



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE QUINTANA ROO

DIVISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO

“**LAS MEDIDAS CAUTELARES
COMO MEDIO DE GARANTÍA EN EL PROCESO
PENAL.**”

TESIS

PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADO EN DERECHO.

PRESENTA

DANIEL PASTOR NAHUAT MARTÍNEZ

DIRECTOR DE TESIS

LUIS GERARDO SAMANIEGO SANTAMARÍA

ASESORES

**JOSÉ RAFAEL RIVERO MARTÍNEZ
CRISTIAN MANUEL ÁLVAREZ CANO**



CHETUMAL QUINTANA ROO, MÉXICO, A 08 DE DICIEMBRE DE 2023



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE QUINTANA ROO

DIVISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO

TESIS ELABORADA BAJO LA SUPERVISIÓN DEL COMITÉ DE
TESIS DEL PROGRAMA DE LICENCIATURA Y APROBADA
COMO REQUISITO PARA OBTENER EL GRADO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

COMITÉ DE TESIS

DIRECTOR: LUIS GERARDO SAMANIEGO SANTAMARÍA.

ASESOR TITULAR: JOSÉ RAFAEL RIVERO MARTÍNEZ.

ASESOR TITULAR: CRISTIAN MANUEL ÁLVAREZ CANO.

ASESOR SUPLENTE: YUNITZILIM RODRIGUEZ PEDRAZA.

ASESOR SUPLENTE: SERGIO MONROY AGUILAR.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE QUINTANA ROO

ÁREA DE TITULACIÓN

INDICE

| | |
|---|-----------|
| AGRADECIMIENTOS | 7 |
| RESUMEN..... | 8 |
| INTRODUCCIÓN..... | 9 |
| CAPÍTULO I. MARCO CONCEPTUAL Y ANTECEDENTES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES | 13 |
| 1.1 CONCEPTOS DE MEDIDAS CAUTELARES | 14 |
| 1.2 ANTECEDENTES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES..... | 25 |
| 1.3 PRINCIPIOS..... | 28 |
| 1.4 ELEMENTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES | 43 |
| CAPÍTULO II. MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA PENAL EN EL DERECHO COMPARADO..... | 51 |
| 2.1 ESPAÑA | 51 |
| 2.1.1 LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL..... | 54 |
| 2.2 CHILE..... | 57 |
| 2.2.1 LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL..... | 59 |
| 2.3 COSTA RICA..... | 63 |
| 2.3.1 LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL..... | 64 |
| CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS PRECEPTOS CAUTELARES DENTRO DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES..... | 66 |
| 3.1 MEDIDAS CAUTELARES | 67 |
| 3.1.1 MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER REAL..... | 68 |
| 3.1.1.1 EMBARGO..... | 68 |
| 3.1.1.2 CUENTAS Y VALORES EN SISTEMA FINANCIERO..... | 68 |
| 3.1.1.3 EXHIBICION DE GARANTÍA ECONÓMICA..... | 69 |
| 3.1.2 MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL..... | 69 |
| 3.1.2.1 SUSPENSION PROVISIONAL EN EL EJERCICIO DEL CARGO | 69 |

| | |
|---|----|
| 3.1.2.2 PRESENTACIÓN PERIODICA ANTE LA AUTORIDAD | 69 |
| 3.1.2.3 PROHIBICION DE SALIDAS..... | 70 |
| 3.1.2.4 SOMETIMIENTO AL CUIDADO O VIGILANCIA DE PERSONA O INSTITUCIÓN | 70 |
| 3.1.2.5 PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA O REUNIONES | 72 |
| 3.1.2.6 PROHIBICIÓN DE ACERCARSE A PERSONAS, VICTIMAS, OFENDIDOS, TESTIGOS..... | 72 |
| 3.1.2.7 SEPARACIÓN INMEDIATA DEL DOMICILIO | 73 |
| 3.1.2.8 SUSPENSIÓN DE UNA DETERMINADA ACTIVIDAD PROFESIONAL O LABORAL | 73 |
| 3.1.2.9 COLOCACIÓN DE LOCALIZADORES ELECTRONICOS | 74 |
| 3.1.2.10 RESGUARDO EN SU PROPIO DOMICILIO | 75 |
| 3.1.2.11 PRISIÓN PREVENTIVA | 75 |
| 3.2 MEDIDAS DE PROTECCIÓN | 77 |
| 3.3 PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS..... | 78 |
| 3.4 ASPECTOS PROCESALES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES..... | 78 |

CAPÍTULO IV. CRITICAS A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO Y PROPUESTA DE INCORPORACIÓN DE NUEVAS MEDIDAS CAUTELARES..... 80

4.1 ANÁLISIS DE LA ADOPCION DE MEDIDAS CAUTELARES 80

4.2. ANALISIS DE LA INCORPORACION DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 82

Previo al análisis de la reforma constitucional sobre la prisión preventiva, estudiaremos acerca de las opiniones de profesionales del derecho sobre las medidas cautelares..... 84

CONCLUSIONES..... 88

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE CONSULTA..... 89

AGRADECIMIENTOS

A Dios por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y con su bendición estoy cumpliendo un objetivo muy importante en mi vida.

En especial a mis padres por haberme brindado su apoyo incondicional en cada paso, por sus consejos, sus valores, por el ejemplo de perseverancia y constancia que los caracteriza y que me ha infundado siempre, por el valor mostrado para salir adelante, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, culminar con éxito mi carrera universitaria y obtenga mi título profesional.

A mis hermanos por estar siempre conmigo, a darme ese impulso que muchas veces fue necesario para que culmine con éxito mi carrera y prospere en todos los aspectos de mi vida.

De manera especial a mis asesores de tesis primeramente al Dr. Luis Gerardo Samaniego Santa María, el Dr. José Rafael Rivero Martínez y al Lic. Cristian Manuel Álvarez Cano, quien con sus conocimientos y perseverancia han sabido guiarme de manera acertada para la realización y culminación de mi tesis profesional.

RESUMEN.

Esta tesis es creada con el fin de que el lector tenga un conocimiento todavía aún más detallado del que maneja el CNNP y de los alcances de medidas cautelares que en nuestro país son de importancia en el proceso penal acusatorio, toda vez que su antecedente en el proceso penal inquisitorio se abusaba de una sola medida cautelar la cual es la prisión preventiva oficiosa. Ahora bien, es verdad que el sistema ya no es nuevo, pero depende de la solicitud, la petición y el Delito el cual sea el caso para que la medida cautelar no cause un detrimento real o material y transgreda derechos humanos al aplicar una más grave por un delito menor.

PALABRAS CLAVE: MEDIDAS CAUTELARES, DERECHO PENAL, DERECHO PROCESAL PENAL, , MINISTERIO PÚBLICO, DEFENSA.

INTRODUCCIÓN

La investigación académica constituye la piedra angular de la construcción del marco jurídico vigente ya que con sus aportaciones permite realizar un estudio profundo y a cabalidad de los tópicos jurídicos de mayor relevancia e impacto de la actualidad, hoy en día, en la que se ha convertido mi *alma mater*, me he percatado que hace falta material bibliográfico en materia de medidas cautelares, pues si bien, el estudio del sistema penal es amplio y relativamente joven, es menester contar con un material de consulta que sirva de apoyo para el estudio de las medidas cautelares ya que existen libros que lo abordan someramente quedando este tema inconcluso, es por ello que, todo aquel que desee dedicarse ya sea como Ministerio Público, Asesor jurídico o como Defensor del imputado, debe conocer el alcance de esta figura adicionada al derecho vigente adjetivo penal.

Basado en todo lo anterior, se toma la decisión de crear este material con la finalidad de aportar a las futuras generaciones un material de consulta especializado en el tema de las medidas cautelares.

Una medida cautelar es una figura contemplada por el derecho que tiene la finalidad de asegurar, conservar o anticipar la efectividad de una sentencia judicial, por consiguiente, es imperante que todo aquel que desee desenvolverse en la parte del derecho formal, derecho adjetivo o derecho instrumental, ya sea desde la Defensa del imputado, como Asesor Jurídico de la víctima, como Juez, como Fiscal del Ministerio Público, personal de la Unidad de Medidas Cautelares de Quintana Roo debe tener un conocimiento amplio de este recurso a efecto de poder realizar los alegatos pertinente para su solicitud o desestimación y seguimiento en medio de cualquier procedimiento; principalmente en el ámbito del *ius puniendi*.

A diferencia de otras ramas del derecho como el administrativo, familiar, civil o la mercantil, es la rama del derecho penal que contempla de forma excepcional la prisión preventiva como medida cautelar, y por tal, esta figura tiene una naturaleza especial que dentro del desarrollo del presente trabajo se busca analizar y

profundizar. Es por ello que, con independencia del estudio de las figuras existentes dentro de las medidas cautelares, es la materia penal nuestro eje central de estudio.

Las medidas cautelares son la figura procesal en la cual confluyen muchos de los principios que caracterizan al sistema de justicia penal acusatorio y que a su vez, se constituyen como un pilar fundamental para el correcto desarrollo del proceso penal acusatorio en México.

Con base en ello, el estudio y análisis de las medidas cautelares revisten una gran importancia en la práctica, lo anterior con la finalidad de entender la forma en la que debe operar el procedimiento de imposición de las medidas cautelares por parte de los juzgadores.

En el presente trabajo realizaremos diversas interrogantes, como: ¿Qué es una medida cautelar? ¿Cuáles son las medidas cautelares que contempla el Código Nacional de Procedimientos Penales? ¿Bajo qué condiciones pueden imponerse? Las medidas cautelares ¿son una vulneración a la presunción de inocencia? ¿Cuál es el estándar de prueba requerido? ¿En qué circunstancias puede imponerse la prisión preventiva? ¿Qué diferencia existe entre la prisión preventiva a petición de parte y la prisión preventiva oficiosa? Una vez impuesta una medida cautelar, ¿existe la posibilidad de que sean revisadas? ¿Cuáles son las medidas cautelares existentes en el derecho comparado? ¿Es posible adoptar nuevas medidas cautelares en el sistema penal mexicano, menos invasivas de la libertad de las personas?

La reforma constitucional en materia de seguridad y justicia penal, publicada el 18 de junio de 2008 subraya en su artículo 19 que la prisión preventiva es una de las múltiples medidas cautelares que pueden ser aplicadas en el proceso penal, no la única, y con ello busca transformar la generalización de su aplicación en el proceso penal mexicano.

De hecho, la reforma constitucional modifica profundamente la forma en que se entiende cual es la función social del proceso penal, por lo que, para un cabal entendimiento del nuevo sistema de medidas cautelares, valdría la pena, aún de manera breve, realizar una breve reflexión sobre el objeto y finalidad del proceso penal en el Estado de Derecho contemporáneo.

En efecto, al encontrarnos dentro del proceso de implementación de la reforma al sistema de justicia penal, reflexionar sobre los fines del proceso constituye una premisa necesaria para poder entender de forma adecuada la propuesta en el tema que nos ocupa. Con esta consideración, abordaremos la relación entre el objeto y los fines del proceso -conceptos sobre los que existe una evidente diversidad de definiciones en la doctrina mexicana- con los derechos fundamentales y en particular con los de naturaleza procesal.

En efecto, si se busca comprender a cabalidad los fines del proceso penal, se tiene que partir de la importancia de los bienes que están en juego, su estrecha relación con el Estado de Derecho y con la vigencia de las garantías o derechos humanos de los ciudadanos

En el estudio de las medidas cautelares puede señalarse sin lugar a dudas que la obra Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares el cual constituye un clásico de referencia en esta materia. De hecho, pocas obras han tenido un impacto tan profundo delimitando un tema como acontece con esta obra que aún al día de hoy es una referencia en la materia. Por lo que tomaremos este trabajo como punto de partida para establecer las líneas generales de una teoría de las medidas cautelares para posteriormente señalar las características específicas en materia penal, así como las modalidades que tiene en el sistema mexicano.

Las características de las medidas cautelares de acuerdo con el maestro florentino son: la provisionalidad, la instrumentalidad y su naturaleza jurídica de relación a término. De igual forma, Calamandrei señala que el peligro en la demora

y la apariencia de buen derecho constituyen sus presupuestos. Realizaremos un breve recuento de cada una de estos elementos

CAPÍTULO I. MARCO CONCEPTUAL Y ANTECEDENTES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio del 2008 se habla de un Sistema de Justicia Penal Acusatorio, y por sistema debemos entender que está conformado por una serie de elementos que, en conjunto, forman eso, un sistema perfectamente armonizado que a la menor falla de una de sus piezas implica una falla en él, es así como podemos hablar que el Sistema de Justicia Penal Acusatorio está conformado por las Instituciones de Seguridad Pública, en su ámbito municipal, estatal, o federal; Procuración de Justicia, la cual está conformada por las diversas Fiscalías Generales de los Estados y la Fiscalía General de la República, y por último, no menos importante, la Impartición de Justicia, la cual, es la encargada de hacer efectivo el sistema normativo vigente a través de sus facultades.

En relación con lo anterior es que emprendemos el estudio de las medidas cautelares desde estas tres instituciones ya que cada una juega un rol determina sobre la institución procesal a estudiar y por ello es menester conocerlo para su correcto empleo en la práctica desde la posición que se esté al interior del Sistema de Justicia Penal o como abogado postulante.

Como lo afirma el argentino Adolfo Alvarado Velloso en su obra cautela procesal, la doctrina latinoamericana hace el estudio con la denominación de medidas cautelares o bajo el nombre de medidas precautorias, sin embargo, no han sido las únicas denominaciones que ha tenido, por ejemplo, se les conoce también como acciones cautelares, acciones asegurativas, acciones garantizadoras, procesos cautelares y como providencias cautelares, por consiguiente, citamos el concepto de estos términos homólogos empleados en diversas materias y países dando como prioridad la de medidas cautelares, pues es el término empleado por el Código Nacional de Procedimientos Penales.

1.1 CONCEPTOS DE MEDIDAS CAUTELARES

Como parte de la teoría del derecho cautelar, es menester establecer dos puntos como base del presente trabajo: Como primer punto es importante desarrollar la conceptualización, pues no se puede partir del desconocimiento del significado de esta institución procesal, y, en un segundo término, hablar del antecedente a las medidas cautelares y en específico, en el Estado de Quintana Roo.

<<Las medidas cautelares>> está compuesto por dos vocablos, y como primer paso definiremos el concepto desmembrando el término para posteriormente citar consideraciones dogmáticas de diversos autores que han trabajado y aportado a la materia.

Por la rigurosidad del presente trabajo resulta de imperiosa necesidad citar al máximo regulador vigente más de mayor importancia del idioma español siendo esta Real Academia Española, y para ésta el término <<medida>> tiene nueve acepciones, sin embargo, la más adecuada que va en concordancia con nuestro estudio es la acepción seis la cual dice que una medida es una “Disposición, prevención. U. m. en pl. *Tomar, adoptar medidas*”.¹

Ahora bien, continuando con el estudio del término, para la RAE el vocablo viene de la palabra “De cautela.”; así <<cautelar>> significa:

1. tr. Prevenir, precaver.
2. prnl. Precaverse, recelarse.²

De lo anterior podemos concluir que el término resulta tautológico, pues ambas palabras soslayan la <<prevención>> y <<prevenir>>; siendo el primero una

¹ Real Academia de la Lengua Española, fecha de consulta, 2 de mayo de 2020, puede ser consultado en <https://dle.rae.es/medida>

² Real Academia de la Lengua Española, fecha de consulta, 2 de mayo de 2020, puede ser consultado en <https://dle.rae.es/cautelar?m=form>

substantivación del verbo y el segundo resulta un verbo y origen del vocablo previo siendo su significado:

1. tr. Preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin.
2. tr. Prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio.
3. tr. Precaver, evitar, estorbar o impedir algo.
4. tr. Advertir, informar o avisar a alguien de algo.
5. tr. Imbuir, impresionar, preocupar a alguien, induciéndolo a prejuzgar personas o cosas.
6. tr. Anticiparse a un inconveniente, dificultad u objeción.
7. prnl. Disponer con anticipación, prepararse de antemano para algo.³

Basado en lo anterior podemos afirmar en la construcción del término <<medidas cautelares>> se han empleado sinónimos y cabe recordar que éstos son la escritura diferente de una palabra, pero con el mismo significado y su finalidad es evitar el uso y repetición de las palabras adicionado con el efecto de embellecer o enriquecer un texto.

Asimismo, la propia RAE ofrece una definición del término <<medidas cautelares>> la cual, la define como “medidas cautelares, f. pl. *Der.* medidas que se adoptan para preservar el bien litigioso o para prevenir en favor del actor la eficacia final de la sentencia. Se utilizan también en el procedimiento administrativo”.⁴

La construcción hecha por la RAE contiene términos propios del derecho, no podemos afirmar si es una cita textual de algún autor o si es una redacción elaborada por la propia academia, sin embargo, en él se aprecia elementos básicos de las medidas cautelares. Cabe destacar que dicho texto distingue la materia jurisdiccional, pues hablar de un bien litigioso y de una sentencia nos transporta a

³ Real Academia de la Lengua Española, fecha de consulta, 2 de mayo de 2020, puede ser consultado en <https://dle.rae.es/prevenir?m=form>

⁴ Real Academia de la Lengua Española, fecha de consulta, 2 de mayo de 2020, puede ser consultado en <https://dle.rae.es/medida>

elementos pertenecientes a la Teoría General del Derecho, y a su vez distingue elementos de la materia del Derecho Administrativa.

Una vez comprendido en términos del idioma español es momento de hacer mención de las construcciones hechas por diversos autores. Para el maestro Rafael Martínez las medidas cautelares son una:

“Determinación jurisdiccional en cuya virtud se toman prevenciones tendientes a evitar un daño o peligro, con el procedimiento y los requisitos establecidos legalmente, destinada a garantizar la eficacia de la sentencia dictada en un proceso.”⁵

De la anterior definición se puede destacar que el sujeto encargado de establecer una medida cautelar es el Juez, pues es el único que puede establecer una determinación jurisdiccional, la cual, busca la eficacia, es decir, asegurar que la decisión judicial se cumpla a cabalidad si ningún tipo de obstaculización por parte de imputado, pues la medida cautelar está destinada a dicha figura.

A su vez, en su obra Diccionario Jurídico Moderno Tomo 2 cita a Eduardo Pallarés y dicho jurista profiere al respecto que las “medidas que autoriza la ley para que el titular de un derecho subjetivo asegure oportunamente su ejercicio cuando carece de un título ejecutivo mediante el cual pueda de inmediato obtener la ejecución de éste”.

La ley es la fuente de apoyo de la procedencia de las medidas cautelares o providencias precautorias. Al respecto cabe expresar que existen tres supuestos de operancia de las medidas mencionadas:

⁵ Martínez Morales, Rafael, Diccionario Jurídico Moderno TOMO 2 (G-Z), editorial de IURE, México, 2007, p. 571.

A) Temor de ausencia u ocultamiento de persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda.

B) Temor de ocultamiento o dilapidación de bienes en los que debe ejercitarse una acción real.

C) Temor de ocultamiento o enajenación de bienes cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviera otros bienes que aquellos en que sea de practicar la diligencia.”⁶

De la anterior definición nos hace mención del término <<providencias precautorias>>, el cual, la RAE toma la definición de la Ley 1/2000 del 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil de España y al respecto menciona que una providencia es una “Resolución judicial referente a cuestiones procesales que requieren una decisión judicial por así establecerlo en la ley, siempre que en tales casos no exigiera expresamente la forma de auto”,⁷ dicho vocablo junto el de <<precautorias>> hace alusión expresa a que la resolución judicial va encaminada a establecer medidas preventivas y estas pertenecen al ámbito jurisdiccional, luego entonces, las <<providencias precautorias>> es una figura análoga en la materia civil de las <<medidas cautelares>>, sin embargo, al respecto en el Código Nacional de Procedimientos Penales encontramos ambas figuras y estas tienen una diferencia que más adelante se hará mención. Líneas posteriores, Pallares menciona tres supuestos la cual es dejar una certeza en la relación a una incertidumbre o temor, pues el proceso cae en una dilación y en una posible injusticia si el imputado se ausenta, y a su vez, se vería trasgredida la esencia medular del paradigma del sistema de justicia penal acusatorio la cual busca la reparación del daño. Recordemos que uno de los principales cambios que se dio del sistema inquisitorio al acusatorio es la inclusión de la víctima como sujeto parte

⁶ *Ibidem*.

⁷ Real Academia de la Lengua Española, fecha de consulta, 3 de mayo de 2020, puede ser consultado en <https://dej.rae.es/lema/providencia>

del proceso ya que con anterioridad el daño ocasionado se quedaba sin reparación, es así como el embargo de bienes resulta una medida preventiva ante el riesgo fundado de que el imputado cambie la situación jurídica en relación a sus bienes con la firme intención de evitar el cumplimiento de la sentencia que resuelve el fondo del asunto.

El penalista consagrado Eduardo López Betancourt, en su obra *Juicios Orales en Materia Penal*, enuncia que “las medidas cautelares son aquellas que se dedican con carácter de providencias judiciales, con el fin de asegurar que un derecho se haga efectivo. dichas medidas reconocen la existencia y legitimidad de los derechos, pero no implican una sentencia y están orientadas y concedidas como medidas judiciales que eventualmente se consideran. (...) Las medidas cautelares son todas las actuaciones y decisiones que, sin prejuzgar del resultado final al que llegue un órgano juzgador, se consideran indispensables para beneficio de las partes procesales”.⁸

Como se señala con anterioridad, López Betancourt hace mención al término <<providencias judicial>> de la misma forma que lo enuncia la ley adjetiva española y la RAE, además, señala que la finalidad es asegurarse que en el futuro un derecho se pueda hacer efectivo sin perjuicio de que puedan restituirse los derechos del imputado en caso de tener una sentencia absolutoria o un auto de no vinculación, pues hace hincapié que la imposición de las medidas no significa que el juzgador viole los principios de igualdad ante la ley, igualdad entre las partes, juicio previo y debido proceso y el principio de presunción de inocencia.

“Artículo 10. Principio de igualdad ante la ley. Todas las personas que intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa. No se admitirá discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad,

⁸ López Betancourt, Eduardo, *Colección Derecho Procesal Oral, Volumen 2, Juicios Orales En Materia Penal*, editorial de IURE, México, 2016, p. 81.

condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas.

Las autoridades velarán por que las personas en las condiciones o circunstancias señaladas en el párrafo anterior, sean atendidas a fin de garantizar la igualdad sobre la base de la equidad en el ejercicio de sus derechos. En el caso de las personas con discapacidad, deberán preverse ajustes razonables al procedimiento cuando se requiera.”⁹

Del análisis del presente artículo se destaca que el trato que reciban las partes, sea el Asesor Jurídico, Ministerio Público, Imputado o la Víctima deberá ser el mismo sin distinciones, es decir, que no existen leyes especiales o leyes que contemplen principios, reglas, normas o disposiciones que exijan un trato especial por la condición de víctima e imputado. Ahora bien, el hecho que se emplee una medida cautelar, no transgrede dicho principio ya que la imposición de dicha medida no está en función al origen étnico del género edad discapacidad condición social condiciones de salud religión opinión o preferencia sexual sino por el riesgo fundado y motivado de que se pueda sustraer de la justicia o que pueda hacer uso de sus bienes con la finalidad de que en el futuro en caso de tener una sentencia y el juez determine que se deba reparar el daño el imputado se encuentre en condiciones de dar cumplimiento.

“Artículo 11. Principio de igualdad entre las partes. Se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen.”¹⁰

El presente principio nos establece de una forma muy concreta que el hecho de estar sujeto a un proceso penal no debe ser motivo para restringir el ejercicio de

⁹ Ver: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf

¹⁰ Ver: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf

derechos; no se pueden restringir derechos humanos durante el proceso y la imposición de alguna medida cautelar no debe obstaculizar el ejercicio de estos; por ejemplo, el derecho a la salud, el derecho al ejercicio de la profesión o trabajo que elija contemplado en el artículo cuarto constitucional entre otros derechos no debe de ser motivo de suspensión o restricción dentro de la esfera del imputado o la víctima.

“Artículo 12. Principio de juicio previo y debido proceso. Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un Órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen.”¹¹

En este principio encontramos la base sobre la que descansa una medida cautelar, pues al señalar que nadie debe ser sometido a ninguna pena o a una medida salvo que el Órgano Jurisdiccional, en este caso el Juez, lo establezca de forma previa, se cumple con la formalidad de fundar y motivar la imposición, modificación o revocación de una medida cautelar,

“Artículo 13. Principio de presunción de inocencia. Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código.”¹²

Con la aplicación de una medida cautelar parece que se pretende establecer una situación de desventaja al imputado en relación a la víctima y que se está pretendiendo darle un prejujuamiento sin sentencia condenatoria, sin embargo, es todo lo contrario, ya que se pretende garantizar la reparación del daño en caso que

¹¹ Ver: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf

¹² Ver: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf

así se establezca en los puntos resolutiveos que emita el tribunal de enjuiciamiento, es decir, la disposición cautelar que se emite sólo pretende mantener las cosas y la situación del imputado hasta que culmine el procedimiento ya que al concluir y se emita ya sea un auto de no vinculación o una sentencia absolutoria se restablecen aquellas limitaciones que le fueron impuestas a través de dichas medidas sin decremento alguno en su situación patrimonial.

Respecto al concepto el maestro Constantino Rivera en su obra menciona que “la medida cautelar se puede definir como una institución procesal donde el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo, el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba”.¹³

De la anterior definición lo más importante es que Constantino Rivera tilda de institución procesal las medidas cautelares coincidiendo con las demás definiciones que es el órgano jurisdiccional quién las impone, cabe destacar que a diferencia de los demás, Constantino enuncia que se solicita a petición de parte, es decir, el juez no va a decretar dicha medida sin la previa solicitud del Ministerio Público, Asesor Jurídico o la Víctima, además agrega que la medida adelanta ciertos efectos de la sentencia final que emita el tribunal de juicio y agrega que el elemento de la apariencia de derecho y el peligro latente dentro del tiempo que se desarrolle el proceso.

Fierro Méndez menciona al respecto que “Las medidas cautelares en materia penal constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que se ejecutan sobre las personas, los bienes y medios de prueba para mantener respecto de estos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la Providencia estimatoria e

¹³ Constantino Rivera, Camilo, *Medidas Cautelares en el Sistema Acusatorio*, 2ª ed., Magister, México, 2015, p. 34.

impidiendo que el perjuicio ocasionado con vulneración de un derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin.”¹⁴

De la anterior apreciación se destaca que las medidas cautelares se encuentran dentro de la normatividad adjetiva y soslaya su naturaleza preventiva con la finalidad de mantener el estado de las cosas en tanto termina el desenlace del juicio y así procurar la eficacia de la sentencia que emite el tribunal de enjuiciamiento.

Por último, citamos el concepto que da la Jurisprudencia publicada en el Semanario Judicial de la Federación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación la cual en su rubro nos dice:

“MEDIDAS CAUTELARES. CONCEPTO, PRESUPUESTOS, MODALIDADES, EXTENSIÓN, COMPLEJIDAD Y AGILIDAD PROCESAL.

La doctrina y el funcionamiento de las medidas cautelares en el sistema jurídico nacional, revelan la inmensidad de situaciones que se pueden presentar en los procesos en los que se ventilan, que hace difícil, si no es que imposible, que la previsión humana, inclusive de los legisladores más expertos y sabios, pueda prever y darles solución mediante reglas consignadas en preceptos legales, si se toma en cuenta además, la dinámica de la vida y de la diaria realidad en la que están inmersas estas cuestiones, de manera que resultan un campo fértil para el cultivo de las facultades discrecionales, incluso las de gran amplitud, ya que sin ellas se entorpecería, sin lugar a duda, la misión del Juez y la satisfacción de los fines perseguidos en estas materias, con la impartición de justicia. Efectivamente, las medidas cautelares son mecanismos autorizados por la ley para garantizar todo derecho con probabilidad de insatisfacción, mediante la salvaguarda de una

¹⁴ Fierro Méndez, Heliodoro, *Control de Garantías del Proceso Penal Acusatorio, acorde con la ley 1142 de 2007*, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Colombia, 2007, p. 122.

situación de hecho, el apartamiento de bienes, cosas o personas para garantizar la eventual realización de la sentencia, o la anticipación de ciertos efectos provisorios de la sentencia de mérito, a fin de evitar la afectación que podría causar la dilación en la resolución de la cuestión sustancial controvertida o la inutilidad del proceso mismo. Son de extensa variedad, en la que encuentra diferencias específicas que exigen la adaptación, conforme a su flexibilidad, la potestad judicial expresa y discrecional, de sus alcances, duración, efectos, así como de la fase procesal en la que se adoptan, ya sea de plano o incidentalmente, dentro de un proceso cautelar sumario o sumarísimo, transformable para la eficacia de la medida, según sus características, utilidad práctica y finalidad, en donde es admisible una resolución interina de cautela, de carácter ultra sumario, sujeta a modificación, revocación o al cese de sus efectos, conforme a pruebas supervenientes, medios de impugnación, la contracautela; y una definitiva con duración máxima a la conclusión del proceso principal en curso o inminente del que es instrumental. Pueden pedirse o decretarse de oficio, una vez satisfechos sus presupuestos esenciales de la buena apariencia de un derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro de que este derecho aparente no sea satisfecho (*periculum in mora*) y tramitarse sólo con la intervención de quien las solicita o con la necesaria e indispensable intervención de la parte contra quien se dirigen, según el examen valorativo racional del Juez. Existen medidas que no pueden esperar hasta la satisfacción del derecho de contradicción del sujeto afectado con ellas, ya sea porque esto conllevaría a la evasión de la medida, o a la inocuidad de ella, de manera que habrá casos en los que ese derecho tendrá que aplazarse, pero sólo el tiempo estrictamente necesario para impedir la frustración de los fines perseguidos con la medida solicitada, conforme a su naturaleza.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 41/2016. Seguros Argos, S.A. de C.V. y otros. 23 de junio de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Cynthia Hernández Gámez.

Esta tesis se publicó el viernes 26 de agosto de 2016 a las 10:34 horas en el Semanario Judicial de la Federación.”¹⁵

Como primer elemento que señala la presente jurisprudencia, se soslaya que las medidas cautelares son mecanismos autorizados por la ley, al hablar de ello nos no señala que su naturaleza descansa en las leyes instrumentales, es decir, en aquellas leyes que regulan el procedimiento, y nos menciona que la finalidad es garantizar, lo cual busca asegurar el cumplimiento a la reparación de un futuro derecho sustantivo que se va a declarar en la sentencia, asimismo señala que su fin es evitar la afectación que pueda resultar por la duración del proceso, es la palabra que aquí resalta es que las medidas cautelares buscan el proceso sea eficaz y no sea una pérdida tanto para el actor o víctima así como por parte del Estado. A su vez de la presente jurisprudencia profiere que dicha medida puede ser susceptible a una modificación o revocación y que la duración máxima que pudiese tener dicha medida cautelar es la duración del proceso principal, por lo que se entiende que, al emitir la sentencia se da por concluida dicha medida. También nos menciona la jurisprudencia que las medidas pueden ser solicitadas por las partes a la que la ley adjetiva señale o puede decretarse de oficio, es decir, el juez decretará dicha medida si la necesidad del estudio de los presupuestos, sin embargo, esto sólo aplica en otras materias como puede ser la familiar, pues el CNPP señala que

¹⁵ Época: Décima Época. Registro: 2012425. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 33, Agosto de 2016, Tomo IV. Materia(s): Común. Tesis: I.4o.C.4 K (10a.). Página: 2653. Puede ser consultado en: https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=100000000000&Expresion=medidas%2520cautelares%2520concepto&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=7&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2012425&Hit=5&IDs=2018723,2017378,2016398,2015141,2012425,2006036,162555&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

los únicos facultados para hacer el pedimento son el Ministerio Público, Asesor Jurídico y la Víctima.

En base a lo desarrollado en el presente apartado podemos construir un concepto propio de las medidas cautelares y este lo podríamos definir como una institución del derecho procesal penal, la cual tiene por objeto garantizar en todo momento la presencia del imputado en el proceso penal ante el riesgo fundado de su evasión de la acción penal, las cuales, se imponen en sede judicial previa solicitud del ministerio público o asesor jurídico, pueden ser modificadas en cualquier momento del proceso penal y estas culminan al momento de emitir el fallo del juez.

1.2 ANTECEDENTES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El derecho penal forma parte de la rama del Derecho Público, es decir, es el Estado quién se encarga de regular el *ius puniendi*, pues sin la regulación del Estado, existiría un estado de anarquía bajo el cual el Estado de Derecho sería suplantado por la voluntad de unos cuantos o del más fuerte quedando así una evolución atávica del Estado moderno. Es así que el Derecho Penal, *ius puniendi* o Derecho de castigar nace a partir de la necesidad de regular la convivencia de los seres humanos que viven en sociedad a la luz de de las teorías contractualistas del Estado elaboradas por Hobbes, Locke y Rousseau, que les permite a sus habitantes vivir en armonía y paz renunciando a cierta parte de su libertad para pedir la protección de aquel ente ficticio creado denominado Estado, quién ejerce el control social. Respecto al control social Octavio Orellana Wiarco menciona que:

“El control social no es unívoco, por el contrario, se plantea con diferentes contenidos; en lo que convienen los tratadistas que abordan este tema es que este concepto se maneja como un conjunto de elementos sociales identificables a la llamada modernidad, como una variable esencial del orden social.

El control social puede entenderse, por un lado, como una estrategia de administración del orden y, por otro, como un instrumento de dominación legitimado

por la base social. El desarrollo teórico del concepto de control social surge como una característica del estado, de ahí su consideración de modernidad, pues en esta etapa es cuando termina aparece el estado.”¹⁶

En ese orden de ideas, el control social nació posterior a la conceptualización del Estado ya que para la preservación del nuevo ente uno de sus objetivos es el asegurar el orden social y la subordinación del poder al pueblo, bajo estos presupuestos se origina la idea del Estado de Derecho que no es más que la limitación del poder y subordinación del mismo al pueblo y la sumisión de todos sus habitantes al sistema jurídico vigente. Sobre el Estado de derecho Orellana Wiarco profiere que:

“El Estado de Derecho consiste en que la actividad de las instituciones que la configuran está sujeta a la Constitución como suprema expresión de la ley, garantizándose así el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder, donde la autoridad no puede actuar sino dentro de facultades o atribuciones que marca la ley y con ella se salvaguardan los derechos individuales, sociales, culturales y políticos.”¹⁷

Ahora bien, la conceptualización anterior sobre el Estado de Derecho nos habla sobre los límites del poder, pero ¿y los habitantes no están sujetos a dicho principio?; *a priori*, pareciera que no, pues en la definición antes dicha no nos lo menciona, sin embargo, esa necesidad de regular y mantener las relaciones de las personas imperiosa da lugar al régimen de control social pues aquellos habitantes que no se sujeten a las reglas mínimas de convivencia establecidas por el Estado deben ser sancionados y ello ha lugar al *ius puniendi* y con ello queda asentado que el Estado de Derecho es tanto para los integrantes que detentan el poder así como para sus habitantes.

¹⁶ Orellana Wiarco, Octavio A, *Seguridad Pública, Profesionalización de los Policías*, 2ª ed., Porrúa, México, 2016, p. 18.

¹⁷ *Ídem* p. 7.

Siguiendo ese orden de ideas, Rodolfo Sánchez Zepeda nos dice que “se entiende por Estado de derecho, a aquel cuyos órganos e individuos se encuentran regidos por el derecho y sometidos a este, lo que a su vez hace que contraste con todo poder arbitrario, y, por ende, contrapuesto a cualquier forma del estado totalitario.”¹⁸

En base a los antecedentes expuestos es que podemos justificar la teleología de las medidas cautelares, precepto aplicado a los ciudadanos que están en medio de una pesquisa para determinar su culpabilidad o su inocencia la cual consiste en garantizar el proceso penal desde el momento que se judicializa la Carpeta de Investigación hasta la emisión de la sentencia por parte del Órgano Jurisdiccional.

Es por ello que afirmamos que las medidas cautelares son garantistas ya que cabe recordar que, a diferencia del sistema inquisitorio, el sistema acusatorio integra a la víctima al interior de la investigación y del proceso en razón que en el anterior sistema se castigaba a la persona responsable de cometer un delito pero con la *vacatio legis* de reparar el daño, sin embargo, en el sistema acusatorio se integra la figura de la víctima y con ello la reparación del daño, es así como la introducción de las medidas cautelares busca garantizar la reparación del daño en caso de existir los elementos que justifiquen que existe un peligro de sustracción de la justicia o despilfarro de bienes.

Para llevar a cabo el estudio de los antecedentes de las medidas cautelares se debe tomar desde el punto de vista de la procesal, pues éste está la ciencia encargada de hacer el estudio y desarrollo de todos los elementos en común que tienen las diversas materias y los preceptos encargados de la prevención es un elemento que podemos hallar en común en diversas materias procesales, como un dato a tomar a consideración es que son juristas civiles los que han tenido un mejor desarrollo sobre estos temas teniendo como su mejor exponente al jurista italiano

¹⁸ Sánchez Zepeda, Rodolfo, *El Juez Federal Penal Especializado en Medidas Cautelares*. Porrúa, México, 2010, p. 1.

Piero Calamandrei, es así como veremos obligados a citar a diversos autores que han abordado las medidas cautelares en diversas materias para poder lograr un estudio integral y profundo sobre dicha institución y en concreto sobre el Derecho Procesal Penal Mexicano.

El máximo estudio relacionado con las medidas cautelares es el realizado por el italiano Piero Calamandrei en su obra *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* de 1936, nos relata que el estudio de estas medidas estaba dividido en tres categorías:

- Acción asegurativa o cautelar
- Proceso cautelar
- Providencia cautelar¹⁹

Es a partir que la doctrina procesalista clásica comienza a adoptar el término Providencias Cautelares ya que Calamandrei aseguraba que este era el nombre que debe emplearse para esta institución procesal.

1.3 PRINCIPIOS

En relación al estudio de los principios que rigen las medidas cautelares nos encontramos como exponente a Constantino Rivera, Benavente Chorres e Hidalgo Murillo, el primero de ellos en su obra especializada en la materia denominada *Medidas Cautelares en el sistema Acusatorio*, los segundos desarrollan dichos principios en el Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado con la colaboración de José Christian Pérez Flores, ambos manejan principios diversos los cuales citaremos todos a continuación:

Principios de Constantino Rivera.

¹⁹ Calamandrei, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, Providencias cautelares, traducido por Santiago Sentis Melendo*, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1964, p. 31.

“Jurisdiccionalidad: Todo proceso cautelar debe estar controlado o legitimado por un juez.

Igualdad: Las partes procesales tienen las mismas oportunidades de solicitar o contraargumentar la procedencia de cualquier medida cautelar.

Buena fe y lealtad de las partes: Toda parte procesal se conduce con probidad en sus actuaciones, con manifestaciones de verdad; salvo prueba en contrario. Para la procedencia de una medida cautelar, el sujeto se legitima con la asistencia de la razón.

Economía procesal: La celeridad se entiende como una economía de gastos, la unidad se entiende como economía de costos y la uniinstancialidad como economía de actuaciones.

Contradicción: A toda acción le corresponde una reacción, es decir, a toda actuación del demandante corresponde una manifestación del demandado para poder señalar a lo que a su derecho convenga.

Depuración procesal: La depuración procesal es un mecanismo técnico que consiste en eliminar formalismos de bagatela y dar una eficacia procesal. Este principio procesal tiene como objetivo principal que el cautelado responda de manera inmediata y sin mayor trámite a las exigencias del actor.

Congruencia: Este puede ser externa o interna; la congruencia externa significa que toda medida cautelar debe coincidir con las pretensiones del demandante, el derecho invocado y el grado de afectación o puesta en riesgo del bien jurídico protegido. La congruencia interna consiste en que la medida cautelar debe ser uniforme en la resolución emitida por el juez de control.

Publicidad: Las medidas cautelares se otorgan para evidencia de partes, salvo la excepción que las audiencias sean de carácter privado, la solicitud de las medidas cautelares caerá en este supuesto.

Inmediación: En el otorgamiento o en la revisión de las medidas cautelares, el juez de control debe interactuar con las partes procesales.

Disposición procesal: Las medidas cautelares están a disposición de ser ignoradas por cualquiera de las partes que tengan interés jurídico de que se asegure un determinado bien, servicio, derecho o persona. Esta de disposición debe estar facultada de manera expresa por la ley procesal.”²⁰

Benavente e Hidalgo, al comentar el CNPP desarrollan principios distintos los cuales son:

Principios de Bevamente Chorres e Hidalgo Murillo.

Principio de legalidad. Solamente por la ley se puede crear medidas cautelares, dado que, no solamente se busca evitar una obstaculización en el normal desarrollo del proceso, sino que son instrumentos que inciden en derechos convencionales como la libertad o la propiedad, a través de las medidas cautelares personales y reales, respectivamente, las cuales implican situaciones como reclusión en un centro preventivo o internamiento en un centro psiquiátrico, o bien el secuestro de bienes para garantizar, por ejemplo, una futura reparación del daño. Frente a tales impactos, es la ley, a través de un sistema de números clausus quién nos indica las medidas a imponer en un juicio cautelar.

Judicialidad. Significa que es el juez el órgano llamado imponer una medida cautelar, mediante resolución fundada y motivada, por el tiempo absolutamente indispensable. En ese orden de ideas, se requiere estar en el marco de un proceso,

²⁰ *Ibidem.* pp. 22-23.

cuya investigación este formalizada (formulación de imputación), con conocimiento del asunto por parte del juez de control o de garantía, era observancia de las reglas de competencia.

Asimismo, la resolución que imponga una medida cautelar, al menos deberá contener:

- a) Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo
- b) La enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen y su preliminar calificación jurídica.
- c) La indicación de la medida y las razones por las cuales el juez estima que los presupuestos que la motivan concurren en el caso.
- d) Los lineamientos para la aplicación de la medida
- e) La fecha en que vence el plazo de vigencia de la medida

Finalidad cautelar: La imposición de una medida cautelar descansa en un objeto o fin, el cual puede ser:

- a) Asegurar la presencia del imputado a proceso
- b) Garantizar la seguridad de la víctima, de los testigos o de la comunidad
- c) Evitar la obstaculización del proceso, incluyendo el aseguramiento del éxito de las investigaciones.
- d) Garantiza la reparación del daño.
- e) Garantizar la ejecución de la sentencia.

Estas finalidades, si son leídas en sentido negativo, traducen un riesgo procesal, el cual, si está complementado con la peligrosidad procesal del imputado, darán como resultado la actualización de los presupuestos materiales para la imposición de una medida cautelar, los cuales están agrupados bajo el rubro de *periculum libertatis*.

Igualmente, debemos indicar que, en ningún caso la medida cautelar podrá ser usada como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada.

Principio de proporcionalidad: No se podrá ordenar una medida cautelar cuando está aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión, la forma de intervención del imputado y su comportamiento posterior, así como la sanción probable.

Por el principio de proporcionalidad debe entenderse la equivalencia entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal. Como expone Odone Sanguiné, el principio de proporcionalidad funciona como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de derecho, y tiene la función de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal y derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades ineludibles de una persecución penal eficaz. En este orden, se cuestionan las detenciones impuestas que resultan inadecuadas para un fin concreto, habiendo otras medidas menos gravosas que pueden servir para el correcto desarrollo del proceso. Ingresan en el examen de este principio el plazo de duración de las medidas de coerción, cuando éstas son ilimitadas o excesivas. Cabría analizar también, los casos que no obstante ser de menor entidad delictiva se impone prisión preventiva, lo cual resulta desproporcionado que antes delitos de menor gravedad o poca dañosidad social se restringe la libertad ambulatoria de los procesados, por cuanto ello implica desconocer los efectos criminógenos de las privaciones de libertad de corta duración, la desnaturalización de una medida excepcional de naturaleza procesal, así como la entronización de la prisión preventiva como verdadero anticipo de pena.

Favor libertatis. La protección de la libertad es un mandato, que aún de oficio, el juzgador debe cumplir. En esa inteligencia, cuando existan dudas en torno a la interpretación de normas restrictivas que afectan al citado derecho, el juez no

está completamente convencido en imponer una medida cautelar, deberá orientar su decisión a lo más favorable a la libertad del imputado.

Legitimidad para solicitar medida cautelar. La Norma adjetiva autoriza al ministerio público el solicitar la imposición de una medida cautelar. (debemos recordar el derecho constitucional de la víctima u ofendido en solicitar medida cautelar, sí a través de la fiscalía o dentro del procedimiento de acción penal por particulares).

Asimismo, y atendiendo al principio de contradicción y a la teoría del caso respectiva, la defensa está en la libertad de proponer una medida cautelar alterna a la solicitada por el agente del ministerio público; debiendo respeto a los principios de legalidad y proporcionalidad en materia de medidas de coerción.

Actuación judicial oficiosa. el juez está sometido a lo planteado por las partes en el juicio cautelar, sin embargo, y apelando el *favor libertatis*, podrá imponer una medida cautelar diferente a la requerida por la autoridad ministerial, siempre y cuando no sea más gravosa a la solicitada, o bien, puede prescindir de toda medida cautelar cuando considere la ausencia de motivos o de una necesidad de tutela cautelar.

Sin embargo, debemos recordar nuestro análisis en torno a la prisión preventiva oficiosa regulada en el artículo, segundo párrafo de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Claro está, que salvamos la convencionalidad de la Norma, cuando el operador jurídico funda su decisión de imponer la citada medida cautelar en los principios y reglas que rodean a las medidas de coerción.

Necesidad de audiencia. Cuando se solicite la imposición, revisión, sustitución, o cese de una medida cautelar, el juez deberá convocar a una audiencia

para oír a las partes, quienes podrán presentar los antecedentes que estimen pertinentes.

Material probatorio. toda decisión judicial relativa a una medida cautelar debe descansar en indicios que permitan, razonablemente inferir, la presencia de un hecho delictuoso y la probable intervención del imputado (*fumus bonis iuris*), así como el riesgo procesal y la peligrosidad procesal del imputado (*periculum libertatis*). En tal sentido las pruebas incumben las partes, las cuales presentan un desahogo especial durante la audiencia inicial, aunque no se descarta que también se desahogan en la audiencia de revisión de cautelar, en la audiencia de apelación o en cualquier otra audiencia donde por la urgencia y necesidad implica el examinar la medida cautelar.

No obstante, el CNPP ha introducido la autoridad encargada de la evaluación y supervisión de medidas cautelares, la cual, en la mayoría de entidades federativas está adscrita a la secretaría de seguridad, por lo que tendría un perfil policial. Ellos no son de recibo porque en el drama penal, el estado está representado por la fiscalía y ahora ha ingresado un nuevo personaje de función pública, desequilibrando aún más el ya desequilibrado proceso penal. Asimismo, la regla: las pruebas son de las partes y las valora el juez, se ha transformado de: las partes tendrán que introducir pruebas para que sean valoradas por la autoridad encargada de la evaluación y supervisión de medidas cautelares, para que a su informe el juez le dé el peso que la parte ofertante espera. Ellos y no introducir las variables de corrupción, la burocracia, así como violaciones a derechos humanos cuando la citada autoridad realice sus funciones.

Prohibición de desnaturalización. En ningún caso el juez está autorizado en poner medida cautelar desnaturalizando su finalidad o cuyo cumplimiento sea imposible. Esta regla es vital, por ejemplo, a la hora de dotar de contenido al monto de la garantía económica que se le exige exhibir, como medida cautelar, al imputado para que pueda gozar de su libertad.

Combinación de medidas cautelares. A solicitud del ministerio público, el juez podrá imponer una sola de las medidas cautelares previstas en la ley o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, así como dictar las órdenes necesarias para garantizar su cumplimiento. Sin embargo, la prisión preventiva no se podrá combinar con cautelares de naturaleza personal, dado que la intensidad de esta medida de coerción absorbe toda restricción o limitación de la libertad personal y derechos conexos, Claro está que se dejen a salvo las cautelares reales, que afecten el patrimonio en aras de garantizar la reparación de los daños.

Provisionalidad. Toda medida cautelar está condicionada a la cláusula *rebus sic stantibus*, esto es, si varía la situación jurídica que justificó la imposición de una medida cautelar, entonces dicha medida podrá ser modificada, conforme las reglas señaladas en la respectiva legislación.

En efecto, cuando hayan variado de manera objetiva las condiciones que justificaron la imposición de una medida cautelar, las partes podrán solicitar al juez de control o de garantía, la revocación, sustitución o modificación de la misma, en este caso, el juez podrá citar a todos los intervinientes a una audiencia con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de las condiciones o circunstancias que se tomaron en cuenta para imponer la medida y la necesidad de mantenerla o no y conforme al resultado resolverá lo que proceda.

Impugnación. todas las decisiones judiciales relativas a las medidas cautelares son impugnables. No es ocioso actualizar esta regla, dado que, si recordamos que la impugnación está regulada por el principio de legalidad, la norma legal debe establecer efectos que generan las medidas cautelares en los derechos constitucionales del imputado, es de suma importancia que estén incluidas en el catálogo de resoluciones judiciales materia de impugnación. Asimismo, el recurso

impugnatorio que se interponga será sin efecto suspensivo, esto es, que no se suspende la ejecución de la resolución.²¹

Los principios desarrollados por los autores mencionados no son definitivos, ya que el presente estudio en México es relativamente joven, cosa muy diversa a los principios en el Juicio de Amparo de Ignacio Burgoa el cual ya se considera un clásico, pues para que una obra jurídica pueda denominarse como clásica, esta debe de servir como referencia de estudio académico durante varias generaciones de derecho, cosa distinta con las medidas cautelares, pues no hay un libro que se de referencia especializada en este tema y aun están sujetas a perfeccionamiento académico. A continuación, haremos una comparación entre ambas obras que tratan de las medidas cautelares:

| TABLA COMPARATIVA | |
|----------------------------------|--|
| CONSTANTINO RIVERA | BENAVENTE CHORRES E HIDALGO MURILLO |
| Jurisdiccionalidad | Legalidad |
| Igualdad | Judicialidad |
| Buena fe y lealtad de las partes | Finalidad cautelar |
| Economía procesal | Proporcionalidad |
| Contradicción | <i>Favor libertatis</i> |
| Depuración procesal | Legitimidad para solicitar medida cautelar |
| Congruencia | Actuación judicial oficiosa |
| Publicidad | Necesidad de audiencia |
| Inmediación | Material probatorio |
| Disposición procesal | Prohibición de desnaturalización |
| | Combinación de medidas cautelares |
| | Provisionalidad |
| | Impugnación |

²¹ Benavente Chorres, Hidalgo, et. al., *Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado*. 3ª ed., Editorial Flores, México, 2016, pp. 511-516.

| | |
|-----------------------------|-----------------------------|
| Total: 10 principios | Total: 13 principios |
|-----------------------------|-----------------------------|

A priori se visualiza que en el CNPP comentado se desarrollan tres principios más, además se observa que ambos son totalmente distintos, salvo en la nominación de uno que tienen una similitud, sin embargo, en el desarrollo de cada punto son totalmente distintos y para efectos académicos este ejercicio permite una crítica en la cual se puede construir y perfeccionar los ya propuestos.

Una vez visualizado los principios de las obras citadas se prosigue a realizar un análisis de cada uno:

| Análisis de Constantino Rivera | |
|---------------------------------------|--|
| Principios | Análisis |
| Jurisdiccionalidad | El presente principio señala que es el Juez quién establece las medidas cautelares. |
| Igualdad | Este principio, en mi personal opinión, debería denominarse de contradicción ya que ambas partes vierten sus argumentos jurídicos para solicitarlo, modificarlo o revocarlo. |
| Buena fe y lealtad de las partes | Respecto a este principio, no le encuentro mayor razonamiento, inclusive este principio no se cumple a cabalidad, pues cabe destacar que de forma independiente de lo que viertan las partes, es el juez quién determina la imposición de una medida cautelar, no siendo una garantía proferir tener la razón para que se aplique una medida cautelar. |

| | |
|---------------------|---|
| Economía procesal | Este principio no representa uno propiamente de las medidas cautelares sino uno de los principios de los juicios orales el cual busca el ahorro de tiempo y gastos al desarrollar más actuaciones en audiencias orales que en el modelo escrito. |
| Contradicción | La contradicción consiste en verter una serie de argumentos para defender la postura que se tiene; como mencioné con anterioridad, el principio de <<igualdad>> debería llamarse de <<contradicción>> y este apartado resulta tautológico. |
| Depuración procesal | La depuración procesal no lo consideraría un principio de las medidas cautelares ya que la introducción del sistema penal acusatorio es precisamente ese, eliminar toda clase de excesivo formalismo y dar una impartición de justicia pronta y expedita. |
| Congruencia | Este principio tiene cierto grado de aplicación ya que menciona que lo solicitado debe acreditarse y coincidir con el interés de la víctima, sin embargo, yo propondría aquí el término proporcionalidad ya que nos habla de la congruencia que debe existir en la resolución emitida sobre |

| | |
|-----------------------------|--|
| | <p>la medida cautelar, sin embargo, entra en confusión con la el principio de congruencia que establece que el juez únicamente resolverá sobre lo pedido, es decir, el Juez no puede resolver más allá de lo que las partes hayan solicitado ya que ambos principios llevan el mismo nominativo.</p> |
| <p>Publicidad</p> | <p>No es obligatorio <i>per sé</i> que sea público, es decir, la publicidad es un principio de los juicios orales establecido en el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 5° el cual señala que serán al público salvo las excepciones que contempla el mismo código adjetivo de la materia.</p> |
| <p>Inmediación</p> | <p>La misma anotación se hace para este principio desarrollado por Constantino Rivera; éste está enunciado en el artículo 9° del CNPP, resulta repetitivo volver a enunciar la intervención del Juez si se entiende que en el artículo 4° del CNPP se menciona como principio rector la oralidad y esa oralidad no se lleva a cabo sin la intervención del Juez.</p> |
| <p>Disposición procesal</p> | <p>Sobre la Disposición procesal resulta un tanto confusa ya que se debe</p> |

| | |
|--|---|
| | <p>tomar a consideración que el principio de congruencia sólo puede resolver sobre lo pedido, es decir, el Juez no puede hacer pronunciamiento algo sobre algo que no se le ha solicitado y se entiende que los supuestos de derechos (toda norma de derecho) están ahí en tanto no se realice la petición de alguno de ellos por lo que desechamos este principio.</p> |
|--|---|

| Análisis de Benavente e Hidalgo | |
|--|--|
| Principios | Análisis |
| Legalidad | <p>Sobre este principio resulta totalmente acertado mencionar que no hay medida cautelar en tanto no esté dentro del CNPP, es decir, el juez no podrá poner ninguna clase de medida más que las que están inmersas en el 154° del CNPP.</p> |
| Judicialidad | <p>Con este principio se entiende que ni la policía o el Ministerio Público son la autoridad competente en materia de imposición, revocación o modificación de medidas cautelares sino únicamente el Juez. Además, estos autores agregan el mínimo de información que deberá contener la resolución sobre una medida cautelar.</p> |

| | |
|--|---|
| Finalidad cautelar | Toda medida cautelar responde a un fin, sobre esto no hay mayor aportación más que lo que está desarrollado por Benavente e Hidalgo. |
| Proporcionalidad | La imposición de una medida cautelar debe ser en armonía con las circunstancias, es decir, no puede excederse en relación al delito que se está investigando; esta es una cuestión la cual el Juez debe encargarse de valorar. |
| <i>Favor libertatis</i> | Sobre este principio se está haciendo mención sobre un principio general del derecho: <i>in dubio pro reo</i> ; en caso de duda a favor de imputado, si bien, este es específico sólo en cuanto a lo relacionado a las medidas cautelares. |
| Legitimidad para solicitar medida cautelar | La legitimidad siempre se cumplirá ya que únicamente la víctima y/o el Ministerio Público podrán hacer la solicitud de la medida Cautelar. |
| Actuación judicial oficiosa | Respecto a este principio nos parece un tanto repetitivo pues se parece al principio de judicialidad pues sólo describe su obligación del Juez de resolver únicamente sobre lo planteado pues es un principio de la materia penal resolver únicamente sólo lo que solicitan las partes. |

| | |
|-----------------------------------|---|
| Necesidad de audiencia | Sobre la necesidad de audiencia es parte del proceso pues todas las actuaciones judiciales son orales y públicas, salvo que por la importancia y delicadeza del asunto se pida que lleve privada. |
| Material probatorio | La parte solicitante de las medidas cautelares deberá acreditar la necesidad de la aplicación de una medida cautelar. |
| Prohibición de desnaturalización | Esta medida se relaciona directamente con el principio de legalidad pues la medida cautelar que impone el juez únicamente podrá ser aquella prevista por el código y, por consiguiente, debe ser posible de cumplir. |
| Combinación de medidas cautelares | Las medidas cautelares podrán combinarse; para asegurar una situación de hecho, se podrá aplicar en forma concomitante medidas cautelares. |
| Provisionalidad | Con la provisionalidad se entiende que las medidas cautelares tienen una temporalidad, además agrega que, si la situación de hecho que justificó la imposición de una medida cautelar desaparece, la medida cautelar podrá ser modificada o revocada. |

| | |
|-------------|--|
| Impugnación | El mismo CNPP contempla que las medidas cautelares son materia del recurso de apelación. |
|-------------|--|

A nuestra consideración, en el CNPP comentado se tiene un mejor desarrollo sobre los principios que rigen las medidas cautelares, se podría proponer un complemento y entre ambas obras definir un total de principios que tiene la institución procesal de la cautela.

1.4 ELEMENTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Principalmente los elementos que conforman a las medidas cautelares son los propuestos por Piero Calamandrei.

Provisionalidad: La primera cuestión que se señala es la limitación temporal y condicionada de una medida cautelar. Esta característica que se señala como una constante o distintivas de las providencias cautelares, en este trabajo la definiremos como: provisionalidad, es decir, la limitación de la duración de los efectos de estas medidas. Así pues, las mismas difieren, según la opinión de Calamandrei, de todas las otras providencias jurisdiccionales no por la calidad de sus efectos, sino por una cierta limitación en el tiempo de los efectos mismos.

Este concepto de provisionalidad se utiliza en un sentido distinto, y más restringido, que la temporalidad. Así, temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada, mientras que provisional es lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado provisorio subsiste durante el tiempo intermedio. En este sentido provisional equivale a interino; ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el periodo de tiempo intermedio que precede al evento esperado.

En consecuencia, partiendo de estas distinciones terminológicas, la cualidad de provisionalidad que Calamandrei da a las providencias cautelares significa lo

siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración temporal, sino que tienen duración limitada a aquel periodo de tiempo que deberá transcurrir entre el dictado de la resolución judicial que otorga la medida cautelar y la emanación de otra resolución, qué, en la terminología común, en contraposición a la calificación de cautela dada a la primera, será considerada como definitiva.

La provisionalidad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de una resolución inicial y los de otra resolución subsiguiente, el inicio de los efectos de la definitivas en el área la cesación de los efectos de la primera.

cuestión importante de enfatizar es que la provisionalidad de las providencias cautelares no tiene conexión con el modo de formación de la resolución que otorgue una medida cautelar. incluso en los casos en que una medida cautelar se otorgue fundando en un pleno conocimiento judicial de toda la situación jurídica, no por esto los efectos cautelares es and está provisionales niñas pidan a transformarse en efecto definitivo sobre el fondo de la litis. Siguiendo a Calamandrei, la medida cautelar tiene efectos provisionales por qué la relación jurídica que establece la decisión judicial que otorga la medida cautelar está, por su naturaleza, destinada a agotarse, ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la resolución sobre el fondo de la controversia. En este sentido, se señala que una resolución con naturaleza sumaria, -es decir sin calidad de cosa juzgada- qué es provisional en la formación, pero definitiva en la finalidad; la medida cautelar, aún en los casos en que se forma a través de un conocimiento judicial pleno, es provisional en el fin.²²

Instrumentalidad: Por otra parte, cabe distinguir a partir del ya señalado concepto de provisionalidad que las medidas cautelares son instrumentales, en tanto son creadas para asegurar un hipotético cumplimiento de otra resolución que

²² Chacón Rojas, Oswaldo, *Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal Acusatorio*, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, México, pp. 19-21.

puede ser dictada con posterioridad. En este sentido, las medidas cautelares son un instrumento al servicio de la sentencia definitiva.

En ese sentido, Calamandrei señala que algunas de las medidas cautelares no tratan de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza, o la ejecución forzada del derecho, se produzcan en condiciones favorables sin resultar afectadas por la lentitud del procedimiento ordinario, en otras palabras, lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la resolución principal, cuando llegue, sea justa e prácticamente eficaz.

Por esto, aún después de la emanación de la resolución que otorga la medida cautelar, la litis continúa teniendo el carácter de controvertida y el de no prejuzgada: la medida cautelar puede incluso contemplar la adquisición de los medios de prueba o la indisponibilidad de los bienes que podrán ser a su tiempo objeto de ejecución forzada, pero no decirle sobre el fondo del asunto que, en espera de la regulación principal, no es objeto, en ese intervalo, ni siquiera de decisión interina.

La instrumentalidad, qué es un carácter genérico de todas las resoluciones cautelares, resulta en ciertos casos una instrumentalidad hipotética: las mismas funcionan como medios para asegurar la eficacia práctica de una resolución principal, en la hipótesis de que está tenga un determinado contenido concreto, del que se anticipan los efectos previsibles.²³

Naturaleza jurídica de relación a término: Las medidas cautelares pueden modificarse a petición de las partes, cuando las circunstancias que les dieron origen se modifiquen. De esta posibilidad de modificarse por circunstancias sobrevenidas estando pendiente el juicio principal, se debe distinguir netamente otro fenómeno, qué es exclusivo de las providencias cautelares, que es una consecuencia típica de

²³ *Ibidem.*, pp. 21-22.

instrumentalidad: la extinción *ipso iure* de sus efectos en el momento en que se dicta, con eficacia de sentencias, la resolución principal.

Surgida para dar tiempo a nacer la resolución principal a través de la larga gestación del proceso ordinario, y para desempeñar provisoriamente sus veces dentro del limitado campo en el que su retardo habría sido peligroso, la resolución que otorga la medida cautelar ve, con el nacimiento de la resolución principal, agotada su función, cumplido su ciclo vital.

Calamandrei señala que pareciera que nos encontramos ante el funcionamiento típico de una condición resolutoria aunque posteriormente aclara que en realidad se trata de una relación a término. Veamos, de acuerdo con el distinguido profesor Florentino se observa que, con la emanación de la resolución sobre el fondo, la medida cautelar pierde *ipso iure* toda eficacia, sin necesidad de un nuevo pronunciamiento que la revoque. De hecho la resolución judicial sobre el fondo no se puede considerar como un nuevo examen sobre la legitimidad de la medida cautelar: el *thema decidendum* de la resolución judicial sobre el fondo es diverso del decidido en materia de medida cautelar; la desaparición de la medida cautelar después del pronunciamiento de la resolución principal que declara la inexistencia del derecho, no se puede, pues, considerar como efecto de una sucesiva revocación, sino que parece más bien como la consecuencia automática de la realización de un evento que en el momento de la emanación de la medida cautelar ha sido previsto como posible en el porvenir y a la realización del cual ha estado ligada desde el principio la suerte de ésta. Lo que nos llevaría precisamente al concepto de condición.

Pero en contra de esta conclusión se establece otro orden de consideraciones, que es el siguiente: el pronunciamiento de la resolución principal funciona como causa extintiva de los efectos de la resolución que otorga la medida cautelar no solamente cuando declara que el derecho en previsión de la existencia del cual ha sido emanada no existe, sino también cuando declara que existe; en

efecto, si en el primer caso la resolución que otorga la medida cautelar se extingue por qué se comprueba que la hipótesis sobre la cual se basaba no es fundada, en el segundo caso se extingue igualmente como resolución que otorga la medida cautelar porque en su lugar se coloca la resolución principal, por la cual desde ese momento en adelante queda regulada la relación sustancial.

Calamandrei criticaba que, en el momento en que se escribió su obra, la doctrina no le otorgaba a esta característica la importancia debida; ya que permitiría identificar que la resolución que otorga la medida cautelar no puede considerarse como condicionada resolutive mente a la declaración negativa del derecho principal, desde el momento en que la misma está destinada extinguirse no sólo cuando la condición se verifica, sino también cuando la misma no se verifica, esto es, cuando la resolución principal declara la inexistencia del derecho del que la medida cautelar había declarado el simple fuimos.

Si bien la resolución que otorga la medida cautelar se basa sobre una hipótesis afirmativa, concerniente a la apariencia de existencia del derecho, esta hipótesis, que opera en el momento de la concepción de la medida cautelar, no repercute sobre la vida de la relación cautelar creada por ella, la cual está destinada a extinguirse igualmente cualquiera que sea el resultado del juicio principal: o sea, no sólo cuando dejes te aparezca la falta de fundamento de la hipótesis sino también cuando del juicio aparezca el fundamento de aquella.

Mejor que de falló condicional hipotético se debe hablar de constitución, a los fines puramente procesales, de una relación a término, la eficacia de la cual está destinada a César *ex se* en el momento en que entre en vigor la resolución principal.

La decisión que otorga la medida cautelar, cómo declaración de certeza de las condiciones necesarias y suficientes para obtener la medida cautelar pedida, es en sí definitivo como son definitivas, en cuanto son constatación de condiciones existentes, todas las declaraciones de certeza sobre las que se basa la Constitución

de una nueva relación jurídica sustancial destinada a durar en el porvenir, pero es temporal la regulación que se constituye a base de tal declaración definitiva. Se podría decir, en suma, que el fallo cautelar es la declaración definitiva de la existencia de las condiciones necesarias y suficientes para obtener la Constitución de una relación jurídica a terminado, destinada a tener eficacia, *rebus sic stantibus*, hasta la emanación del fallo principal.²⁴

Peligro en la demora: Uno de los presupuestos más importantes de las medidas cautelares es el *periculum in mora*. Este es definido como el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares y que surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivada del retardo de una resolución jurisdiccional definitiva. Calamandrei señala que en ese concepto del peligro en la demora está la clave para alcanzar una definición de las providencias cautelares que agota el concepto.

En este sentido, se busca precisar el concepto a partir de la diferencia con otros dos: prevención y urgencia. así se señala que la protección ordinaria que la justicia otorga puede tener un objetivo preventivo, como en el caso de algunos interdictos. Por otro lado, también las resoluciones definitivas, pueden, en ciertos casos, dictarse con carácter de urgencia, consiguiendo de este modo que la tutela ordinaria llegué sin retardo.

No obstante, para que surge el interés específico en reclamar una medida cautelar, es necesario que a los dos elementos señalados se le añada un tercero, Qué surge del hecho de que las resoluciones judiciales, si se busca que verdaderamente imparten justicia no pueden ser instantáneas, su formación de un periodo de tiempo, en el que propiamente recibe al contenido característico del *periculum in mora*, es necesario evitar que la protección judicial a través del proceso ordinario se manifieste como demasiado lenta y se concrete el daño que amenaza al derecho. En este sentido las medidas cautelares se encuentran su radio en qué,

²⁴ *Ibidem.*, pp. 22-25

entras a través del proceso ordinario se establecen las condiciones para dictar una sentencia definitiva, se evita que el daño que se prevé acerca no se produzca o se agrave durante aquella espera.

Debe aclararse que el *periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares no es el peligro genérico de daño jurídico, frente al cual se recurre a la protección de la jurisdicción ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del interior daño marginal que podría derivar del retardo del proceso de dictar la sentencia definitiva. En otras palabras, el peligro en la demora es el surgimiento de una afectación al derecho, el agravamiento del daño ya existente en el momento de interponer la demanda, Qué es inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario.

Apariencia de buen derecho: Otro de los presupuestos que Calamandrei considera reviste de legitimidad y necesidad de las medidas cautelares es la apariencia del buen derecho. Para ello Chacón Rojas menciona que Calamandrei señala “que cuando se realiza el juicio para determinar la procedencia de una medida cautelar el juez debe establecer la certeza de la existencia del temor de un daño jurídico, esto es, de la existencia de un estado objetivo de peligro que haga aparecer como inminente la realización del daño derivable de la no satisfacción de un derecho. Así pues, Cómo se hacen helado cuando se definió la naturaleza de la relación, existe un juicio hipotético sobre la existencia del derecho.

Encontramos pues dos cuestiones sobre los cuales la resolución que otorga la medida cautelar se fundamenta:

1. La existencia de un derecho
2. el peligro en que este derecho se encuentra de no ser satisfecho o vulnerado.

Las resoluciones cautelares tienen su razón de ser en la celeridad con que pueden evitar el peligro en vía de urgencia, adelantando la resolución definitiva: y si para emanar la medida cautelar fuese necesario un conocimiento completo y

profundo sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto en relación al cual se espera la resolución principal, valdría más esperar esta y no complicar el proceso por una duplicidad de investigaciones que no tendría ni siquiera la ventaja de la prontitud.

Para poder llenar su función de prevención urgente las providencias cautelares deben, pues, contentarse, en lugar de con la certeza, que solamente podría lograrse a través de largas investigaciones, con la apariencia del derecho, que puede resultar a través de un conocimiento judicial mucho más expedito y superficial que el ordinario. Así pues, que los extremos para obtener la resolución que otorga la medida de cautelar son:

1. Apariencia de un derecho
2. Peligro de que ese derecho aparente no sea satisfecho

Por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Decana la certeza de la existencia del derecho es función de la resolución principal. Para que el juez otorga una cautelar pasa que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se puede prever que la resolución principal declarado el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. el resultado de esta valoración más breve y superficial de la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis corresponde a la realidad.²⁵

²⁵ *Ibidem.*, pp. 29-34

CAPÍTULO II. MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA PENAL EN EL DERECHO COMPARADO.

El estudio del derecho comparado resulta de suma importancia en su doble aspecto para la construcción del derecho. En primera, tiene un alto impacto dentro de la investigación legislativa para la modificación del sistema normativo vigente mexicano y en un segundo plano, resulta una actividad fructífera para la academia para la crítica y nuevas tendencias en la aplicación del derecho al interior de los juzgados. En ella se confrontan semejanzas y diferencias con el firme propósito de mejorar el sistema jurídico de un país siendo México un claro ejemplo. Continuando con lo anterior, se analiza la institución de las medidas cautelares desde la perspectiva de tres sistemas jurídicos: el español, el chileno y el de Costa Rica.

2.1 ESPAÑA

Respecto al sistema jurídico de España, José Juan Toharia nos menciona que “El sistema legal español forma parte de la tradición civilista o romano-canónica, y más concretamente, dentro de esta, de la variante romanista o napoleónica, característica del conjunto de los países del sur de Europa.”²⁶. Por consiguiente, al formar parte de la familia neorromanista, su fundamento está basado en el derecho romano. En España tienen un modelo similar al que está en México, sin embargo, en este país incluso ya se está buscando de reformar el proceso penal, esto nos dice mucho del estado de desarrollo en el que nos encontramos en relación a otros países de Europa como lo es España, si bien, cada país tiene sus leyes de la materia y no es que se esté obligado a copiar y estar en una moda o a la vanguardia, sin embargo, nos encontramos que cada sistema jurídico es único en cuanto a la realidad en la que se lucha y esta es una nota que debemos tomar en cuenta para la construcción del derecho penal ya sea en su ámbito sustantivo o en aspecto adjetivo, una diferencia sustancial con nuestro sistema es que la fase de investigación en España la realiza un Juez de instrucción, aquí en México, es realizada por el Ministerio Público. Es importante realizar cambios para mejorar el

²⁶ Fix-Fierro, Héctor, *et al.*, *Culturas Jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, Porrúa, México, 2003, p. 307

sistema y mi afirmación la baso en la descripción del sistema penal español, Fernando Gascón Inchausti, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid menciona que:

“El actual sistema procesal penal vigente en España se funda en tres ideas básicas, en tres pilares, a partir de los cuales se vertebra nuestro modelo de justicia penal:

1.- El primer pilar sobre el que se construye nuestro modelo es el de que en todo proceso penal deben llevarse a cabo tres actividades distintas: la de investigar, la de acusar y la de juzgar. Y, además, cada una de ellas ha de llevarse a cabo por sujetos distintos.”²⁷

El acto de investigar hace referencia a encontrar una respuesta afirmativa o de negación en la comisión de un delito y en caso de existir, cuál es el tipo de delito cometido; otra de las interrogantes a responder es quién es el sujeto imputable, es decir, el presunto responsable del hecho delictuoso. La investigación corresponde a un órgano jurisdiccional, el Juez de Instrucción, quien es la figura encargada de tomar la dirección y su coadyuvante en este acto es la Policía Judicial; a comparación de México, en donde la Policía y la Fiscalía tienen la facultad de las averiguaciones previas a la acusación formal del sujeto el cual resulte responsable del delito.

En la legislación española, al ser el Juez de Instrucción el investigador tiene como propósito preservar las garantías de imparcialidad e independencia al tomar decisiones en los cuales se involucren los derechos de los sujetos que se encuentren en el proceso.

²⁷ Gascón Inchausti, Fernando, *Derecho Procesal Penal Materiales para Estudio*, copyleft, España, 2019, p.13.

Respecto a la función de acusar, se le atribuye a una o más personas el hecho de investigación, donde es señalada una pena o castigo según la gravedad del hecho delictuoso. Quien tiene la facultad de realizar tal acción es el Ministerio Fiscal, no obstante, esta institución no es la única encargada de acusar a un individuo como sucede en otros países, sino que puede ser manifestada por particulares como el ofendido o cualquier individuo quien se vea involucrado en uno hecho delictivo (acusación popular).

Para finalizar con el primer pilar, la tercera función de juzgar corresponde a la aplicación debida del Derecho, es decir, establecer las características del hecho en particular y revisar dentro de las normas jurídicas cuál es el delito al que más se adecua para determinar su correspondiente castigo. Al que se le atribuye esta función es a un Juez, quien luego de escuchar ambas partes involucradas emitirá su juicio.

2.- “La segunda idea sobre la que se asienta nuestro modelo de justicia penal es la de que el proceso penal debe estar dividido en dos fases: la fase de instrucción y la fase de enjuiciamiento.”²⁸

La fase de instrucción, también denominada como fase de sumario es relevante al investigar todos los elementos necesarios para continuar con el juicio oral de la conducta delictiva. Entre los elementos que se obtendrán de la investigación son la acreditación de la comisión de un delito, la identificación del responsable y la existencia de pruebas suficientes para sustentar la acusación durante el juicio.

Posterior a esta fase existe una intermedia, donde se analizan los resultados de la fase de instrucción donde se decidirá si amerita o no una fase de enjuiciamiento.

²⁸ *Ibidem*, p.14

La fase de enjuiciamiento o de juicio oral será abierta previa la fase de instrucción, donde se formularán pretensiones y las pruebas correspondientes donde el tribunal dictará una sentencia.

3.- “Finalmente, el tercer elemento definitorio de nuestro modelo de proceso penal es que, como regla, en él se ejercitan conjuntamente la acción penal y la acción civil derivada del delito”.²⁹

Por lo tanto, el proceso penal no solo aplica los supuestos del Derecho Penal al investigar el hecho punible y castigarlo, sino que tiene la obligación de solicitar consecuencias jurídicas civiles al reclamar a la persona responsable la reparación del año o la indemnización por los daños ocasionados.

2.1.1 LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL

La legislación en materia de derecho procesal penal surge como la mayoría de los países de su Constitución Política y de otras normas de los tratados internacionales. No obstante, la normativa más relevante en esta materia es la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada el 14 de septiembre de 1882.

Esta Ley regula todo el proceso penal, se encuentra conformado por 998 artículos dispuestos en siete libros. Particularizando en las medidas cautelares en el Derecho Procesal Penal. Una de ellas es la **citación**, señalada en el artículo 486 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde la persona a quien le sea imputado un delito deberá ser citada y escuchada, o en su defecto, procederá la detención en los casos que la Ley disponga. Si la persona que fuese citada por el Juez incumpliese con su asistencia y no exista causa justificable, esta orden de comparecencia podrá convertirse en una orden de detención.³⁰

²⁹ *Ibidem*, p. 15

³⁰ Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882, p. 226:

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/es/es060es.pdf>

Otra de las medidas, como se señaló es la **detención**, regulado en el artículo 490, donde a la letra nos indica lo siguiente: “Cualquier persona puede detener:

1. Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo.
2. Al delincuente, “in fraganti”.
3. Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.
4. Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que debe cumplir la condena que se le hubieses impuesta por sentencia firme.
5. Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.
6. Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.
7. Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.”³¹

Conforme a lo antes expuesto, la ley permite que una persona civil/particular tenga la facultad de detener a una persona en situaciones particulares lo que en otras legislaciones de otros países no consideran tales facultades, como lo es en México, en donde solo aplica en caso de flagrancia donde será entregado a las autoridades correspondiente de manera inmediata; a diferencia de España donde existe un plazo de 24 horas para ser entregada la persona ante el Juez más próximo al lugar donde haya ocurrido el hecho de detención.

Posteriormente, en el artículo 492 expone la obligación de detención por parte de una autoridad o agente de policía judicial en las circunstancias del artículo anterior, en la cual se adicionan otros puntos correspondientes a la persona que estuviese procesado por un delito con pena superior y por motivos especiales, podrá ser detenido un individuo donde el acto punitivo cometido sea una pena inferior.

³¹ *Ibidem*, p. 227

La **prisión provisional** es una de las medidas cautelares y se estipula en el artículo 502, que será decretada por el Juez de Instrucción o la parte quién ejerza la función de aquel.

Para poder decretar esta medida es necesario se cumplan requisitos como la existencia de un hecho que por sus características sean consideradas como un delito, y que este delito sea considerado con una pena superior a la de prisión menor o cuando el Juez señale necesaria la prisión provisional por las circunstancias del hecho, como las reincidencias del imputado. La temporalidad de la prisión provisional dependerá según el delito, donde puede variar desde tres meses a dos años.

Existe otra medida adoptada en esta legislación: la **incomunicación**, donde el detenido (s) o preso(s) es limitado a recibir u otorgar información referente a la investigación debido a la gravedad de esta, mediante el cual la persona pueda obstaculizar el esclarecimiento de los hechos, esta medida solo será vigente en un plazo de cinco días. El detenido podrá asistir a las diligencias donde sea requerido y no interfiera con el propósito de esta medida. No obstante, el preso podrá escribir o recibir recados previa revisión de la información por medio del Juez de Instrucción al no encontrar inconveniente alguno.

En situaciones donde el imputado se encuentre en **libertad provisional**, este deberá presentarse ante el Juez o Tribunal donde se conozca la causa en los días previamente establecidos y las veces que sea solicitado por tales autoridades.

Otras de las medidas admitidas es la **fianza** para la libertad provisional, donde el monto será decretado por el Juez según su criterio y de acuerdo con la naturaleza del delito. La fianza será fijada de manera monetaria y para hacerla efectiva tendrá como garantía algún bien mueble y/o inmueble; y en caso de no asistir a las citas interpuestas por el Juez, en un plazo de diez días podrá validarse y se venderán en una subasta pública previa tasación.

Las medidas de prisión preventiva y su desistimiento o en las fianzas podrán ser apelables de acuerdo con lo establecido en la ley.

2.2 CHILE

En el año 2000 entró en vigor un nuevo proceso penal en Chile, luego de existir muchos conflictos en su sistema de justicia en tiempos anteriores: sistemas jurídicos autoritarios, dictaduras disfrazadas de democracia, entre otros; el objetivo primordial fue adoptar un sistema de juicio oral debido al consentimiento de tratados internacionales en temas de derechos humanos, por lo cual, más que adoptar fue adaptarse a los parámetros internacionales de nuestros tiempos.

El nuevo proceso penal implementado es el que ahora en México se aplica de manera paulatina, como se refiere en apartados anteriores consta de tres etapas: la fase de investigación, fase intermedia o de preparación del juicio y la fase de juicio oral, los cuales guardan similitud con el proceso penal en nuestro país y en España, sin embargo, existen algunas diferencias respecto a las figuras que intervienen en cada etapa. En la fase de investigación intervienen los fiscales, quienes son los encargados del dinamismo en la investigación en conjunto con la Policía y otros órganos especializados en el menor tiempo posible para agilizar así el procedimiento; y en consecuencia, desahogando la carga de trabajo a los Jueces de Garantía, que solo tendrán como función verificar que los procedimientos cumplan con los requisitos legales y por ende no exista una violación a los derechos humanos. Otra de sus funciones es dar término al proceso de manera abreviada.

Respecto a las alternativas para abreviar el proceso se aplican dos nuevas instituciones procesales: la suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio o compensación imputado-víctima. La primera hace referencia al común acuerdo entre el fiscal y el imputado al solicitarle al Juez de Garantía la suspensión del procedimiento, sin declararse culpable para solicitarlo, por lo que durante un lapso de tiempo no mayor a tres años el imputado será controlado o sujeto a ciertas condiciones que deberá cumplir; algo que resulta muy beneficioso ya que al finalizar

este plazo el sujeto podrá reinsertarse a la sociedad sin un antecedente penal. La segunda alternativa, el acuerdo reparatorio, será analizado por el Juez que valorará si el delito puede ser resuelto mediante esta alternativa, en la que es considerada a la víctima y su reparación sobre el acto a castigar.

En esta etapa se reunirán todos los elementos de investigación que puedan ser considerados válidos como medios de prueba en la fase de juicio oral.

La audiencia de preparación del juicio oral es muy similar al de nuestro país al iniciarse formalmente con el control de acusación, en él se expondrán los hechos relativos al delito y se ofrecen los medios de pruebas recopilados en la fase anterior. Por tanto, el imputado podrá preparar su defensa con lo expuesto por el Ministerio Público. Otra vertiente a considerar es la suspensión del procedimiento al no reunir los elementos suficientes para formular una acusación. En este caso, se podrá abrir nuevamente el caso cuando los intervinientes hayan formulado diligencias para la investigación y estas fuesen rechazadas por el Ministerio Público; por lo que el Juez podrá ordenar que estas sean cumplidas y el fiscal en turno abrirá nuevamente el caso y será la única vez en la que podrá hacerlo. En esta etapa se dará una última ocasión para optar por una salida alternativa.

Finalmente, en la etapa de juicio oral, que es considerada como la primordial fase en el procedimiento procesal es llevada a cabo ante un tribunal colegiado en donde sus miembros no tendrán conocimiento absoluto del hecho para salvaguardar el principio de imparcialidad. Durante este debate son descargadas las pruebas de las partes (Ministerio Público y la defensa) para que los jueces puedan deliberar una sentencia condenatoria o absolutoria. Todo este proceso se realiza de manera oral sin la oportunidad de presentar escritos o lectura de testimonios, haciendo cumplir el principio de inmediación y de oralidad.

2.2.1 LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL

Las medidas cautelares se encuentran legisladas en el Código Procesal Penal de Chile, en el Título V, a partir del artículo 122 donde nos indica que estas medidas serán tomadas cuando sea “absolutamente indispensable para asegurar los fines del procedimiento”³² y estarán fundamentadas por una resolución judicial. Estas se encuentran divididas en medidas cautelares personales y medidas cautelares reales.

Dentro de las medidas conocidas como personales se encuentran la citación, detención, prisión preventiva, prohibición de comunicaciones, entre otras que se mencionarán a continuación.

La **citación**, como en España, se utiliza cuando es necesaria la presencia del imputado ante un tribunal, sin más detalles a redactar en el Código; en la **detención** se explica con mayor detalle las situaciones en las que puede darse, y a diferencia de España y en nuestro país, solamente un funcionario público facultado por la ley y a su vez que aquella sea emitida de manera legal, se podrá realizar la detención de una persona; con excepción en los delitos de flagrancia. Otro de los tipos de detención es la **judicial** y **por un tribunal** que no sea de jurisdicción en materia penal.

En el artículo 138 relativo a la **detención en la residencia** del imputado, es equivalente en México al denominado arresto domiciliario, que podrá resultar por motivos de defensa de la persona y derechos de un extraño o cuando defendiese los derechos de su cónyuge, parientes consanguíneos o conviviente civil y no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.³³ Otra de las formas para hacer efectiva esta medida es cuando la residencia del imputado se encuentre fuera de la ciudad donde funcione el tribunal competente.

³² Ley No. 19696 (2000). Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>

³³ Ley No. 21246 (1874), pp. 3-4. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984>

La **prisión preventiva** es otra medida mediante el cual solamente es aplicada cuando no sean suficientes las medidas anteriores y el Juez lo indique; por lo que se logrará asegurar las finalidades del procedimiento. Los requisitos necesarios para realizar esta medida son³⁴:

- a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existen antecedentes que permitieron presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor; y
- c) Que existen antecedentes calificados que permitieron al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de las diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga (...).

Motivos que son explicados a detalle a comparación de España y en nuestro país, donde de una manera implícita se deducen estas situaciones que motivan la prisión preventiva.

En la **prohibición de comunicaciones**, lo que en España es llamado “incomunicación” se restringe o prohíbe las comunicaciones al preso a petición del fiscal cuando resulte necesario para obtener una investigación exitosa, al igual que en España, el plazo de esta medida no rebasará un tiempo de diez días. Lo destacable en este país es la imposibilidad de aplicar esta medida en una celda de castigo, por lo cual al llevar a efecto esta medida el tribunal instruirá a la autoridad del recinto las circunstancias en las cuales podrá hacerse efectiva. En el párrafo sexto del Código de Procedimiento Penal estipula otras medidas cautelares

³⁴ Ley No. 19696 (2000), p. 40

personales que podrán hacer efectivas en la fase inicial e intermedia del proceso penal:³⁵

- a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale, si aquella se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;
- b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que se informarán periódicamente al juez;
- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o la autoridad que él designare;
- d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;
- e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;
- f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa;
- g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquel;
- h) La prohibición de poseer, tener o portar armas de fuego, municiones o cartuchos, y
- i) La obligación del imputado a abandonar un inmueble determinado.

Citado lo anterior, podemos inferir que el sistema procesal en Chile es más específico en situaciones que pudiesen ocurrir y trata de impedir lagunas legales como en otros países, al ser muy puntual en sus incisos y metódicos en las medidas cautelares que pueden implementarse y la etapa en las que pudiesen ser solicitadas para no caer en interpretaciones que logren beneficiar a una de las partes que se encuentren en el proceso.

³⁵ *Ibidem*, p. 46

Respecto a las medidas cautelares reales se hace referencia a las aplicables a su Código de Procedimiento Civil, los cuales son:³⁶

1. El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;
2. El nombramiento de uno o más interventores;
3. La retención de bienes determinados; y
4. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.

El **secuestro de la cosa** refiere al resguardo de un bien mueble al temer su pérdida o deterioro, obligando al poseedor a hacer efectivo tal acto, esto con el fin de dar certeza suficiente para restituir algún daño que este ocasionare.³⁷

En el **nombramiento de uno o más interventores** posee el mismo fin que la medida anterior, evitar el deterioro de la cosa o bien inmueble; de igual manera podrá nombrarse un interventor cuando se reclame una herencia ocupada por otro, en la demanda de un socio por el mismo bien o cosa y otros relativos a evitar por cualquier motivo tales hechos donde los derechos del demandante puedan incurrir en alguna falta.

Donde podrá intervenir tanto el demandante, demandado o un tercero es en la **retención de bienes**, como en el caso de dinero o cosas muebles que sean materia de juicio y todo lo que pueda ejercer una garantía ante la autoridad y por motivos de seguridad, en casos de ocultación de bienes por parte del demandado.

Estipulado en el artículo 296 del Código de Procedimientos Penales, la **prohibición de celebrar actos o contratos** podrá hacerse efectiva sobre los bienes que sean materia del proceso de juicio o demás bienes que puedan garantizar el aseguramiento del juicio.

³⁶ Ley No. 1552 (1902), pp. 65-66. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=22740>

³⁷ Ley No. 21264 (2000). Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>

Para poder realizar estas medidas reales, el demandante tendrá que presentar comprobantes de los derechos que reclame, salvo en casos de delitos considerados graves.

2.3 COSTA RICA

El procedimiento procesal en este país es un sistema mixto, como señala Gadea Nieto (1997), mediante el cual los objetivos principales para realizar esta reforma fueron la división de los jueces, donde en cada etapa del procedimiento intervendrán diferentes para cumplir con la objetividad e imparcialidad en el momento de realizar sus funciones. De igual forma se le otorga mayor participación a la víctima, y son reconocidos los derechos al inculpado. El órgano encargado de la acción penal es el Ministerio Público y al igual que los países anteriores el proceso es dividido en tres fases: la fase de investigación, la fase intermedia y la fase de juicio oral.

Durante la primera etapa, se realiza una investigación para reunir los elementos para formular una acusación bien fundamentada y poder ser debatida en el juicio. Este será efectuado en un plazo determinado y el mismo imputado podrá solicitarlo al Juez y en caso de vencer se extinguirá la acción penal. En esta fase, son recabados los elementos de prueba que ayuden a esclarecer el hecho delictuoso y que posteriormente el juez podrá admitirlos como pruebas si estas cumplen con lo previsto por la ley. Al igual que el sistema de Chile, la institución encargada de investigar es el Ministerio Público y el órgano en auxiliarlo es la Policía Judicial. Otro partícipe en esta etapa es el Juez preparatorio, quien comprobará que los procedimientos se encuentren apegados a la ley y sean respetados los derechos de las partes. Esta fase finaliza al elaborar la acusación formal del imputado interpuesto por el Ministerio Público; el sobreseimiento definitivo o provisional; y en otros casos, cuando exista una conciliación o procedimiento abreviado como medida alterna.

En la fase intermedia se da formalidad a los requerimientos legales de acusación, en el cual se determina si existen los fundamentos necesarios para proseguir con la etapa de juicio oral. Las características principales de esta etapa son la oralidad y privacidad, la determinación de la responsabilidad, en esta se puede hacer válido el criterio de oportunidad, se realiza la valoración de las circunstancias del caso y todas las partes tienen la obligación de asistir, es decir, Ministerio Público y defensor.

Como en los sistemas de los países anteriores, la tercera fase es la primordial y donde se producen las pruebas. A diferencia de los demás países, puede ser dirigida por un tribunal unipersonal si la pena del delito es menor a los cinco años y por un tribunal colegiado cuando la pena sea mayor. En ella, la acción es oral, pública, contradictoria y continua, es realizada en presencia del juez y de las partes en las cuales se lleva el siguiente orden: “actos preliminares o de preparación del juicio, sustanciación del juez o momento donde se producen las pruebas, deliberación y sentencia.”

2.3.1 LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL

Las medidas cautelares se encuentran dispuestas en el Código Procesal Penal, divididos en medidas de carácter personal y de carácter real; los primeros se exponen a partir del artículo 235 al artículo 262, en los que se menciona la aprehensión, detención, prisión preventiva, arraigo, entre otras medidas cautelares señaladas en el artículo 244 del mismo Código.

La **aprehensión** consiste en detener a una persona por autoridades de policía sin una orden judicial y cuando exista flagrancia de algún delito, esta se haya fugado de un establecimiento penal o de detención o existan sospechas de ser partícipe en la comisión de un acto delictuoso. La **detención** ocurre por acción del Ministerio Público donde la persona imputada es solicitada por razones fundamentadas y sea señalada como autor o partícipe de un hecho punible y sumado a ello, exista el riesgo de fuga o de su ausencia del lugar. Esta medida es

muy similar en las legislaciones procesales de España y Chile bajo el precepto de citación.

La aplicación de la **prisión preventiva** será solicitada de manera judicial fundada, lo cual le corresponde al Ministerio Público realizar las diligencias necesarias y en audiencia oral se realizará la petición ante el juez quien tomará la decisión de hacerla o no válida. Los requisitos para imponer esta medida son una combinación entre la legislación de España y Chile: se menciona requisitos como la presunción razonable de ser la persona quien haya cometido un delito y también incluye que la víctima pueda correr peligro en caso de no aceptar esta medida. Otros de los causales para aplicar esta medida que no se incluyen en los otros países son la reincidencia por parte del imputado y que se traten de delitos relacionados con la delincuencia organizada.

El **arraigo** hace referencia al peligro existente de fuga por parte del imputado, el cual en otras legislaciones es considerado arresto domiciliario. Otras medidas cautelares consideradas en el artículo 244 son específicas como en la legislación chilena, como se menciona la prohibición de salir del país, de concurrir en reuniones o visitar ciertos lugares; y la vigilancia de una persona o entidad determinada y que realice monitoreos y hacer constancia ante el tribunal.

Las medidas cautelares de carácter real se establecen en el artículo 263 y al artículo 264, en la que solo hace mención el embargo, que será solicitada a petición de parte y así poder garantizar la reparación de daños y perjuicios, y de igual forma el pago de las costas.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS PRECEPTOS CAUTELARES DENTRO DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Como hemos estado revisando en capítulos anteriores sobre el presente estudio, el efecto de aplicar supuestos de derecho va con la finalidad de mantener una situación de hecho durante el desarrollo procesal, sin embargo, para efectos del derecho penal nos encontramos que el Código Nacional de Procedimientos Penales contiene diversos preceptos o supuestos jurídicos encaminados a establecer una prevención para que una situación de hecho se mantenga; estas son las medidas cautelares, las medidas de protección y las providencias precautorias.

Los preceptos de tinte precautorio están contenidos dentro del Libro Primero, Título VI denominado *Medidas de protección durante la investigación, formas de conducción del imputado al proceso y medidas cautelares*, a continuación, en este apartado se hará mención y estudio de sobre las medidas cautelares, medidas de protección y providencias precautorias. Cada una tiene una función preventiva, sin embargo, cada institución tiene una particularidad esencial que las diferencia de las otras y será objeto de estudio. Pese que para algunos autores consideran las formas de conducción de la investigación como elementos parte de los preceptos enfocados a la prevención de situaciones de hecho, para nosotros no son meramente de prevención sino que son eso, formas de llevar la conducción que si bien, tiene elementos como la obligatoriedad, ninguna tiene una temporalidad de aplicación pues al momento de cumplimentarse fenece o concluye dicha conducción del proceso, (etapa de investigación, de preparación a juicio o la de juicio.) o c, en el caso de la Orden de Aprehensión no es una medida preventiva sino por el contrario, es una forma de asegurar la presentación del imputado previo a los supuestos de violación a una medida cautelar o previo a la ausencia del imputado ante una orden de comparecencia sin justificación por lo que el juez, al tener al imputado, realiza la aplicación de una medida cautelar pero carece de la temporalidad la cual tienen los demás preceptos cautelares.

3.1 MEDIDAS CAUTELARES

En el Código Nacional de Procedimientos Penales comentado por los maestros Benavente Chorrea e Hidalgo Murillo al respecto profieren:

“La coerción personal constituye un instrumento (...) necesario para alcanzar los fines del proceso penal, aunque su determinación y aplicación se ve limitada por acá el marco básico de principios reconocidos en las normas constitucionales.”³⁸

A su vez Benavente e Hidalgo citan a Gimeno Sendra el cual dice que las medidas cautelares son resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional que pueden adoptarse frente al presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso del procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia.³⁹

“Artículo 153. Reglas generales de las medidas cautelares. Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.

Corresponderá a las autoridades competentes de la Federación y de las entidades federativas, para medidas cautelares, vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.”⁴⁰

³⁸ *Ibidem*, p. 509

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ Ver: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf

3.1.1 MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER REAL.

3.1.1.1 EMBARGO

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares.

(...)

III.- Embargo de bienes;

(...)

Esta medida cautelar consta en la retención legal de un bien mueble o inmueble establecida por una autoridad competente para lograr un objetivo dentro de un proceso judicial en el cual su fin primeramente es precautorio y posteriormente pasara a tener calidad de medida cautelar.

3.1.1.2 CUENTAS Y VALORES EN SISTEMA FINANCIERO

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares.

(...)

IV.- La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;

(...)

Hoy por hoy los medios tecnológicos han ido avanzando de tal manera que es muy poca o muy escasa la gente que en la actualidad maneja sus ingresos de manera tangible. Esta medida cautelar consta esencialmente en la prohibición que se le hace al imputado de disponer de sus recursos financieros, los cuales se encuentra a disposición de una institución bancaria.

Ahora bien, el fin de aplicar esta medida cautelar es:

- Asegurar que el imputado se evada de la justicia por el hecho de que pueda salir del país al contar con activos suficientes en sus cuentas financieras.
- El hacer una reducción de sus recursos financieros mediante la transferencia a un tercero mediante medios electrónicos.

Entre otros dependiendo del tipo penal por el cual sea imputado.

3.1.1.3 EXHIBICION DE GARANTÍA ECONÓMICA

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares.

(...)

II.- La exhibición de una garantía económica;

(...)

En relación con el anterior sistema en el que no tenia participación la victima en el sistema acusatorio se vela por la reparación del daño esta medida cautelar va encaminada a la garantía de la reparación del daño.

3.1.2 MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL

3.1.2.1 SUSPENSION PROVISIONAL EN EL EJERCICIO DEL CARGO

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares.

(...)

X.- La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;

(...)

3.1.2.2 PRESENTACIÓN PERIODICA ANTE LA AUTORIDAD

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares.

(...)

I.- La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;

(...)

En esta medida cautelar al imputado se le impone la obligación de apersonarse periódicamente ante la autoridad competente encargada de la supervisión de las medidas cautelares. El juez determinará el día específico de la semana, el cual sin excusa alguna deberá cumplir con la medida cautelar. Tal autoridad competente de verificar que se cumpla con la medida cautelar deberá llevar un registro para hacer constas que efectivamente el imputado a estado cumpliendo como lo ha dictado el juzgador.

3.1.2.3 PROHIBICION DE SALIDAS

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares.

(...)

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

(...)

La ley es clara y precisa con esta medida cautelar y de nueva cuenta como indica el título de la medida cautelar el Juez prohíbe al imputado el abandonar, ya sea un municipio, entidad federativa o el país. Considero que esta medida cautelar deberá ir acompañada con otra que en conjunto aseguren la permanencia del procesado y así seguir con el proceso penal sin demoras.

3.1.2.4 SOMETIMIENTO AL CUIDADO O VIGILANCIA DE PERSONA O INSTITUCIÓN

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares.

(...)

VI.- El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;

(...)

En lo concerniente a esta medida cautelar está será aplicada únicamente cuando se trate de personas que por su condición se le considere como inimputables. Sin embargo, el Juez podrá ordenar que sea entregado al cuidado o cautela de quien legalmente se haga cargo del inimputable. Por otra parte, el Juzgador también podrá ordenar que sea internado en:

- Un establecimiento Médico.
- Un establecimiento psiquiátrico.
- Un centro de salud.

Las antes mencionadas instituciones que el Juez determine para cumplir con esta medida cautelar deberán cumplir con las condiciones óptimas para su tratamiento y vigilancia y como es evidente garantizar el cumplimiento adecuado de esta medida.

3.1.2.5 PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA O REUNIONES

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares.

(...)

VII.- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares;

(...)

Los efectos que conlleva esta medida cautelar son prohibitivos, toda vez que el imputado conociendo de manera clara y precisa aquellos domicilios, establecimientos o los lugares que el Juez considere pertinentes tendrá prohibido asistir.

3.1.2.6 PROHIBICIÓN DE ACERCARSE A PERSONAS, VÍCTIMAS, OFENDIDOS, TESTIGOS

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares.

(...)

VIII.- La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

(...)

Como la anterior medida cautelar, esta del mismo modo es prohibitiva, pues el imputado tiene prohibido comunicarse o tener contacto alguno con las personas que el juez claramente a precisado la comunicación del mismo modo que determinara su duración. Esto para también que no pueda manipular algún testigo que haya sido ofrecido como prueba en su proceso.

3.1.2.7 SEPARACIÓN INMEDIATA DEL DOMICILIO

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares.

(...)

IX.- La separación inmediata del domicilio;

(...)

Esta medida cautelar por la conceptualización que adoptan ciertos catedráticos es lógico pensar que se enfoca primordialmente para la atención de hechos en los que se susciten violencia familiar y/o cuando víctima e imputado compartan el mismo domicilio. Algunas reglas que esta medida cautelar tiene son:

- El juez la podrá dictar de hasta seis meses.
- Existe la posibilidad de prorroga de la medida por otros seis meses.
- En caso de que el imputado sea separado del domicilio y tenga obligaciones alimentarias, éstas no cesaran.
- La reconciliación de la víctima e imputado tendrán como consecuencia la cancelación de esta.
- El imputado podrá regresar al domicilio siempre y cuando se comprometa formalmente a no realizar hechos en los que se vea afectada la integridad de la víctima u ofendido y tendrá conocimiento de que se le podrá imponer medidas cautelares de mayos afectación personal.

3.1.2.8 SUSPENSIÓN DE UNA DETERMINADA ACTIVIDAD PROFESIONAL O LABORAL

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares.

(...)

XI.- La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;

(...)

La idea principal de esta medida cautelar es, como el título indica suspender temporalmente al sujeto al cual se le imputa la comisión de un hecho que la ley señala como delito una actividad profesional o laboral.

Como toda medida cautelar deberá ser solicitada por el ministerio público e impuesta por el Juez el cual deberá:

- Indicar la razón
- Motivar y justificar su decisión
- Establecer su duración.

Esta medida cautelar no le atribuye la culpabilidad del delito que se persigue al imputado.

3.1.2.9 COLOCACIÓN DE LOCALIZADORES ELECTRONICOS

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares.

(...)

XII.- La colocación de localizadores electrónicos;

(...)

Dicha medida de prevención consiste en la colocación de localizadores electrónicos, sin que intervenga violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado.

Los imputados serán supervisados a través de un sistema de monitoreo electrónico implementado para tal efecto por la Autoridad de Medidas Cautelares de la Secretaría de Seguridad Pública del Estado, que estará a cargo de la vigilancia y operatividad de dicho sistema en coordinación con la Policía Estatal y de la Policía Procesal.

3.1.2.10 RESGUARDO EN SU PROPIO DOMICILIO

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares.

(...)

XIII.- El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga,

(...)

3.1.2.11 PRISIÓN PREVENTIVA

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares.

(...)

XIV.- La prisión preventiva.

(...)

Siendo esta la medida cautelar de mayor afectación para el imputado y a pesar de encontrarse en el último lugar en el catálogo de las medidas cautelares contempladas en el Código Nacional de Procedimientos Penales, es aquella la más solicitada por el MP. Desde luego, partiendo de la naturaleza de la medida cautelar es la más efectiva para asegurar infaliblemente la presencia del imputado, claro es que el fin de todo proceso penal es que, aquel que ha activado un supuesto del Código Positivo en contra de otro sea juzgado por su actuar con un debido proceso. Además de garantizar, protección de víctimas, testigos y a la comunidad.

Esta medida cautelar puede ser a petición u oficiosamente. Se dice que es oficioso puesto que la nuestra Carta Magna establece determinados delitos graves que son acreedores de dicha disposición. Estos Delitos facultan al Juez de Control de Imponer esta Medida Cautelar con el simple conocimiento del hecho que la ley

señale como delito y caiga en el supuesto ya mencionado. Estos delitos se encuentran en el Artículo 19 Párrafo II y son:

- Casos de abuso o violencia sexual contra menores.
- Delincuencia Organizada.
- Homicidio Doloso.
- Femicidio.
- Violación.
- Secuestro.
- Trata de personas.
- Robo de casa habitación.
- Uso de programas sociales con fines electorales.
- Corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones.
- Robo al transporte de carga cualquiera de sus modalidades.
- Delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos.
- Delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares.
- Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos.
- Delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.
- Delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación.
- El libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

3.2 MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Artículo 137. Medidas de protección.

El Ministerio Público, bajo su más estricta responsabilidad, ordenará fundada y motivadamente la aplicación de las medidas de protección idóneas cuando estime que el imputado representa un riesgo inminente en contra de la seguridad de la víctima u ofendido. Son medidas de protección las siguientes:

- I. Prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima u ofendido;
- II. Limitación para asistir o acercarse al domicilio de la víctima u ofendido o al lugar donde se encuentre;
- III. Separación inmediata del domicilio;
- IV. La entrega inmediata de objetos de uso personal y documentos de identidad de la víctima que tuviera en su posesión el probable responsable;
- V. La prohibición de realizar conductas de intimidación o molestia a la víctima u ofendido o a personas relacionados con ellos;
- VI. Vigilancia en el domicilio de la víctima u ofendido;
- VII. Protección policial de la víctima u ofendido;
- VIII. Auxilio inmediato por integrantes de instituciones policiales, al domicilio en donde se localice o se encuentre la víctima u ofendido en el momento de solicitarlo;
- IX. Traslado de la víctima u ofendido a refugios o albergues temporales, así como de sus descendientes, y
- X. El ingreso de la víctima u ofendido a su domicilio, una vez que se salvaguarde su seguridad.

Dentro de los cinco días siguientes a la imposición de las medidas de protección previstas en las fracciones I, II y III deberá celebrarse audiencia en la que el juez podrá cancelarlas, o bien, ratificarlas o modificarlas mediante la imposición de las medidas cautelares correspondientes.

En caso de incumplimiento de las medidas de protección, el Ministerio Público podrá imponer alguna de las medidas de apremio previstas en este Código.

En la aplicación de estas medidas tratándose de delitos por razón de género, se aplicarán de manera supletoria la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

3.3 PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

Artículo 138. Providencias precautorias para la restitución de derechos de la víctima. (...)

- I. El embargo de bienes, y
 - II. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero.
- (...)

3.4 ASPECTOS PROCESALES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

La peculiaridad procesal de las medidas cautelares es el momento en que dicha petición entra, regresando a la composición de las medidas cautelares, es el juez el sujeto facultado para la imposición de dicha medida y no se llega a él sino mediante formulación de imputación en su triple variante:

- Flagrancia
- Caso Urgente
- Formulación de imputación sin detenido.

Las medidas cautelares pueden ser impuestas en cualquier momento a partir de que el imputado es puesto a disposición del Juez de Control y puede ser retirada

en cualquier momento hasta la emisión del auto de apertura, pues una vez que se pone a disposición del Juez de juicio oral, supone una dilación la solicitud de imposición o modificación de medida cautelar al imputado.

CAPÍTULO IV. CRITICAS A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO Y PROPUESTA DE INCORPORACIÓN DE NUEVAS MEDIDAS CAUTELARES.

4.1 ANÁLISIS DE LA ADOPCION DE MEDIDAS CAUTELARES

El *ius puniendi* del Estado está conformado por la parte sustantiva y adjetiva, asimismo, lo conforma seguridad pública, procuración de justicia e impartición de justicia, de igual forma, podemos dividir la facultad del Estado por medio de los jueces que existen en México los cuales son el juez de control, el juez de control y el juez de ejecución quién es el que se encarga de vigilar la sentencia y compurga del sujeto condenado al delito. Ahora bien, en lo que respecta dentro del sistema inquisitorio en el que se consigna la averiguación previa con el juez de instrucción, el Ministerio Público era el encargado de asegurar el desarrollo de la investigación y tenía a su disposición el uso de la prisión preventiva o lo que se conocía como el auto de formal prisión en el que el propio Ministerio Público califica de legal la detención y el Juez de instrucción la ratificaba, con la entrada del sistema acusatorio, el paradigma discrecional del Ministerio Público es desplegado y el juez de control es quién se encarga de ser el filtro de legalidad de los actos de investigación del Ministerio en el que la carga de la investigación le corresponde a la Fiscalía del orden corresponde y queda en un plano de igualdad respecto a la defensa del imputado el cual, puede aportar los datos y medios de prueba pertinentes a efecto de entrar a debate y pasar a la fase de juicio. En la fase de investigación complementaria, la cual se da cuando se formula la imputación y se vincula a proceso, el Ministerio Público, la víctima y el asesor, son quiénes tienen el derecho de solicitar las medidas cautelares.

La adopción de las medidas cautelares responde a la necesidad de un aseguramiento respecto a:

1. La reparación del daño.

2. La presencia del imputado a efecto de asegurar las fases consecuentes del proceso penal.
3. La seguridad de la víctima.

En el paradigma anterior estos puntos eran desestimados por parte del Estado, de hecho, la participación de la víctima era poca o nula en el paradigma de justicia penal previo, ya que todo el monopolio lo tenía el Ministerio Público, incluso, la parte de la reparación del daño era olvidado tanto por el Ministerio Público como por el Juez.

La introducción de la figura de medidas cautelares y su regulación a través del Juez fue acertado ya que dejarle esta figura al criterio del Ministerio Público caería en un exceso discrecional, y no es que se quiera tildar de inoperante al Ministerio Público que ya bastante desgastada está la figura con respecto a la opinión de la población, sino que el Ministerio público tiene una serie de atribuciones y facultades en exceso que dejarle la imposición de la medida cautelar sería aun más carga de trabajo para ya la ajetreada carga de trabajo que tiene la representación social.

Como punto central, considero que dejar al Juez como encargado de la imposición de las medidas cautelares es acertado ya que previo a la determinación que dicta si se impone o no una medida, el juez es un ente imparcial que pondera la necesidad y proporcionalidad de la misma a través de la exposición de los alegatos vertidos por las partes.

El hecho de incluir un catalogo de medidas cautelares en el Código Nacional de Procedimientos Penales marca un hito en relación a la población penitenciaria, ya que en el sistema inquisitorio se hacía un uso excesivo de la prisión preventiva y esto hacía que existiese una sobrepoblación en los centros penitenciarios, además de vulnerar la dignidad del acusado (ahora imputado) por no existir un área distinta a los sentenciados, hace que se contamine al sujeto al obligarlo a convivir con personas con perfiles criminales, aunque en la actualidad, sigue sin existir esa división poblacional entre imputados y sentenciados, ha disminuido la

sobrepoblación de los centros penitenciarios al existir medida diversa a la prisión preventiva.

4.2. ANALISIS DE LA INCORPORACION DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Pese a que la institución jurídica de las medidas cautelares pertenece a la esfera de estudio del derecho penal procesal, el estudio del derecho es sistémico, es decir, las diversas instituciones del derecho se estudian de forma integral ya que se relacionan con otras áreas del derecho y el caso de las medidas cautelares se relaciona de forma directa con el derecho constitucional así como los derechos fundamentales ya que se habla de una invasión y disposición del imputado sobre su esfera y afecta directamente el derecho humano de la libertad de la persona imputada. Sin discernir tanto en la conceptualización acerca de los derechos humanos (ya que no es nuestro objeto de estudio) es menester enfocarnos así en la materia constitucional.

Luis Roberto Barroso en su obra nos menciona sobre la constitucionalización de normas, principios o valores infraconstitucionales que posterior al procedimiento de reforma a la constitución suben al rango constitucional. Al respecto Barroso profiere que “la expresión constitucionalización del derecho es de uso reciente en la terminología jurídica y podrá comportar múltiples sentidos. A través de ella se intenta caracterizar, por ejemplo, cualquier ordenamiento jurídico en el cual hubiera una constitución dotada de supremacía. Como esa es una característica común de un significado número de sistemas jurídicos contemporáneos, faltaría especificidad a la expresión.”⁴¹ Al positivizar dentro del ordenamiento constitucional o constitucionalizar una regla o principio la norma se interioriza y por consiguiente se reviste de las características de una norma constitucional. En México, la supremacía constitucional descansa en el artículo 133 el cual menciona lo siguiente:

⁴¹ Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, Porrúa, México 2008, p. 19.

Artículo 133°. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.⁴²

Del anterior precepto constitucional se desprende el principio de supremacía constitucional, el cual, nos dice que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la norma suprema y no hay nada por encima de ella; toda norma, reglamento, circular, código o constitución local se encuentra por debajo de la Constitución Federal.

Como bien se sabe, los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos que tutelan la dignidad humana y están positivizados dentro del ordenamiento constitucional a efectos de ser considerados norma suprema conforme lo establece el 133° constitucional, sin embargo, y como se analizó en párrafo previo, así como es norma suprema los derechos humanos, lo mismo sucede con la prisión preventiva en los delitos que establece el artículo 19° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en lo que respecta a delitos como delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga, hidrocarburos, desaparición forzada, delitos cometidos con medios violentos y explosivos, armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del ejército, delitos graves contra la seguridad de la nación, libre desarrollo de la personalidad y de la salud el juez de control decretará prisión preventiva oficiosa, por consiguiente nos encontramos ante una antinomia en la que por una parte los derechos humanos tutelan el principio de inocencia y la libertad, sin embargo por

⁴² Ver: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf

otra parte, en el mismo ordenamiento constitucional se ordena la privación de la libertad en determinados delitos, hecho que se hace evidente la restricción y limitación de un derecho humano. Mi observación es en cuanto a destacar el hecho que en la propia constitución se están asentando normas del tipo penal, pareciera que no tiene ningún impacto, sin embargo, hay que tomar en cuenta un medio de control constitucional por excelencia en la defensa de los derechos fundamentales es el Juicio de Amparo y que dicha garantía es improcedente contra preceptos de índole constitucional. Ante este hecho, el medio idóneo para defender la libertad (que es el derecho que peligra en el desarrollo de un proceso en materia penal) queda inutilizado al constitucionalizar la prisión preventiva oficio a rango constitucional.

Previo al análisis de la reforma constitucional sobre la prisión preventiva, estudiaremos acerca de las opiniones de profesionales del derecho sobre las medidas cautelares.

Opinión de un juzgador del Poder Judicial del Estado de Quintana Roo.

Las medidas cautelares ¿cómo impactan en el paradigma del sistema de justicia penal acusatorio?

El objeto de las medidas cautelares está contemplado al interior del Código Nacional de Procedimientos penales, el más importante es asegurar la presencia del imputado en el proceso, en otros casos derivado de la naturaleza de los delitos como pueden ser lesiones, violencia familiar, de manera particular, delitos de alto impacto, pues sería también garantizar seguridad de víctimas, ofendidos, o de propios testigos.

Dada la costumbre que tenemos en el pueblo de México, la única medida cautelar que hasta este momento se estima que satisface a la colectividad es la prisión preventiva, hay incomodidad, hay molestia de todos los ciudadanos por el hecho de que hayan otras medidas cautelares y no se ingrese a prisión a la persona que comete la conducta ilícita; esta situación no permite o no ha permitido una

buena aceptación por parte de la ciudadanía en la aplicación de estas medidas cautelares porque para ellos se está considerando que es una situación que no les genera ningún sentido de justicia, te repito como estamos acostumbrados a que por casi todos los delitos era prisión preventiva, esta nueva disposición o este nuevo paradigma de sistema de justicia está limitada la prisión preventiva básicamente a delitos de alto impacto que la Constitución establece.

Se estima que el constituido ha hecho el análisis correspondiente y ha considera delitos de muy alto impacto como son aquellos que atentan contra la vida, la libertad de las personas, la libertad sexual y últimamente yo creo que como consecuencia del alto índice delictivo de robos a casa habitación pues se ha contemplado también los robos a casa habitación, en mi opinión, si es bueno la aplicación de diversas medidas cautelares sin que se generalice a prisión todos los delitos porque ya vimos que no hay una reinserción social, no se trabaja propiamente en la reinserción y el hecho de que estén todos en la cárcel eso implica contaminación de la gente y que, por el contrario de reinsertarse a la sociedad, se ven contaminados con personas que se sí cometen delitos muy graves, de ahí que pues no sea necesario, por ejemplo, en el caso de delitos sencillos como accidente de tránsito, lesiones menores, cuestiones de incumplimiento, que todos tengan que ingresar a la cárcel.

Siento que no hay la aceptación, pero es por la falta de difusión o por la costumbre de nosotros en México de que todo debía ser prisión preventiva.

¿Cuál es su apreciación respecto a introducción de la prisión preventiva oficiosa en la constitución pese a su contemplación en el CNPP?

En la Constitución, luego de la Reforma del 2008 que tuvo aplicación hasta el año 2016 de forma genérica en todo el país, se estableció el cambio de impartir justicia y se determinó el sistema adversarial penal acusatorio, como es conocido, partiendo de eso se establecieron tanto los principios del sistema y se consideró en un momento dado que sea en la Constitución propiamente que se establecieran cuáles son los delitos que debían merecer prisión preventiva oficiosa, esto para el efecto de quitarle a los legisladores estatales la posibilidad de que a criterio

individual de cada Estado dijeran “estos delitos son prisión preventiva oficiosa y estos no”; ya que, con antelación a este sistema, cada Estado tiene la facultad de determinar cuáles delitos eran, en ese entonces, conocido como graves y que implicaban la prisión preventiva oficiosa. Considero que esta determinación de la Legislación Federal fue para delimitar esta facultad Estatal y evitar con ello la saturación de los centros carcelarios.

Evidentemente esta disposición de qué delitos debe ser considerados prisión preventiva oficiosa o no tendría que ser en un código adjetivo cómo es el Código Nacional de Procedimientos Penales, sin embargo, desde que se hizo la reforma para efectos de delimitar qué delitos tendrían esta medida cautelar es que se consideró que se establecieran en la Constitución, de hecho, son disposiciones propiamente de Códigos Penales, pero está plasmada en la Constitución. Siento que fue en aras de esto de que no sea discrecional en cada legislatura estatal decir que delitos son prisión preventiva oficiosa, además esto va encaminada de alguna manera al proyecto del Código Penal Nacional que se tiene considerado llevar a cabo, así como hay un Código Nacional de Procedimientos Penales y evitar de que cada Estado tenga medidas diferentes para atender determinados asuntos, siento que ese es el motivo por el cual en la Constitución contempla qué delitos son prisión preventiva oficiosa para que no se vaya más allá de lo que ahí es establece.

Conforme al anterior razonamiento que realiza el juzgador, es un hecho que tiene un fondo social más que jurídico la constitucionalización esta medida cautelar, sin embargo, haciendo el análisis bajo perspectiva jurídica, vemos que la prisión preventiva oficiosa en los delitos catalogados al interior del artículo 19° de la CPEUM constituye una regla de excepción ante la limitación del derecho a la libertad.

En lo personal, considero de utilidad que se constitucionalice la prisión preventiva ya que el alto impacto de los delitos como homicidio y secuestro requieren asegurar la presencia del imputado dentro del proceso y no queden

impunes estos delitos, sin embargo, por otra parte, es de especial preocupación que sin mediar un proceso a través del cuál una sentencia emitida por un juez dicte la condena de privación de la libertad se prive y limite el ejercicio de dicho de derecho por lo que el Estado justifica esta reforma a la Constitución basado en el mismo 29° Constitucional el cual establece la limitación y restricción de derechos humanos se harán a través de una ley reglamentaria y en su defecto, a través de disposición expresa en la constitución.

CONCLUSIONES

Para finalizar el presente trabajo es de suma importancia destacar que la relevancia de las medidas cautelares consiste en el aseguramiento de la víctima, ya sea en su garantía de impartición de justicia al asegurar la presencia del imputado, garantizar la integridad de la víctima al asegurarse que el imputado no pueda acercarse y el aseguramiento de la reparación del daño, situaciones que antes no se preveían en el sistema inquisitorio ya que la víctima era una figura con nula participación y por ende, protección durante el desarrollo del proceso penal.

Por otra parte, considero que es repetitivo en la composición de “medidas cautelares” ya que como vimos en el primer capítulo, ambas palabras fungen como sinónimo, pues tienen el mismo significado, mi propuesta ante esta reiterativa denominación sería el término “disposiciones cautelares” o “petición cautelar”. En la primera, el término “disposición” responde al significado de norma, por lo que estaríamos refiriendo a normas de aseguramiento, término con significado acertado sin caer en dicha tautología, lo mismo que “petición cautelar”, el cual, responde al significado de solicitud de aseguramiento el cual, tendría el mismo sentido de fondo de las ya medidas cautelares desarrolladas en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

La institución de las medidas cautelares la encuentro sumamente acertada pues viene a llenar una necesidad procesal penal sobre las formas en las que el imputado puede llevar el proceso y a su vez garantizar a la víctima el que se le ofrezca impartición de justicia, se le repare el daño y el Estado garantice la integridad de la víctima. El excesivo empleo de la prisión preventiva oficiosa en el sistema inquisitivo trajo consigo una excesiva sobrepoblación del sistema carcelario y ofrecer una alternativa al imputado en conjunto del principio de inocencia para poder llevar su proceso a través de la imposición de una medida o de varias medidas cautelares ha aminorado el impacto estadístico en las cárceles así como atacar de fondo la relación y contaminación de personas sentenciadas y personas en proceso.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE CONSULTA

Libros

1. Constantino Rivera, Camilo, *Medidas Cautelares en el sistema Acusatorio*, Magister, México, 2015.
2. Orellana Wiarco, *Seguridad Pública Profesionalización de los Policías*, 2ª ed., Porrúa, México, 2016.
3. Fierro Méndez, Heliodoro, *Control de Garantías del Proceso Penal Acusatorio, acorde con la ley 1142 de 2007*, Ediciones Doctrina y Ley, LTDA, Colombia, 2007.
4. López Betancourt, Eduardo, *Colección Derecho Procesal Oral, Volumen 2, Juicios Orales En Materia Penal*, editorial de IURE, México, 2016.
5. Martínez Morales, Rafael, *Diccionario Jurídico Moderno TOMO 2 (G-Z)*, editorial de IURE, México, 2007.
6. Sánchez Zepeda, Rodolfo, *El Juez Federal Penal Especializado en Medidas Cautelares*. Porrúa, México, 2010.
7. Benavente Chorres, Hesbert, *et al.*, *Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado*. 3ª ed., Editorial Flores, México, 2016.
8. Chacón Rojas, Oswaldo, *Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal Acusatorio*, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, México.
9. Fix-Fierro, Héctor, *et al.*, *Culturas Jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, Porrúa, México, 2003
10. Gascón Inchausti, Fernando, *Derecho Procesal Penal Materiales para Estudio*, copyleft, España, 2019

Páginas Electrónicas

1. Real Academia Española. <https://www.rae.es/>
2. Semanario Judicial de la Federación. <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/tesis.aspx>
3. Cámara de Diputados. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>
4. Gadea Nieto, Daniela, (1997). El Sistema Procesal utilizado en Costa Rica: Sistema mixto. En Marcel Storme y Cipriinoa Gómez Lara, *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, vol. IV: Sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación*. Universidad Autónoma de México. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1655-xii-congreso-mundial-de-derecho-procesal-vol-iv-sistemas-de-enjuiciamiento-penal-y-sus-organos-de-acusacion>
5. Horvitz Lennon, María I. (Diciembre de 2000). El nuevo proceso penal chileno. *Informativo Jurídico*. (24), pp. 4-17. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135785/El-nuevo-Proceso-penal-chileno.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
6. Ley de Enjuiciamiento Criminal, España, 14 de septiembre de 1882. Recuperado de: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/es/es060es.pdf>
7. Ley No. 1552. Código de Procedimiento Civil, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN, Chile, 28 de agosto del 1902. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=22740>
8. Ley No. 7594. Código Procesal Penal, La Gaceta No. 106, Costa Rica, 10 de abril de 1996. Recuperado de: https://www.imolin.org/doc/amlid/Costa_Rica/Costar_Rica_Codigo_Procesal_Penal.pdf
9. Ley No. 19696. Código Procesal Penal, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN, Chile, 29 de septiembre del 2000. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>
10. Ley No. 21246. Código Penal, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN, Chile, 12 de noviembre del 1874. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984>

11. Ley No. 21264. Código Civil, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN, Chile, 16 de mayo del 2000. Recuperado de:
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>

Leyes.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
2. Código Nacional de Procedimientos Penales