://www.oas.org/costarica/juridico/Spanish). (consultado 15 octubre 2011)

3. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna (Constitución, 14; Convención, 9; Pacto, 15.1).

4. 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 (Constitución, 14; Convención, 8.1; Pacto, 14.1).

5. 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 (Constitución, 14).

6. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido, en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos: ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano (Constitución, 15).

7. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilia papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento (Constitución, 16).

8. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cual cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos, sin demora, a la disposición de la autoridad inmediata (Constitución, 16; Convención, 7.2, 7.3; Pacto, 9.1, 9.3).

9. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial (Constitución; 16; Convención, 7.5; Pacto, 9.3").

10. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, o, en su ausencia, o negativa, por la autoridad que practique la diligencia (Constitución, 16).

11. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva (Constitución, 18).

12. El sitio de ésta (la prisión preventiva) será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separadas (Constitución, 18; Convención, 5.4; Pacto, 10.2.a).

13. Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresará: el ilícito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado (Constitución, 19).

14. Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente (Constitución, 19).

15. Todo maltratamiento que en la aprehensión, o en las prisiones; toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos, que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades (Constitución, 19; Convención, 5.2; Pacto, 10.1).

16. En todo juicio del orden criminal, inmediatamente que lo solicite, el acusado será puesto en libertad bajo caución, que fijará el juez, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le imputa, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión (Constitución, 20, I; Convención, 7.5; Pacto; 9.3).

17. El acusado no podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto (Constitución, 20, II; Convención, 5.2, 8.2.g, 8.3; Pacto, 14.3.g).

18. Se hará saber al acusado, en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria (Constitución, 20, III; Convención, 7.4, 8.2.b, Pacto, 9.2, 14.3.a).

19. El acusado será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia, si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa; (Constitución, 20, IV).

20. Se le recibirán al acusado los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso (Constitución, 20, V; Convención, 8.2.c, 8.2.f; Pacto, 14.3.b, 14.3.e).

21. El acusado será juzgado en audiencia pública por o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa, contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación (Constitución, 20, VI; Convención, 8.5; Pacto, 14.1).

22. Le serán facilitados al acusado todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso (Constitución, 20, VII).

23. El acusado será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediera de este tiempo (Constitución, 20, VIII; Convención 7.5; Pacto, 9.3, 14.3.c).

24. Se oirá al acusado en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija al que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite (Constitución, 20, IX; Convención, 8.2.d, 8.2.e; Pacto, 14.3.d).

25. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación en dinero, por causa de responsabilidad civil o algún motivo análogo. Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención, (Constitución, 20, X).

26. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial (Constitución, 21).

27. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél (Constitución, 21).

28. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias (Constitución, 23).

29. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene (Constitución, 23; Convención, 8.4; Pacto, 14.7).

30. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia (Constitución, 23).

31. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (Convención, 8.2; Pacto, 14.2).

32. El inculpado tiene derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal (Convención, 8.2.a; Pacto, 14.3.f).

33. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial (Constitución, 113, segundo párrafo, Convención, 10; Pacto, 9.5, 14.6).

Del anterior, estudio comparativo, se advierte que de treinta y tres derechos analizados, la Constitución Mexicana consagra treinta y uno, en tanto que la Convención y el Pacto apenas se ocupan de dieciocho. Esta mera comparación numérica entre la obra del Constituyente de 1917 y el resultado de la labor conjunta de un grupo selecto de juristas contemporáneos, es sin duda, la más sólida base para afirmar la grandeza de la primera en materia de derechos del procesado penal.

Por otra parte respecto a los derechos últimamente mencionados, presunción de inocencia y, ser asistido gratuitamente por un traductor es decir, de los únicos que, reconocidos por la Convención y el Pacto, no se mencionan en forma expresa en la Constitución Política de México, procede hacer los siguientes comentarios:

Por lo que hace a la presunción de inocencia, si bien es cierto, la Constitución no la menciona con ese nombre, sí consagra, en cambio, el principio del debido proceso legal, que consta en el segundo párrafo del artículo 14, con las siguientes palabras:

"Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio...".

**65 NOTA.** El anterior, cuadro comparativo, es autoría de Zamora Pierce J., la actualización conforme al texto de la CPEUM., y los Tratados Internacionales, es responsabilidad del autor de la presente tesis de grado. Se enumeran los derechos, del texto constitucional cuando lo haya, y, en caso contrario, el texto de la Convención, y entre paréntesis, se cita el número del artículo que lo establece en la Constitución, en la Convención y en el Pacto.

Sin embargo, como lo advierte la doctrina y lo confirma la experiencia social, no basta que dichos principios se establezcan en la Constitución Política, pues si dichas garantías individuales, no se instrumentan por el legislador secundario, en Códigos adjetivos, con normatividad muy puntual y provistos de coercibilidad, la mención Constitucional de las referidas garantías quedarían reducidas a meras declaraciones románticas, útiles solo, para discursos políticos demagógicos.<sup>66</sup>

Luego entonces, en la medida en que ambos principios tienen idéntico contenido, la presunción de inocencia se encuentra consagrada como garantía constitucional en el artículo 14, con independencia y con anterioridad a la suscripción por México de la Convención y del Pacto. Lo que se corrobora, con el contenido de la Tesis Jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien llega a la misma conclusión, pero haciendo una interpretación más completa que incluye a los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución, como se puede advertir de la lectura del siguiente rubro:

**“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”** Localización: Registro No.186185, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Agosto de 2002, Tesis: P. XXXV/2002, Página: 14

En cuanto al derecho a ser asistido por un traductor o intérprete, siempre se ha encontrado en nuestros códigos de procedimientos penales, reconocido y protegido por nuestro Derecho, a pesar de que el Constituyente no le atribuyó una importancia tal que ameritará su consagración en la Carta Suprema.

<sup>66</sup>Vallado Berrón Fausto E. “Sistemática Constitucional”, Ed. Herrero, S.A., México, D.F. 1ª, 1965.

#### 4.3 Visión del Poder Judicial de la Federación del Proceso Penal.

Las garantías individuales establecidas en la Constitución de 1917, que como, ha quedado evidenciado en el apartado anterior, son de mayor entidad, tanto en su tutela específica, como en profundidad, que los principios pactados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; principalmente en materia penal, han sido resguardados celosa y puntualmente por el Poder Judicial de la Federación.

En efecto, el prestigio y certeza jurídica, ganada por el Poder Judicial de la Federación, también en mucho ha influido el apoyo y acicate normativo de la noble institución, conocida como suplencia de la queja (art 76 bis fracc. II de la Ley de Amparo), es así, que en sus criterios jurisprudenciales, haya interpretado y colmado las lagunas de las leyes en la materia, definiendo el propósito, alcance de las garantías individuales, en sí de los derechos humanos y acotando la finalidad del Proceso Penal.

En consecuencia, de la lectura de las Tesis y Jurisprudencias del Poder Judicial de la Federación, encontramos una abundante fuente de interpretación y apego a los principios garantistas, a favor del inculpado en el Proceso Penal; podemos observar, del contenido del artículo 14, Constitucional, la interpretación del más Alto Tribunal de la Nación como sustento de la aplicación de los principios doctrinarios del debido proceso:

- La no aplicación de la retroactividad en perjuicio de persona alguna.
- La prohibición de ser privado de la libertad, propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio; cabe anotar que en México está proscrita la pena de muerte.
- El derecho de ser juzgado, en breve término, ante un Tribunal previamente establecido y bajo el principio de, previa tipicidad del delito imputado.

- Observancia del principio de competencia jurisdiccional.
- Prohibición de ser juzgado por leyes privativas y Tribunales especiales (art. 13 Constitucional).

Así es como podemos constatar la obra monumental de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en forma casuística, por las características y acotaciones del Juicio de Amparo; por lo que se ha pronunciado por el respeto, principalmente a los siguientes principios:

### **Presunción de inocencia.**

**"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.**

Puede ser consultada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, tesis P. XXXV/2002, publicada agosto de 2002, página 14.

**Principios procesales;** ser juzgado imparcialmente, en forma pronta y completa (arts. 14, 17 y 20 constitucionales).

***"DOLO, CARGA DE LA PRUEBA DE SU ACREDITAMIENTO.***

Consultable en el Registro No.175607, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo: XXIII, Marzo de 2006Página: 204jurisprudencia por contradicción: 1a. CVIII/2005.

**Principios de contradicción, igualdad procesal,** y condiciones fundamentales que deben satisfacerse en el proceso penal jurisdiccional, entre otras (instrucción, defensa, pruebas, sentencia).

***"FUERO MILITAR. SI DURANTE EL PROCESO LA AUTORIDAD CASTRENSE PRIVA AL INculpADO DE LA CALIDAD DE MILITAR Y DETERMINA QUE TIENE EL CARÁCTER DE CIVIL, DEBE CESAR SU JURISDICCIÓN Y DEJAR DE SOMETERLO A SU COMPETENCIA."***

Puede ser consultada: Registro 167920,9ª. Época, Tesis: I.10o.P.30 P,

También, los Altos Tribunales del Poder Judicial de la Federación se han destacado, para definir y clarificar los principios rectores del debido proceso: a saber: equidad y equilibrio procesal, armonizando entre la potestad del Estado *ius Puniendi*, los fines del proceso: la búsqueda de la verdad histórica de los hechos, y simultáneamente garantizar los derechos del inculpado, así como de la víctima como a continuación se ve:

**“GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL EN FAVOR DE LA VÍCTIMA Y DEL PROCESADO. SU APLICACIÓN Y RESPETO DEBEN PROCURARSE SIMULTÁNEAMENTE CONFORME A LOS FINES DEL DEBIDO PROCESO Y NO CON BASE EN UN ORDEN DE PRELACIÓN.”**

Emitida por el SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 129/2003. 23 de abril de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Alma Janina Córdoba Díaz., puede ser localizada con el Registro No. 183054 Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, octubre de 2003, Página: 1017 Tesis: II.2o.P.96.

Empero, no obstante el juicio de opinión del autor de esta tesis de grado, respecto a la obra del Poder Judicial de la Federación, hay tratadistas que opinaban diferente en 1991, como es el caso de Zamora P. J.<sup>67</sup>, cuyas palabras se sintetizan a continuación:

En México, la responsable de no respetar las garantías individuales del procesado penal, es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al siguiente caso: La Policía Judicial detiene a una persona sin orden de aprehensión y sin que haya flagrancia (violación artículo 16, Constitucional). La policía judicial traslada al detenido a sus separos, en donde lo incomunica (violación 20, II), lo priva de alimento, no le permite dormir, lo amenaza. (Violación 20, IX).

<sup>67</sup> Zamora Pierce. J., PP. .introducción XVII-XIX.

Finalmente, incapaz de resistir las coacciones firma una "confesión" que se le presenta y que no, se le permite leer (violación 20, II). Posteriormente, el M. P. ejerce la acción penal y lo consigna ante un juez, imputándole un delito cuya pena no permite la libertad bajo caución. Tan pronto como se ve ante su juez, el inculcado narra la forma en que fue detenido, informa al juez, que fue coaccionado, se niega a ratificarla y declara la verdad.

Se inicia el proceso, durante la instrucción el M. P. ofrece como pruebas, centenares de documentos contables; que guardan escasa relación con los hechos, y que tienen como consecuencia alargar el tiempo para formular conclusiones, para cuando el juez dicta sentencia, ha pasado, tres años en la cárcel (violación 20, VIII). Durante el proceso, el acusado no fue careado (violación 20, IV).

La defensa reclamó todas las violaciones de las garantías procesales oportunamente, por vía de amparo. En su momento, los Tribunales Federales resolvieron los amparos solicitados, negándolos, o sobreseyéndolos; ya que la SCJN, ha resuelto que, cuando el amparo se pida contra la detención ilegal del quejoso, al dictarse en su contra auto de formal prisión, cambia su condición jurídica y debe sobreseerse.

En cuanto a la contradicción existente entre la "confesión" que la Policía Judicial le arrancó y la declaración que rindió ante el Juez; la Corte, de acuerdo con el principio de inmediación procesal, atribuye valor probatorio a su primer declaración, al considerar que el M. P., es una institución de buena fe, y que esa declaración se rindió sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas; además que el inculcado, no probó ser objeto de violencia.

¿Los careos? Inútiles, dijo la Corte, puesto que el acusado "confesó" los hechos imputados.

Por último, al permanecer tres años sin ser sentenciado en primera instancia, dijo la Corte que la violación del artículo 20, constitucional, fracción VIII, es inoperante, sin embargo, los hechos quedaron consumados de modo irreparable; le quedaría únicamente al ciudadano acusado, exigir a los funcionarios que incurrieron en dicha omisión la responsabilidad correspondiente.

En efecto, no se puede soslayar, que el desempeño de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tutela de los Derechos Humanos, en el devenir histórico ha tenido altas y bajas, en ocasiones quizás acotada, por un presidencialismo, excesivo, y/o las presiones sociales, en que, los gobiernos preferían reaccionar, ante la impunidad, de cualquier manera.

Lo que resulta incuestionable, es lo injusto, de la Jurisprudencia de la Primera Sala, que daba valor pleno, a las primeras declaraciones del inculcado, rendidas ante sus agentes captadores, no obstante con ello, en ocasiones se llegó a convalidar el uso de la tortura, en la investigación policíaca.

Otros aspectos, que desafortunadamente tenemos que reconocer, al menos de forma y en proporción mínima, que han afectado, la excelencia en el desempeño del Poder Judicial de la Federación, lo constituye en primer término.

El hecho de que los principios constitucionales, plasmados como garantías individuales, no han permeado, al menos no con la debida suficiencia, en los diversos códigos adjetivos, emitidos por las legislaturas de las entidades federativas; principalmente en materia penal, lo que ha producido arbitrariedad o injusticia jurisdiccional y administrativa. Lo anterior, ha generado que la ciudadanía se vea obligada a recurrir, cada vez más, en demanda de la protección de la Justicia de la Unión.

En efecto, tal contexto social ha obligado a la ciudadanía en demanda de justicia a saturar a los Tribunales Federales, y en algunas ocasiones hasta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por otra parte, el estilo repleto de formalismos, repetitivo, y muy abundante en sus textos, que en pleno siglo XXI, utilizan los Tribunales Federales, para emitir sus resoluciones; también, contribuye a la situación de agobio, en las cargas de trabajo, de estos órganos superiores, de impartición de justicia.

En efecto, estos Altos Tribunales, durante décadas han soportado excesivas cargas de trabajo, y en consecuencia se han generado grandes rezagos en el tema; pues al ciudadano impetrante de la Justicia Federal, en que le beneficia la producción de impecables obras de literatura jurídica, si la resolución que espera con gran avidez, llega tardíamente; lo que en la práctica nulifica el principio y sentido de justicia pronta, completa y expedita, tutelado en el numeral 17, de la Constitución.

## Capítulo V

### Los Sistemas Procesales Penales.

El proceso penal puede descansar en uno de estos sistemas:

Acusatorio,

Inquisitivo,

Mixto y

Acusatorio garantista.

#### 5.1. Sistema Acusatorio.

Este sistema predominó en todo el mundo antiguo, se desarrolló en Grecia y la república romana, y en la Edad Media hasta el siglo XIII. El principio sobre el cual se sustentaba era el de la preeminencia del individuo y la pasividad del Estado.

El enjuiciamiento acusatorio se desarrolla asignando y delimitando claramente las funciones de cada sujeto procesal. Así tenemos que el acusado, y sólo él, podía perseguir el delito y ejercer el poder; el imputado disponía de amplias posibilidades de rebatir la acusación a través del reconocimiento de sus derechos de defensa; y, por último, el tribunal, ejercía el poder decisorio. Tres sujetos y tres funciones diferentes, con la característica que, este tipo de proceso se ve dominado por las partes.

Sin embargo, la esencia del sistema acusatorio reside; no tanto en la estricta separación entre quien juzga y acusa, sino en la necesidad ineludible de una acusación previa, presentada y sostenida por persona diferente al juzgador.

La acusación, imputación pública y formal, constituía la única forma aceptada de iniciar un proceso y la base del mismo.

Además, la acusación determinaba los límites de la decisión del tribunal (*nemo, iudex, sine actore, ne procedat iudex ex officio*). El procedimiento estaba constituido básicamente por el debate, el mismo que reunía las características de publicidad, oralidad, continuidad y contradictoriedad.

El acusado era considerado como un sujeto de derechos, y su posición respecto al acusador era de igualdad, desprendiéndose de esta situación principios como el *in dubio pro reo*, y la presunción de inocencia.

Asimismo, mientras que la libertad era la regla, la detención era la excepción. Rigió el principio de la libertad de la prueba, la misma que era valorada según el sistema de la íntima convicción, lo que concedía al tribunal plena libertad para decidir, sin la obligación de fundamentar sus fallos.

En el proceso acusatorio la sentencia tenía carácter irrevocable. Se asignaba pleno valor a la cosa juzgada. No procedía la impugnación; la revisión de los fallos estaba limitada a la gracia o al perdón, que se concedían de manera muy aislada y poco frecuente.

El procedimiento se caracterizó por la oralidad y la publicidad, prevalecientes en casi todo el desarrollo del proceso; la jurisdicción estuvo a cargo de ciudadanos, los mismos que se organizaron a modo de asambleas populares o jurados.<sup>68</sup>

La acción, estaba determinada por la calidad del delito. Fue Solón, legislador de Atenas, el que distinguió dos especies de delitos: los públicos y privados, y además estableció que el derecho de acusar le correspondía a cualquiera, siempre que se tratase de delitos públicos, ya que respondían a un interés de la sociedad; en tanto que los delitos privados le correspondían de manera directa a un interés particular.

<sup>68</sup>Velez Mariconde. Alfredo. Derecho Procesal Penal. Tomo I Marcos Lerner Editora Córdoba 1981 p.20

Los jueces constituían meros árbitros, con una conducta pasiva frente a las partes, que dominaban el proceso. El poder de decisión se concretaba a sentenciar de manera personal. Los jueces votaban sin deliberar, y su manifestación escrita la depositaban en urnas, que eran objeto de escrutinio, a través del cual se definía la decisión.

Ahora bien, con el sistema acusatorio, *acusatio*, el ejercicio de la acción penal y la consiguiente reacción ante los delitos deja de ser la manifestación del poder autoritario ejercido por un príncipe; se dejan atrás las prácticas de venganza física, propias de pueblos primitivos, y se da el cambio, a la acción privada, regulada por principios que consideraban al ofendido como el único legitimado para acusar y perseguir el delito, con la intervención pasiva de un árbitro.

La jurisdicción era administrada por un jurado popular, presidido por un magistrado romano llamado *quaesitor* la acción era una facultad que le correspondía a cualquier ciudadano con antecedentes intachables, excluyendo a los magistrados, las mujeres, menores, plebeyos y personas no honorables desde la perspectiva de esa sociedad. Esta facultad además era concebida como un honor, ya que se presumía que la persona que actuaba como acusador debía poseer un gran sentido de responsabilidad y una elevada calidad moral.<sup>69</sup>

En este procedimiento se produce una verdadera contienda entre el acusador y el acusado, ambos en situación de virtual igualdad, en la que el *quaesitor* (en todo proceso) y los *iudices* (durante el debate) desempeñan el papel de meros árbitros. Tampoco existe prueba legal.

<sup>69</sup> Armenta. Deu. Teresa. *Principio acusatorio y Derecho Penal*. JM. Bosch Editor S.A., Barcelona, España., 1995 p.39

## Características del Proceso Acusatorio.

- El juez no es un representante del Estado ni un juez elegido por el pueblo. El juez es el pueblo mismo, o una parte de él, si éste es muy numeroso para intervenir en el juicio. La acción corresponde a la sociedad, mediante la acusación que es libre y cuyo ejercicio se confiere no sólo al ofendido y a los parientes, sino a cada ciudadano.
- El juez no funda su sentencia. Se limita a pronunciar un sí o no. El juez por tanto, no da justificación ni motiva sus fallos, debido a su poder soberano no tenía porque rendir cuentas ante nadie y por otro lado por su falta de capacidad intelectual y técnica para motivar sentencias.
- Los fallos eran inapelables. El veredicto sólo es susceptible de recurso de casación por un tribunal que únicamente tiene facultad de examinar si se han observado las normas de rito o si la ley ha sido aplicada.
- Es como un duelo entre el acusador y el acusado en que el juez permanece inactivo. La etapa contradictoria del juicio se realiza con igualdad absoluta de derechos y poderes entre acusador y acusado.
- Si no existe acusación no podía haber juicio, es decir, en estos casos no había acusaciones de oficio.
- En el proceso se juzga el valor formal de la prueba, la cual incumbe al acusador y el juez sólo evalúa la forma y en ello se basa para expedir su resolución. La presentación de las pruebas constituye una carga exclusiva de las partes.
- La libertad personal del acusado es respetada hasta el instante en que se dicte la sentencia condenatoria.
- El veredicto se fundamenta en el libre convencimiento.

## 5.2 Sistema Inquisitivo.

Tal como se señaló, el sistema inquisitivo tiene su origen en el procedimiento cognitivo *extra ordinem*, el cual se practicó en la Roma Imperial. Quizás el principal motivo que contribuyó al surgimiento de este sistema, además de la instauración de un régimen despótico, fue la inactividad de los particulares para acusar y perseguir el delito. Esta situación determinó en gran medida que muchos delitos quedaran impunes.

Así se produjo la transferencia de la función acusatoria, de manera paulatina y progresiva, entre los siglos XII y XIV, ya que a partir de esa época los delitos sobre los cuales no existía acusación fueron perseguidos de oficio.

Pues bien, este sistema se desarrolla durante la baja Edad Media, pero tuvo sus inicios en el Derecho Romano Imperial, afirmándose con la Iglesia Católica y con la formación de los Estados Naciones, bajo el régimen de monarquía absoluta, imponiéndose desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII.

La jurisdicción era un poder intrínseco al monarca o príncipe, el mismo que delegaba ese poder a sus funcionarios organizados jerárquicamente, y lo reasumía cuando era necesario. Es decir, se encontraba de manera latente la posibilidad de la doble instancia. La acción penal estaba en manos de la misma persona que ostentaba la capacidad de juzgar, el inquisidor; la acción penal era ejercida en virtud de una denuncia secreta.

Todos estos rasgos configuran lo que el distinguido procesalista Maier Julio denomina "método para alcanzar fines políticos claramente definidos",<sup>70</sup> el acusado se convertía en mero objeto de investigación, sin derecho a defensa, y, lo que es aún más grave, obligado a auto incriminarse.

<sup>70</sup> Maier Julio, Derecho Procesal Penal Argentino., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina., 1989.

No es de extrañar, en tal contexto, que medidas preventivas como la detención y la incomunicación se constituyesen en la regla, mientras que la libertad era la excepción. El procedimiento estaba basado en una investigación secreta, caracterizada por ser escrita, discontinuada, con falta de debate, y con delegación.

En el sistema inquisitivo, Imperaba la valoración legal de la prueba, es decir, que la misma ley, concedía eficacia probatoria a elementos de prueba de manera previa, a priori.

En este sentido, un rasgo que hay que remarcar es la suerte de motor que impulsaba este sistema en materia probatoria y que constituía la base de la acusación. Nos referimos a la presencia de indicios, (en el peor de los casos rumores) que bastaban para poner en marcha todo el aparato estatal en pos de restablecer el orden social.

Es decir, las condiciones de acusación se centraban en la mal llamada prueba semiplena. La sentencia era susceptible de ser recurrida, en virtud de la delegación de facultades jurisdiccionales. Así es como surge el efecto devolutivo de los recursos, y la organización jerárquica de los tribunales.

### **Características del Sistema Inquisitivo.**

- 1 En este sistema el juzgador es un técnico.
- 2 Durante el curso del proceso, el acusado es segregado de la sociedad, mediante la institución denominada prisión preventiva.
- 3 El juzgador es un funcionario designado por autoridad pública.

- 4 El juzgador representa al Estado y es superior a las partes.
- 5 Aunque el ofendido se desistiera, el proceso debe continuar hasta su término.
- 6 El juez tiene iniciativa propia y poderes discrecionales para investigar. La prueba, en cuanto a su ubicación, recepción y valoración, es facultad exclusiva del juez.
- 7 Se otorga un valor a la confesión del reo, llamada la reina de las pruebas.
- 8 El juez no llega a una condena si no ha obtenido una completa confesión, la cual más de una vez, se obtuvo utilizando los métodos de la tortura.
- 9 No existe conflicto entre las partes, sino que obedece a una indagación técnica por lo que esta decisión es susceptible de apelación.
- 10 Todos los actos eran secretos y escritos.
- 11 El acusado no conoce el proceso hasta que la investigación no esté afinada
- 12 El juez no está sujeto a recusación de las partes.
- 13 La decisión no se adopta sobre la base del convencimiento moral, sino de conformidad con el sistema de pruebas legales.

### **5.3. Sistema Mixto.**

El llamado sistema mixto se concibió en sus inicios como el renacimiento del sistema acusatorio, lo cual implicaba la reforma del sistema inquisitivo. Con el triunfo del Iluminismo, y las ideas de pensadores como Beccaria<sup>71</sup>, Montesquieu y Volé.

Se logró atenuar la devastadora injerencia del Estado en el control del orden social y en la represión de los que perturbaran el mismo; sin embargo, los pilares sobre los que se sentaron las bases del inquisitivo permanecieron y permanecen con algunos matices o variaciones que los atenúan.

<sup>71</sup> Cfr. Beccaria, Cesare, "De los Delitos y de las Penas", 2ª. ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. 1974.

Así, el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808 consagra una serie de derechos y garantías para el acusado, tales como la presunción de inocencia, el juicio previo, el derecho de defensa, y otros que reivindicaban a la persona humana, frente al anterior valor absoluto que se concedía al orden social. Ello significó la humanización del sistema de justicia penal.

Para tal efecto se equipararon ambos intereses, tanto el que correspondía al acusado como sujeto de derechos y el que se le asigna al orden social como condición fundamental de la vida en sociedad y uno de los fines del Estado.

En suma, de lo que se trató es de conciliar sistemas antagónicos desarrollando sus implicaciones en etapas diferentes de un mismo proceso.

Así tenemos que, como rezago del sistema inquisitivo, se aplican sus máximas en la primera etapa del proceso, en la investigación, ya que esta reúne las características de ser escrita, reservada y no contradictoria; mientras que durante el juicio oral tiene como características los principios de:

- publicidad,
- oralidad,
- inmediación,
- contradicción, y
- concentración,

Además, las principales características del sistema Mixto son:

La jurisdicción penal es ejercida durante la instrucción por un Juez unipersonal, y durante el juicio oral por un órgano colegiado, el Tribunal.

La persecución penal está en manos de un órgano estatal, el Ministerio Público.

Es importante señalar que éste (Ministerio Público) tiene su origen en las reformas y contrarreformas que se gestaron con la Revolución Francesa, por lo tanto, constituye, al menos teóricamente, el logro más importante de la reforma del sistema inquisitivo.

El Imputado deja de ser objeto de la investigación, y adquiere el status de sujeto de derechos. En ese sentido, el Estado asume la carga de la prueba.

Asimismo, se reconoce al acusado libertad para plantear su defensa.

Se admiten medidas privativas de libertad, pero, al menos en teoría, constituyen una excepción. Se abandona el sistema de valoración de Prueba Legal dando paso al de sana crítica y la sentencia es recurrible.

### **Características del Sistema Mixto.**

Primer periodo.<sup>72</sup>

- Instrucción escrita.
- Absoluto secreto.
- Encarcelación preventiva y segregación del inculpado.
- Dirección de la investigación al arbitrio del juez, con mayor o menor subordinación al Ministerio Público.
- Intervalo arbitrario entre los actos.
- Procedimiento siempre analítico.

<sup>72</sup> Rivera Silva M. pp. 186-190

- Decisión secreta o sin defensa o con defensa escrita, en lo relacionado del envío del procesado al juicio o sobre su excarcelación provisoria.

### Segundo Periodo

- Desde aquél momento nace la publicidad.
- Se emite por el Ministerio Público el libelo de acusación contra el reo, quien de *inquisito* pasó a ser *acusato*.
- Cesa el análisis y comienza la síntesis.
- Se intima un juicio que debía hacerse a la vista del público.
- Se da libre comunicación al justiciable y al defensor.
- Se da noticia de los testimonios de los cuales se valdrá la acusación en el nuevo proceso.
- El proceso entero se repite en audiencia pública y los actos del proceso escrito no son valederos si no se producen en el proceso oral. En otras palabras, el proceso tiene dos fases: una que comienza con la fase preparatoria o de instrucción, le sigue el juicio o procedimiento principal, cuyo eje central es el debate y la intermediación entre el tribunal y el acusado.
- Siempre en la audiencia pública, en presencia del pueblo, del acusado y de su defensor, el acusador debe reproducir y sostener la acusación; el acusado sus descargos y el defensor exponer sus razones.
- Debe leerse la sentencia en público.
- Todo debe seguirse sin interrupción, esto es, sin desviación a otros actos.

#### **5.4. Sistema Acusatorio Garantista.**

- A diferencia de lo que aconteció con el sistema mixto, potencia el sistema acusatorio tradicional al cual le adiciona un completo marco de garantías de protección tanto para el procesado como para la víctima, a modo de evitar los abusos del poder, y prescinde de las notas

tradicionales del sistema inquisitivo: secreto, acumulación de funciones, ausencia de oralidad, y otros principios.

- La estricta separación entre las fases de la investigación y el enjuiciamiento. Fases que al hallarse delimitadas con precisión y tener operadores jurídicos distintos, otorgan las garantías de objetividad e imparcialidad que conferirán al proceso penal su exigida racionalidad.
- Centra el momento de la investigación en la labor del Fiscal Penal dotándole de una serie de facultades y de capacidad para archivar el procedimiento preliminar, de abstenerse de ejercitar acción penal (principio de oportunidad) y de pedir el sobreseimiento del proceso penal al Juez, en ambos casos por advertidas razones de atipicidad, no antijuridicidad o insuficiencia de pruebas.
- Revaloriza los roles que juegan las partes, otorgando a la víctima un nuevo estatus jurídico, y confiriendo a la defensa una serie de garantías imprescindibles para la racionalidad del nuevo proceso acusatorio.<sup>73</sup>
- Hace del Juez, quien decide los casos justiciables, la figura que cautela y otorga las garantías a las partes.
- Hace de la transparencia el método de búsqueda de la verdad.
- Proporciona mecanismos alternativos al proceso común para la solución de los conflictos con menores costos tanto en tiempo, dinero y economía procesal: principio de oportunidad y terminación anticipada.
- Coloca a los derechos humanos y la dignidad de la persona, tanto en su respeto y aseguramiento, como las matrices sobre las que descansa el derecho procesal penal.

<sup>73</sup> Luigi Ferrajoli., Justicia Penal y Democracia en el contexto extraprocesal. *Capítulo Criminológico Nº 16. Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia. Maracaibo –Venezuela. 1990.* (consultado el 11-VIII-2011, [www.cienciaspenales.org/Revista](http://www.cienciaspenales.org/Revista))

## **Capítulo VI**

### **La Libertad Provisional bajo Caución.**

#### **6.1 Concepto de Libertad Provisional bajo Caución.**

Es la medida precautoria establecida en beneficio del inculpado de concederle la libertad provisional durante el proceso penal, cuando se le impute un delito cuya penalidad no exceda de determinado límite y siempre que el propio acusado o un tercero otorgue una garantía económica con el propósito de evitar que el primero se sustraiga de la acción de la justicia.

Así como la detención o prisión preventivas constituyen una medida cautelar que se decreta en el proceso penal en favor de la seguridad social, la providencia opuesta, es decir, la que beneficia, al acusado sometido a dicha detención, es la denominada libertad provisional.

#### **6.2 Antecedentes en México de la Libertad Provisional bajo Caución.**

La vieja legislación española que se aplicó tanto en la época colonial como en el México independiente durante la primera mitad del siglo XIX, concedía la libertad caucional en beneficio del acusado, únicamente cuando la pena que pudiera imponérsele, no tenía carácter corporal.

Es decir, prácticamente no existía tal beneficio, ya que casi todos los ilícitos penales, se caracterizaban en esa época, por contener en su descripción típica, una pena privativa de libertad o como se decía, en esos tiempos, pena corporal.

En efecto, prevalecieron dichos criterios de injusticia y desigualdad, pues como se ha comentado en capítulos anteriores, no solamente era casi imposible salir de las mazmorras, sino que, dicha medida cautelar, no se aplicaba a los nobles, clero y notables.

Desafortunadamente, esas disposiciones legales, exageradamente restrictivas, se continuaron aplicando en nuestro país, al quedar establecidas en los ordenamientos Constitucionales que tuvieron vigencia, conforme al modelo del artículo, 296 de la Constitución española de Cádiz de 1812.

En la Constitución Federal de 1857, también se ignoró o en el entramado histórico, no fue posible, consagrar tan importante beneficio, o gracia, como se denominaba, en aquel entonces, no obstante la redacción del numeral 20, del mencionado Pacto Federal, ya que, no se insertó, dicho beneficio en el mencionado numeral, en donde se estipularon, los derechos del acusado en el Proceso Penal.

Sin embargo, los códigos de procedimientos penales expedidos durante la vigencia de la citada Constitución Federal de 1857, regularon el otorgamiento de la libertad caucional, respecto de los acusados por delitos que merecieran pena corporal.

Así, podemos mencionar los artículos 260 y 440, respectivamente del Código Procesal Penal del 15 de septiembre de 1880 y 6 de julio de 1894.

El artículo 355, del Código Federal de Procedimientos Penales del 16 de diciembre de 1908. En la inteligencia de que el primero de los citados códigos distritales, así como el federal, señalaron como límite la pena de 5 años de prisión, en tanto que el distrital de 1894 elevó dicho límite a los 7 años.<sup>74</sup>

<sup>74</sup> Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de investigaciones Jurídicas. UNAM. Ed. Porrúa, S, A, 4º Ed. Págs. 1990-1991.

Sin embargo, en la práctica se desvirtuó esta medida precautoria, en virtud de que, como lo afirmó la exposición de motivos del proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza al Constituyente de Querétaro, el primero de diciembre de 1916:

*"...tal facultad (de obtener el inculpado la libertad bajo fianza) quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podían negar la gracia con sólo decir que tenían temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia".*

Finalmente, la libertad bajo caución (medida precautoria) quedó consagrada en el artículo 20, fracción. I, de la Constitución de 5 de febrero de 1917, la que recogió el criterio objetivo derivado de los códigos de procedimientos penales anteriores, pero suprimiendo cualquier posibilidad de arbitrio judicial.

En efecto, en el texto primitivo del citado precepto constitucional se fijó como límite para otorgar el beneficio, que la pena por el delito que se imputara al acusado no excediera de cinco años de prisión, y se señaló como máximo al monto de la caución la cantidad, "entonces respetable, de diez mil pesos".<sup>75</sup>

### **6.3 ¿En qué casos resulta pertinente otorgar libertad bajo caución?**

Para contestar esta interrogante, es preciso retomar la postura de que la prisión preventiva, sólo deberá decretarse, en los casos extremos y cuando no exista otra medida cautelar, que sustancialmente pueda asegurar, la comparecencia del acusado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

<sup>75</sup> Cfr. Díaz de León Marco. A. "La Libertad provisional bajo caución en México" Estudio presentado en IJ, UNAM, homenaje al 60º aniversario del Dr. Sergio García Ramírez. 1998.

En ese orden de ideas, la primera respuesta, sería la libertad bajo caución, procede otorgarla en todos los casos, en atención al principio *favor libertatis*, ya que todas las instituciones procesales deben buscar la libertad del imputado previo a la condena; pues la prisión preventiva solamente procede cuándo ella sea imprescindible.

En efecto, al respecto pueden ser aplicables las palabras de los tratadistas- Maier Julio B.<sup>76</sup> y Vélez<sup>77</sup> Mariconde, A., la libertad caucional, procede como garantía Constitucional, y no como simple concesión de la ley penal de forma o ley secundaria adjetiva de la materia; libertad que se halla respaldada por pactos internacionales.

En el caso particular de México, se suscribieron por el Ejecutivo Federal y fueron aprobados por el Senado de la República; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969<sup>78</sup>, resultando conveniente transcribirlos en la parte conducente:

De los Tratados Internacionales, antes transcritos en la parte relativa que interesa, se advierte con claridad, que en México, hasta ahora, no se ha dado cabal cumplimiento a dichos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, no obstante fueron suscritos, por el Titular del Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, en términos del artículo 133, de la Constitución.

<sup>76</sup> Maier, Julio B., "Derecho Procesal Penal Fundamentos-", t. I., Editorial del Puerto, Bs.As. 1999, p. 490.

<sup>77</sup> Velez Mariconde, A. "Derecho Procesal Penal", 2° ed., Lerner, Buenos Aires, 1969, pág. 39

<sup>78</sup> op.cit.Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966., y Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 1969.**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966. EUA.**"9.3. *Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*"**Convención Americana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 1969.**"7.5. *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*

En efecto, actualmente se restringe el derecho a la libertad caucional, haciendo nugatoria, dicha medida cautelar, en términos de la fracción I, del artículo 20, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo anterior, es así, ya que en la suscripción de dichos tratados, no se condicionó la obtención de la libertad provisional, para que fuera otorgada solamente en el caso, de no tratarse de delitos graves; y menos aún obligar al imputado de un hecho delictuoso; a garantizar la reparación de daños y perjuicios o sanciones pecuniarias; en la fase procesal, cuando debe imperar el principio de inocencia.

A mayor abundamiento, en el supuesto caso de su pertinencia, dichas limitaciones para la obtención de la libertad provisional, se debieron establecer en la Constitución Política de México, como se advierte de la lectura de los numerales: 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966., y respectivamente 2.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969.

Lo anterior se corrobora, ya que, las únicas limitantes para la obtención de la libertad provisional aceptadas en el derecho internacional y la doctrina unánime, consisten en la inexistencia o imposibilidad de aplicar medidas cautelares, 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.

En otro orden de ideas, el legislador, al redactar las reformas constitucionales, antes comentadas, para instrumentar el Sistema Procesal Penal Acusatorio, que deberá entrar en vigor en el fuero federal, las entidades federativas y el Distrito Federal, antes de finalizar el año 2016; inobserva la doctrina y los Tratados Internacionales de mérito, como a continuación se expondrá.

Así, en relación con el tema, que venimos tratando, la libertad provisional bajo caución, al redactarse las reformas constitucionales de 2008, en el artículo 19, del Pacto Federal, se agregó en la parte final del segundo párrafo lo siguiente:

“...El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, 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.**”

En tal agregado, del numeral 19, Constitucional, antes transcrito, el legislador permanente repite la inconstitucionalidad de la fracción I, del artículo 20, de la Carta Magna, aún vigente, toda vez que, para que la presunción de inocencia y la minimización de la prisión preventiva sean efectivas, se deben encontrar fórmulas de redacción que logren favorecer que tales principios no queden sujetos al arbitrio del legislador ordinario, ya que, con ello, se estaría anulando el principio de supremacía constitucional.

En efecto, es lamentable que actualmente la redacción de la fracción I, del artículo 20, Constitucional, deja a la ley secundaria la posibilidad de determinar los “delitos graves”; falla del legislador constitucional, que repite en la redacción del contenido del numeral 19, de la Carta Magna, en las citadas reformas de junio de 2008, en consecuencia los ciudadanos mexicanos seguirán pendiendo, en la guarda de sus derechos fundamentales; de la discrecionalidad del legislador secundario, a quien se reservó la facultad de ponderar y clasificar cuales deberán ser los “delitos graves”

Así, también, subsiste en forma velada, la violación al principio de inocencia, en tanto, las personas acusadas por “ilícitos graves”; continuarán en un estado de indefensión, ante la facultad punitiva estatal; ya que, no tendrán la posibilidad de obtener su libertad caucional y deberán enfrentar el proceso penal en prisión.

Es decir, actualmente el artículo 20, Constitucional, permite la libertad caucional, pero traspasa al legislador secundario, la facultad de determinar los casos en los que se puede negar; y en las mencionadas reformas constitucionales de 2008, se repite la inobservancia de los Tratados Internacionales, al redactar el contenido del artículo 19, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como ha quedado evidenciado.

Por lo anterior, considero no se tutela ampliamente, la libertad personal, ni en el orden Constitucional o respecto a principios internacionales reconocidos, de protección a los derechos humanos.

## CAPITULO VII

### Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal.

#### 7.1 Concepto.

En México, las medidas cautelares, con una gran influencia española, han tenido una deficiente regulación, por lo que nos vemos obligados, para una mejor ilustración del tema, acudir a los estudios especializados en la materia; al respecto propone la doctora Virginia<sup>79</sup> Pujadas T., que estas, constituyen una forma particular de injerencia Estatal en las libertades del imputado.

En efecto, sus características principales, se definen como: un tipo de limitación de derechos tan recurrido como asistemático; donde existe ausencia de un cuerpo normativo que las regule uniformemente, de una teoría general de las mismas, que se ocupe de sus presupuestos materiales, y entre otros aspectos importantes, debe destacarse que en su aplicación debe colmar el principio de proporcionalidad.

Las medidas cautelares, en la doctrina y legislación han tenido varias acepciones, el vocablo medida significa <sup>80</sup> disposición, prevención, tomar, adoptar medidas; bajo esta línea de ideas, entonces una medida, se refiere al medio que se emplea para ejecutar un propósito, o para evitar o atenuar un mal.

<sup>79</sup> Cfr. Pujadas Tortosa, Virginia, *Teoría general de las medidas cautelares penales: peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid- España, 2008.

<sup>80</sup> Cfr. Palomar de Miguel Juan, *Diccionario para juristas*, 1ª., ed. Mayo, S.R.L., México, 1981.

Por su parte, la expresión providencia (del latín providentia)<sup>81</sup> igualmente tiene una variedad de connotaciones, disposición anticipada o prevención que mira o conduce al logro de un fin.

Así también, no podemos perder de vista que en las doctrina han tenido varias acepciones; *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.*<sup>82</sup>

De lo anterior podemos concluir, que el uso indistinto de las dos expresiones, medida o providencia, por su significado son correctas, pues ambas dejan clara una idea de prevención, de una disposición anticipada, ya que se busca preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin; se busca prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio, o bien, precaver, evitar, estorbar o impedir algo.

Ahora bien, en cuanto a las expresiones “cautelar” y “precautoria,” de la misma manera, podemos encontrar que cautelar proviene de cautela: prevenir, precaver, o bien, precaverse, recelarse; es un adjetivo que en la ciencia del derecho significa preventivo, precautorio, aplicable a una medida o de una regla: destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo.

A su vez, precautorio (*ria*), es un adjetivo cuyo significado es que precave o sirve de precaución; por lo que, el uso alternado de las expresiones analizadas es correcto, esto es, se puede utilizar lo mismo medida cautelar, medida precautoria, providencia cautelar o providencia precautoria, lo cual, desde el punto de vista lingüístico no implica imprecisión alguna, ya que el idioma castellano posibilita inclusive el uso alternado de tales expresiones.

<sup>81</sup> Cfr. *Diccionario* Juan Palomar. Ibidem.

<sup>82</sup> *Embris Vásquez José Luis, “Medidas cautelares su transición al sistema acusatorio adversarial y oral en México”, 1ª, ed. Porrúa, México, 2011.p.62 y Cfr. Noriega Cantú, Alfonso, Lecciones de Amparo, 2ª.ed., México, 1980, p.866.*

Las expresiones que han sido motivo de un análisis lingüístico ordinario, al ser trasladadas al lenguaje técnico jurídico tienen un significado propio, afirmación que se realiza, no obstante, las diversas aportaciones realizadas por destacados juristas que han dedicado espacios a detallarlas.

Como el talentoso Piero Calamandrei,<sup>83</sup> quien las define como:

“...la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que se podría derivar del resultado de la misma...”

De la anterior transcripción, podemos advertir que las medidas cautelares tienen una naturaleza eminentemente provisoria de una afectación que procesalmente, se puede actualizar, en caso de no ser tomadas en cuenta.

Para Couture<sup>84</sup>, las medidas de cautela son:

*“... actos de índole asegurativa de la eficacia en la decisión judicial...”*

En consecuencia podemos concluir, que estas providencias se caracterizan, por anticiparse, prever, lo que ha de venir, además tienen el carácter de ser interinas, y constituyen, precauciones que el buen Juez debe tomar para la efectividad del proceso y a evitar que la actuación del Derecho se convierta en ilusoria.

Los tratadistas Héctor Fix Zamudio y José Ovalle<sup>85</sup> Fabela, se refieren a ellas como medidas o providencias cautelares, definiéndolas como:

*“los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave o irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación del proceso”.*

<sup>83</sup> Cfr Calamandrei, Piero, “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, trad. De Santiago Sentis Melendo, Librería el Foro, Buenos Aires-Argentina, 1997.

<sup>84</sup> Cfr.Couture, Eduardo, “Fundamentos del Derecho Procesal”, Depalma, 3ª. Ed., Buenos Aires-Argentina, 1972.

<sup>85</sup> Cfr.Fix Zamudio, Héctor y Ovalle Fabela, José, *Derecho Procesal*, UNAM, 1991, p. 72.

Por lo que, las medidas en comento, constituyen un ejercicio coactivo Estatal, ya que como se ha expuesto se trata de medidas cautelares de índole coercitiva, que son restricciones a derechos personales o patrimoniales impuestas en la realización penal, para obtener o asegurar los fines del proceso, el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva, es decir, eventualmente la aplicación de la sanción punitiva.

Por lo tanto, la utilización de dichas medidas, implica que se debe atender con especial cuidado al cumplimiento de los requisitos de procedencia de éstas, obrar oportuna y extremar la prudencia al respecto.

Habida cuenta, de que la decisión jurisdiccional a considerar, exige siempre una respuesta pronta al conflicto, ya que para arribar a una válida declaración conclusiva es menester transitar el proceso y este debe ser el "debido", es decir, con postulaciones, acreditaciones, y alegaciones, lo que hace necesario algún tipo de aseguramiento preliminar sobre bienes, personas y pruebas.

Destacándose, que tales medidas pueden tomarse, tanto antes de la iniciación del proceso, como durante la tramitación del mismo, hasta que se dicte la sentencia firme que le ponga fin, o cuando termina definitivamente el juicio por alguna otra causa.

Es así, como queda clara la noción, de que las medidas cautelares representan actuaciones dirigidas, a asegurar que el proceso penal, cumpla con sus fines, y para ello, requiere primeramente de la presencia del sujeto activo del delito, así como la preservación de medios de prueba que permitan que a la postre, se logre la efectividad en la sentencia.

De acuerdo a los elementos antes analizados, podemos concluir que las medidas cautelares implican la adopción previsoría de disposiciones mediante el uso del poder coactivo estatal dirigidas al imputado, a quien se restringe su libertad personal con fines asegurativos de su presencia en el juicio, que garanticen el buen desarrollo del proceso penal, permitiendo así, preservar pruebas y favorecer que la víctima u ofendido pueda obtener protección y restitución de sus derechos.<sup>86</sup>

## 7.2 Finalidades de las Medidas Cautelares.

La finalidad que se advierte del concepto de medida de cautela se puede determinar como la realización completa de un derecho que se quiere proteger mediante su aplicación como forma preventiva, en razón a los obstáculos que pueden interponer para la actuación del Derecho, así en el momento en que se hacen necesarias solamente sean verosímiles o fundadamente presumibles.

Las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo, el cobro ejecutivo de créditos en los juicios ejecutivos mercantiles), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la incierta actividad o conducta del activo del delito.

<sup>86</sup> Embris Vásquez j., op.cit. p. 67.

Según exponen Piero Calamandrei,<sup>87</sup> y Eduardo Couture,<sup>88</sup> las medidas precautorias, esencialmente buscan prevenir el daño que se podría derivar de no ser tomadas en cuenta, esto es, asegurar la presencia del imputado al proceso ante la presencia del órgano jurisdiccional competente, para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la celebración del juicio, pues en caso de no adoptarse estas medidas, el juicio estaría predestinado a fracasar; bajo este tenor, se debe entender que su carácter instrumental, permitirá a *posteriori*, favorecer los fines del proceso.

Luego entonces, encontramos una codependencia de las medidas cautelares con el proceso penal, pues aquellas no pueden existir sin él, y a su vez, aquél, requiere de ellas, para el logro de sus fines, en este tenor, el Juez puede ordenar medidas con las que trata de asegurar el correcto desarrollo del proceso, sólo en caso, de que exista algún riesgo o circunstancia que pueda ponerlo en peligro o frustrarlo.

Efectivamente, las medidas de cautela, dependen necesariamente del proceso penal, ya que con ellas se busca favorecer los fines de aquél, siendo uno de ellos, hacer efectivo el *ius puniendi*, es decir, sancionar a quien ha cometido algún delito; para el logro del aludido fin, sin embargo se requiere conforme a la llamada garantía de audiencia, que primero se lleve a cabo el correspondiente proceso legal, antes de sancionar al activo del delito; no obstante ello, el natural curso del proceso y su duración, en casos específicos derivados de la naturaleza del delito y su gravedad, harán prácticamente imposible aplicar la sanción, si antes no se aplica una medida que garantice la factibilidad de su imposición.

<sup>87</sup> Calamandrei, op.cit. P., p.43.

<sup>88</sup> Couture, Eduardo. op.cit. p.326.

La conclusión de Piero Calamandrei, sigue cobrando actualidad, al mencionarse que las medidas cautelares: “buscan salvaguardar el *imperium iudicium*”, es decir, impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde”.<sup>89</sup>

Ahora bien, no es en vano reiterar que el *ius puniendi*, debe entenderse dentro de un estado democrático de derecho, como la potestad atribuida a determinados órganos del estado para imponer penas, sanciones y medidas de seguridad a quienes después de un proceso, contemplado en la ley, los establezca como responsables de los delitos y estados peligrosos.

Por lo anterior, podemos concluir, en que el fin de las medidas cautelares enfocado en hacer efectivo el *ius puniendi*, no puede ser considerado como el principal, sobre todo si tenemos en cuenta que el proceso, no tiene como fin única y necesariamente imponer penas, y sanciones; sino buscar el conocimiento de los hechos, establecer la verdad histórica, garantizar la justicia en la aplicación del Derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito, para contribuir a restaurar la armonía social.

<sup>89</sup> Calamandrei, op. cit p.140

## Capítulo VIII

### Las Medidas Cautelares en el Sistema Mixto Tradicional.

#### 8.1 Detención preventiva.

La expresión detención, proviene del latín *detentio-onis* cuyas acepciones orientan hacia la acción y efecto de detener o detenerse; dilación, tardanza, prolijidad; privación provisional de la libertad, ordenada por una autoridad competente.<sup>90</sup>

Por tanto, dicha expresión nos conduce hacia la idea de una privación de libertad que busca prevenir hechos futuros; que implica evidentemente una limitación a la libertad, principalmente de la locomoción de las personas.

La detención preventiva es, por lo tanto una medida cautelar que lleva consigo el cautiverio de una persona que se ve involucrada en la comisión de un delito, normalmente, ordenada por una autoridad judicial.

Aunque, el sistema jurídico mexicano, como casos excepcionales, justifica legalmente la detención preventiva, derivada de la flagrancia o caso urgente, en los que, de facto, puede realizarse primero por elementos policiales o ciudadanos comunes, y posteriormente convalidarse por la autoridad investigadora, la que deberá dictar en su caso un auto de retención.

Y como anteriormente, ha sostenido Jesús Rodríguez<sup>91</sup>, es una medida privativa de libertad, impuesta excepcionalmente al presunto responsable de un delito grave, en virtud de un mandato judicial, antes del pronunciamiento de sentencia firme.

<sup>90</sup> Diccionario de la Lengua Española, 22ª. Ed. Ed., en CD ROOM, Buenos Aires-Argentina, 2003

<sup>91</sup> Rodríguez p.14.

Con apoyo, en la anterior autorizada opinión del tratadista, se advierten las siguientes características esenciales de la detención preventiva o prisión preventiva:

- Se trata de una medida precautoria privativa de la libertad personal,
- debe imponerse sólo de manera excepcional,
- en virtud de un mandato judicial, y
- su vigencia es hasta en tanto, se pronuncia sentencia definitiva de fondo.

## 8.2 Orden de aprehensión.

El vocablo aprehensión, proviene del latín *apprehensio*,<sup>92</sup> derivado del verbo *apprehendere*, de *ad*, a y *prehendere*, que significa asir, tomar; tal expresión; trasladada al procedimiento penal, se debe entender, como un mandato de autoridad.

En efecto, la orden de aprehensión es un mandamiento de la autoridad judicial en la que, con base en el pedimento del ministerio público y satisfechos los requisitos del artículo 16, Constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado para que sea puesto de inmediato a disposición de la autoridad que lo requiera, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye, de esta manera se está en posibilidad de lograr su presencia en el proceso.

La orden de aprehensión desde el punto de vista dogmático,<sup>93</sup> es una situación jurídica, un estado, un modo de lograr la presencia del imputado en el proceso, en otras palabras, es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal, para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implican (asegurar la eventual condena, la presencia al proceso, e impedir se destruyan pruebas, y otros indicios.)

<sup>92</sup> Cfr. Diccionario, J. Palomar.

<sup>93</sup> Silva Silva, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, OXFORD, 2ª. Ed., 16ª.reimpresion, México, 2009., p.500.

### 8.3. Orden de comparecencia.

La Constitución General de la República, en el ordinal 16, donde hace mención de la orden de aprehensión, no dedica un apartado específico para la orden de comparecencia, por consiguiente, por excepción, para los delitos que no ameritan pena privativa de libertad, lo procedente es librar la orden de comparecencia.

Por lo tanto, la orden de comparecencia se dictará siempre que el delito respectivo esté sancionado con pena no privativa de libertad.<sup>94</sup>

La expresión comparecencia emana del latín comparezco-ere, aparecer, comparecer.<sup>95</sup>

En sentido estricto, comparecencia en el proceso, es el acto por el cual una persona se presenta o se constituye como parte ante los tribunales, para formular una demanda o para contestarla.

En sentido amplio, es cualquier presentación de una persona ante las autoridades judiciales para llevar a cabo una determinada actividad procesal.

Trasladada esa idea al ámbito procesal penal, se entiende como la presencia del inculcado ante el juez, llamado a juicio para responder por los cargos que se le atribuyen; constituye en esencia una medida cautelar, parecida a la orden de aprehensión.

<sup>94</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio y Adato Green, Victoria, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Porrúa, 10<sup>o</sup>. Ed. México, 2002.

<sup>95</sup> Cfr. Diccionario, J. Palomar.

#### 8.4 Prisión Preventiva.

La detención o arresto es más efímera en el tiempo, la prisión preventiva es más o menos prolongada. Podríamos decir que la detención limita la libertad del individuo durante un periodo sumamente breve, hasta en tanto sea convalidada u homologada tal orden de detención. Esta convalidación u homologación de la orden de detención es a la que se llama prisión preventiva, cuyo estado es más intenso que la detención.<sup>96</sup>

Debemos entender a la prisión preventiva –también llamada provisional– como una medida de cautela de tipo personal, regulada en el sistema procesal penal mexicano, con funciones de garantía primaria o principal, que tiene lugar en el momento en que otras medidas no son suficientes para asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena.

Consiste en la privación legal de la libertad de una persona física que ha cometido un hecho delictivo que amerita pena corporal –privativa de libertad– por un tiempo definido y breve que no podrá exceder de dos años.

Debe ser ordenada por un juez competente, en proporción a la necesidad de garantizar la comparecencia del incoado en el juicio, en el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; su objeto es asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> Silva, S., J. A., p.494.

<sup>97</sup> Fenech, Miguel, El proceso Penal, Bosch, Barcelona- España, 1956, p.161, citado por Embris Vázquez, j. p. 227.

Ahora bien, en cuanto a los objetivos manejados por los códigos y algunos procesalistas, concretamente, el relativo a la efectiva realización del proceso, no es necesaria la prisión preventiva, más bien lo necesario es que el sujeto acuda a la realización de todos los actos en que se requiera su presencia; para lograrlo, no hace falta tenerlo tras las rejas como lo demuestra la práctica judicial.<sup>98</sup>

### 8.5 Libertad Provisional Bajo Caución.

La libertad provisional bajo caución es una medida de cautela cuyo objetivo específico es asegurar la presencia del inculpado ante el juicio, para los casos de comisión de delitos no considerados como graves por la ley sustantiva penal.

El fundamento de la libertad caucional, radica en el hecho de que el interés público de garantizar la efectividad de la sentencia, admite una graduación de mayor a menor, de acuerdo con la gravedad del delito objeto del proceso, de manera que cuando el procesado es presuntamente responsable de un delito de menor gravedad, la prisión preventiva puede ser sustituida por la caución, es decir la *pignus corporis* se cambia por la *pignus pecuniae*, la prisión por el dinero.<sup>99</sup>

Cabe recordar en este rubro, que a las palabras caución y fianza, comúnmente se les atribuye el mismo significado; no obstante, caución denota garantía, y fianza una forma de aquélla; por ende, caución es el género y fianza una especie.<sup>100</sup>

<sup>98</sup> Barrita López, Fernando A., *Prisión Preventiva y Ciencias Sociales.*, Porrúa, 3ª. Ed., México 1999, pp. 86-87.

<sup>99</sup> Arilla Bas, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, Porrúa, 24ª. Ed. 9ª., México, 2007., p.212; citado por Embris Vázquez, j. p. 235.

<sup>100</sup> Colín Sánchez G., p. 271.

## 8.6. Arraigo domiciliario.

El vocablo arraigo contiene diversas acepciones: Proveniente de la raíz latina ad, a, y radicare: echar o criar raíces; cuyo traslado al lenguaje jurídico implica imponer judicialmente a uno la obligación de no salir del lugar del juicio, sino mediante ciertas condiciones, de las cuales la relativa a la actividad judicial, vincula a alguien para que no salga de la población.<sup>101</sup>

En la concepción relacionada con el procedimiento penal mexicano, se refiere el arraigo domiciliario como una medida cautelar temporal y personal decretada por un órgano jurisdiccional a petición de parte, que subordina a un sujeto para no abandonar un espacio geográfico específico –toda una demarcación o un domicilio– en virtud de la investigación de hechos posiblemente constitutivos de delito (*lato sensu*).

Es decretada por el órgano judicial a petición del ministerio público, que busca preservar la investigación, evitando que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia cuando exista el riesgo fundado de que esto sea posible, para favorecer la integración y perfeccionamiento de la averiguación previa, logrando con ello, que ésta tenga como resultado el ejercicio de la acción penal y a posteriori, el libramiento de una orden de aprehensión (*strictu sensu*).<sup>102</sup>

<sup>101</sup> Cfr. Diccionario., L. Española.

<sup>102</sup> Embriós Vásquez, José Luis, p. 240.

El Arraigo, como instrumento procesal, tiende a asegurar los siguientes bienes: <sup>103</sup>

- La ejecución de la eventual condena, impidiendo que el indiciado huya o se fugue. Se asegura así la ejecución de la pena privativa de la libertad o incluso de la vida.
- La presencia y disponibilidad del sujeto pasivo del proceso penal, a los actos procesales.
- Impedir que destruya las fuentes de prueba. Es decir, que utilice su libertad para borrar las huellas del delito y dificultar la acción de la justicia. (García Ramírez Sergio y otra)
- Proteger a quien lo padece contra toda venganza privada. (Prieto Castro, Leonardo)
- Protegerlo de sus cómplices, y evitar que concluya el delito. (Rodríguez Manzanera)

#### 8.7. Aseguramiento de bienes.

El aseguramiento de bienes es una medida de cautela que recae de manera directa sobre los instrumentos, objetos o productos del delito, así como los bienes en que existan huellas o pudieran tener relación con éste; cuyo objetivo que persigue es, evitar que se alteren, destruyan o desaparezcan; para garantizar la reparación del daño, en su caso; o bien, en su oportunidad, para resolver sobre su decomiso.

<sup>103</sup> García Ramírez, Sergio, y otra, Prieto Castro, Leonardo, Rodríguez Manzanera, Luis, Sustitutos de la pena, p. 11, citado por Silva, Silva, Jorge, Alberto, p. 493.; citados por Embris Vásquez, José Luis, p. 241.

Es común que el ministerio público investigador, en virtud del conocimiento de hechos posiblemente delictuosos que tenga, decrete el aseguramiento de bienes que puedan tener relación con el delito, en cuyo caso deberá proceder de la siguiente manera, como lo previene el artículo 182, del Código Federal de Procedimientos Penales, que textualmente se transcribe:

El aseguramiento de bienes, como medida cautelar, implica todo un procedimiento que debe ser observado por la autoridad judicial o el ministerio público que lo decrete; pues no obstante de realizar los trámites precisados en el artículo anteriormente citado, deberán notificar al interesado o a su representante legal dentro de los 60 días naturales siguientes a su ejecución.

Además, deberán entregar o poner a su disposición, según sea el caso, una copia certificada del acta de estilo levantada, a efecto de que tenga la oportunidad de promover conforme a sus intereses que estime conveniente. En la inteligencia de que se apercibirá al interesado o a su representante legal, que de no manifestar lo que a su derecho convenga, en un término de 90 días naturales a la notificación, los bienes causarán abandono, quedando facultado para poder disponer de ellos, el Gobierno Federal; no obstante, se apercibirá al interesado o a su representante legal, para que no enajene, o grave los bienes objeto de aseguramiento.

**CFPP. Artículo 182.-** "Al realizar el aseguramiento, los agentes del ministerio público con el auxilio de la Agencia Federal de Investigaciones, o bien, los actuarios y demás funcionarios que designe la autoridad judicial para practicar la diligencia, según corresponda, deberán:

*Levantar acta que incluya inventario con la descripción y el estado en que se encuentren los bienes que se aseguren;*

*Identificar los bienes asegurados con sellos, marcas, cuños, fierros, señales u otros medios adecuados;*

*Proveer las medidas conducentes e inmediatas para evitar que los bienes asegurados se destruyan, alteren o desaparezcan;*

*Solicitar que se haga constar en los registros públicos que correspondan de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 182-D de este Código, y*

*Una vez que hayan sido satisfechos los requisitos anteriores, poner los bienes a disposición de la autoridad competente para su administración, dentro de las 72 horas siguientes en la fecha y los lugares que previamente se acuerden con dicha autoridad, de conformidad con las disposiciones aplicables."*

## Capítulo IX

### Las Medidas Cautelares en el Sistema Acusatorio.

#### 9 1. La Reforma Constitucional de 2008.

Como anteriormente ya se había comentado, vivimos la transición más radical e importante de la historia del proceso penal en México, ya que por una parte, y en forma gradual se termina el sistema mixto tradicional o inquisitivo, y por la otra, se adopta un sistema procesal penal de corte acusatorio, con tendencia adversarial y oral.

Esta noción, novedosa en México, se gestó ante un movimiento internacional de reforma al proceso penal que ha sido acompañado por cambios de gran significado al interior de variadas instituciones como: el ministerio público, órganos jurisdiccionales, a quien inclusive, se deja constitucionalmente, la facultad de ejecución de la pena, lo que se traduce en un procedimiento penal judicializado de principio a fin.

Son muchos los factores que dieron origen a esta propuesta de cambio, de un sistema procesal a otro, pero principalmente, las causas que impulsaron las ideas reformadoras, encontramos las siguientes:

- El proceso de democratización de varios países de América Latina, luego de algunos gobiernos con régimen dictatorial,
- La crítica a sistemas políticos obsoletos,

- Las presiones para modernizar al Estado en general,
- La reevaluación del papel de los derechos humanos y,
- La percepción negativa sobre el sistema judicial.<sup>104</sup>

La mencionada reforma de la CPEUM, publicada en el DOF el 18 de junio de 2008, abarca los numerales 16,17,18,19,20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII, del artículo 73; la fracción VII, del artículo 115 y la fracción XIII, del apartado B, del artículo 123, de los cuales precisamente de los numerales del 16 al 22, se refieren a las transformación de la justicia penal y seguridad pública; constituyéndose en la propuesta de cambio más importante del sistema de justicia penal desde el Constituyente de 1916-1917 que buscó remediar los vicios y corruptelas de la justicia porfirista y estableció un nuevo proceso penal que transformó las instituciones existentes hasta ese momento”<sup>105</sup>

La trascendental reforma, lleva consigo primeramente, la implementación de los Juicios Orales, que implican un cambio sistemático en el procedimiento penal existente, desde el inicio de la investigación, la etapa intermedia, el juicio oral y la ejecución de sentencias; cambio dado en nuestra Constitución Política, en donde se prevén este tipo de juicios, con base en esta reforma y en el contenido de los Tratados Internacionales, suscritos por nuestro país, que han dado, ya origen a algunos Códigos estatales que los regulan.

<sup>104</sup> Duce, Mauricio y Pérez Perdomo, Rogelio, *La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América latina*, en libro: Fruling, Hugo, Tulchinn, Joseph y Holding, Heater (editores), *Crimen y Violencia en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Bogotá-Colombia, 2005, p.101., citados por Embris Vásquez, José Luis, op.cit. p. 264.

<sup>105</sup> Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, Fondo Furica, México, 2009, p. 21.

Los juicios orales, son una restructuración del proceso penal, pues se pasa de un Estado de Derecho Inquisitorio a un Estado de Derecho Acusatorio, bajo los principios de imparcialidad, oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad, concentración y centralidad.<sup>106</sup>

Sin embargo, la reforma significa mucho más, que la implementación de los juicios orales, que llevan un significativo logro, como en algunas entidades federativas, por ejemplo, en el Estado de México, se instituyeron desde 2006; aunque sólo desde el propio sistema mixto tradicional, sin que tuviera mayor trascendencia, pues la oralidad solamente se consideró para la etapa de instrucción.

En ese escenario, los juicios orales sólo representan una forma de realización de las actuaciones, pero no se debe soslayar que el hecho de mayor trascendencia es el cambio de sistema, del mixto tradicional al acusatorio con tendencia adversarial, en donde tanto el imputado y su defensor, la víctima coadyuvante, el ministerio público, testigos y peritos, tienen un trato directo con el juzgador y con el público presente.

No obstante del corte garantista que se le asigna con el reconocimiento de derechos subjetivos al imputado en cada una de sus intervenciones, dentro del marco de un Estado Democrático de Derecho, que precisa fortalecer la protección de los derechos fundamentales; garantías que alcanzan también a la víctima u ofendido.

<sup>106</sup> Betancourt García, Ciro, *Marco Jurídico de la Reforma Penal Procesal*, en Revista Tepantlató. Difusión de la Cultura Jurídica. Época I, No.1, abril de 2009, México, p. 67; citado por Embris Vasquez., op.cit p.265.

El sistema acusatorio se enfrenta a la realidad: no se inicia una investigación acusando, se acusa, porque previamente existe una investigación. Se acusa porque se cuenta con un hecho, una prueba, un probable autor del hecho, un resultado.<sup>107</sup>

La reforma, constituye un reto, que parecería inalcanzable, ya que los impulsos reformistas, se tienen que enfrentar a un sinnúmero de obstáculos, simultáneamente y en un mismo espacio geográfico se estarán aplicando leyes de carácter procesal penal de sistemas diferentes, pues los iniciados con la anterior legislación, se seguirán tramitando hasta su total conclusión con ese cuerpo normativo.

Toda vez, que el nuevo sistema, obliga a un cambio no sólo de la legislación secundaria, su impacto es tal, que impera la transformación de los planes de estudio de las instituciones educativas, una capacitación y especialización para los servidores públicos que, intervendrán en la procuración y administración de justicia, obliga a los abogados litigantes, a los doctrinarios y estudiosos del derecho, a cambiar su actitud en torno a las prácticas usuales en los juicios penales.

<sup>107</sup> Hidalgo Murillo José Daniel, Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso Penal, ed., Porrúa, México, 2009, p. p., 83-85.

## 9. 2 Finalidad de las Medidas Cautelares.

En el procedimiento acusatorio, las medidas cautelares tienen como objeto y solamente podrán ser aplicadas prudentemente para: el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o para evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia.

Así lo acotan los Tratados Internacionales antes citados que tutelan los derechos humanos: como enseguida se ve:

La libertad sólo podrá ser restringida, para asegurar su comparecencia ante los órganos jurisdiccionales, Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.3. y Comisión Americana de Derechos Humanos artículo 7.5.; o bien, cuando sea necesario para el éxito de la investigación o la protección de personas o bienes jurídicos.

En efecto estos principios doctrinarios, que ahora forman parte del Derecho Internacional, en la materia, fueron reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en las reformas constitucionales de junio de 2008.

Por tanto, al considerar que la libertad personal es un derecho fundamental del hombre, se estableció en la Constitución Política, que la libertad sólo podrá ser restringida por las causas y bajo las condiciones previamente establecidas por el orden jurídico (artículos 14 y 16 de la CPEUM).

Por lo que, toda persona, ante la amenaza punitiva, debe ser considerada y tratada como inocente hasta que se determine su culpabilidad (artículo 20 apartado A fracción I).

Consecuentemente, debe destacarse, que la característica general de las medidas cautelares, consiste en su instrumentalidad, no son instituciones autónomas, existen para el proceso penal, y ayudan a favorecerlo.

De lo anterior, se puede concluir válidamente, que los fines específicos de las medidas cautelares son los siguientes:

- Asegurar la presencia del imputado en el juicio,
- Favorecer el buen desarrollo de la investigación, y.
- La protección de la víctima o del ofendido, de los testigos o de la comunidad.

### 9.3 Criterios para la aplicación de medidas cautelares.

En el presente rubro, surge la necesidad de referir, que la aplicación de las medidas cautelares en el nuevo sistema de justicia penal, debe verse inspirada en las características generales, de que se encuentran investidas, como el de proporcionalidad y necesaria utilidad, relativo a la conformidad o correspondencia debida entre su aplicación y el derecho que se pretende proteger, así como frente al peligro que se trata de evitar y a la pena, que en su momento pueda llegar a imponerse, en virtud de la comisión de un delito.<sup>108</sup>

En el sistema acusatorio, conforme a la doctrina, se resaltan tres requisitos que deben ser tomados en cuenta para que proceda una solicitud de providencia cautelar, estos son:

<sup>108</sup> Hidalgo Murillo, J., op.cit. p. 152

- Verosimilitud del derecho,
- Necesidad de aseguramiento y preservación, y
- Adecuación de la medida.

Verosimilitud del derecho.

La aplicación de un instrumento cautelar, exige únicamente un grado de posibilidad en la existencia de un hecho delictivo, así como de la intervención en el mismo del imputado, ya que si exigiera un pronunciamiento de certeza, no habría discrepancia alguna entre la medida y la sanción.

En ese contexto hipotético y doctrinario, resulta suficiente con que, el derecho aparezca como verosímil y no como cierto; esto es, el juez, sólo debe presumir la existencia de un hecho delictivo y la probable intervención del imputado en aquél, como consecuencia de la apariencia del derecho invocado.

Ello no implica, que tal presunción sea arbitraria, por el contrario, se sustenta en una ponderación judicial, que se basa en la apariencia, que inicialmente muestran los argumentos y los datos de prueba existentes, no en la certeza o convicción.

De ahí, la importancia de que, el debate en torno a la aplicación de los instrumentos cautelares, sea la oportunidad de que las partes, argumenten ante el juez de control, con ánimos persuasivos, sin apartarse de los datos de prueba y de las exigencias legales.

Necesidad de aseguramiento y preservación.

El uso de las medidas cautelares, busca hacer posible mantener intacto el derecho debatido —hasta el momento en que la situación de incertidumbre

cese—esto es, el fin asegurativo, debe perdurar mientras, se emite una sentencia firme; consecuentemente, sí el derecho está a salvo, nada justifica que se aplique un instrumento cautelar.

De esta manera, se requiere la existencia de una situación de peligro o urgencia o una necesidad de preservación o protección; que constituyen presupuestos importantes de las medidas de cautela.

En este contexto, la necesidad de aseguramiento y preservación en los términos precisados en líneas que preceden, se garantiza que la medida cautelar sea correctamente utilizada; es decir, que el juez, en efecto haga uso de ella, sólo en los casos, en que sirve como mecanismo instrumental, para que la sentencia pueda ejecutarse debida y oportunamente o para la preservación del derecho, que se pretende proteger o en general, del peligro que se trata de evitar.

#### Adecuación de la medida

De lo anteriormente expuesto, se advierte que el Juez de control, no puede otorgar cualquier medida cautelar aún y cuando las partes se la soliciten, ya que tiene el deber de determinar cuál de ellas es la idónea, atendiendo a los hechos, a los datos de prueba, a los argumentos de las partes, pero siempre confrontados con el contenido de la ley.

En efecto, la labor del Juez se traduce en la adecuación misma, que supone efectuar un análisis de proporcionalidad entre la medida que se traba y el fin que se persigue; tal análisis abarca dos aspectos:

Su imposición o variación debe guardar una debida relación de causalidad entre la medida cautelar, que se usa como medio y el fin específico, que ésta persigue, sin que pase inadvertido, su carácter instrumental, ya que debe favorecer, a los fines del proceso penal.<sup>109</sup>

Para el logro de este fin, se debe optar por el medio menos gravoso que permita alcanzarlo; lo que implica que cuando existan dos o más medidas igualmente aptas para asegurar el derecho debatido, se debe tomar aquélla que suponga un menor daño, para aquél a quien se dirige.

La consideración de los mencionados aspectos, resulta de gran importancia en tanto, dota de mayor coherencia a la providencia cautelar, al brindarle la utilidad estrictamente necesaria a los instrumentos de cautela, no siendo ni insuficientes ni excesivos; siempre apegados al marco legal de referencia y que fija sus reglas de procedencia.

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir diciendo que, el órgano jurisdiccional —juez de control—, deberá tomar en cuenta al decretar alguna medida cautelar los siguientes aspectos:

- Que sea proporcional al derecho que se pretende proteger,
- Que sea proporcional al peligro que se trate de evitar, y
- Que sea proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.

<sup>109</sup> Hidalgo Morillo, *J.op.cit.*, p. 152,ss.

#### 9.4 Diferencias de aplicación de las providencias precautorias, entre Vinculación a Proceso y Auto de Formal Prisión.

Antes de la reforma supra citada, no existía la figura de la vinculación a proceso, para comprender su especificidad, refiere Carlos Natarén Nandayapa,<sup>110</sup> resulta conveniente señalar que no es equivalente al ejercicio de la acción penal ni tampoco al auto de término constitucional, y consecuentemente, no tiene un equivalente exacto con aquellas figuras del sistema penal mixto tradicional, entre otras razones, porque se da en momentos del proceso diferentes a aquéllos en que ocurre el ejercicio de la acción penal o del auto de término constitucional.

De lo anterior, es pertinente resaltar las diferencias entre auto de formal prisión y de vinculación a proceso: El modelo al que pertenecen: el auto de formal prisión existe en el sistema procesal penal mixto tradicional - mexicano y de otros países latinoamericanos—, mientras que el auto de vinculación a proceso, existe únicamente en el sistema acusatorio adversarial mexicano.

En primer término hay que referirse, a las diferencias que existen en el tratamiento de la prueba. Así tenemos que para el dictado de, un auto de formal prisión es sumamente elevada, y exigente su nivel de credibilidad; mientras que para el auto de vinculación a proceso es más sencilla; se reducen los estándares probatorios.

<sup>110</sup> Natarén Nandayacapa, Carlos F. y Ramírez Saavedra, Beatriz Eugenia, *Introducción a la prueba en el proceso penal acusatorio*, Ed. Ubijus, México, 2008, pp. 9-11

También debe advertirse, que existe una diferencia por el tipo de delitos; esto es, el auto de formal prisión está reservado para delitos sancionados con pena privativa de libertad, el de sujeción a proceso se diseñó para los sancionados con pena diversa a la privativa de libertad, desde luego, cuando se encuentre acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del inculcado.

El auto de vinculación a proceso, es para todos los ilícitos, siempre y cuando existan datos suficientes que se ha cometido un hecho determinado que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

El de formal prisión y sujeción a proceso dan paso a la instrucción propiamente dicha. El de vinculación a proceso da continuidad a la etapa de investigación judicializada.

El auto de formal prisión implica la decisión, basada en los elementos de prueba aportados por el ministerio público para dar paso a una siguiente etapa: la instrucción propiamente dicha; así la formal prisión, persigue dos objetivos específicos: primero, continuar con el proceso y, segundo, justificar la prisión preventiva.

Mientras que, en el nuevo sistema procesal penal acusatorio, el auto de vinculación, constituye la decisión judicial que permite dar continuidad con la etapa de investigación en su parte formalizada; en otras palabras, el juez controla la investigación, que se torna consecuentemente, judicializada.

En consecuencia, para el caso de que no existan datos suficientes que se ha cometido un hecho determinado, que la ley señale como delito y que no exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, el juez de control dictará auto de no vinculación a proceso, debiendo dejar sin efecto las medidas cautelares personales y reales, que hubiese decretado con anterioridad.

Empero, la no vinculación del imputado a proceso, no constituye un obstáculo para que el ministerio público pueda continuar con la investigación y posteriormente, formule nuevamente la imputación.

Por último, al momento de resolver la situación jurídica del imputado, en torno a la fijación de los instrumentos de cautela, existen dos posibilidades:

- Si se dicta auto de no vinculación a proceso, queda sin efecto cualquier medida cautelar ordenada con anterioridad, porque se ordenará la inmediata libertad del imputado por el delito de que se trata.
- Si se dicta auto de vinculación a proceso, el Juez de Control, deberá fijar una medida cautelar y especificar su duración.

#### 9.5 Providencias específicas en el Sistema Acusatorio.

Habiendo quedado sentado que la prisión preventiva, es una medida cautelar que debe ser aplicada excepcionalmente, ello ha obligado al legislador a buscar medios provisorios, menos agresivos, que permitan favorecer los fines del procedimiento penal; por lo que, algunas legislaciones, han adoptado, siguiendo el nuevo modelo procesal penal otras providencias, así tenemos por ejemplo, el caso del Código Procesal

que entró en vigor en Costa Rica en 1998,<sup>111</sup> que prevé en su artículo 244, lo siguiente:

#### 9.6 Medidas sin custodia.

Son aquéllas que implican la limitación, pero no la supresión de la libertad de locomoción, el imputado no puede moverse a determinados lugares (otros Estados, municipios o una demarcación geográfica en particular) o bien, tiene la obligación de presentarse personalmente a un lugar específico o de permanecer constantemente en cierta localidad<sup>112</sup>; tales medidas son:

- La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez, sin autorización.
- La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad, que él designe.
- La reclusión domiciliaria, con o sin vigilancia.

<sup>111</sup> Embris Vázquez, J.op.cit. pp. 404-405

**Código Procesal de Costa Rica, Artículo 244.** "Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes: El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.

La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal.

La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.

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

La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.

La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.

Si se trata de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente podrá ordenarle a éste el abandono inmediato del domicilio.

La prestación de una caución adecuada.

La suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional.

Si la calificación jurídica del hecho admite la aplicación de una pena de inhabilitación, el tribunal podrá imponerle, preventivamente, que se abstenga de realizar la conducta o la actividad por las que podría ser inhabilitado".

<sup>112</sup> Cfr. Botero Martín Eduardo, *Elementos de Juicio*. [www.juridicas.unam.mx/publica/librer/rev/juicio](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librer/rev/juicio). (disponible el 17-XI-2011)., *Justo Proceso Funcionamiento y Estructura Penal Acusatorio Prospectiva de Italia para América Latina*., ed. Jurídicas Andrés Morales, Bogotá Colombia 2008.

- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- El internamiento en instituciones de salud, en los casos en que el estado físico o mental del imputado así lo amerite.
- La separación inmediata del domicilio cuando se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales y cuando la víctima u ofendido conviva con el imputado.

### 9.7 Separación de domicilio.

Relacionado con la separación del domicilio, el NCPPEM, que como se ha dicho con anterioridad, siguió el Sistema Procedimental Acusatorio, establece en su artículo 205 las siguientes medidas:

**“Artículo 205.** La separación del domicilio como medida cautelar deberá establecerse por un plazo mínimo de un mes, sin que pueda exceder de seis; podrá prorrogarse por el plazo que estime el juez, si así lo solicita la parte ofendida y se mantienen las razones que la justificaron.

La medida podrá interrumpirse cuando haya acuerdo entre la víctima u ofendido y el imputado, siempre que tal circunstancia la manifieste la parte ofendida ante la autoridad judicial. Cuando se trate de ofendidos menores de edad, el cese por reconciliación sólo procederá cuando el niño o adolescente, con asistencia técnica, así lo comunique personalmente al juez.- Para levantar la medida cautelar, el imputado deberá comprometerse formalmente a no reincidir en los hechos, bajo apercibimiento de adoptar otras medidas cautelares personales más graves.”

La medida sin custodia antes citada, tiene una vigencia específica, un plazo que oscila entre 1 y 6 meses, aunque puede darse una prórroga a consideración del Juez de control: cuando el ofendido, ejerciendo su derecho de petición, tenga argumentos que indiquen esa necesidad; no obstante de existir previamente una fijación en torno a su duración, la medida podrá interrumpirse al generarse un acuerdo entre la víctima u ofendido y el imputado; condicionado a que la manifestación al respecto se realice ante el juzgador.

Para que la medida cese, el imputado debe comprometerse formalmente a no reincidir en los hechos, bajo apercibimiento de adoptar otras medidas cautelares personales más graves; esta posibilidad, pone de manifiesto el objetivo específico que persigue: la protección de la víctima u ofendido en su integridad corporal y estabilidad emocional, en virtud de que el hecho delictivo puede dejar este tipo de secuelas.

#### 9.8 Medidas de prevención.

Estas medidas, que también son restricciones a la libertad personal, como su denominación lo indica, pueden ser dictadas, para prevenir un mal mayor, aún cuando falta una verificación de responsabilidad, respecto a una específica conducta prevista, entre ellas se encuentra la siguiente:

- El internamiento en instituciones de salud, en los casos en que el estado físico o mental del imputado así lo amerite.

Esta limitación a la libertad del imputado, tiene que ver directamente con determinadas condiciones de su salud, que requieran de tratamiento médico especializado, sin perjuicio de que la investigación y en general, el procedimiento siga su natural curso.

#### 9.9. Medidas de Vigilancia.

Entrañan el sometimiento al cual, el imputado deberá de verse a través del cuidado de una persona en particular o bien, de alguna institución específica, respecto de su comportamiento y ubicación, para evitar que se sustraiga a la acción de la justicia o que incurra en reiterancia delictiva. Quienes comúnmente

pueden ejercer esta vigilancia son corporaciones policíacas. Tales medidas son las siguientes:

- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al juez.
- Localizadores Electrónicos.

La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado. La vigilancia del imputado, busca asegurar principalmente que no se dé a la fuga, que tenga permanencia en su domicilio particular, sin que ello implique restricción a su libertad de tránsito, ya que podrá realizar sus actividades cotidianas de manera normal.

Esta vigilancia resultará más efectiva si se lleva a cabo por elementos policiales, sobre lo cual, deberá existir racionalidad en cuanto a su operatividad, ya que sería prácticamente imposible que un oficial de policía estuviera vigilando las 24 horas del día al imputado, lo que materialmente complicaría su efectividad y por consiguiente, se convertiría en una medida meramente utópica.

La providencia de instalar localizadores electrónicos, es una medida que ha sido utilizada ya en la ejecución de la pena privativa de libertad, como un beneficio de libertad anticipada.

Representa un uso de los avances tecnológicos, ante la posibilidad de que, sin desgaste de recursos humanos como se origina con la vigilancia personalizada, se pueda dar un seguimiento efectivo a la permanencia del imputado en un lugar concreto, que no podrá abandonarlo sin la anuencia de la autoridad judicial o ministerial.

También conocidos como brazaletes estos localizadores electrónicos, constituyen una medida efectiva, empero, son de un costo económico elevado consecuentemente, ello dificulta su aplicación.

#### 9.10 Medidas que atienden a la naturaleza comisiva del delito.

Estas medidas, limitan determinadas actividades del imputado, se estiman necesarias atendiendo a la forma de comisión de los ilícitos y tienen el propósito de evitar que se causen mayores daños a terceros; dentro de ellas tenemos las siguientes:

#### 9.11 Medidas restrictivas de comunicación, derechos y ocupación.

La única limitante en cuanto a la restricción de la comunicación es que no afecte el derecho de defensa del imputado; por otra parte, la suspensión del ejercicio del empleo, cargo o comisión, obedece a la naturaleza del delito; por ejemplo:

- Si el imputado es servidor público, su ejercicio laboral se verá suspendido.
- Si el hecho delictivo fue cometido en la conducción de un vehículo de motor, el derecho a conducir automotores se verá suspendido.
- Si el hecho se comete con motivo de una actividad profesional o técnica, el derecho a su ejercicio, también se verá suspendido, como el caso de los homicidios o lesiones —culposos o dolosos— realizados por médicos en sus funciones.

## 9.12 Medidas Cautelares Reales.

Las medidas cautelares reales se caracterizan por ser restrictivas o privativas de la libertad de administración y/o disposición patrimonial, que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines civiles del procedimiento y eventualmente los fines penales, cuando la pena asignada al delito tenga un contenido patrimonial.

En relación a los efectos de las medidas cautelares de carácter real, la realización de fines civiles, se ve palpable en el sistema jurídico mexicano, concretamente en dos actos procesales: la reparación del daño y la restitución al ofendido en el goce de sus derechos; los fines penales, los encontramos principalmente en la pena pecuniaria, cuando se hace efectiva una multa.

En México, a pesar de que tanto a nivel federal, como local, no había una reglamentación concreta y dentro de un apartado particular destinado a las medidas cautelares reales, han existido determinados actos procesales con fines asegurativos, que limitan la disposición o administración del patrimonio; con afectación no sólo a imputados, sino a terceros; en este grupo se encuentran las siguientes medidas: <sup>113</sup>

<sup>113</sup> Embris Vázquez J.op.cit pp. 410,ss.

- Aseguramiento de bienes.
- Embargo precautorio.
- La restitución del ofendido de la cosa objeto materia del delito, la cual se puede referir a bienes muebles o inmuebles.

Para alcanzar sus objetivos, las medidas cautelares reales garantizan por un lado la ejecución de una sentencia definitiva (finalidad conservativa), por otro lado, impiden el uso de una cosa objeto o instrumento del delito que pueda favorecer las consecuencias del mismo o la consumación de otros delitos (finalidad preventiva).

#### 9.13 Aseguramiento de bienes.

El aseguramiento de bienes, es una medida caracterizada por restringir o privar la libertad de administración y/o disposición patrimonial de las personas; surge como una necesidad de preservar determinados bienes (muebles o inmuebles).

Las facultades para recurrir a ella, van desde el inicio mismo de la investigación, ya que inclusive, los elementos policiales pueden decretarla, aunque deberán hacerlo del conocimiento del ministerio público de inmediato; desde luego, el ministerio público la puede adoptar y el Juez.

Su objeto es asegurar la realización de los fines civiles del procedimiento y eventualmente los fines penales, cuando la pena asignada al delito tenga un contenido patrimonial, o bien, cuando el objeto asegurado, por ser de uso ilícito, implique, *a posteriori*, un decomiso.

Las cosas susceptibles de aseguramiento, se refieren a objetos que tienen relación directa con el hecho delictuoso y que pueden fungir como datos de prueba.

Es necesario recordar que, el aseguramiento de bienes tiene una aplicación en forma amplia, es decir, abarca bienes muebles e inmuebles, lo cual hace necesario, que en ocasiones se tengan que designar personas como depositarios, quienes adquieren la obligación de presentarlos y conservarlos, cuando sean requeridos para ello por la autoridad judicial o ministerial.

Por otra parte, en el caso de que los bienes asegurados, no estén sometidos a decomiso, restitución o embargo, deberán ser devueltos, cuando el solicitante se encuentre debidamente legitimado; sin perjuicio de que el Juez de control, pueda autorizar dicha devolución en calidad de depósito provisional.

El nuevo sistema procesal penal, faculta al órgano indagador, aún antes de formular la imputación, para ponderar entre actuar pronto y ejecutar la medida asegurativa; aunque en un término breve, el juez de control habrá de revisar la validez de dicha medida; en el entendido que también podrá solicitar a la autoridad judicial, antes de la imputación la práctica del aseguramiento.

#### 9.14 Embargo precautorio.

La expresión embargo, es una locución que deriva del verbo embargar y este, del latín vulgar *imbarricare*, usado en la Península Ibérica y en la zona de la lengua de OC. Deriva probablemente de barra “tranca”, significa, cerrar una puerta con trancas o barra. <sup>114</sup>

<sup>114</sup> Canales Méndez, Javier G. (Recopilador), Gran Diccionario Jurídico de los Grandes Juristas, con aforismos, latinejos y máximas reglas jurídicas, Editores Libros Técnicos, p. 464.; citado por Embris Vázquez José L., op.cit. p.412.

Si bien es cierto, el embargo, no debe confundirse con la otra institución procesal denominada secuestro, mismo que se refiere al depósito judicial por embargo de bienes o como medida de aseguramiento en cuanto a los litigios.<sup>115</sup>

De lo anterior, se puede inferir que la expresión embargo jurídicamente entraña una afectación sobre un bien o un conjunto de bienes, en cuanto somete dicho bien o bienes a las resultas de un proceso pendiente (embargo cautelar) o la satisfacción de una pretensión ejecutiva, regularmente fundada en una sentencia de condena.

Es decir, consiste en una traba, retención o secuestro de bienes por mandamiento de juez o autoridad competente, y que se aplica, en los procedimientos litigiosos, en las materias civil y mercantil.

El embargo precautorio, como todas las medidas cautelares de carácter real, lleva consigo una restricción o privación de la libertad de administración y/o disposición patrimonial, que pueda adoptar el órgano judicial en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto principal de asegurar el pago de la reparación del daño a la víctima u ofendido.

<sup>115</sup> Diccionario Palomar de Miguel, op.cit. p. 1229.

Como se ha mencionado, en apartados precedentes, cada medida cautelar se encuentra diseñada para un fin específico, que con el carácter de instrumental, favorece a los fines procesales; el caso particular del embargo, pretende asegurar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con motivo del hecho delictivo.

Dentro de las particularidades de esta medida cautelar, sobresalen dos:

- Sólo procede a petición de parte.
- Se resuelve sobre su procedencia, o no, en audiencia privada.

En el Sistema Procesal Acusatorio, el procedimiento para su concesión destaca lo siguiente:

Debe realizar la solicitud el ministerio público ante el Juez de control competente, el del lugar donde se deba llevar el juicio y en casos urgentes, el del lugar donde se encuentren los bienes.

Para resolver sobre su procedencia, el Juez deberá convocar a una audiencia privada, a la que habrán de asistir el ministerio público y la víctima u ofendido, cuando estos últimos hayan ejercido su derecho de petición cautelar. El juzgador podrá autorizar esta medida, cuando se justifique su necesidad y el posible daño o perjuicio. Art. 212 NCPPEM.

#### 9.15 Restitución al ofendido en el goce de sus derechos.

La operatividad de esta medida, cambia radicalmente de un modelo procesal a otro, en el sistema acusatorio, adversarial y oral, deja a un lado su dinámica seguida en la vía incidental como derecho de petición.

Se reconoce al ofendido para ejercer una vez dictado el auto de formal prisión (desaparecido en el nuevo modelo procesal), salvo que se trate de delitos flagrantes o por caso urgente, en donde la autoridad ministerial o judicial, pueden proceder a la restitución provisional, sin previa solicitud.

Ahora en el nuevo Sistema Procesal Penal Acusatorio, se faculta al Ministerio Público, para restituir (a solicitud de parte o de oficio).

No, únicamente en forma incidental, como operaba en el sistema procesal mixto tradicional, al ofendido en el goce de sus derechos; como se advierte de la lectura del artículo 10, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia en el Estado de México, que a continuación se transcribe:

**Artículo 10.-** *“El ministerio público tendrá las atribuciones y obligaciones que les señalen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, la presente ley y otros ordenamientos jurídicos; además de las siguientes: A. En la averiguación previa... XII. Restituir provisionalmente al ofendido en el goce de sus derechos, en los términos que dispone esta ley o, en su caso, ordenar que los bienes controvertidos se mantengan a disposición del ministerio público cuando ello sea procedente...”*

## 9.16 Garantía económica.

Es conveniente, antes precisar que las medidas cautelares, denominadas de garantía económica en el Sistema Procesal Penal Acusatorio, constituye un equivalente, a lo que en el Sistema procedimental tradicional, es el beneficio, de la libertad provisional bajo caución; previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como una garantía individual, en su artículo 20, apartado A, fracción I, como se advierte de su transcripción:

Empero, las reglas que en materia de Justicia Penal se implementaron en México, a partir de la reforma constitucional de 2008, tienen trascendencia también en dicha medida cautelar.

Pues ahora, en el sistema acusatorio, adversarial y oral, que emerge de la reforma citada; el reconocimiento de este tipo de libertad, sin perder su esencia, adquiere un matiz peculiar en el nuevo procedimiento penal, como garantía procesal de tipo cautelar, se le asigna ese trato con afectación de contenido patrimonial y con reglas específicas.

**Artículo 20, apartado A, fracción I.**-*“Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio...”*

Sobre este instrumento precautorio descansa la preponderancia de su uso respecto de la prisión preventiva, aunque existe una posibilidad alternativa de optar por otro tipo de medidas.

En efecto, ahora en el Sistema Procesal Penal Acusatorio, como se desprende del contenido del artículo 19, Constitucional, 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, o bien,
- el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Por otra parte, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos (como armas y explosivos) y “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 Juez de oficio, ordenará la prisión preventiva.

Del contenido del artículo 19, Constitucional, antes comentado, surgen dos reflexiones:

1. Que verdaderamente es plausible, que se deban establecer en el Sistema Acusatorio, posibilidades y alternativas más amplias, que no conduzcan necesariamente a decretar la prisión preventiva; y no se condicione la obtención de la libertad provisional, a garantizar la reparación del daño o las penas pecuniarias.

2. Con independencia, de que, el legislador permanente, al redactar el numeral 19, de la Carta Magna, compele al Juez en forma oficiosa, a ordenar la prisión preventiva, y que ello pueda, inobservar Tratados Internacionales, que esencialmente protegen los derechos humanos.

Por lo anterior, solo me resta confiar, en que el legislador secundario, no caiga en tentaciones autoritarias; es decir, no vaya a establecer como delitos graves, los ilícitos fiscales, los cuales son, de contenido eminentemente patrimonial.

Es decir, se deja al arbitrio del legislador ordinario, la facultad para clasificar y nominar a los tipos penales que puedan ser considerados graves; basta con ello, considerar que conductas puedan afectar la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, con lo que, el legislador justificaría, al menos normativamente, su inclusión, en esa categoría de injusto penal, lo que sería violatorio de toda razón, de un Estado democrático (terrorismo fiscal) y equivaldría a retroceder a, un régimen de corte totalitario.

#### 9.17 Medidas Cautelares Ministeriales.

En este trabajo de tesis de grado, anteriormente, se había comentado, que las providencias cautelares, representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas de la justicia: la celeridad en la actuación y la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde; ante este dilema se enfrenta el ministerio público en forma cotidiana.

Por ende, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y el mal se resuelva más tarde. <sup>116</sup>

En efecto, el factor tiempo, como lo ha sostenido la doctrina en forma repetida, es el enemigo de las probanzas, y circunstancias que pueden entorpecer el proceso, por lo que las atinadas palabras de Piero Calamandrei, no han perdido su oportunidad y frescura.

Cabe agregar, que no debe existir confusión, por cuanto, las medidas cautelares, sólo podrán ser decretadas por la autoridad judicial, ya que, para que el procedimiento penal cumpla sus fines, existe la necesidad, en ocasiones, en la etapa preliminar (investigación) del nuevo proceso penal mexicano, que el ministerio público pueda decretar medidas asegurativas.

Dentro de las facultades específicas del ministerio público en la etapa preliminar (investigación) del sistema acusatorio, adversarial y oral, se encuentran aquéllas que están relacionadas de manera directa con las medidas cautelares, lo que curiosamente se traduce como una obligación y a la vez un derecho; la primera, en tanto que para la investigación de los hechos necesita adoptar medidas asegurativas que permitan éxito en el procedimiento penal; mientras que como derecho, se debe entender la posibilidad de acceso ante la autoridad judicial para exigir cumplimiento a la tutela cautelar (principio del: *ius petitum*).

<sup>116</sup> Calamandrei p., op.cit. p.43.

Como obligación, constituye el ejercicio irrenunciable de hacer efectivas las medidas que constitucional y legalmente tiene a su alcance, con aspiraciones asegurativas que favorezcan en el inicio de la investigación los fines del proceso penal; como ejercicio de un derecho, al momento que solicita del juez la revisión de las medidas, por verse limitadas sus facultades y ante la necesidad de continuar con la investigación; del mismo modo, buscando favorecer los fines del proceso penal, a través de dichos instrumentos asegurativos.

En la fase preliminar (investigación), antes de formular imputación, el ministerio público puede decretar medidas prohibitivas, asegurativas, de protección y vigilancia; la prohibición comprende rubros de comunicación y de tránsito, pues no se permite la comunicación con determinadas personas, pero nunca esta restricción debe afectar la garantía de defensa; tampoco limitará la comunicación con personas que puedan servir de enlace para buscar informar a sus familiares o defensor respecto a la investigación a la que inicialmente se ve sometido.

En cuanto a la limitación deambulatoria, no puede acercarse a determinadas personas o lugares, o bien, abandonar un espacio geográfico específico, sin que ello tenga que ver con el arraigo domiciliario, el cual contiene una exigencia de autorización judicial, tales medidas son:

- Prohibición de acercamiento a determinadas personas o lugares.
- Prohibición de comunicación con determinadas personas.
- Prohibición de abandonar determinadas demarcaciones territoriales.

Las medidas de aseguramiento, tienen que ver con los instrumentos, objetos y productos del delito, para garantizar una posible reparación del daño o el decomiso en su caso.

Estas medidas son:

- Aseguramiento de instrumentos, objetos y productos del delito.
- Aseguramiento para garantizar la reparación del daño.
- Las de protección, tienen que ver con la integridad física de las personas relacionadas con la investigación que inicia, consiste en:
  - Protección de la integridad física de la víctima u ofendido o cualquier sujeto que lo requiera, cuando se encuentre involucrado en la investigación o en el proceso respectivo.
  - La relativa a la vigilancia, implica el cuidado al que debe verse sometido el imputado respecto de determinadas personas o instituciones, específicamente se trata de:
    - Vigilancia a cargo de determinadas personas o instituciones.
- Las restitutorias, se dirigen exclusivamente al ofendido, a que se le pretende garantizar que continúe con la posesión de determinados bienes, consiste en:
  - Restitución provisional de bienes a favor del ofendido.

Por su parte, el Juez, siempre que, de lo expuesto por las partes y los datos de prueba que hagan de su conocimiento, considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro en la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará la medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal.

Debe aclararse, que no siempre será procedente la solicitud de las partes en torno a la medida específica que sea planteada, ante lo cual, el Juez tiene la facultad de dictar la medida que considere adecuada, ya sea que ésta haya sido la propuesta por el solicitante o una diversa; lo cierto es que la medida adoptada debe ser la más adecuada o apta para alcanzar el objetivo pretendido.<sup>117</sup>

### **Comentarios respecto al Arraigo Domiciliario.**

Es indiscutible que el Arraigo domiciliario, constituye una medida cautelar; sin embargo he preferido dejar su análisis, hasta la última parte de éste capítulo, al considerar que, por el tratamiento que le dio, el legislador permanente, en la mencionada reforma constitucional de 2008, no se puede considerar que forme parte del Sistema Procesal Penal Acusatorio, conforme a las argumentaciones que a continuación expondré:

Resulta pertinente recordar que, en México, ante un aumento considerable de la criminalidad, el Estado en su afán de frenarla, ha variado su política criminal, recurriendo, inevitablemente, como forma de control, a la restricción de la libertad personal, es así que por primera vez en el país en 1983, se introduce la institución cautelar denominada Arraigo Domiciliario, al modificarse el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 133Bis.

<sup>117</sup> Aranguena Fanego Coral., *Teoría General de las Medidas Cautelares en el Proceso Español.*, Bosch, Barcelona-España, 1991. p.125.

Por otra parte, hay que destacar que el arraigo domiciliario, desde su inclusión al sistema procesal penal nacional, ha resultado sumamente polémico, en virtud de que se trata de una medida que, si bien trata de asegurar el éxito en la actividad indagadora relacionada con la comisión de un hecho posiblemente delictivo, también, por su afectación directa a la libertad de las personas, ha suscitado controversias en todas las esferas; cuya polémica ha alcanzado los niveles de la jurisprudencia mexicana, en donde, se dejó entrever una dualidad de criterios, respecto de que, si el acto de referencia es, o no restrictivo de la libertad personal.

La polémica en torno a la forma en que el arraigo domiciliario dentro del sistema procesal penal mexicano, se dio en virtud de la trascendencia a la afectación en la libertad personal del gobernado que se ve sujeto a esta medida, inclusive, respecto a su constitucionalidad, toda vez que, dicha medida, no se encontraba permitida dentro de los particulares actos restrictivos de libertad, que deben cumplir las exigencias de los numerales 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 del Pacto Federal, preceptos que especifican en distinta forma las hipótesis en que la libertad personal, puede ser restringida.

El primer criterio, Jurisprudencial de un Tribunal Colegiado de Circuito, sostuvo que el arraigo domiciliario no afecta la libertad personal, más bien, lo que afecta es el tránsito de las personas; su rubro es el siguiente:

**“ARRAIGO, ORDEN DE. NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL”**

la otra postura divergente sostuvo en su rubro:

**“ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRANSITO”.**

Criterios encontrados que motivaron el dictado de Jurisprudencia por contradicción 78/99, de la 1ª. Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el rubro: **ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.**

Dentro de este panorama, la reforma constitucional del 18 de junio del año 2008, pone fin a las posturas en pro y en contra de la constitucionalidad de esta polémica figura, adquiriendo ya ese rango al ser incluida en el artículo 16, de la Norma Fundamental.<sup>118</sup>

Además, conforme a la exposición de motivos de la reforma constitucional del 18 de junio del año 2008, se reconoce que el aún vigente sistema de justicia penal mixto tradicional, es preponderantemente inquisitorial, donde el indiciado es considerado culpable hasta que se demuestre lo contrario.

Por ello, dando un drástico giro de sistemas, se implementó un modelo acusatorio, adversarial, con estricto respeto de los derechos fundamentales de la víctima y ofendido, así como del imputado, regido por los siguientes principios:

<sup>118</sup> Embris Vásquez J., op.cit. p.p. 390-400.

Publicidad, Contradicción, Concentración, Continuidad e Inmediación, con la característica de la oralidad, pilar sobre el cual se busca fomentar la transparencia y exigir la intervención directa del Juez, a todos los actos procesales; ante este discurso oficial, se eleva a rango constitucional la figura del arraigo; quedando textualmente, el párrafo octavo, del artículo 16, Constitucional, de la forma que se transcribe:

**Párrafo Octavo del 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 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 la lectura, del párrafo octavo, del numeral 16, Constitucional, antes transcrito, es evidente que el arraigo domiciliario en materia penal, se reserva para las conductas delictivas de mayor impacto y perjuicio social.

Por lo que, es incongruente, y choca con los elementales principios del Sistema Procesal Acusatorio, que subsista la medida en la fase de investigación ministerial; lo que solamente condiciona su aplicación, al éxito de la indagatoria, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

En tal virtud, se confirma que indudablemente se trata de un acto restrictivo de la libertad “con un nombre distinto”.

Por tanto dicha institución denominada arraigo, no coincide con la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni con la tutela de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ya que dicha medida cautelar, continuará aplicándose, en clara violación al principio de inocencia (sospechas) lo que, se contrapone, como ya, se ha dicho, con los principios de un modelo acusatorio, garantista.

## Capítulo X

### **10.1 Demostración de la hipótesis: El artículo 92, del Código Fiscal de la Federación, es inconstitucional.**

Ahora bien, una vez sentadas las bases, definido el concepto, alcance y fines que persiguen las medidas cautelares en el Proceso Penal, que la libertad provisional, es una medida cautelar, que tiene como propósito afectar en menor grado, al sujeto pasivo de una acusación de un hecho delictuoso; que todo el entramado jurídico del Estado, debe ser congruente, con los principios que animaron al Constituyente de 1917, para salvaguardar los derechos y libertades de las personas, como lo dispone el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al particular, dispone el artículo 20, Constitucional, apartado A, fracción I, como una garantía para el inculpado de obtener (medida cautelar) la libertad provisional, con la única limitación, que el Juez habrá de negarla, si se tratara de delitos graves.

Empero, La autoridad judicial podrá restringir dicha medida cautelar, previa solicitud del Ministerio Público, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave, o se acredite que la libertad del inculpado puede representar un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

En esa tesitura, cabe recordar que las leyes penales en un Estado democrático, por referirse en otros, importantes temas, a las restricciones legales que se pueden imponer a la libertad personal de los individuos, deben estar orientadas y tener como fundamento jurídico, la Constitución Política, en el caso de México, se estableció como una garantía individual, el beneficio de la libertad provisional bajo caución, además, en ese mismo nivel de Ley Suprema de la Unión; se extendió el beneficio de dicha garantía, al prever; que el monto y la forma que se fije a la caución deberán ser asequibles para el inculpado.

Desde luego, en el mismo numeral 20, apartado A. fracción I, de la Carta Magna, se instruye al Juez, que para fijar el monto y forma de la caución, deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; así como las características del inculpado, la posibilidad (suficiencia de la medida) de dar cumplimiento a sus obligaciones procesales; los daños y perjuicios causados al ofendido, así como la sanción pecuniaria, que en su caso, se le llegará a imponer.

Para corroborar lo anterior, y una mejor exposición del, tema conviene citar el numeral 20, (vigente) apartado A fracción I, de la Constitución, en su parte conducente:

**Artículo 20 (vigente) apartado A fracción I, de la Constitución.-** *Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.--El monto y la forma de caución que se fije, **deberán ser asequibles** para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado."*

Sin embargo, las disposiciones legales que previenen los delitos fiscales, concretamente, el Cuarto párrafo de la fracción III, del artículo 92, del Código Fiscal de la Federación, hacen nugatorio el beneficio de la libertad provisional bajo caución, toda vez que, las autoridades fiscales, que se dicen ofendidas, con fundamentos jurídicos inconstitucionales, solicitan al Juez, montos estratosféricos para garantizar la reparación de los supuestos daños, lo que hace inasequible o inaccesible la caución que se le fija al inculpado.

Para facilitar la exposición del tema, conviene traer a colación el texto legal de dicho dispositivo fiscal, en la parte conducente, Cuarto párrafo, de la fracción III, de art. 92 del Código Fiscal de la Federación:

*Cuarto párrafo, de la fracción III, de art. 92 del CFF.-“En los delitos fiscales en que sea necesaria querrela o declaratoria de perjuicio el daño o el perjuicio sea cuantificable, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público hará la cuantificación correspondiente en la propia declaratoria o querrela. La citada cuantificación sólo surtirá efectos en el procedimiento penal. Para conceder la libertad provisional, excepto tratándose de los delitos graves previstos en este Código, para efectos de lo previsto en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, el monto de la caución que fije la autoridad judicial comprenderá, en su caso, la suma de la cuantificación antes mencionada y las contribuciones adeudadas, incluyendo actualización, y recargos que hubiera determinado la autoridad fiscal a la fecha en que se promueva la libertad provisional. La caución que se otorgue en los términos que este párrafo, no sustituye a la garantía del interés fiscal “*

De la anterior transcripción, se advierte la inconstitucionalidad del artículo 92, del CFF, al violar, las garantías del gobernado dispuestas en el numeral 20, Constitucional, al impedir que el inculpado de delitos fiscales, pueda obtener su libertad provisional; consecuentemente también, en el contenido de dicho dispositivo fiscal, se inobservan los principios procesales: de contradicción, igualdad procesal, y debido proceso; así como la presunción de inocencia.

En efecto, en el artículo 92 del CFF, el legislador secundario, al facultar, a la autoridad fiscal; de la cual no se puede perder de vista, que para efectos del justo proceso penal, debe actuar únicamente como parte ofendida.

No obstante ello y con clara inobservancia de los principios, del debido proceso, igualdad, y contradicción; la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, queda dotada con facultades amplísimas, extralegales, que rompen todo equilibrio procesal, pues se le autoriza, para que unilateralmente; y sin establecer modos, términos y condiciones, en sí, ningún límite legal, para emitir dictámenes en materia fiscal, que cuantifiquen los daños y perjuicios, supuestamente ocasionados por el imputado, como a continuación se ve en la parte conducente: Cuarto párrafo, de la fracción III, de artículo 92 del Código Fiscal de la Federación:

*Cuarto párrafo, de la fracción III, de art. 92 del CFF "...el monto de la caución que fije la autoridad judicial comprenderá, en su caso, la suma de la cuantificación antes mencionada y las contribuciones adeudadas, incluyendo actualización, y recargos que hubiera determinado la autoridad fiscal a la fecha en que se promueva la libertad provisional..."*

Es decir, el legislador secundario, al introducir una ficción jurídica; que es la actualización del crédito fiscal, y dotar a la autoridad fiscal de una facultad para, y en forma exclusiva y privativa, en los tipos penales fiscales, determinar la cuantía del monto de la caución, deja en total estado de indefensión al imputado por delitos fiscales, nulificando el beneficio de la libertad provisional bajo caución, contemplada en el artículo 20, Constitucional.

En efecto, con dichas facultades concedidas a la autoridad fiscal, emite una declaratoria de perjuicio, que equivale a una prueba pericial en materia de contabilidad, demandando el pago de contribuciones adeudadas, actualización, y recargos, determinados unilateralmente por la propia autoridad exactora; que simultáneamente, actúa como parte ofendida, en el Proceso penal.

Es así, que al emitir la declaratoria de perjuicio, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y cuantificar los daños y perjuicios, presuntamente ocasionados por el imputado, la autoridad que simultáneamente actúa como parte ofendida, para establecer el monto de los daños y perjuicios, considera las contribuciones adeudadas, pero además y para cuantificarlos, agrega los siguientes rubros:

- el aumento de la inflación en las cantidades, supuestamente adeudadas,
- más los créditos fiscales a valor histórico,
- más las multas del no pago de dicho crédito,.
- los recargos de dicho crédito,
- la actualización del crédito histórico,
- la actualización de las multas no pagadas, y,
- la actualización de los recargos de dicho crédito.

Además, dicha determinación de daños y perjuicios, o de declaratoria de perjuicio que emite la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se fundamenta, para calcular la actualización de los créditos fiscales, supuestamente adeudados u ocasionados por el imputado; en disposiciones legales contenidas en diversa ley de rango inferior a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente, los artículos 17-A, y 20 Bis, ambos del Código Fiscal de la Federación.

Lo que constituye, violación a las garantías de seguridad jurídica, y las formalidades esenciales del procedimiento, toda vez que todo gobernado para ser juzgado, tiene que ser conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho; como lo consagra el artículo 14, Constitucional y los Tratados Internacionales: artículo 14 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y artículo 8.1, del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Lo anterior es así, toda vez que dicha inclusión normativa en comento, del Cuarto párrafo, de la fracción III, de artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, constituye lo que la doctrina ha denominado “*Ley en Blanco*”, como a continuación se expresa<sup>119</sup> por los siguientes tratadistas:

Malo Camacho, ha sostenido que existe “ley penal en blanco” cuando la conducta, materia de la regulación, es cedida a un ordenamiento distinto, a veces, de rango inferior, constituyendo un serio problema acerca de la constitucionalidad del contenido de las leyes. En consecuencia como el delito penal aparece legalmente descrito de manera parcial, se deja al juez la definición del tipo.

Por otra parte, ese tipo de práctica legislativa no es válida, puesto que, en el Derecho Penal Democrático, solamente puede constituir delito y resulta penado, si se corresponde exactamente con la descripción contemplada en la ley previa.

<sup>119</sup> Alvarado Martínez Israel, *La Estructura de los Tipos Penales...*www.juridicas.unam.mx. - Malo Camacho Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 3era Ed., Porrúa México, 2000; p.192. Figueroa, Federico, G. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ley Penal en Blanco y Aplicación retroactiva de la Ley más benigna* (Word wid web: <http://www.acciónpenal.com/doctrina1.htm> (consultado 21-11-2011)).

Esta consideración se sustenta en la premisa, de que ese aspecto de la descripción típica, es decir, la vinculación con el monto económico de la supuesta afectación patrimonial al fisco, debe estimarse como parte del tipo que participa de una naturaleza de normatividad positiva y no meramente procesal, dado que es en función de ello, que se determina gradualmente la conminación penal.

En efecto, el monto económico de la supuesta afectación patrimonial al fisco, debe estimarse como parte del tipo; es decir que de la cuantificación de éste, dependerá la sanción o pena que habrá de corresponder como consecuencia del delito y en virtud además, a que constituye la base para la fijación de la eventual caución, que deba exhibirse para obtener la libertad, en términos de la fracción I, del artículo 20, Constitucional.

Por tanto, como lo ha referido el Máximo Tribunal del país en criterios jurisprudenciales definidos, tales aspectos de la descripción legal de un tipo penal, deben estimarse de naturaleza positiva, incluso para efectos de establecer la irretroactividad en la aplicación normativa, en lo tocante a la determinación del acceso a la libertad caucional.

En apoyo a este criterio, basta señalar la siguiente jurisprudencia:

***“LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. ES UN DERECHO SUSTANTIVO RESPECTO DEL CUAL RIGE LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL, CONSISTENTE EN LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY EN BENEFICIO DEL REO. La libertad provisional bajo caución establecida en el artículo 20, fracción I, de la Constitución Federal, es un derecho sustantivo o fundamental del gobernado, y no una cuestión meramente adjetiva o procesal, porque además de estar consagrada como tal en la Carta Magna, involucra uno de los derechos sustantivos más preciados del hombre, como es su libertad, y la afectación que produce su negativa, no es susceptible de ser reparada, aunque el interesado obtuviera una sentencia absolutoria; y, por ende, le es aplicable la excepción contenida en el artículo 14 constitucional, en cuanto a la aplicación retroactiva de la ley en beneficio del reo, en este caso, del indiciado, procesado o sentenciado; lo que significa que al resolver sobre el derecho de referencia se debe aplicar la ley más benéfica para aquél, ya sea la vigente al momento en que se cometió el ilícito, si ésta permitía que se otorgara dicho beneficio, o bien, la vigente en la época de emisión del acuerdo respectivo, si esta última le es más favorable.”***

A mayor abundamiento, la declaratoria de perjuicio que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público formula o cuantificación de los daños, presuntamente ocasionados por el imputado, se sustenta en un acto administrativo, que de ninguna manera colma los requisitos de definitividad, por lo que, sustentarse en dicho dictamen; con independencia de los vicios que dicha prueba, tenga para su conformación, viola las garantías Constitucionales del inculpado, de seguridad jurídica y presunción de inocencia, como a continuación se demostrará.

El juzgador, al considerar con plena eficacia probatoria, la cuantificación de los daños y perjuicios que emite de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para fijar el monto a garantizar, para decretar la concesión de la libertad provisional bajo caución, inobserva que dicho acto de autoridad aún no tiene firmeza jurídica, es decir que todavía puede ser recurrido, o está siendo controvertido en alguna instancia administrativa; por lo que no es determinante, ni el único elemento, para decidir, si concede o no la libertad provisional bajo caución.

En efecto, el órgano judicial para no atropellar las garantías del imputado en términos del apartado A, de la fracción I, del numeral 20, de la Constitución Política; para la concesión o negativa de la libertad provisional bajo caución, también debe ponderar en forma armónica, otros elementos, que puntualmente le señala el artículo 20 del Pacto Federal antes invocado, como son: la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; características del inculpado, y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones a cargo del inculpado.

Contradicción de tesis 44/2000-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, actualmente Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Cuarto Circuito y Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. 24 de enero de 2001. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: María Elizabeth Acevedo Gaxiola. Tesis de jurisprudencia 10/200. No. Registro: 189,939 Jurisprudencia Materia(s): Penal Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIII, Abril de 2001 Tesis: 1a./J. 10/2001 Página: 333

Tales Violaciones Constitucionales que invariablemente se concretizan en perjuicio del imputado; ¿qué pasaría? ubicándonos en el supuesto imaginario, que el Juez, con apoyo en una declaratoria de daños o perjuicios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; fijará un monto de la caución, sumamente cuantioso, que verdaderamente fuera inaccesible o no asequible, pagar por el inculpado, y como consecuencia de este impago, pasara dos o tres meses, recluido en prisión preventiva; y a la postre, en el Tribunal Federal Fiscal y de Justicia Administrativa, declara la nulidad del acto administrativo, consistente en la declaratoria de daños o perjuicios de la autoridad fiscal.

Ello, obligaría al juzgador a considerar nuevamente, la procedencia, o no, de la libertad provisional bajo caución, incluso de oficio, lo que posibilitaría la inmediata libertad del imputado, previa exhibición de las garantías fijadas por el órgano judicial para garantizar las obligaciones procesales.

Consecuentemente, el imputado, vería reducir su garantía Constitucional, y tendría que pasar tres meses, en forma injusta, privado de su libertad.

Para corroborar, la posibilidad fáctica de dicho ejemplo imaginario, basta citar el rubro de algunas tesis, con lo que se demuestra, lo inconstitucional, de las disposiciones fiscales en comento:

***“CONTRIBUCIONES. EL LAPSO PARA CALCULAR SU ACTUALIZACIÓN NO PUEDE SER MENOR A UN MES (INTERPRETACIÓN DE LA PARTE FINAL DEL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 17-A DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN)”***

Localización: 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XVI, Septiembre de 2002; Pág. 1344;

***“SANCIÓN REGULADA EN EL ARTÍCULO 178, FRACCIÓN I, DE LA LEY ADUANERA. NO PUEDE SER ACTUALIZADA CONFORME AL ARTÍCULO 17-A DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, POR SER UNA CONTRIBUCIÓN ACCESORIA.”*** 314.

Localización: 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; X, Noviembre de 1999; Pág. 1023;

***“MULTA FISCAL VIOLATORIA DE GARANTÍAS. LO ES LA QUE SE FUNDAMENTA EN DISPOSICIONES FISCALES DISTINTAS CON MONTO MÍNIMO DIFERENTE”.***

Localización: 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XIV, Septiembre de 2001; Pág. 1246; [J];

## **Violación a la presunción de inocencia.**

Por otra, parte, las disposiciones fiscales referidas también violan el principio de presunción de inocencia, ya que, para la determinación del monto de la caución, que como anteriormente hemos visto, con independencia que se realiza en condiciones ilegales e inconstitucionales en perjuicio del imputado por delitos fiscales.

Además, que la declaratoria de perjuicio o daños supuestamente ocasionados a la parte ofendida SHCP se emite reclamando el pago total del entero; o sea no se toma en cuenta una parte de la cantidad, sino se da por sentado, que el imputado tiene que garantizar las cantidades totales con sus accesorios; como si ya se hubiese comprobado plenamente que el inculpado, provocó el daño en su totalidad, es decir ya hubiese sido juzgado y se acreditó su plena responsabilidad, del hecho atribuido que la ley señala como delito

Lo anterior, constituye una clara violación a la presunción de inocencia, ya que, el juzgador, adelanta un juicio de valor, reservado al momento de dictar sentencia, y por ello injustamente, anticipa la pena, al negarle el beneficio de la prisión preventiva, bajo caución o bien fijar un monto exorbitante que hace nugatorio el beneficio de la medida cautelar.

En franca violación, a los artículos 20, Constitucional, 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102 apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que se corrobora con la Jurisprudencia, del Poder Judicial de la Federación, que a continuación se transcribe:

**"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** Este principio aparece implícito en los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102 apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los diversos principios de debido proceso legal y el acusatorio dando lugar a que el acusado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia, sino que incumbe al Ministerio Público acreditar la existencia de los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del inculpado. Al tenor de estos lineamientos se colige que el principio de inocencia se constituye por dos exigencias: a) El supuesto fundamental de que el acusado no sea considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria; lo que excluye, desde luego, la presunción inversa de culpabilidad durante el desarrollo del proceso; y, b) La acusación debe lograr el convencimiento del juzgador sobre la realidad de los hechos que afirma como subsumibles en la prevención normativa y la atribución al sujeto, lo que determina necesariamente la prohibición de inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, el primer aspecto representa más que una simple presunción legal a favor del inculpado, pues al guardar relación estrecha con la garantía de audiencia, su respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, que en el juicio que se siga, se cumplan las **formalidades esenciales de procedimiento**, para garantizar al acusado la oportunidad de defensa previa al acto privativo concreto; mientras que el segundo se traduce en una regla en materia probatoria, conforme a la cual la prueba completa de la responsabilidad penal del inculpado debe ser suministrada por el órgano de acusación, imponiéndose la absolucón si ésta no queda suficientemente demostrada, lo que implica, además, que deben respetarse los lineamientos generales que rigen para la prueba en el proceso penal y su correcta justipreciación, pues los elementos de convicción que se consideren para fundar una sentencia de condena, deben tener precisamente el carácter de pruebas y haber sido obtenidos de manera lícita. Así, la presunción de inocencia se constituye en el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su responsabilidad penal haya quedado demostrada plenamente, a través de una actividad probatoria de cargo, obtenida de manera lícita, conforme a las correspondientes reglas procesales y que sea capaz de enervar al propio principio." Puede ser consultada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, tesis P. XXXV/2002, publicada agosto de 2002, página 14.

Incluso, actualmente como se ha comentado en capítulos anteriores, de esta tesis de grado, la presunción de inocencia, ya fue incorporado en forma expresa, como una garantía Constitucional, en términos de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de junio de 2008, específicamente en el apartado B, fracción I, del numeral 20, el cual refiere que toda persona imputada, tendrá derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se declare su responsabilidad, mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Igualmente, el antepenúltimo párrafo del artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, viola las garantías del acusado previstas en el numeral 20, de la Constitución, toda vez, que para obtener la reducción del 50 % de los créditos fiscales, supuestamente adeudados, es necesario pagar a satisfacción de la autoridad fiscal, dichos pasivos; lo que deja a merced de dicha autoridad fiscal, la emisión de un acto sumamente discrecional, que pueda liberar del pago al inculpado; provocando, en sí, la negativa de la libertad provisional bajo caución.

Lo que constituye, como ya se ha dicho, un exceso de facultades discrecionales, ilimitadas que otorga la ley secundaria concretamente el Código Fiscal de la Federación, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Facultades discrecionales, que utiliza la autoridad fiscal, para determinar cuándo y cómo se cuantifica la declaratoria de daños y perjuicios o se emite el acto, por el que, la autoridad fiscal, se da por satisfecha del pago del interés fiscal, que supuestamente le fue ocasionado, en su carácter de ofendida, por lo que ha quedado evidenciado, que tales violaciones a las garantías constitucionales, hacen nugatorio, el beneficio de la libertad provisional bajo caución, e inobservan el principio de seguridad jurídica, en perjuicio del acusado.

## **10.2 Coexistencia de procedimientos: administrativo y penal.**

Es importante destacar la dualidad de procedimientos jurídicos con que cuenta la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para la recuperación del denominado interés fiscal, ya que por una parte derivado de sus facultades legales de comprobación de obligaciones fiscales, en el momento que proceda a determinar el *quantum* del interés fiscal, puede iniciar de inmediato el procedimiento administrativo de ejecución, y en forma paralela solicitar el ejercicio de la acción penal, al considerar claro la probabilidad de la comisión de ilícitos fiscales.

En efecto, resulta pertinente enfatizar que del análisis de las disposiciones fiscales en materia federal, y en particular de las facultades de comprobación de obligaciones fiscales, al determinar los créditos fiscales, la autoridad exactora queda facultada expresamente por la ley, para substanciar el procedimiento administrativo de ejecución fiscal, según se ve del contenido del artículo 41 fracción II del Código Fiscal de la Federación.

Y que por otra parte, ya sea al haberse determinado el crédito fiscal a los contribuyentes, o antes, pero en varias ocasiones se presenta la coexistencia de las vías administrativa y penal que ejerce la autoridad fiscal para la recuperación del interés fiscal.

Código Fiscal de la Federación

**Artículo 41.** Cuando las personas obligadas a presentar declaraciones, avisos y demás documentos no lo hagan dentro de los plazos señalados en las disposiciones fiscales, las autoridades fiscales exigirán la presentación del documento respectivo ante las oficinas correspondientes, procediendo de la siguiente forma:

...

**II.**

...

...

*“La determinación del crédito fiscal que realice la autoridad con motivo del incumplimiento en la presentación de declaraciones en los términos del presente artículo, podrá hacerse efectiva a través del **procedimiento administrativo de ejecución** a partir del tercer día siguiente a aquél en el que sea notificado el adeudo respectivo, en este caso el recurso de revocación sólo procederá contra el propio procedimiento administrativo de ejecución y en el mismo podrán hacerse valer agravios contra la resolución determinante del crédito fiscal”.*

Debe destacarse la importancia en el proceso penal fiscal, de la determinación del interés fiscal. Ya que como se desprende del contenido de la fracción III cuarto párrafo del artículo 92 del Código Fiscal de la Federación como requisitos de procedibilidad la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para proceder penalmente por los delitos fiscales deberá querrellarse o denunciar, y en su caso formular la declaratoria de perjuicio o declaratoria de contrabando.

Además de los requisitos que se fijan al juez para conceder la libertad provisional, dicho dispositivo legal precisa que la cuantificación que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público realice del daño o perjuicio, sólo surtirá efectos en el procedimiento penal.

De lo anterior se advierte claramente que la ley en forma inconstitucional y violatoria del principio *non bis in idem*, faculta a la autoridad fiscal, para substanciar dos instancias por los mismos hechos, a saber, el procedimiento administrativo y la vía penal, como se corrobora de la parte final del cuarto párrafo de la fracción III del artículo 92 del Código Fiscal de la Federación.

Por lo que en tales supuestos el contribuyente quedara sujeto a la dualidad de procedimientos, y en cada uno la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a través del Servicio de Administración Tributaria buscara el mismo esencial propósito: la reparación del daño o reintegración del crédito fiscal, lo que en ocasiones equivaldría a obtener un doble pago o bien seguir dos instancias en contra del contribuyente por los mismos hechos, aunque a la postre la dualidad en que unos pudiesen ser considerados delitos y otras infracciones administrativas, resulte en clara inobservancia del principio jurídico *non bis in idem* consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

ARTÍCULO 23. *“Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.”*

En efecto, las disposiciones del artículo 92, del Código Fiscal de la Federación, violan el principio *non bis in idem*, resguardado por el artículo 23, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que, de la redacción del mencionado dispositivo fiscal en el Cuarto párrafo, fracción III, que anteriormente en este capítulo fue transcrito se advierte lo siguiente.

Que por los mismos hechos imputados, al contribuyente se procede en dos instancias, al cobro de los mismos activos que, en primer término, ya fueron cubiertos, eso sucede toda vez que el imputado paga en primer tiempo, el monto de la caución, que incluye la reparación del daño, que como se ha visto, con los factores de actualización, y las sanciones pecuniarias, resulta en cantidades extraordinariamente gravosas.

Por lo que se insiste, el legislador fiscal, deja a salvo las facultades de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para cobrar otra vez, exigiendo doblemente la reparación del daño con todos sus accesorios, anteriormente especificados; lo que equivale a ser juzgado dos veces, por los mismos hechos y hacer duplicidad de pagos y molestias al gobernado.

Ello se comprende con mayor facilidad, de la lectura de los artículos 29 y 30, del Código Penal Federal, ya que, la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

Código Penal Federal

ARTÍCULO 30. "La reparación del daño comprende:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible el pago del precio de la misma;..."

Además, en términos de las disposiciones contenidas en el numeral 92, del Código Fiscal de la Federación, en el cual se dispone que la cuantificación de la reparación del daño; sólo surtirá efectos en el procedimiento penal para conceder la libertad provisional; consecuentemente da a entender, con independencia que la autoridad fiscal se haya querellado o denunciado en la vía penal del quebranto patrimonial, quedan expeditas sus facultades legales para nuevamente demandar o ejecutar procedimientos administrativos y resarcirse doblemente de los daños o perjuicios ocasionados, lo anterior se corrobora con el contenido in fine del párrafo cuarto de la fracción III, del citado artículo 92, que preceptúa textualmente lo siguiente:

*“La caución que se otorgue en los términos que este párrafo, no sustituye a la garantía del interés fiscal.”*

En efecto, quedan expeditas las facultades de la autoridad fiscal, para demandar por segunda ocasión el pago de los créditos fiscales, que dice, se le adeudan, por la vía administrativa, y aunque no se expresa en forma clara y normativa; es válido arribar a dicha conclusión; lo que tiene sustento en el contenido del artículo 94, del Código Fiscal de la Federación, antes de su derogación, que para facilitar la exposición del tema, vale la pena transcribir a continuación:

**Artículo 94. CFF.**-*“En los delitos fiscales la autoridad judicial no impondrá sanción pecuniaria; las autoridades administrativas, con arreglo a las leyes fiscales, harán efectivas las contribuciones omitidas, los recargos y las sanciones administrativas correspondientes, sin que ello afecte el procedimiento penal.”*

## Capítulo XI

### Propuestas.

Por lo anteriormente expuesto, en los capítulos anteriores y considerando que la prisión preventiva por las características peculiares, en que la padece en México el gobernado, eventualmente imputado de algún hecho delictuoso; y como lo ha sostenido en forma reiterada la doctrina, constituye en sí, un anticipo de la pena.

Que, dicha medida cautelar en términos de la reforma constitucional de junio del 2008, precisamente en el numeral 19, del Pacto Federal, solamente podrá aplicarse en el proceso penal, ante la insuficiencia de otros medios cautelares, para garantizar, principalmente, la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

En consecuencia se propone, reformar o derogar a la brevedad las disposiciones contenidas en el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, con independencia, de la entrada en vigor del Sistema Procesal Acusatorio, para detener cuanto antes la violación cotidiana y sistemática a las garantías constitucionales previstas en el numeral 20, apartado A, fracción, I, de la Carta Magna.

En efecto, el legislador secundario, tiene la oportunidad histórica de evitar que los acusados por delitos fiscales, que padecen injustamente y están próximos a sufrir la prisión preventiva; puedan acceder al beneficio de la libertad bajo caución.

Al mismo tiempo con la reforma que se propone; el legislador podrá materializar los anhelos del Constituyente de 1917, ya que, desde esa época, al menos formalmente se ha tratado de evitar, que el beneficio de la libertad provisional no esté sujeta a la voluntad graciosa del gobernante en turno; o que se torne inaccesible; por estar sujeta al pago de deudas pecuniarias o créditos fiscales.

La anterior, propuesta de reforma o derogación del artículo 92, del Código Fiscal de la Federación, es congruente con la política internacional que México ha concretizado, previa aprobación por el Senado de la República, de respeto a los derechos humanos y a los Tratados Internacionales que los tutelan, como se demuestra, con la reforma del artículo 21 Constitucional octavo párrafo, al aceptarse casuísticamente, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.<sup>120</sup>

En efecto, porqué esperar a la entrada en vigor del Sistema Procesal Penal Acusatorio, hasta el año 2016; es decir, omitir actuar en consecuencia, y dejar pasar más de cinco años, en forma pasiva, y continuar inobservando el principio de presunción de inocencia; mientras muchos ciudadanos mexicanos y algunos extranjeros, acusados por delitos fiscales, tendrán que sufrir miles de horas, los horrores de la prisión preventiva; anticipo de la pena, que en muchas ocasiones es injusta; o esperar la absolución que muchas veces llega tarde.

Es conveniente anotar que la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, dispone de muchas medidas alternas, para evitarle al acusado el extremo de la prisión preventiva.

<sup>120</sup> Cfr. Reforma Constitucional, DOF 18 de junio 2008 Art. 21

Además, la autoridad en armonía con el sistema garantista; puede lograr mayor eficacia en la recaudación pública y en forma paralela garantizar la reparación de los posibles, daños o perjuicios y sanciones pecuniarias aplicando otras medidas cautelares, las cuales se mencionan a continuación en forma enunciativa y no limitativa:

- El embargo de bienes muebles e inmuebles (art. 156 Bis del Código Fiscal de la Federación.)
- Embargo de negociaciones, intervención con cargo a la caja (art. 164 Bis del Código Fiscal de la Federación.)
- Cateos (art.61 del Código Federal de Procedimientos Penales.)
- Aseguramiento de Bienes (art.123 y ss. del Código Federal de Procedimientos Penales.)

En forma complementaria se recomienda redactar un artículo específico en el Título Tercero, Capítulo Único relativo a las Facultades de las autoridades que podría expresar lo siguiente:

Las autoridades fiscales no podrán iniciar o continuar el procedimiento administrativo de ejecución cuando el contribuyente hubiera pagado o garantizado las determinaciones fiscales (interés fiscal o reparación del daño).

Modificar el Código Fiscal de la Federación en lo relativo al CAPÍTULO II De los delitos fiscales el párrafo quinto de la fracción III del artículo 92 que actualmente dice:

*“En caso de que el inculpado hubiera pagado o garantizado el interés fiscal a entera satisfacción de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la autoridad judicial, a solicitud del inculpado, podrá reducir*

*hasta en un 50% el monto de la caución, siempre que existan motivos o razones que justifiquen dicha reducción”.*

Para quedar redactado de la siguiente manera:

Con excepción de los delitos fiscales graves previstos en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, en caso de que el inculpado hubiera pagado o garantizado el interés fiscal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, así como el cumplimiento de las obligaciones procesales, la autoridad judicial de oficio, decretará la libertad provisional bajo caución.

## Bibliografía

- Alvarado Mtz. I. *La Estructura de los Tipos Penales...* [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)  
Aranguera Fanego Coral. *"Teoría General de las Medidas Cautelares en el Proceso Español"*, Bosch, Barcelona- España, 1991.  
Armenta. Deu. Teresa. *"Principio acusatorio y Derecho Penal"*. J.M., Ed. Bosch S.A. España., 1995.
- Barrita López, Fernando A., *"Prisión Preventiva y Ciencias Sociales."*, Porrúa, 3ª Ed., México 1999.  
Beccaria, Cesare, *"De los Delitos y de las Penas"*, 2ª. ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América1974-  
Botero Martin Eduardo, *"El Justo Proceso."* [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)  
Burgoa, Ignacio. *"Las garantías individuales"*, 6ª. Ed., México, Ed. Porrúa, 1970.
- Calamendrei, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias ...*, trad. de S. S. Melendo, Lib. El Foro Argentina, 1997.  
Carnelutti, Francisco, *"Cuestiones Sobre el Proceso Penal"*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América1961.  
Castellanos, Fernando. *"Lineamientos Elementales de Derecho Penal"*, 14ª. Ed. Porrúa 1980.  
*Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación.*, CONATrib 2008.  
Colín Sánchez, Guillermo, *"Derecho Mexicano de Procedimientos Penales"*, 2ª. Ed., México, ed. Porrúa, 1970.  
Couture, Eduardo, *"Fundamentos del Derecho Procesal"*, Depalma, 3ª. Ed., Buenos Aires-Argentina, 1972.  
Cuello Calón, E., *"Derecho Penal. México"*, Ed. Nacional, 9ª. ed.1951.
- Díaz de León M. A. *"Código Federal de Procedimientos Penales Comentado"*; México, 2001, Ed. Porrúa, S.A., 6º Ed.  
Díaz de León Marco. A. *"La Libertad provisional bajo caución en México"* IIJ, UNAM, 1998.  
Diccionario Básico Latino-Español, VOX, Bibliógrafa, Barcelona, España, 11º ed. Julio 1989.  
Diccionario Derecho Fiscal, Hugo Carrasco Iriarte, Ed. Oxford, 3era. Edición. *Diccionario para juristas.*, Juan Palomar de Miguel. México, Ed. Mayo, 1981.  
*Diccionario Jurídico Mexicano.* Instituto de investigaciones Jurídicas. UNAM, Ed. Porrúa, S. A. 4º Ed. 2000.  
*Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición. Ed., en CD ROOM, Buenos Aires-Argentina, 2003.
- Ellul, Jacques, *"Historia de las Instituciones de la Antigüedad"*, Trad. Francisco, T, y V., Madrid, ed. Aguilar, 1970.  
Embris Vásquez J.L. *"Medidas cautelares su transición al sistema acusatorio adversarial y oral en México"*, Porrúa, México, 2011.

- Ferrajoli, L. *“Derecho y Razón”*. Teoría del Garantismo Penal. [www.ijj.unam](http://www.ijj.unam)  
 Fix Zamudio H. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, UNAM, Ed. Porrúa S.A. 1991.  
 Fix Zamudio, Héctor y Ovalle Fabela, José. *“Derecho Procesal”*, UNAM, 1991.
- García Ramírez, Sergio y Adato Green, Victoria, *“Prontuario del Proceso Penal Mexicano.”*, Porrúa, 10ª. Ed. México, 2002.  
 Gimeno Sandra, V., y otros, *“El proceso penal.”* (Derecho Procesal, tomo II. Vol. 1)  
 Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1987.  
 González Bustamante, Juan José, *“Principios de Derecho Procesal Mexicano”*  
 4ª. Ed., México, Ed. Porrúa.  
 Günther Jakobs y otro, *“Derecho Penal del Enemigo.”* Madrid, Civitas, 2003.
- Hassemer, W. *“Fundamentos del Derecho Penal”*. Traducción española, de  
 F. Muñoz Conde y otro. Bosch, Barcelona, 1984.  
 Hidalgo Murillo José Daniel, Sistema *“Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso Penal”*, ed., Porrúa, México, 2009.
- “Los Principales Tratados Internacionales de los Derechos Humanos”*,  
[www.oas.org/costarica/juridico/Spanish](http://www.oas.org/costarica/juridico/Spanish)  
 Luigi Ferrajoli, *“Justicia Penal y Democracia”*... Universidad de Zulia,  
 Maracaibo –Venezuela. 1990.  
 Luna Castro, José Nieves. *“El Concepto de Tipo Penal en México”*, Ed. Porrúa,  
 México, 2000.  
 Luna Castro, J. N. *La Antijuricidad y los Elementos Subjetivos del Injusto...*  
 Revista de la Judicatura Federal, núm. 7, 2000.
- Maeir Julio, *“Derecho Procesal Penal Argentino”*. Ed. Hammurabi,  
 Buenos Aires, Argentina., 1989.  
 Maier, Julio B., *“Derecho Procesal Penal Fundamentos”*, t. I.,  
 Editorial del Puerto, Bs.As. 1999.  
 Muñoz Conde, F., *“Derecho Penal de Enemigo”*. Conferencias, INACIPE 2003.
- N. Nandayacapa, C. F. y otra, *“Introducción a la prueba en el proceso penal acusatorio”*. Ed. Ubijus, México, 2008.
- Pujadas T. Virginia, *Teoría general de las medidas cautelares...*,  
 Marcial Pons, Madrid- España, 2008.
- Rivera Silva Manuel *“El Procedimiento Penal”* Ed. Porrúa, S.A., México 6ª. 1973.  
 Rodríguez Rodríguez, Jesús, *“La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado.”* México, UNAM, 1981.
- Silva Silva, Jorge Alberto, *“Derecho Procesal Penal.”*, OXFORD, 2ª. Ed.,  
 16ª reimpresión, México, 2009.  
 Sosa Ortiz Alejandro *“El Cuerpo del Delito, la problemática en su acreditación”*  
 Ed. Porrúa, México, 2003.
- Tena Ramírez, Felipe, *“Leyes fundamentales de México 1808-1975”*, México,

Ed. Porrúa, 1975.

Tierno Galván, Enrique, "Leyes Políticas Españolas Fundamentales", Madrid, Tecnos, 1948.

Urbina N.A. "Los Delitos Fiscales en México". T. 4. Ed. Delamar, 2010.

Vallado Berrón Fausto E. "Sistemática Constitucional", Ed. Herrero, S.A., México, D.F. 1ª, 1965.

Velez Mariconde. Alfredo. "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Marcos Lerner Editora Córdoba 1981.

Zaffaroni, E. R. "Los Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina", Revista Mexicana de Justicia, 1986.

Zamora Pierce Jesús. "Garantías y Proceso Penal.", México., Ed.5ª, Porrúa, S.A. 1991.

Zavaleta, Arturo J., "La prisión preventiva y la libertad provisoria", Buenos Aires, Argentina, Ed. Ayarú, 1954.

## **LEYES VIGENTES**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Fiscal de la Federación.

Ley de Amparo.

Nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado de México 2009.

## **ABREVIATURAS**

CPEUM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CFF: Código Fiscal de la Federación.

CFFP: Código Federal de Procedimientos Penales.

NCPPEM: Nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado de México 2009.

SHCP: Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

SPPA: Sistema Procesal Penal Acusatorio.