

689



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

**“EL ARRAIGO DOMICILIARIO EN LA LEY
FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA
ORGANIZADA”**

T E S I S

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

**PRESENTA:
RÁNGEL MENDEZ LUIS ALBERTO**



**ASESOR:
JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

OFICIO INTERNO FDER/110/SP/09/02
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno RANGEL MENDEZ LUIS ALBERTO, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. JULIO ANTONIO HERNANDEZ PLIEGO, la tesis profesional intitulada "EL ARRAIGO DOMICILIARIO EN LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. JULIO ANTONIO HERNANDEZ PLIEGO, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "EL ARRAIGO DOMICILIARIO EN LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno RANGEL MENDEZ LUIS ALBERTO.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 11 de septiembre 2002

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

INDICE

INTRODUCCIÓN..... 1

CAPITULO PRIMERO----- 3

ANTECEDENTES

Contenido:

El arraigo en el Derecho Romano.

Antecedentes del arraigo en España.

La detención en el Código de 1880.

Nacimiento del Arraigo en México.

El dictamen de las cámaras en torno a la reforma de 1999-

Reforma del 8 de febrero de 1999.

CAPITULO SEGUNDO-----16

LA GARANTIA DE LIBRE TRANSITO

Contenido:

Naturaleza de las garantías.

Antecedentes del artículo 11 Constitucional.

La garantía de libre tránsito.

Responsabilidad Civil.

Responsabilidad Criminal.

Facultades de la autoridad administrativa.

Prisión Preventiva

Probable Responsabilidad.

La garantía de audiencia en el arraigo.

EL ARRAIGO EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTO PENALES

Contenido:

El Ministerio Público.

La detención ante el Ministerio Público.

El arraigo durante la averiguación previa en el Código Federal de Procedimientos Penales.

El arraigo del inculcado durante el proceso penal.

Naturaleza Jurídica del arraigo.

Riesgo fundado.

Constitucionalidad del arraigo del inculcado durante la averiguación previa.

El juicio de amparo contra el arraigo del inculcado durante la averiguación previa.

La suspensión de la orden de arraigo.

Prohibición de abandonar una demarcación.

El arraigo durante la averiguación previa en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

El arraigo de testigos dentro del código federal de procedimientos penales.

EL ARRAIGO EN LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Contenido:

El arraigo durante la averiguación previa.

Circunstancias para decretar el arraigo.

Recurso del inculcado contra la orden de arraigo.

Recurso del Ministerio Público contra la resolución que niega el arraigo.

El juicio de amparo contra el arraigo durante la averiguación previa.

La suspensión de la orden de arraigo.
Arraigo de testigo.
Arraigo durante el proceso penal.
Constitucionalidad del arraigo durante el proceso.

CAPITULO QUINTO.....121

DERECHO COMPARADO

Contenido:

Colombia.

España.

CONCLUSIONES..... 131

BIBLIOGRAFÍA..... 135

En realidad obtener el título de licenciado en derecho es una obligación que estoy cumpliendo, obligación que tengo con mis padres porque durante mi vida me han dado todo lo que ha estado a su alcance en todos los sentidos.

Obligación que tengo con mis maestros de la FACULTAD DE DERECHO que a lo largo de mis estudios me enseñaron sobre la ciencia jurídica, sobre los principios que deben regir en el ejercicio de la abogacía, y sobre la vida misma, especialmente a JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO, FERNANDO CASTELLANOS TENA (en paz descanse), ALFONSO NAVA NEGRETE, ENRIQUE LARA TREVIÑO, OLGA SÁNCHEZ CORDERO, ELODIA ROBLES SOTOMAYOR, RICARDO FRANCO GUZMÁN, IGNACIO BURGOA, ISMAEL GOMEZ, BERNARDO PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO.

Obligación que tengo con las personas que a pesar de todo, no perdieron la confianza en mí, y me ayudaron a orientarme en todos los aspectos de la vida, como son mis hermanos, entrenador y amigos verdaderos.

Principalmente estoy cumpliendo la obligación que todo estudiante proveniente de escuelas sostenidas con recursos públicos debe cumplir, porque cada estudiante que no concluya sus estudios a pesar de haber sostenido esa educación con recursos públicos representa una carga para todos los contribuyentes, y un gasto que pudo destinarse a mejorar diversos aspectos importantes del país.

Señalando que la vida profesional comienza, donde el objetivo es sencillo, sí el egresado se desempeña desde la iniciativa privada hacer que la empresa mexicana sea competitiva a nivel mundial, y sí se desempeña desde el sector público facilitar la actividad de los ciudadanos realizando el trabajo por el salario que reciben y no ser sólo una carga para los contribuyentes. En ambos casos nunca dejar de actualizarse en cuanto a conocimientos se refiere.

INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas que vive nuestro país es la inseguridad pública, el cual ha sido identificado como un problema exclusivamente jurídico, en el que la solución planteada por políticos, en su mayoría demagógicos, ha sido el endurecimiento de penas y el otorgamiento de algunas facultades a las autoridades, solución que responde a fines políticos populistas, y no a un análisis científico jurídico.

La inseguridad es un problema provocado por factores económicos, sociales y políticos, por lo tanto resulta ilógico pensar que el endurecimiento de las penas o el otorgamiento de facultades a la autoridad solucionará el problema.

El arraigo es una herramienta que se otorgó al Ministerio Público en el año de 1983, y desde ese entonces ha sufrido cambios radicales que lo han desnaturalizado, en donde las autoridades han dado una interpretación errónea a dicha figura, convirtiéndola en una especie de prisión preventiva.

El análisis del marco constitucional que rodea al arraigo permitirá determinar si el arraigo tal y como es llevado a cabo en la actualidad es legal y acorde con el espíritu con que el legislador lo creó, o si por el contrario ha sufrido una desnaturalización, motivada por aspectos políticos e inclusive la falta de técnica jurídica de algunas autoridades.

Entre la regulación sobre el arraigo dentro de el Código Federal de Procedimientos Penales y la de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, existen diferencias que se analizarán dentro del presente trabajo, así como los medios de defensa que tiene el gobernado de acuerdo a cada uno de los dos ordenamientos señalados.

El derecho responde a una realidad, por ello se debe de tomar en cuenta ello al momento de crear el derecho y al momento de aplicarlo, por lo que no basta que el aspecto técnico jurídico sea correcto, sino que debe de encontrar lugar dentro de la realidad. Dentro del presente trabajo se realiza una comparación entre las normas de México y las existentes entre España y Colombia, precisando que cada una de esas naciones, poseen una realidad distinta, en el primero de ellos con un índice criminal inferior el nuestro, en tanto que el segundo de ellos tiene una criminalidad superior al nuestro.

Uno de los principales objetivos de las autoridades disminuir los niveles de la delincuencia, de una forma eficiente y sin abusar de los recursos públicos, buscando eficiencia en el manejo de los recursos asignados a dicho objetivo, de tal manera que no por asignar más recursos en busca de bajar los índices delictivos, está disminuírá.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

Contenido: El arraigo en el Derecho Romano- Antecedentes del arraigo en España- La detención en el Código de 1880- Nacimiento del Arraigo en México- El dictamen de las cámaras en torno a la reforma de 1999- Reforma del 8 de febrero de 1999.

EL ARRAIGO EN EL DERECHO ROMANO.

El arraigo es una medida precautoria que se aplicaba en el derecho civil, cuando existía el temor de que el demandado se ausentara del lugar donde debía celebrarse el juicio.

Entre los autores que hacen referencia al arraigo dentro del derecho penal está Jesús Martínez Garneño, quien sostiene que el arraigo tiene su origen dentro de las obligaciones que nacían de los delitos.

" El arraigo no es una figura novedosa, dado que tiene sus antecedentes en el propio derecho romano, ello manejando el derecho comparado dentro del capítulo de las obligaciones nacidas de los ex delito, incluso puede ser catalogada como una acción prejudicial, ya que estas tienen por objeto hacer resolver judicialmente ciertas cuestiones de derecho o de hecho, cuya solución puede ser útil al demandante en vista de un proceso ulterior."¹

Entre estas acciones prejudiciales unas se aplicaban al derecho de familia y a cuestiones del estado y otras tenían por base hacer decidir cuestiones relativas al patrimonio, en general estas cuestiones prejudiciales son de origen pretoriano.

¹ MARTINEZ GARNEÑO Jesús, La Investigación Ministerial Previa, 5ª edición Porrúa 2000 Pág. 276.

Dentro de los actos prejudiciales relativos a cuestiones del estado encontramos la acción *in libertato* (*libertatis*) en las que el Estado negaba la libertad de hecho del demandado durante el proceso.

Literalmente no se maneja en el derecho romano la acción de arraigo.

"La acción de la ley de aprehensión corporal es una acción ejecutiva donde el acreedor prende a su deudor y si este no satisface su obligación en un cierto plazo, el primero podía venderlo como esclavo o matarlo, cuando la justicia privada constituía el único medio de que disponía el acreedor era suficiente la existencia de una deuda cualquiera para aplicar la *manus iniectione*, su acción no estaba sujeta más que al control de la opinión pública."²

Aun en el caso de la acción que se menciona existía un límite para la ejecución del procedimiento de la *manus iniectione* que consistía en el freno que imponía la opinión pública limitando los alcances de la ejecución.

"La ejecución directa y personal en virtud de la *actio indicatis* autorizaba al acreedor a retomar al deudor condenado, como prisionero suyo, y se establece así una acción de detención, prevención o aprehensión, por disposición del Estado a través sus órganos obligándolo a no salir de la ciudad por un tiempo determinado dada la investigación que se realiza y en la cual se le involucra."³

ANTECEDENTES DEL ARRAIGO EN ESPAÑA

² MORINEAU Martha, Derecho Romano, 1 ed. Harla 1987 Pág. 59

³ DIAZ Alina, Concordancias, año 5, número 7, Enero- Abril 2000, México, Pág. 35.

"El derecho castellano puede definirse como el conjunto de disposiciones legislativas, doctrina y costumbres jurídicas que imperaron en Castilla desde sus orígenes hasta la consolidación del Estado español."⁴

De esta manera el Derecho español se aplicó en el territorio que hoy es México, por lo que el origen del arraigo deviene de la aplicación de dichas normas aun cuando se refieran al arraigo dentro del proceso civil, de donde muchos años después se tomó para formar parte del Derecho penal.

El estudio del Derecho español nos muestra una influencia del Derecho romano en todos los aspectos, situación que prevaleció a pesar de la dominación árabe de que fue objeto España, por ello los antecedentes del arraigo dentro de la historia del Derecho español se asemejan a los del Derecho romano.

Al arraigo personal lo encontramos en el Fuero Real su fuente española más antigua. La Ley II, Título II, Lib. 11" dice: *"Si algún hombre hubiera demanda contra otro que sea raigado demándele así como dice el fuero: e si nón fuese raigado, dé fiador quel cumpla fuero; e si fiador no le diere vaya con el ante el alcalde el 1 é tacerle derecho"*.

Otro antecedente de la providencia de arraigo de persona, lo encontramos en la Ley 41 Título II de la Partida 3a, y la Ley 66 de Toro que es la 5a Título 11 del libro 10 de la Novísima Recopilación . Una autorizaba al demandante a pedir que se obligara al demandado que carecía de arraigo, a dar fianza de estar a derecho; y la otra establecía los requisitos necesarios para su despacho; y decía: *"Ninguno sea obligado dese arraigar por demanda de, dinero que le sea puesta sin que proceda información de la deuda a lo menos sumaria de testigos o de escritura auténtica"*.⁵

⁴ BERNAL Beatriz, Anuario de historia del derecho Mexicano, 1 ed. UNAM 1998 México Pág. 92.

⁵ Enciclopedia jurídica Omeba tomo uno Buenos Aires Argentina 1985 Pág. 746.

En el derecho español se consigno especialmente la exigencia del arraigo respecto al demandado, y podemos ver que la trayectoria de dicho cuerpo legal siguió el camino trazado por la legislación romana, así puede comprobarse por la lectura de la ley 4 título 3 libro 2 del Fuero Real: la 4 título II de la Novísima y la 5 título XI libro 10 de la novísima pues el arraigo del juicio es exigencia que al actor cumple hacer, para que el demandado que *non es raigado en la tierra* preste fianza de este derecho.

Los antecedentes del arraigo en España se refieren al proceso civil, sin que se hayan encontrado datos sobre el arraigo con referencia al proceso penal.

LA DETENCIÓN EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1880.

El código al que no referimos en este apartado, fue expedido con anterioridad a la promulgación de la Constitución que actualmente nos rige, por lo que las reglas para efectuar una detención o acto de afectación de la libertad de persona alguna, son distintas de las que señala actualmente la Constitución.

Las facultades de las que gozaban lo órganos investigadores y persecutores de los delitos de acuerdo a la Constitución de 1880 son distintas a las actuales, lo relevante para el tema de estudio es conocer la forma en que debían de proceder las autoridades ante los casos de investigación de un delito, así como los requisitos para la detención de persona alguna.

De acuerdo al código que nos referimos, la policía judicial en la ciudad de México se ejercía por el Ministerio Público, los comisarios, los inspectores de cuartel, los jueces correccionales y por los jueces de lo criminal.

"Los funcionarios expresados como agentes de la policía judicial, luego que tengan conocimiento de que se ha cometido un delito o se está cometiendo un delito que pueden perseguir de oficio, dictarán todas las providencias que fueren necesarias para aprehender a los inculcados y para impedir que se pierdan o destruyan los vestigios del hecho y los instrumentos o cosas objeto o efecto del delito y en general para impedir que se dificulte la averiguación ..."⁶

De manera que en forma similar al arraigo, la policía judicial podía determinar aun de oficio la detención de cualquier persona con tal que no se dificultara la investigación, situación que con motivo de la promulgación de la Constitución de 1917 cambió para reglamentar específicamente los casos en que se pudiera privar de la libertad a un sujeto, y los requisitos para dicho acto.

Los casos en que con motivo de un procedimiento penal se procedía a privar de la libertad a algún sujeto se mantuvieron de acuerdo a la Constitución, pero el arraigo como medida precautoria de tipo personal dentro de la legislación Mexicana tuvo su nacimiento mucho tiempo después, en el año de 1983, y debido a los alcances que ha tenido hasta hoy, y a la deformación que ha tenido con relación a los argumentos que se esgrimieron para su creación, así como a la utilidad práctica que se le ha dado, se cuestiona hoy día la constitucionalidad de dicha figura.

NACIMIENTO DEL ARRAIGO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

El arraigo penal fue introducido en las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales de diciembre de 1983, como innovación respecto de las medidas precautorias en los textos anteriores, en los que se trataba

⁶ Código de Procedimientos Penales, Vigente desde el primero de noviembre de 1880.

únicamente sobre la libertad caucional previa o administrativa durante el periodo de investigación tratándose de delitos imprudenciales ocasionados por el tránsito de vehículos, o la libertad caucional de tipo judicial ya dentro del proceso penal, una vez iniciado éste, en los supuestos de prisión preventiva.

El proceso legislativo que dio lugar al nacimiento al arraigo, menciona en la exposición de motivos, entre otros puntos, que "... por lo que toca al aseguramiento personal del presunto responsable, fuera de los casos a que se refiere el artículo 16 constitucional, existe la expresa limitante prevista en el artículo 11 de la misma ley fundamental, en el sentido de que el ejercicio del derecho de tránsito está subordinado únicamente a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad civil y criminal. Consecuentemente el Ministerio Público no puede disponer por sí mismo, pese a ser con frecuencia notoriamente indispensable, el arraigo de personas contra las que se sigue una averiguación previa. Es por ello que se propone, a través de un artículo 133 bis, que el Ministerio Público pueda recurrir a la autoridad judicial, cuando esté practicando una averiguación previa, antes del ejercicio de la acción penal y precisamente para que éste sea posible, a efecto de requerir fundada y motivadamente que dicha autoridad, al amparo del artículo 11 constitucional y observando el derecho de audiencia del indiciado, disponga el arraigo de éste, que se prolongará solo por el tiempo estrictamente indispensable, y siempre bajo control del juzgador, para la integración de la averiguación previa..."⁷

De lo anterior se destaca el espíritu del legislador en el momento en que se creó la figura del arraigo dentro de los procedimientos penales, consistió en restringir y afectar únicamente la libertad de tránsito que

⁷ MARTINEZ Jorge, *Locus regis actum*, Tercera generación 1999-2000, México Pág. 177.

tutela el artículo 11 constitucional, al que nos referiremos con mayor detenimiento en el siguiente capítulo.

El expresado artículo 133 bis, publicado el 27 de diciembre de 1983 en el *Diario Oficial de la Federación* regulaba el arraigo en los siguientes términos:

"Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquel, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste oyendo al Indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, no pudiendo exceder de 30 días prorrogables por igual término a petición del Ministerio Público. El juez resolverá escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o levantamiento del arraigo"⁶.

De esta forma se creó el arraigo como medida de aseguramiento del inculcado en la etapa de averiguación previa, que permite la disponibilidad del indiciado ante la Representación Social o el juzgador, tratándose del proceso, de manera que la finalidad del arraigo es clara, en tanto que el Indiciado no se oculte o ausente durante la averiguación previa del lugar en que se instruye, para la debida integración de la misma.

La finalidad del arraigo tiene un aspecto técnico del cual adolece, y es el hecho de que no es requisito para que el Ministerio Público ejercite acción penal, haber escuchado al Inculcado durante el periodo de averiguación.

⁶ MAGALLÓN Jesús, *Jurídica*, Año 1 número 1, Diciembre 1999, México Pág.19.

Anteriormente se exigía la otorgar audiencia al inculpado antes de dictar el arraigo, en mi opinión por un error de técnica jurídica en donde no se comprendía tal vez, la diferencia entre un acto de molestia y un acto privativo. Aun en sus orígenes el arraigo era un acto de molestia consistente en afectar la libertad de tránsito de un sujeto, sin que esa afectación fuera el fin último del acto.

La constitución establece en el artículo 14, los requisitos para privar a sujeto alguno de algún bien jurídico de los que el propio artículo señala, por lo que todo acto de autoridad que prive del goce de esos derecho al gobernado debe de sujetarse a los requisitos de dicha disposición, con el señalamiento de que el acto privativo requiere que se evite impida el goce del bien jurídico tutelado, además de que la finalidad última del acto sea la privación del bien jurídico tutelado.

En la averiguación previa la finalidad es integrar debidamente la investigación, y si existen elementos necesarios ejercitar la acción penal. La finalidad última de la averiguación previa no es privar de alguno de los bienes jurídicos tutelados por el artículo en cita, por lo que al no ser un acto privativo no requiere sujetarse a los lineamientos del artículo 14 de la Constitución, en éste caso especialmente nos referimos a la previa audiencia que dicho precepto de la Constitución establece.

EL DICTAMEN DE LAS CAMARAS ENTORNO A LA REFORMA DE 1999

Una de las fuentes del Derecho penal es la realidad que se vive dentro del territorio donde se aplicará la norma, de manera que debemos tener en consideración cuál es la situación que vive el país, para poder plantear medidas que resuelvan el problema que en la realidad se presenta.

En el Diario de Debates del Senado de la República, del jueves primero de octubre de 1998, se presentó el dictamen de segunda lectura en donde se hace referencia a la supresión del requisito que el código contenía en esas fechas, de escuchar previamente al indiciado, para resolver sobre la procedencia de la medida, ya que esa circunstancia provocaría la ineficacia de la misma al poner en aviso al inculpado. La reforma incorpora la figura de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, para ser decretada en circunstancias que no ameriten el arraigo pero que sea necesario asegurar la presencia del inculpado en las investigaciones del Ministerio Público dentro de un ámbito territorial determinado.

La iniciativa pretende corregir de alguna manera el problema que presenta la realidad, que es sin lugar a dudas la inseguridad pública que vive el país, traducida en el aspecto técnico, en la dificultad que presenta la debida integración de las averiguaciones previas. Dificultad que se presenta debido a los cortos plazos que tiene el Ministerio Público para la integración de averiguación previa con detenido, y a la complejidad que presenta la integración de algunos tipos penales, y al hecho inegable de que hay determinados supuestos en los que se sabe que en caso de que el inculpado recobre su libertad antes de ejercitar acción penal, será cuestión de años poder volver a encontrarlo para que el estado pueda actuar en contra de ese individuo, casos como los de los probablemente narcotraficantes, o probablemente responsables de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

En esta etapa del proceso legislativo, los diputados federales, manifestaron su aprobación a la iniciativa de reforma al código, haciendo énfasis en que se amplían las facultades del juez para decretar el arraigo, porque dicha medida comprende una demarcación geográfica, que ya no es el domicilio, con lo cual se propicia una mejor

actividad ministerial en averiguación del delito y en lo referente al delincuente, por lo que el autor de la iniciativa acoge las demandas de la sociedad.

La aprobación que sobre la reforma se manifestó, en la Cámara de Diputados, responde a la cada vez mayor inseguridad pública que se vive, pero en mi opinión no debe desnaturalizarse la medida del arraigo y mucho menos perder de vista la idea original con la que fue creada.

El espíritu del arraigo al incorporarse al Derecho penal fue el limitar la garantía de libre tránsito, aspecto que el artículo 11 de la Constitución autoriza, pero actualmente como se mostrará más adelante, el arraigo es un acto que restringe la libertad personal, rebasando con ello el espíritu con el que fue creado, vulnerando con ello la Constitución al no encontrar fundamento alguno en los términos en los que actualmente se lleva a cabo, convirtiendo al arraigo en una especie de prisión preventiva, consistente en el encierro total del inculcado dentro del domicilio.

REFORMA DEL 8 DE FEBRERO DE 1999.

De acuerdo a la iniciativa presidencial de reforma de fecha 9 de diciembre de 1997 se propuso incluir el concepto de prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica y se suprime el requisito de que el órgano jurisdiccional oiga previamente al indiciado para resolver sobre la procedencia de la medida, en virtud de que ese hecho restaba eficacia a la medida, porque a simple vista, es evidente que sería un aviso para que el inculcado pudiera sustraerse de la acción de la justicia.

El hecho de modificar el artículo 133 bis en el sentido de no ser necesario para la legalidad del arraigo, el escuchar al inculcado, parece

tener su origen en que se explica como un acto de molestia y no de privación, situación que se estudiará más a fondo en el capítulo tercero, dentro del rubro *Naturaleza del Arraigo*.

Por medio del Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha ocho de febrero de 1999, fue modificado el artículo 133 bis para quedar de la siguiente forma:

Artículo 133 bis- La autoridad judicial podrá, a petición del ministerio público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares que el mandato de la autoridad sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al ministerio público y al afectado, si deben o no mantenerse.

La reforma citada del año 1999 modificó el artículo 133 bis en algunos puntos fundamentales, los cuales son:

En primer lugar se suprime el requisito de escuchar al inculcado como requisito para dictar el arraigo, lo cual tiene su justificación en que el arraigo es un acto de molestia que tiene su fundamento únicamente por lo que se refiere a ser un acto de molestia en el artículo 16 Constitucional y no

tiene relación alguna con el artículo 14 Constitucional, porque aun y cuando el arraigo priva del bien jurídico de la libertad, esa privación no es el fin último del acto, lo que lo convierte en un acto de molestia y no en un acto de privación.

Como segundo punto esta el aspecto en donde la reforma desnaturaliza al arraigo de su espíritu original, por que establece que el arraigo será domiciliario, con lo cual al obligar al inculpado a permanecer en su domicilio, afecta la libertad personal del inculpado y no la libertad de tránsito como se concibió en su origen.

Por último limita la duración del arraigo a un plazo máximo de 30 días y no a los 30 prorrogables que señalaba el artículo antes de la reforma.

Visto el contenido de la reforma comentada, no es posible desnaturalizar el sentido que el legislador quiso dar desde su origen al arraigo, de manera que si en su origen el legislador quiso que con la medida precautoria del arraigo se limitará únicamente la libertad de tránsito y no así la libertad ambulatoria del inculpado, como actualmente sucede con el arraigo domiciliario, tanto en el Código Federal como en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

En efecto el arraigo antes de la reforma era un acto de molestia que limitaba la libertad de tránsito contemplada en el artículo 11 de la Constitución, pero actualmente es un acto de molestia que priva de la libertad, al obligar al inculpado a permanecer en su domicilio.

El arraigo es una medida precautoria, que los jueces y Ministerio Públicos han dado una errónea interpretación y es la de que la medida es de absoluto encierro entre las paredes del hogar del detenido, olvidándose que la medida precautoria no es una pena, sino medida para asegurar la comparecencia del inculpado en la averiguación previa o en juicio, por lo tanto erróneamente la autoridad judicial ordena el arraigo

domiciliario con la intención de que el inculpado no abandone el inmueble en donde reside, ordenado la vigilancia por el Ministerio Público y sus auxiliares.

Uno de los métodos de interpretación de la Ley es el de buscar la intención de la Ley, de manera que el juez es un funcionario que busca la voluntad de la ley penal, y sí el legislador hubiese querido que el arraigo se efectuara en la forma en que actualmente se practica eso, hubiese utilizado el término domicilio por prisión.

CAPITULO SEGUNDO .

LA GARANTIA DE LIBRE TRANSITO

Contenido: Naturaleza de las garantías.- Antecedentes del artículo 11 Constitucional.- La garantía de libre tránsito.- Responsabilidad Civil.- Responsabilidad Criminal.- Facultades de la autoridad administrativa.- Prisión Preventiva- Probable Responsabilidad.- La garantía de audiencia en el arraigo.

NATURALEZA DE LAS GARANTIAS

Las garantías individuales son derechos que nuestra Constitución reconoce al gobernado, como mecanismo de defensa ante el poder del Estado, por que es hasta el momento en que el estado los reconoce y hasta que existen los mecanismos legales para defender esos derechos, que las garantías individuales cobran importancia dentro del mundo real, y dejan de ser concepciones filosóficas.

"Las garantías individuales son derechos públicos subjetivos que tiene todo gobernado, que obligan a que el Estado y sus autoridades respeten esos derechos y conservar las condiciones de seguridad jurídica del gobernado." ⁹

Los derechos públicos subjetivos, encuentran en la propia Constitución el mecanismo para su defensa y consecuente aseguramiento, de tal forma que plasmar las garantías en la Constitución, equivale a la consagración jurídico positiva de elementos filosóficos invistiéndolos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo.

⁹ BURGOA Ignacio, Las garantías Individuales, 30 ed., Porrúa, México, 1998, Pág. 187.

Diversidad de corrientes hay en torno a la naturaleza y origen de estos derechos, en algunos casos se piensa que son derechos inherentes a todo hombre, que por el solo hecho de haber nacido los tiene, y que su origen esta en el nacimiento del género humano, pensamiento que no comparto, en virtud de que tales derechos no los tienen los hombres de todo el mundo, y muchos son los hombres que a pesar de ser miembros de la raza humana no solo no los tienen, sino que no los imaginan. Otra forma de concebirlos es pensar que esos derechos existen y que el Estado lo único que hace es reconocer esos derechos, pensamiento que no comparto en virtud de que resulta ilógico pensar que algo existe sin que los sentidos lo perciban, por lo menos dentro del mundo jurídico, o en todo caso serían meras concepciones filosóficas, que al no ser materializadas en el mundo de los sentidos de poco servirían, por ejemplo de poco le serviría a un reo que le informen que tiene derecho a una defensa adecuada si materialmente no lo tiene, o si un estado tiene un sistema de impartición de justicia que no reconoce esa garantía.

Las garantías son derechos que nacen producto de la evolución de la sociedad, representan el avance cultural de un pueblo, que nos muestra la capacidad de organización para autodelimitar los derechos de todo hombre y al mismo tiempo exigir del Estado cualesquiera que sea su forma, una actuación apegada a un marco legal superior al Estado mismo. Pensemos por ejemplo en la Revolución Mexicana y en nuestra Constitución actual: derivada de la organización de la sociedad, se produjo una Constitución que habla de derechos sociales, pensar en la existencia de esos derechos sin la organización social resultaría difícil de creer, y actualmente derivado del actuar de muchos individuos, se produjeron cambios de índole política, desde un organismo electoral autónomo, o la libertad de prensa, que en realidad son derechos que

teóricamente siempre se habían tenido, pero que sólo recientemente se respetan.

Hablar de los derechos humanos resulta impropio en mi opinión, por que los derechos que cada hombre tiene dependen del tiempo y espacio en el que ubiquemos la situación, de tal manera que la protección que le den las leyes a un europeo distará mucho de la protección que sus leyes den a un africano, de igual forma un decreto aun de carácter mundial no crea el medio para proteger esos derechos, convirtiéndose así en un ideal filosófico, por ejemplo en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que se hizo al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se declaran derechos que nuestra Constitución contemplaba muchos años atrás, en este caso el simple decreto aun de tipo universal resulta intrascendente en razón de que nuestro derecho vigente y positivo ya contemplaba esos derechos, de igual forma existen muchos países en donde sus ciudadanos no gozan de los "Derechos Humanos" que se contienen en la mencionada Declaración de los Derechos del Hombre, en China o Cuba, no puede hablarse de libertad de tránsito hacia el exterior como en nuestro país, con lo cual afirmo que de poco sirve decir cuales son los derechos del hombre, si no constan en las leyes del país, y si no se encuentra dentro de esas leyes forma alguna de defender la violación de esos derechos.

En los tiempos actuales en que hablar de los "Derechos Humanos", parece estar de moda, resulta absurdo que se pretenda proteger esos derechos sin limitarlos, y dotarlos de un marco que se encargue de su protección, así por ejemplo pensemos en un derecho humano como puede ser el de vivir en pareja, sería absurdo privar de ese derecho a los hombres y mujeres de nuestro país, el hecho de que nadie haya delimitado y precisado cuales son y que implica cada uno de esos derechos humanos motiva que puedan ocurrir barbarismos que podrían ir contra instituciones de nuestro derecho, pensemos en este ejemplo, el derecho a vivir en

pareja es un derecho del hombre, el problema surge cuando en algunos países como Dinamarca se permite la vida en pareja y protegida por el derecho mismo de personas del mismo sexo, tal situación en aquellos países parecería acorde con los "derechos humanos", en cambio en el nuestro iría contra la institución del matrimonio, contra los principios de la familia etc, por lo que se refuerza que los derechos dependen del aspecto geográfico y económico del lugar donde resida.

Por lo anterior considero incorrecto equiparar a los derechos humanos con las garantías individuales, los primeros en mi opinión son concepciones filosóficas difusas que varían según el contexto de tiempo y lugar en que se encuentre el hombre, en tanto que los segundos, representan una verdadera protección sistemática, representan los mínimos de seguridad que tendrá un hombre dentro de un país, que incluye los medios en que se protegerán esos derechos.

Independientemente de su origen, las garantías son derechos públicos subjetivos, que el gobernado puede oponer al Estado, para limitar su actuación, permitiendo ejercer al gobernado una libre actuación que le facilite la consecución de sus objetivos como persona, siendo la libertad una potestad compleja, presentando múltiples aspectos de aplicación y desarrollo, su implantación o reconocimiento se llevaron a cabo en relación con cada facultad libertaria específica en nuestra constitución.

En mi opinión, en México se ha pensado que se pueden crear derechos por simple decreto, o bien que de igual forma se pueden suprimir algunos de ellos como lo veremos en el presente trabajo, por el solo hecho de que el Estado considera necesaria esa supresión de derechos para un "mejor actuar", olvidando toda la evolución y sistematización jurídica.

"Quienes promueven la defensa de los derechos que actualmente conocemos como garantías constitucionales, siempre mencionan como

basamento la libertad, entendiendo como tal el libre albedrío y no la garantía de libertad, en mi opinión el libre albedrío es un requisito para que el derecho pueda sancionar los actos humanos que contradicen las leyes, si el Derecho no partiera del supuesto de que el hombre tiene ese libre actuar, no podría sancionar los actos humanos que contradicen las normas jurídicas, pues sin libertad no hay responsabilidad, y sin responsabilidad no se justifica la coacción pública que sanciona por el incumplimiento de la norma."¹⁰

Es evidente que no en todos los países gozan los individuos de esa libertad de actuar, existen hoy en día regímenes en los que se le imponen acciones que restringen o le privan de su libre albedrío, situación que no se presenta en nuestro país.

Dentro de las garantías que otorga nuestra Constitución, de vital importancia para el tema del arraigo es el artículo 11 constitucional que protege cuatro libertades especiales: la de entrar al territorio nacional; la de salir del mismo; la de viajar dentro del territorio nacional; y la de mudar de residencia. Como se vio en el capítulo anterior, la creación del arraigo por parte del legislador se hizo al amparo de las facultades que el propio artículo 11 constitucional otorga a las autoridades judiciales para limitar los derechos que consagra.

Cabe advertir que la libertad de tránsito, impone a la autoridad la obligación de no impedir a ningún sujeto la movilización dentro del territorio nacional; el propio artículo 11 constitucional, consigna limitaciones a ese derecho, en primer lugar a las autoridades judiciales, que están autorizadas para prohibir a una persona que salga de determinado lugar.

Por algún tiempo la autoridad judicial mantuvo el criterio de que el arraigo era un acto que limitaba la libertad de tránsito, acorde con la realidad y con la forma que se lleva a cabo el arraigo, el criterio cambió y

¹⁰ V. CASTRO Juventino, Garantías y Amparo, 10 Ed., Porrúa México 1998 Pág. 17.

actualmente la Suprema Corte a establecido que el arraigo es un acto que vulnera la libertad personal del sujeto al obligarlo a permanecer en un lugar determinado.

Con la finalidad de determinar sí el arraigo en la actualidad a rebasado el fundamento del artículo 11 de la Constitución con el que fue creado, debemos conocer la evolución de la garantía de libre tránsito.

ANTECEDENTES DEL ARTICULO 11 CONSTITUCIONAL.

CONSTITUCIÓN DE CADIZ

Al final de la vida colonial España sufre una transformación política que abarca a la figura de su soberano, y se intenta imitar al menos en su normatividad, al régimen constitucional francés derivado de su movimiento revolucionario.

La constitución de Cádiz surge en 1812, ya en este documento Español que muy relativamente rigió en México, en pleno movimiento insurgente, aparecen lo que son los primeros antecedentes de las garantías de carácter constitucional. La mayor trascendencia del documento que se estudia, radica en que es la fuente de inspiración de algunas de las disposiciones constitucionales que han llegado hasta nuestros días.

La constitución de Cádiz, un trabajo realizado por las Cortes, fue jurada en España el día 19 de marzo de 1812, y durante algunos meses no revistió importancia alguna en la Nueva España, pero el 30 de septiembre de 1812, fue igualmente jurada en la nueva España con lo cual adquiría vigencia con todas las consecuencias que ello implica.

Con ciertos altibajos, en sus inicios fue suspendida por el Virrey Venegas, y restablecida un tiempo después por Calleja, en algunas partes

únicamente, tales como elecciones de ayuntamiento, elecciones de diputados para las Cortes de España y de representantes de las Juntas Provinciales.

El decreto de Fernando VII de fecha 4 de mayo de 1814, restauraba el sistema absolutista, desconociendo con ello todo lo hecho por las Cortes de Cádiz, de dicho decreto se hizo la publicación en la Nueva España con lo que terminó aquí su efímera vigencia.

Debido a problemas armados, Fernando VII se vio obligado a restablecer la Constitución. En México le prestaron adhesión Campeche y después Veracruz, con lo cual se obligó al Virrey Apodaca a jurarla el 31 de mayo.

De acuerdo con la Constitución, se reinstalaron los ayuntamientos así como las seis diputaciones Provinciales que en 1812 se habían autorizado, además, se incluye la publicación de dicha Constitución entre las leyes fundamentales de México.

La importancia de la constitución de Cádiz radica en haber regido durante los movimientos preparatorios de la independencia del país, aunado a la influencia desplegada sobre varios de nuestros instrumentos constitucionales.

Con un total de 384 artículos, dividida en diversos títulos y capítulos que hacen referencia a la nación Española, a los españoles, al territorio de las Españas, a las Cortes, a las juntas electorales, formación de leyes y la sanción real, promulgación de leyes entre muchos más, resulta muy importante para el presente estudio, destacar que dentro del Capítulo III, denominado "De la administración de justicia en lo criminal" encontramos un artículo que a continuación se transcribe lo que pudiera constituir, un antecedente constitucional del fundamento Constitucional de la figura del arraigo.

"ARTÍCULO 289- Cuando hubiere resistencia O SE TEMIERE LA FUGA SE PODRÁ USAR LA FUERZA PARA ASEGURAR A LA PERSONA."¹¹

"La Constitución de 1812 hizo la declaración solemne de que la nación está obligada a conservar y proteger la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen."¹²

Podemos observar que desde Cádiz se contemplaba el aseguramiento de la persona cuando existiere temor de que se fugara, en caso de no existir ese temor de fuga, no se podía, asegurar a persona alguna, a la luz del artículo señalado, siendo de igual forma relevante subrayar que desde entonces, inclusive constitucionalmente, se reconocía la posibilidad de usar la fuerza en contra de una persona por razones de seguridad, cuando existiera el temor de fuga.

DECRETO CONSTITUCIONAL PARA LA LIBERTAD DE LA AMERICA MEXICANA

Esté documento recoge afinadas previsiones sociales, no hay advocación ni plegaria inductiva, moda imperante a mediados del siglo XIX, aunque contiene un preámbulo con algunas invocaciones de tipo religioso.

Comienza declarando que la religión católica apostólica romana, es la única que se debe de profesar en el Estado, un aspecto que se puede considerar como de sumo atraso, pero que se debe entender a la luz de que fue Morelos quien apoyó este decreto.

¹¹ TENA Felipe, Leyes Fundamentales de México, Editorial Porrúa 13 edición 1995.

¹² MONTIEL Isidro, Garantías constitucionales, Imprenta del Gobierno en Palacio México 1873 Pág. 6.

"Este decreto sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, no constituye un antecedente legislativo franco de lo que hoy conocemos como garantías individuales, principalmente por que nunca entró en vigor en México, pero en él existe un catálogo de esas garantías que han evolucionado hasta nuestros días."¹³

"Artículo 17- Los transeúntes serán protegidos por la sociedad; pero sin tener parte en las instituciones de sus leyes. Sus personas y propiedades gozarán de la misma seguridad que los demás ciudadanos con tal que reconozcan la soberanía e independencia de la nación, y respeten la religión, apostólica, romana."¹⁴

En este decreto puede observarse un avance en la técnica legislativa empleada en relación con constitución de Cádiz, y se puede observar que se pretendía proteger en una forma rudimentaria la libertad de tránsito (transeúntes), es decir garantizar el tránsito pacífico y con la certeza jurídica de que no se les molestaría por el hecho de no ser ciudadanos, pero puede advertirse la exigencia de reconocer la independencia y soberanía de la nación, lo cual se explica fácilmente si se lee el nombre del decreto mismo, en donde lo que se pretendía era hasta cierto punto legitimidad y consenso sobre la libertad de lo que se llamaban AMERICA MEXICANA, al mismo tiempo podemos encontrar dentro de este precepto un origen de la Cláusula Calvo, en donde para obtener la protección de Estado, se exigía renuncia o mejor dicho reconocimiento de la soberanía del Estado.

Pero volviendo al punto de nuestro interés, no debe perderse de vista que se protegía por igual al ciudadano que al transeúnte, lo cual denota

¹³ V. CASTRO Juventino, op. cit., nota 10, Pág. 10.

¹⁴ Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones Tomo III XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, Pág. 672.

un interés por dar certeza jurídica a todo individuo que ingresará al territorio.

TRATADOS DE CORDOBA

El documento consta de 17 puntos suscritos en Villa de Córdoba el 24 de agosto de 1821; lo firman Agustín de Iturbide, Juan de O' Donojú, José Domínguez, José Joaquín Herrera, destacando dentro del documento que una nación soberana e independiente, era transformada en un imperio, donde el gobierno sería monárquico constitucional moderado; se llamaba al trono en primer plano a Fernando VII, y sucesivamente a otros personajes, pero en caso de que no aceptase ninguno de ellos, las cortes designarían a la persona que ocuparía el trono.

La disposición relativa, literalmente decía:

"Artículo 15- Toda persona que pertenece a una sociedad, alterado el sistema de gobierno, o pasando el país a poder de otro príncipe, queda en el estado de libertad natural para trasladarse con su fortuna adonde le convenga, sin que haya derecho para privarle de esa libertad, a menos que tenga contraída alguna deuda con la sociedad a que pertenecía, por delito o de otro de los modos que conocen los publicistas. En este caso están los europeos avecindados en Nueva España y los Americanos residentes en la península; por consiguiente serán árbitros a permanecer, adoptando esta o aquella patria, o a pedir su pasaporte, que no podrá negárseles, para salir del reino en el tiempo que se prefije, llevando o trayendo consigo sus familias y bienes; pero satisfaciendo a la salida, por los últimos, los derechos de exportación establecidos o que se establecieren por quien pueda hacerlo."¹⁵

¹⁵ Derechos del Pueblo Mexicano, op. cit., nota 16, 672.

En estos tratados salta a la vista la libertad para trasladarse de un sitio a otro, inclusive con su fortuna, con la limitación de que el sujeto que pretendiera hacerlo no tuviera contraída alguna deuda, esto implica una mayor libertad, por que la excepción a la libertad otorgada requería no un temor, sino un hecho concreto, es decir, la deuda contraída, con lo que se otorgaba un mayor margen de protección que los mencionados con anterioridad.

CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1824

La primera Constitución que rigió en México independiente, la de 1824, tuvo el acierto de reconocer la división de poderes, puesto que expresamente menciona que se divide el supremo poder de la federación, para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial.

"Indirectamente esta Constitución reconoce en cierta forma garantías individuales, como en su artículo 112, en el cual se restringen las facultades del presidente, quien no podía privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna, aunque sí podía arrestar cuando lo exigiera el bien y seguridad de la federación, ni ocupar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión uso o aprovechamiento de ella."¹⁶

Aun cuando no contenía un capítulo específico de garantías, señalaba derechos del ciudadano en materia procesal:

Artículo 150- Nadie podrá ser detenido sin que haya semi-plena prueba o indicio.

Artículo 151 Ninguno será detenido solamente por indicios por mas de sesenta horas.

¹⁶ V. CASTRO Juventino op. cit., nota 10 Pág. 11.

Como se puede observar no obstante que se trata de un documento de corte conservador, se protegía la libertad de los individuos, limitando las facultades de la autoridad para restringirla.

El artículo 151 es muy importante, ya que hace referencia a que no se privará de la libertad por simple indicios.

BASES CONSTITUCIONALES DE LA REPUBLICA MEXICANA

"Las Bases Constitucionales suscritas en la Ciudad de México el 23 de octubre de 1835, representan la vuelta a una tradición obsoleta que se aferraba a sobrevivir, afianzaba el requisito de la religión católica, persistía en la votación indirecta para designar al jefe del ejecutivo, si bien en un aspecto acertado estableció el sufragio directo para constituir la cámara de diputados."¹⁷

En el artículo 2, se establecía:

"A todos los transeúntes, estantes y habitantes del territorio mexicano, mientras respeten la religión y las leyes del país, la nación les guardará y hará guardar los derechos que legítimamente les corresponden: el derecho de gentes y el Internacional designan cuales son de los extranjeros: una ley constitucional declarará los particulares al ciudadano mexicano."¹⁸

Es digno de hacer notar, que un cuerpo legal requiera del sometimiento a la religión, para poder gozar de su protección, lo que es comprensible si observamos el momento histórico que vivía el país.

¹⁷ ARNAIZ Aurora, Derecho constitucional Mexicano I ed. Trillas 1975 México Pág. 60.

¹⁸ Derechos del Pueblo Mexicano, op. cit., nota 16, Pág. 673.

PRIMERA DE LAS LEYES CONSTITUCIONALES DE LA REPUBLICA MEXICANA

De igual atraso que las bases constitucionales resulta la primera de las Leyes Constitucionales, suscritas en la Ciudad de México el 29 de diciembre de 1836, Basta con ver el encabezado en el que el presidente interino de la república se dirige a sus habitantes, con la mención hacerlo en el nombre de Dios todo poderoso.

Con un corte conservador, se rescata el reconocimiento de algunos derechos de los mexicanos, y en especial referencia al arraigo hace alusión a la libertad de tránsito.

"Este documento dio fin al sistema federal que se estableciera en la constitución de 1824 y enumera en forma especial algunas garantías, pero mencionándolas como garantías del mexicano".¹⁹

Artículo 2 – Son derechos del Mexicano:

VI- No podrásele impedir la traslación de sus personas y bienes a otro país, cuando le convenga, con tal de que no deje descubierta en la República responsabilidad de ningún género, y satisfaga, por la extracción de los segundos, la cuota que establezcan las leyes.

El artículo anterior expresa con claridad la protección que la ley otorgaba, en especial a las garantías de libertad y de tránsito, esta última limitada al hecho de que no se tuviera una obligación pendiente de cualquier tipo con el país, lo cual será estudiado con más detalle en el capítulo cuarto del presente trabajo.

PROYECTO DE REFORMAS A LAS LEYES CONSTITUCIONALES DE 1836

¹⁹ V. CASTRO Juventino, op. cit., nota 10, Pág. 12.

También de un corte conservador, pues se juraba en nombre de Dios todo poderoso, aspecto característico de la fecha, este proyecto tiene como acierto establecer dentro del título segundo, los derechos y obligaciones de los mexicanos, y se establece quien y por qué se es mexicano.

El documento aparece fechado en la Ciudad de México el 30 de Junio de 1840, y en lo conducente dice:

"Artículo 9- Son derechos de los Mexicanos:

II- Que no pueda ser llevado a la cárcel o a otro lugar de prisión, ni mantenerse en ella fuera de los términos, que se expresarán adelante, sin que se expida al efecto mandamiento por escrito, firmado por la autoridad respectiva, o se provea auto formal motivado, y se de copia de uno y otro tanto al interesado como al alcalde o custodio de la prisión.

XVI- Que no se le pueda impedir la traslación de su persona y bienes a otro país, con tal de que no deje descubierta en la República responsabilidad de ningún género, y satisfaga por la extracción de aquellos la cuota que establezcan las leyes."²⁰

Entre otros aspectos reconoce dentro de los derechos de los Mexicanos, algunos que implican cierto acercamiento con la garantía de legalidad, al restringir los casos de expropiación.

PRIMER PROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA MEXICANA

Fechado en la Ciudad de México el 25 de agosto de 1842, este proyecto no resolvía, sino sólo aplazaba para el próximo Constituyente, las

²⁰ Derechos del Pueblo Mexicano, op. cit., nota 16, Pág. 674.

diferencias que en cuanto a la forma de gobierno separaban a los federalistas de los unitarios.

En la parte relativa señalaba:

"Artículo 7- La constitución declara a todos los habitantes de la república el goce perpetuo de los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad contenidos en las disposiciones siguientes:

V- Cualquier habitante de la república puede transitar libremente por su territorio, y salir de el, sin otras restricciones, que las que expresamente le impongan las leyes."²¹

Este primer proyecto de constitución ya como República Mexicana, establece las garantías individuales, prescribe que nadie será esclavo dentro del territorio y limita a la autoridad a actuar solo dentro de las facultades que la ley le otorga.

Establece que ninguno puede ser aprehendido, detenido, ni preso, si no por previo mandato o auto escrito de juez competente de su propio fuero, ni custodiado fuera de la residencia del que debe juzgarlo, ni preso en otro lugar del que le señalare el juez, conservándose en aquel a su absoluta disposición.

Como segundo punto importante, el precepto anterior limitaba la libertad de tránsito, a las restricciones impuestas por las leyes. Al respecto opino que las restricciones a las libertades humanas deben de realizarse en beneficio de la propia sociedad, es decir, cuando se restringe la libertad del individuo, esto es, llene que ser en beneficio de la colectividad, entendiéndose por ese beneficio colectivo un conjunto de intereses individuales comunes, y no la voluntad de un ser abstracto como lo es la

²¹ Derechos del Pueblo Mexicano, op. cit., nota 16, Pág. 674.

sociedad, de tal manera, que es interés individual común la seguridad pública, pero en el momento en que una figura jurídica es utilizada por la autoridad, cometiendo excesos en su actuación, tal figura jurídica se convierte en un instrumento represivo y no en una herramienta para conseguir ese interés común. Tal es el caso del arraigo, figura que como se estudió en los antecedentes surgió con la finalidad de dotar de facultades a la autoridad, con base a limitar la libertad de tránsito, figura que la autoridad a convertido en encierro total del inculpadado en su domicilio, lo que la desnaturaliza y la convierte muchas veces en una figura arbitraria al servicio del Ministerio Público.

SEGUNDO PROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA MEXICANA

Fecha en la Ciudad de México el 2 de noviembre de 1842, en lo conducente al presente estudio, estableció:

"Artículo 7- La constitución declara a todos los habitantes de la república el goce perpetuo de los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia las siguientes garantías:

LIBERTAD- XI. Cualquier habitante de la república tiene derecho de viajar por su territorio, de mudar su residencia cuando le convenga, y transportar fuera de ella su persona y sus bienes, salvo en todo caso el derecho de terceros."²²

²² Derechos del Pueblo Mexicano, op. cit., nota 16, Pág. 674.

Enuncia así, las limitaciones a las libertades que otorga, con base a los derechos de terceros, lo cual implica un avance respecto al proyecto anterior, ya que en mi opinión las libertades de todo individuo deben ser restringidas en relación con el derecho de los demás, es decir, la restricción a una libertad, debe de tener un sustento de fondo de resguardar intereses individuales comunes, de manera que ni el funcionario ni la propia ley deben de pasar por encima de ese fondo, por que se convirtieran en arbitrariedades, que atentan en contra del estado de derecho.

BASES ORGANICAS DE LA REPUBLICA MEXICANA

Durante poco mas de tres años, las bases orgánicas presidieron con nominal vigencia el periodo más turbulento de la historia de México, en el que la guerra con Estados Unidos de Norte América perjudicó la situación del país, con lo que continuó la lucha entre las facciones por la forma de gobierno que debía de tener el país.

Acordadas por la honorable junta legislativa establecida conforme a los decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionadas por el supremo gobierno provisional con arreglo a los mismos decretos el día 12 de junio de 1843 y publicados por Bando Nacional el día 14 del mismo mes y año, se considera que las Bases Orgánicas tuvieron el acierto de incrementar los derechos de los mexicanos "... vino a producirse el efecto inesperado de hacerse mas definidas y precisas las garantías, al mismo tiempo que mas numerosas..."²³

Obsérvese en lo que toca a nuestra en lo que toca a nuestra investigación, la disposición transcrita a continuación:

"Artículo 9- Derechos de los habitantes de la República:

²³ MONTIEL Isidro, op cit., nota 13, Pág. 21.

XIV- A ningún Mexicano se le podrá impedir la traslación de su persona y bienes a otro país, con tal de que no deje descubierta en la República responsabilidad de ningún género, y satisfaga por la extracción de sus intereses los derechos que establezcan las leyes."²⁴

ESTATUTO ORGANICO PROVISIONAL DE LA REPUBLICA MEXICANA

"Otorgado por Ignacio Comonfort como Presidente sustituto, al referirse al ordenamiento que otorgaba, se mencionaba que resolvía problemas acerca de la forma de gobierno que había de adoptar el país, en donde además delimita las facultades del presidente y señala los derechos de los ciudadanos para los casos ordinarios."²⁵

Dado en el Palacio Nacional de México el 15 de mayo de 1856, lo interesante del estatuto es que pese a que parece no haber influido en el proyecto de Constitución Federal expedido al año siguiente, como antecedente histórico resulta importante el precisar con toda concreción un catálogo de garantías individuales, por ello garantiza a sus habitantes la libertad, la seguridad, la propiedad, y la igualdad.

En los artículos 31 al 39 se prohíbe la esclavitud, los servicios personales obligatorios o de menores, la privación del derecho de residencia y tránsito.

"Artículo 34- A nadie puede privarse del derecho de escoger el lugar de su residencia, de mudarlo cuando le convenga, y de salir de la

²⁴ Derechos del Pueblo Mexicano, op. cit., nota 16, Pág. 674.

²⁵ TENA Felipe, op. cit., nota 14, Pág. 521.

República y trasportar fuera de ella sus bienes, salvo el derecho de tercero y el cumplimiento de deberes del empleo o encargo que se ejerza."²⁶

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA MEXICANA

"La promulgación de la constitución de 1857 vino a señalar la unidad del estado de derecho mexicano y la consagración del principio de legalidad, las Instituciones jurídicas liberales consagraban nuevas tareas a la administración pública, dividió el ejercicio del supremo poder de la federación en legislativo, ejecutivo y judicial, la responsabilidad de los funcionarios públicos, los requisitos para reformar y adicionar la Constitución, y proclamo que los Estados serían libres y soberanos en su régimen interior."²⁷

Sanccionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857 en su artículo 11 expresa - "Todo hombre tiene derecho para entrar y salir de la República, viajar por su territorio y mudar de residencia sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otro requisito semejante. El ejercicio de este derecho no perjudica las legítimas facultades de la autoridad judicial o administrativa, en los casos de responsabilidad criminal o civil."²⁸

El Constituyente consideró que las practicas de exigir pasaporte o documento similar para entrar y salir del territorio no favorecía al posible trato que le darían al mexicano en otros países, dado que en aquella época los individuos podían viajar sin necesidad de ese documento, lo que en la actualidad resultaría imposible, por lo que curiosamente surge así el

²⁶ Derechos del Pueblo Mexicano, op. cit., nota 16 Pág. 674.

²⁷ SERRA Andrés, Trayectoria del estado federal Mexicano, 10 ed. Porrúa 1991 México Pág. 287.

²⁸ Derechos del Pueblo Mexicano, op. cit., nota 16, Pág. 674.

derecho de exigir el otorgamiento de ese documento necesario para ingresar al territorio de otro país.

Aunque sin lugar a dudas desde la Constitución de 1857, el constituyente tuvo especial interés en garantizar la entrada y salida del territorio nacional, no dejó del lado las facultades de la autoridad, en los casos de responsabilidad del gobernado.

Considero que la garantía de libre tránsito limitada por responsabilidad civil o criminal se puede traducir en el hecho de obligar a todo aquel que goza de libertad bajo caución, por ejemplo, a firmar semana a semana o cada periodo que el juez estime necesario, por que de esa forma efectivamente se obliga a que el individuo permanezca en cierto lugar o zona geográfica sin privarlo de su libertad, de modo que no podría alguien que goce de la libertad bajo fianza ausentarse por un largo periodo del lugar donde se desarrolle el juicio, sin que se revoque esa libertad bajo caución y se ordene su aprehensión.

PRESENTACIÓN DEL ARTICULO 11 CONSTITUCIONAL EN EL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1916

En la 17ª sesión ordinaria celebrada la tarde del viernes 19 de diciembre de 1916, se leyó el siguiente dictamen sobre el artículo 11 del Proyecto de Constitución:

"Artículo 11- Todo hombre tiene derecho para entrar a la República salir de ella, viajar por su territorio y mudar su residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal

o civil, y de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que imponga la ley sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país."

Sin discusión, en votación nominal, y por unanimidad se aprobó el artículo 11 del proyecto de Constitución presentado por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista.

La libertad de tránsito que se observa en el artículo 11 de nuestra Constitución, tuvo una evolución significativa, pero conservó en todo momento el espíritu de proteger al ciudadano y garantizarle la libre movilidad dentro del territorio nacional.

Considero que las limitaciones impuestas a la propia garantía de tránsito son adecuadas tratándose de responsabilidad civil o criminal. Por responsabilidad criminal debemos entender responsabilidad penal, y toda vez que el Constituyente no era un perito en materia procesal penal y atento a la situación que vive el país en cuestión de seguridad pública, debemos entender que esa responsabilidad criminal se extiende a probable responsabilidad penal, de tal manera que tal y como se estudió en el capítulo de antecedentes del presente trabajo, el arraigo debe de limitar el libre tránsito de una persona, tal y como se concibió en su nacimiento incorporación al derecho penal mexicano, sin que se afecte arbitrariamente la libertad personal del inculcado.

Finalmente el actual artículo 11 constitucional, en la forma que fue concebido por la constitución de 1917, establece: "Todo hombre tiene derecho para entrar en la república, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad civil o criminal, y a las de la autoridad administrativa,

por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República o sobre extranjeros perniciosos en el país."

Con esta base, continuaremos el estudio que hemos emprendido.

LA GARANTIA DE LIBRE TRANSITO

La libertad de tránsito como ha quedado precisada en el artículo 11 constitucional protege cuatro libertades: la de entrar al territorio nacional; la de salir del mismo; la de viajar dentro del territorio mexicano; y la de mudar de residencia o domicilio, libertades que representan para las autoridades, la obligación en no impedir o entorpecer su ejercicio.

"Cabe advertir que la libertad de tránsito que como garantía individual instituye el artículo constitucional que se comenta, únicamente se refiere al desplazamiento o movilización física del gobernado, por ende, no comprende la prestación de ningún servicio como el de transportes, ni excluye la potestad de las autoridades federales para reglamentar los medios de locomoción que la persona pueda utilizar para trasladarse dentro del territorio de la república."²⁹

En la propia Constitución, existen limitaciones que el texto constitucional impone, facultando expresamente a la autoridad a actuar, en determinadas situaciones que los derechos otorgados, no le asistan al gobernado. Esas excepciones, constituyen las facultades de la autoridad judicial en caso de responsabilidad civil o criminal, y de la autoridad administrativa por motivos de salubridad o posibles afectaciones al país como ocurre en el caso de los extranjeros perniciosos.

De vital importancia es la excepción que el artículo otorga a las autoridades judiciales, en los casos de responsabilidad civil o criminal,

²⁹ BURGOA Ignacio, op. cit., nota 9, Pág. 400.

porque en base a esta última el legislador concibió el arraigo ante la solicitud del ministerio público, limitando por tanto la libertad de tránsito.

"Las limitaciones que derivan de las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad civil o criminal son en el sentido de la imposición de penas de restricción de la libertad, así como las de confinamiento y prohibición de ir a determinado lugar, a que se refieren los incisos 4 y 5 del artículo 24 del Código Penal Federal."³⁰

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Dentro del artículo 11 de la Constitución se señalan supuestos en los que la autoridad puede limitar la libertad de tránsito, que beneficia a todo individuo que entre en el territorio, entre esas excepciones está los casos de responsabilidad civil, responsabilidad criminal y las facultades de la autoridad administrativa.

Establecer si una persona es responsable por el incumplimiento de alguna obligación, y por tanto obligada por la autoridad a dar, hacer o no hacer algo, estableciendo con ello su responsabilidad civil es una situación que sólo una sentencia definitiva que haya causado ejecutoria puede determinar.

La posibilidad de acudir al órgano judicial a plantear un conflicto de intereses, para reclamar por medio de un juicio que se nos dé algo, o bien que se obligue a alguien a hacer o no hacer una determinada conducta es un derecho público que incumbe a la sociedad, para poder conservar el estado de derecho y evitar que cada persona pretenda hacerse justicia por propia mano, porque si bien es cierto que el interés que tenga cada individuo en exigir el cumplimiento de alguna obligación es de evidente derecho privado y en consecuencia interés de las partes, a la sociedad y

³⁰ V. CASTRO Juvenino, op. cit., nota 10, Pág. 95.

por tanto al Estado incumbe la conservación del estado derecho, que se vería roto en otro caso, de tal manera que el Estado es el encargado de impartir justicia para evitar el rompimiento del estado de derecho recordando que el interés público, en mi opinión son un conjunto de intereses individuales comunes, que siempre estarán primero que un interés particular privado singular.

Dentro del derecho y con la finalidad de posibilitar la aplicación del derecho una vez concluido un juicio, están las medidas cautelares, dentro de las que se incluye al arraigo, que en albitio de la responsabilidad civil, busca no privar de la libertad de tránsito en forma definitiva al sujeto, sino permitir que en determinados casos se limite temporalmente ese derecho para que llegado el caso se pueda hacer cumplir la resolución judicial final.

El problema surge cuando existe la posibilidad de que la justicia llegue demasiado tarde, es decir, que la resolución judicial se pronuncie cuando el problema ha desaparecido, o cuando existe un temor de que la pretensión que se tiene al iniciar un juicio sea de imposible realización, y es por ello que dentro del derecho existen las medidas cautelares.

"Los procedimientos cautelares, tienen una naturaleza provisional, destinada a hacer posible la actuación sucesiva y eventual de una tutela definitiva del estado, buscan que mediante el ejercicio de la función jurisdiccional no llegue demasiado tarde la sentencia, y es la medida cautelar la que permitirá que en ciertos casos, llegada la resolución final, está se pueda aplicar."³¹

Como ejemplo de ello tenemos un deudor alimentario a quien debe impedírsele ausentarse del lugar donde se halla radicado el juicio, si no ha dejado garantizada su obligación, o bien si la caución no cubre satisfactoriamente la obligación a garantizar.

³¹ BÉCERRA BAUTISTA José, El proceso civil en México, 15 ed. Porrúa México 1996, Pág. 439.

El Código de Procedimiento Civiles Incluye dentro de las providencias precautorias al arraigo, que consiste precisamente en notificar al demandado que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, suficientemente instruido y expensado para responder de las resultas del juicio, pudiendo solicitarse tal providencia antes de entablar la demanda o al momento de entablarla.

En ninguno de los dos supuestos, de solicitar el arraigo ya sea antes de entablar la demanda, o al momento mismo de presentarla, está acreditada la responsabilidad del deudor, puesto que el curso del juicio arrojará como resultado una sentencia en donde se condene o se absuelva al deudor, el arraigo tiene el efecto de ordenar que no se ausente de un lugar sin dejar representante con las características ya mencionadas.

El arraigo es un acto que no priva de la libertad al inculpado, es decir, no se trata de un acto de autoridad privativo, sino de un acto de molestia al que hace referencia el artículo 16 constitucional, porque la finalidad última del acto no es la de privar de la libertad al deudor, sino posibilitar un juicio.

Ahora bien, en caso de que el arraigado lo quebrante, se hará acreedor a una sanción por incumplimiento a un mandato judicial, y podrá también ser sujeto a una medida de apremio que puede consistir en multa, auxilio de la fuerza pública, arresto por 36 horas, y en estas hipótesis se le privaría de su libertad, pero por incumplimiento a un mandato judicial.

El arraigo por lo tanto a la luz del Código de Procedimientos Civiles no vulnera la libertad personal, porque únicamente obliga a no abandonar el lugar del juicio sin dejar representante, siendo por lo tanto acorde a la Constitución, recordando que el arraigo es un acto de molestia y no un acto privativo, de manera que debe de reunir en este

caso los requisitos que señala el artículo 16 constitucional, es decir, el acto de molestia requiere constar por escrito emitido por autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

El arraigo por lo tanto es un acto que se debe de fundar y motivar, es decir, señalar los preceptos legales aplicables y las causas por las que se debe de dictar el arraigo, y por supuesto acreditar la existencia de las causas que motivan la solicitud del arraigo.

Es apegado a la Constitución la orden de arraigo, limitando el libre tránsito de la persona, buscando que en un futuro la sentencia definitiva determine la responsabilidad civil del sujeto, y que dicha resolución se pueda hacer cumplir.

LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

Debe entenderse que la responsabilidad civil y la criminal, no pueden ser estudiadas de la misma forma, por la forma en que se desenvuelven los juicios. Dentro de la responsabilidad civil, atentos a la figura de la representación, alguna persona puede ausentarse de un lugar y aun así llevarse a cabo todo un proceso, o bien puesto que en materia civil se demanda que al actor se le dé algo, o bien reclama del demandado un hacer o no hacer, para no dañar los intereses basta con garantizar en forma alguna lo que el actor reclama, tal y como está establecido en los Códigos de Procedimiento Civiles.

La responsabilidad criminal es distinta ya que no puede seguirse un proceso en contra de alguien si éste se encuentra ausente del lugar del juicio, y como el interés de un procedimiento penal es público, traducido en un interés individual común, el arraigo del inculcado no puede contraerse simplemente a garantizar por algún medio el daño causado,

ya que reparar el daño es sólo una parte de los objetivos de los procedimientos penales.

El texto constitucional se refiere sin duda a la responsabilidad penal, cuando habla de la responsabilidad criminal de manera que le da un tratamiento simple y podría decirse enunciativo, por lo que precisar el término responsabilidad penal corresponde a leyes secundarias como los códigos de procedimientos penales, federales y de las entidades federativas y del Distrito Federal, tomando consideración que el constituyente no era un procesalista especializado en la materia penal.

La responsabilidad penal, queda acreditada hasta el momento en que ha concluido un juicio por sentencia ejecutoria, como consecuencia de la cual no podrá intentarse de nuevo acción penal por el mismo delito y contra la misma persona, y el artículo 23 constitucional respalda los derechos del enjuiciado de no ser juzgado dos veces por el mismo delito, entendiendo por cosa juzgada la calidad que adquiere una resolución judicial cuando ha quedado firme, por no admitir en su contra ningún recurso ordinario.

Al igual que dentro del arraigo civil, el arraigo en materia penal, busca que llegado el momento se pueda hacer efectiva la pretensión punitiva del estado en caso de que se acrediten los elementos para ello.

El arraigo es un acto de molestia, una medida precautoria que tiene como finalidad asegurar la disponibilidad del inculcado ante el Ministerio Público o ante el órgano jurisdiccional, de manera que al no ser su fin último la privación total de la garantía de libre tránsito, no se puede considerar como un acto privativo de los derechos que el citado precepto constitucional consagra.

En efecto es un acto de molestia limitante de diversos derechos entre ellos los que consagra el artículo 11 Constitucional, y si para ordenar el arraigo se cumplen con los requisitos que señala el artículo 16

Constitucional, no se viola por ello ninguno de los preceptos antes señalados.

El Ministerio Público puede solicitar la medida precautoria del arraigo, es decir, un acto de molestia que limita los derechos que el artículo 11 precisa, en aras de investigar la probable responsabilidad penal de un sujeto en la comisión de un hecho delictivo, con la finalidad de que en su momento se pueda ejercitar la acción penal.

Como ya se precisó, la responsabilidad penal se acredita con la sentencia, pero nada se opone al dictado de una medida precautoria como el arraigo que limite la libertad de tránsito, para permitir que el Ministerio Público ejercite la acción penal.

FACULTADES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

Las autoridades administrativas pueden impedir que alguna persona ingrese al territorio nacional, cuando no cumplan con los requisitos que señala la Ley General de Población, de igual forma pueden expulsar a un extranjero que se considere nocivo para el país de acuerdo con el artículo 33 constitucional.

Por lo que toca a las autoridades de salubridad, con motivo de la protección de la salud de la población en general, están facultadas para impedir que un sujeto abandone algún lugar, o para impedir su entrada en determinada población, en aras de proteger la salud, impidiendo con ello que se propague una epidemia o algún mal similar.

" Las facultades limitativas constitucionales con que está investida la autoridad administrativa son ejercidas por el Presidente de la República a través de la Secretaría de Gobernación, por lo que se ve a las cuestiones migratorias en general, y de la Secretaría de Salubridad y Asistencia y del Consejo de salubridad General, las cuales tienen la atribución expresa

concedida por la ley fundamental, consistente en dictar medidas preventivas indispensables en caso de epidemias de carácter grave o de peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, así como para expedir disposiciones relativas a cuestiones de salubridad pública (art 73 frac. XVI incisos 2 y 3 de la constitución)."³²

La autoridad administrativa, en pleno ejercicio de las facultades que el propio artículo 11 le concede, puede limitar los derechos que el mismo otorga, no resultando inconstitucional el actuar de la autoridad administrativa en los casos señalados.

PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva es otra medida cautelar de tipo personal que tiene como finalidad asegurar los fines del proceso penal, pues en caso de que no existiera, se argumenta que sería imposible sancionar la mayoría de los delitos, ya que la gran mayoría de los inculpados intentaría sustraerse de la acción de la justicia.

El artículo 16 constitucional establece que sólo podrá girarse orden de aprehensión cuando medie denuncia, o querrela de un hecho determinado por la ley como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del indiciado.

El artículo 18 constitucional en su primer párrafo señala que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva, y que el sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

La propia Constitución faculta a la autoridad judicial y le señala en cuáles casos puede limitar la garantía de libre tránsito e inclusive la libertad

³² BURGOA Ignacio, op. cit., nota 9, Pág. 400.

personal del individuo, de manera que las detenciones que se hagan con apego a los preceptos señalados, son acordes con la Constitución.

PROBABLE RESPONSABILIDAD

Es bien sabido que en la averiguación previa se investiga y se recaban elementos sobre la probable responsabilidad del inculpaado, en la participación de los hechos que se presumen delictuosos.

El Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 168 establece:

"La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de delito."

"La probable responsabilidad consiste en la existencia de indicios que permitan, fundadamente, suponer que alguien tuvo intervención culpable en el hecho delictivo"³³

Por las razones que se apuntaron en el apartado referente a responsabilidad criminal, debemos entender que el arraigo que se decreta para investigar sobre la probable responsabilidad penal de un sujeto siempre y cuando únicamente afecte su garantía de libre tránsito, no será violatorio de garantías.

³³ HERNÁNDEZ PLIEGO Julio, Programa de derecho procesal penal, 2 ed. Porrúa, México, Pág. 269.

El arraigo tal y como se concibió inicialmente como forma de limitar el libre tránsito para investigar sobre la responsabilidad penal de sujeto alguno, es acorde con la Constitución.

LA GARANTIA DE AUDIENCIA EN EL ARRAIGO

El artículo 14 constitucional establece que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad etc, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Acorde con la disposición si la autoridad pretende privar a sujeto alguno de los derechos que otorga el artículo 11, previamente debe de otorgarle la garantía de audiencia, de tal manera que en caso de que se le quiera arraigar debe de dársele la oportunidad de ser oído y vencido.

Cuando la autoridad pretenda privar de los derechos que otorga nuestra Constitución, debe cumplir con dar audiencia al gobernado, siempre y cuando la privación del derecho sea el fin definitivo del acto que se pretenda ejecutar, porque en caso de ser sólo un medio para la consecución de un fin posterior, no existe esa obligación, por ejemplo en la orden de aprehensión, el fin único no es detener, sino poner al sujeto a disposición del juez ante el cual se seguirá un juicio; ésta es la razón por la cual no es requisito para su legalidad, el otorgamiento de audiencia al gobernado.

El arraigo de una persona, es decir, la afectación de la libertad ambulatoria del inculcado no es el fin último que la autoridad persigue, lo que se busca es evitar que se sustraiga de la acción de la justicia durante el tiempo necesario para que el Ministerio Público concluya su investigación.

No basta que un acto de autoridad produzca un menoscabo en la esfera jurídica del gobernado, para que se repunte un acto de privación, en los términos del segundo párrafo del artículo 14 constitucional, puesto que para ello es menester que la merma constituyan el fin último definitivo y natural del acto.

De esta manera, para efectos de la orden de arraigo no debe cumplirse con la garantía de audiencia, porque el arraigo no es un acto cuya finalidad última sea la de privar a alguien de su libertad; es un medio para evitar que alguien se sustraiga de la acción de la justicia durante el tiempo que el Ministerio Público requiere para cumplir con su investigación.

Lo que sí debe de reunir la orden de arraigo, son los requisitos de ser dictado por autoridad competente, por escrito, fundada y motivadamente, ya que es un acto de molestia y no un acto privativo por las razones que se han expuesto.

"En conclusión si la privación de un bien material o inmaterial, bajo los aspectos indicados anteriormente es la finalidad connatural perseguida por un acto de autoridad, éste asumirá el carácter de privativo; por el contrario si cualquier acto autoritario por su propia índole, no tiene a dicho objetivo, si no que la privación que origina es sólo un medio para lograr otros propósitos, no será un ato privativo si no de molestia..."³⁴

Adelantamos que el arraigo no es Inconstitucional, únicamente analizado desde el punto de vista de la garantía de audiencia, a la luz de los artículos 11, 16, 18 y 19 constitucionales. Este un aspecto se vera con más detalle en los capítulos tres y cuatro.

Hasta este punto hemos visto que en su origen, el arraigo se refería a limitar la garantía de libre transito del inculpado con motivo de la probable responsabilidad criminal que pudiera fincársele en una averiguación previa; acorde con el artículo 11 constitucional.

³⁴ BURGOA Ignacio, op. cit., nota 9 Pág. 539.

Tan importante es que la Constitución enuncie los derechos de los gobernados, como el mecanismo para su defensa, porque en nada beneficia a un gobernado que le informen de sus derechos si carece del mecanismo para su defensa que pueda obligar a las autoridades a respetar esos derechos.

Incorporar los derechos que tiene todo individuo por el sólo hecho de estar dentro del territorio nacional dentro de nuestra Constitución, y en especial de las libertades que otorga el artículo 11 es la forma de señalar su importancia, precisar los medios para su protección es tan importante como la enunciación de los derechos sustantivos, y el hecho de que la forma de defender esos derechos se realice en diverso capítulo al de las garantías individuales no le resta importancia en forma alguna, "...debemos reconocer que si la ley constitutiva no garantiza ningún derecho del hombre, tales derechos resultan meras concepciones teóricas, sin aplicación práctica."³⁵

³⁵ BAZDRESCH Luis, Garantías Constitucionales, 4 ed., Trillas México 1990 Pág. 12.

CAPITULO TERCERO

EL ARRAIGO EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTO PENALES

CONTENIDO: - El Ministerio Público- La detención ante el Ministerio Público- El arraigo durante la averiguación previa en el Código Federal de Procedimientos Penales- El arraigo del inculcado durante el proceso penal-Naturaleza Jurídica del arraigo- Riesgo fundada- Constitucionalidad del arraigo del inculcado durante la averiguación previa -El juicio de amparo contra el arraigo del inculcado durante la averiguación previa- La suspensión de la orden de arraigo- Prohibición de abandonar una demarcación- El arraigo durante la averiguación previa en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal- El arraigo de testigos dentro del código federal de procedimientos penales.

EL MINISTERIO PUBLICO.

Los Códigos de procedimientos Penales han sido duramente atacados en los últimos tiempos: se les califica de obsoletos debido a que han sido incapaces de combatir la inseguridad pública. En respuesta, los legisladores, ya se trate del código federal, o de códigos locales, han mostrado una tendencia al endurecimiento de las penas, y dentro de los códigos procedimentales buscan otorgar mayor amplitud de facultades al Ministerio Público, algunas de ellas atacando inclusive garantías individuales de los gobernados.

La delincuencia es producto de muchas causas, y no es posible culpar exclusivamente al Derecho de un problema tan complejo como lo es la delincuencia.

La delincuencia no debe de ser estudiada con simples estadísticas sobre su aumento, debe estudiarse el aumento o disminución de cada delito, ya que la comisión de cada uno de ellos es distinto y requiere

distintos medios, organización, e inclusive distinta preparación en el propio delincuente, siendo totalmente distintos los delitos de tipo financiero y los delitos contra la vida y la integridad corporal, o los relativos a la propiedad industrial, por mencionar algunos.

La delincuencia es producto de muchas circunstancias, la miseria el desempleo, y por ello no es razonable afirmar que con un simple agravamiento de las penas o con agregar facultades al órgano persecutor de los delitos en detrimento de las garantías individuales acabará con ella. Quizás una posible solución esté en adecuar el derecho a las necesidades que la realidad impone, persiguiendo tanto al que oferta el producto del delito, como al que lo adquiere, es decir, sancionando tanto al que vende mercancía robada, o violando derechos de autor, como al que adquiere dichos productos.

El Ministerio Público como órgano de la autoridad, tiene un papel principal para el estudio del arraigo del inculcado, ya que como rector de la averiguación previa es el encargado de solicitarlo al órgano jurisdiccional, como parte y sujeto indispensable del proceso penal es el encargado como se verá en el capítulo siguiente de solicitar el arraigo durante el proceso del inculcado o en algún caso disponerlo de oficio, siendo también de su competencia solicitar el arraigo de algún testigo del cual se requiera su testimonio.

"Denominado también Representante Social, en virtud de que representa los intereses de la sociedad, el ministerio público tiene su fundamento en el artículo 21 constitucional, ya que dicho precepto establece que le incumbe la investigación y persecución de los delitos ante los tribunales, con lo que concede la facultad y obligación exclusiva de investigar y perseguirlos, en donde si bien es cierto se le concede la titularidad en el ejercicio de la acción penal, no se deriva de ahí que

también le otorgue la titularidad en el manejo de la averiguación previa, donde busca los medios de convicción, los desahoga ante sí, e inclusive los valora y toma determinaciones de tipo jurisdiccionales.”³⁶

Acorde con nuestro sistema de gobierno, que se conforma como una república representativa y federal, tenemos dos ámbitos de competencia dentro de la propia institución del Ministerio Público, uno encargado de la investigación de los delitos en el ámbito federal y el otro en el local, los funcionarios del Ministerio Público Federal serán designados y removidos libremente por el ejecutivo federal, estarán presididos por un Procurador General, según dispone el artículo 102 Constitucional

Así pues el Ministerio Público de la Federación será el encargado de elaborar la solicitud de arraigo del inculpado, del procesado o de algún testigo, cuando la materia sean delitos de orden federal como los delitos que se sigan conforme a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, o por cualquiera de los comprendidos en el Código Federal de Procedimientos Penales, o en general cualquiera de los delitos especiales contenidos en Leyes Federales.

En la parte opuesta y por simple exclusión el Ministerio Público del fuero común podrá solicitar el arraigo en los delitos del orden local, si su legislación procesal de la entidad federaliva de que se trate lo permite.

Los funcionarios del Ministerio Público del fuero común se encargan de la investigación de los delitos en el ámbito local, y estarán a cargo de un Procurador General de Justicia designado por el gobernador o jefe de gobierno en el Distrito Federal.

El Ministerio Público tiene dos papeles fundamentales, como autoridad dentro de la averiguación previa (primer procedimiento penal), otro como parte en el proceso penal, en éste el Ministerio Público es el encargado de solicitar al órgano jurisdiccional, el arraigo del inculpado

³⁶ HERNÁNDEZ PLIEGO Julio, El proceso penal mexicano, 1 ed. Porrúa México 2002, Pág.

cuando por la gravedad del delito no se le deba de recluir en prisión preventiva, pero exista el temor de que se sustraiga de la acción de la justicia; de igual forma, dentro del proceso podrá solicitar el arraigo de algún testigo que tuviere que ausentarse del lugar en que se practiquen las diligencias. Como autoridad dentro de la averiguación previa, el Ministerio Público puede solicitar el arraigo del inculcado para poder integrar debidamente su indagatoria.

Independientemente del hecho de que algunos autores no consideran al Ministerio Público como parte, en virtud de que no encaja dentro del concepto de parte, no se le puede negar su carácter de sujeto indispensable dentro del proceso penal, así como tampoco se le puede negar su carácter rector de la averiguación previa.

De esta manera, el Ministerio Público como autoridad siendo el rector de la averiguación previa, realiza su investigación, estando facultado para solicitar al juez el arraigo del inculcado.

El Ministerio Público se encarga de investigar hechos, por lo que a través de la averiguación previa, recabará todos los elementos necesarios con el objetivo de que al finalizar su investigación, pueda determinar si existe algún delito por perseguir, y en caso de que exista, determinar quienes son los sujetos probablemente responsables de dicho delito.

Su investigación debe de estar apegada a la constitución y leyes que de ella emanen, de manera que se debe sujetar a dichas normas tratándose de los plazos de detención, retención, requisitos para ejercitar la acción penal etc.

Así el Ministerio Público es un órgano importante para el estudio del arraigo, ya que es dicha autoridad la que lo solicita durante la averiguación previa, como del inculcado durante el proceso, o es uno de los facultados para solicitar el arraigo de testigos también durante el

proceso. De acuerdo a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, es el encargado de elaborar no solo la petición de arraigo al órgano jurisdiccional, sino de elaborar una solicitud en la que se referirá al lugar forma y medios de cumplir con el arraigo.

LA DETENCION ANTE EL MINISTERIO PUBLICO.

La Constitución en su artículo 16, establece los plazos máximos para que el Ministerio Público retenga a un individuo, de 48 horas, y 96 horas si se trata de delincuencia organizada. Técnicamente el arraigo es una detención formalmente de un inculpado ante autoridad judicial, aun y cuando materialmente el inculpado está bajo vigilancia del Ministerio Público.

Los plazos anteriores son muy cortos para la integración de una averiguación previa, en especial atendiendo a la fuerte carga de trabajo a que están sometidas las procuradurías hoy en día, ello no obstante, el artículo 16 constitucional ordena que ningún indiciado será retenido por el Ministerio Público, por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición del juez.

El periodo podrá ser duplicado por otras cuarenta y ocho horas, cuando se trate de delincuencia organizada así establecida por la ley. Sobre el tema de la delincuencia organizada se enfocará el siguiente capítulo; por el momento baste con señalar las situaciones que se presentan al concluir el periodo de cuarenta y ocho horas de retención ante el Ministerio Público.

Concluido el término señalado, el Ministerio Público deberá ejercitar la acción penal con detenido, poniéndolo a disposición del órgano jurisdiccional en turno; o bien ordenar la libertad del inculpado, si no ha

concluido con su investigación, podrá continuarla sin detenido y sin limitación de tiempo alguno, para su integración.

Pero no se deja de mencionar que los plazos de que goza el Ministerio Público deben de aumentarse, especialmente por la dificultad que presenta la integración de algunos tipo penales, en donde se requiere de dictámenes contables, o en general la práctica de diversas pruebas a fin de recabar los datos necesarios para la integración de la averiguación previa.

Posiblemente se podría establecer un plazo de detención distinto entre delitos graves y los no calificados de esa forma, lo que permitiría la realización de investigaciones mas completas. En muchos casos, debido a los cortos plazos de que goza el Ministerio Público, la averiguación previa con detenido es integrada con muchas deficiencias.

El reto sin lugar a dudas es encontrar una solución que permita evitar arbitrariedades de la representación social, y al mismo tiempo evitar que por la brevedad de los plazos se sustralga de la justicia cualquier responsable del delito, probablemente una solución sería el manejo de dos plazos e detención, una si el delito es calificado como no grave, y otro si el delito es calificado como grave.

EL ARRAIGO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

El arraigo como ya se ha visto se puede ordenar contra el inculpado en la averiguación previa, o contra el procesado o algún testigo durante el proceso penal, pero el arraigo continúa teniendo el carácter en cada caso, acto de molestia que ordena la detención del sujeto como medida precautoria para asegurar la posible aplicación del derecho.

El arraigo durante la averiguación previa está regulado por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, es una medida precautoria dictada por el órgano jurisdiccional, a solicitud del Ministerio Público para que teniendo al inculcado a su disposición material, y con ello practique todas las diligencias necesarias para una correcta integración la averiguación previa.

La figura del arraigo es una herramienta que tiene el Ministerio Público, para tener materialmente a inculcado a su disposición y para evitar que los indiciados se sustraigan de la acción de la justicia.

"Es una medida cautelar personal que puede tener lugar en la averiguación previa, para que el Procurador o el agente del Ministerio Público realice alguna de sus funciones con la amplitud que amerite, sin hacer objeto al indiciado de detenciones ilegales y además con la seguridad de que éste no se evadirá de la acción de la justicia."³⁷

El Código Federal de Procedimientos Penales regula el arraigo con los mismos elementos que el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, pero ambos difieren de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada como se verá en el siguiente capítulo.

El Código Federal de Procedimientos Penales regula el arraigo en los siguientes términos:

Artículo 133 bis.- La autoridad judicial podrá, a petición del ministerio público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares que el mandato de la autoridad sea debidamente cumplido.

³⁷ COLIN Guillermo, Derecho Mexicano de los procedimientos penales, 16 ed. Porrúa México 1997 Pág. 236.

El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al ministerio público y al afectado, si deben o no mantenerse.

La tramitación del arraigo no está debidamente señalada, ya que el Código Federal solo hace mención a la medida en sí, pero no hay disposición que reglamenta sobre la tramitación del mismo.

"La solicitud de arraigo procede a petición Ministerio Público cuando se ha iniciado una averiguación previa, pero la disposición de arraigo sólo puede emanar del juzgador, quien lo tramitará en procedimiento judicial que tendrá forma de incidente no especificado en el que se respetará el derecho de audiencia del inculpado."³⁸

No obstante, como el incidente siempre tendrá la característica de ser accesorio del juicio principal, pensamos que la solicitud de arraigo del inculpado en la averiguación previa, al no haber aun juicio principal, es inexacto que la solicitud de arraigo se tramite en forma incidental.

En la práctica, la tramitación es con una solicitud motivada y fundada, que el Ministerio Público envía al órgano jurisdiccional, para que éste conceda el arraigo, mismo que ejecutara y vigilará el Ministerio Público por medio de sus auxiliares.

³⁸ GARCIA Sergio, Curso de derecho procesal penal, 5 ed. Porrúa México, 1989 Pág. 619.

ARRAIGO DEL INculpADO DURANTE EL PROCESO PENAL.

Dentro del código federal de procedimientos penales, y con total independencia del arraigo durante la averiguación previa, se regula el arraigo del inculpaDO durante el proceso, cuando por la gravedad del delito el inculpaDO no deba ser internado en prisión preventiva y exista el riesgo fundado de que se sustraerá de la acción de la justicia. En éste caso el arraigo en una medida dictada por el juez contra el inculpaDO para que no se sustraiga de la acción de la justicia, únicamente en los delitos en los cuales por la gravedad del delito no corresponda prisión preventiva, pero que se busca asegurar la pretensión punitiva del estado, en los casos de delitos no graves .

El artículo 205 del Código Federal de Procedimientos Penales regula al arraigo dentro del proceso de la siguiente forma:

" Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez, fundada y motivadamente, o este disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de este con las características y por el tiempo que el juzgador señale sin que en ningún caso pueda excederse del máximo señalado en el artículo 133 bis o bien tratándose de la averiguación previa o bien el proceso por el término constitucional que este deba resolverse."

En este caso el la orden de arraigo podría tramitarse en forma de incidente no especificado, ya que el juicio principal ya existe, y sí dentro de el aparecen datos que hagan suponer que el inculpaDO se sustraerá de la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar el arraigo del inculpaDO.

En este caso sí el legislador consideró que en caso de que el delito no represente una amenaza grave para la sociedad, y que por ello no es necesario privar al inculpado de su libertad, es lógico que por una suposición del Ministerio Público se pueda restringir la libertad ambulatoria del inculpado.

El arraigo durante el proceso no deja de ser una medida precautoria, y no es un acto privativo, por lo que debería ser necesario otorgar previa audiencia al inculpado, pero en este caso el artículo así lo señala.

La duración del arraigo en éste caso, remite al artículo 133 bis como máximo plazo de vigencia de la medida.

Lo alarmante de esta medida es que el artículo autoriza a que el Ministerio Público disponga de oficio el arraigo del inculpado, lo que equivale a permitir que la autoridad administrativa realice afectaciones a la libertad de los individuos sin contar con la supervisión judicial, lo que equivale a violar la constitución la cual señala a la autoridad judicial como la única en realizar actos para privar de ciertos bienes jurídicos, o para girar ordenes de aprehensión.

NATURALEZA JURÍDICA DEL ARRAIGO

En este punto debemos precisar un aspecto fundamental, y es que el órgano jurisdiccional es el encargado de dictar el arraigo, éste último es quien decide sobre la subsistencia o levantamiento de dicha medida, materialmente no se puede negar que el inculpado está materialmente a disposición del Ministerio Público, para que este realice todas las actuaciones necesarias a fin de integrar la averiguación previa.

El arraigo es una detención que no se puede considerar hecha por el Ministerio Público, si no que es una detención ante autoridad judicial, pues

es está quien la ordena y decide sobre el levantamiento o subsistencia del arraigo.

Se trata de una medida cautelar de tipo personal que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado tanto en la averiguación previa como en el proceso penal obligándolo a permanecer en el domicilio del inculpado.

Por otra parte se trata de un acto autoritario de molestia y no de un acto privativo, esto significa que para dictar el arraigo, la autoridad debe cumplir con lo establecido en el artículo 16 de la Constitución. No se puede considerar un acto privativo, porque el fin último de la medida cautelar es asegurar la disponibilidad del inculpado y no la propia afectación de su libertad, motivo por el cual no es requisito otorgarle garantía de audiencia al inculpado para el dictado de dicha medida, sirviendo de apoyo a este criterio, la jurisprudencia de la Suprema Corte en el sentido de que las medidas cautelares no constituyen acto privativos por lo que para su imposición no rige la garantía de audiencia.

MEDIDAS CAUTELARES, NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA. Conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la garantía de audiencia, establecida en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, únicamente rige respecto de los actos privativos, entendiéndose por éstos los que en sí mismos persiguen la privación, con existencia independiente, cuyos efectos son definitivos y no provisionales o accesorios. Ahora bien, las medidas cautelares constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan, generalmente, por ser accesorias y sumarias, debido a que se tramitan en lazos breves; y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia, por lo que tales medidas, al

encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo constituyen un instrumento no sólo de otra resolución sino también del interés público, pues buscan restablecer el ordenamiento jurídico conculcado desapareciendo, provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica; por lo que debe considerarse que la emisión de tales providencias no constituye un acto privativo pues sus efectos provisionales quedan sueltos, indefectiblemente, a las resultas del procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten, donde el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere convenientes; consecuentemente, para la imposición de las medidas en comento no rige la garantía de previa audiencia.

Jurisprudencia P./J. 21/98 impresa en la página 18 tomo VII, marzo de 1988, Novena época al Semanario Judicial de la Federación.

Respecto a la naturaleza del arraigo, sobre si el arraigo es un acto que restringe la libertad personal del inculpado, o solo afecta la libertad de transito del inculpado, existieron criterios que han sido aclarados por una jurisprudencia por contradicción de tesis de la Suprema Corte de Justicia, la contradicción consistía, en que algunos órganos jurisdiccionales consideraban al arraigo como un acto que afectaba la libertad de transito, pero no la libertad personal del inculpado, la tesis que sostenía tal idea data del año de 1997 y es la siguiente:

"ARRAIGO, ORDEN DE. NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL"

La orden jurisdiccional del arraigo que contempla el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales, no afecta la libertad personal propiamente dicha a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, si

no tan solo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulada por el artículo 11 de la Constitución.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo VI septiembre de 1997 Tesis I.

En contraposición se dictó otra tesis sobre la naturaleza del arraigo, en la cual se establecía que dicha medida vulneraba la libertad personal del inculcado, la cual establecía:

"ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRÁNSITO.—La orden de arraigo no sólo afecta la libertad de tránsito sino también la personal, por lo que en términos de los artículos 133 y 136 de la Ley de Amparo, procede la concesión de la suspensión provisional respecto de actos de esa naturaleza, pues al concederse esa medida, se obliga a la parte quejosa a permanecer durante el tiempo que se le fije, en un determinado inmueble, sin que pueda salir de éste."

Tesis consultable en la página ochocientos veintiocho, del Tomo IX, correspondiente al mes de enero de mil novecientos noventa y nueve de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,

Con motivo de las tesis presentadas, se formó la contradicción de tesis, sobre las cuales resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el criterio sustentado en dicha jurisprudencia, el cual considero acertado, pero insuficiente, por que la misma no se ocupa de un aspecto fundamental y lo es la suspensión del acto reclamado es decir la orden de arraigo, sobre dicho punto me ocuparé en el capítulo siguiente, la Jurisprudencia establecida por nuestro más alto Tribunal quedo de la siguiente forma, con lo cual no cabe duda alguna sobre la naturaleza del arraigo:

ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.

La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma ley.

1a./J. 78/99

Contradicción de tesis 3/99.-Entre las sustentadas por una parte, por los Tribunales Colegiados Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.-20 de octubre de 1999.-Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza.-Ponente: Juventino V. Castro y Castro.-Secretario: Óscar Mauricio Maycott Morales.

Tesis de Jurisprudencia 78/99.-Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veinte de octubre de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cuatro votos de los señores

Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo X, Noviembre de 1999. Tesis: 1a./J. 78/99 Página: 55. Tesis de Jurisprudencia.

De lo anterior podemos concluir que el arraigo es una medida cautelar que representa un acto de molestia por medio del cual se asegura la comparecencia del inculcado en la averiguación previa ante el Ministerio Público o ante el juez durante el proceso penal.

En mi opinión es una detención ante autoridad judicial, en primer lugar por que la jurisprudencia presentada acredita que el arraigo priva de la libertad personal, lo que convierte al arraigo en una detención es decir, una privación de la libertad, y es ante autoridad judicial, por que es la autoridad judicial quien la concede o la niega, y es está quien decide sobre su subsistencia o levantamiento de la misma, conforme al propio artículo 133 bis.

RIESGO FUNDADO

El artículo 133 bis del código federal de procedimientos penales otorga la facultad al ministerio público de solicitar el arraigo del inculcado cuando tenga el riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia, termino que resulta ambiguo y por lo tanto peligroso para los gobernados.

En un grave riesgo se ponen las garantías individuales al dejar tan ambiguamente el término "riesgo fundado" al criterio de la autoridad, ello implica dejarla que discrecionalmente decida cuando hay riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia y cuando no.

"En la practica, contrariando el espíritu del legislador, hemos encontrado, por ejemplo, que se tiene por acreditado ese elemento, y por ende se ha procedido a la retención del indiciado que voluntariamente comparece a rendir su declaración, haciendo aparecer en la averiguación previa un par de copias de citatorios aparentemente girados con anterioridad por el Ministerio Público y no atendidos por el inculpado y apoyados por un pretendido informe de la policía judicial en el que se hace constar que el inculpado no fue localizado y que se informó su ausencia del lugar".³⁹

La constitución y en general el derecho han puesto énfasis en proteger la libertad del individuo, imponiendo una serie de requisitos que se contemplan en el artículo 16 constitucional para que la autoridad judicial pueda privar a alguno de su libertad, por lo que resulta contrario al espíritu de la constitución y las leyes en general dejar en manos del Ministerio Público la discreción de tener por acreditado un elemento para la privación de la libertad de persona alguna.

Considero importante, que en caso de que el arraigo permanezca dentro de la legislación, se debe de modificar y no otorgar amplia libertad al ministerio público, y precisar de modo enunciativo y limitativo los casos en que proceda el arraigo.

El arraigo como se estudió, es un acto de molestia, en donde se faculta al Ministerio Público a solicitar el arraigo del inculpado, y se permite

³⁹ HERNÁNDEZ PLIEGO Julio, op. cit., nota 38, Pág. 122.

que éste determine cuando esta acreditado el riesgo fundado de que el inculpado se evada de la justicia.

La solicitud de arraigo, como todo acto de molestia debe estar fundado y motivado, esta última característica tiene importancia especial para el estudio del arraigo, puesto que las argumentaciones que haga el Ministerio Público al motivar su solicitud, dependerá que el juez determine que está acreditado el requisito del riesgo fundado de que el inculpado se sustraerá de la acción de la justicia.

En la realidad, el Ministerio Público recaba elementos probatorios el mismo, y los desahoga ante sí, e inclusive los valora el mismo, con poca o nula intervención del defensor en la practica de las diligencias dentro de la averiguación previa, determinando cuando existe ese riesgo fundado, lo que nos permite tener una idea del desequilibrio procesal que eso implica.

CONSTITUCIONALIDAD DEL ARRAIGO DEL INculpADO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

El arraigo fue concebido por el legislador como una medida que restringe la libertad de transito y no la libertad personal; de igual forma la realidad que vive nuestro país en torno a la delincuencia, dicta que en el derecho debe a ella, sin permitir que se llegue a un sistema en donde predominen los actos autoritarios.

Es un acto de autoridad que ordena el órgano jurisdiccional en materia penal, a solicitud del Ministerio Público, el cual debe ser ejecutado con la vigilancia del Ministerio Público por medio de la policía judicial, la cual está bajo su mando. El órgano jurisdiccional competente será el del fuero común si los delitos son del orden local, y conocerá de la orden de arraigo el juez de distrito si se trata de delitos federales.

Actualmente como se vio con anterioridad, la corte ha resuelto en jurisprudencia por contradicción de tesis, que la orden de arraigo sí afecta la libertad personal del inculpado, pero aun cuando se crea que el arraigo sólo afecta la libertad de tránsito sujetándose con ello al artículo 11 constitucional, implicaría una violación directa al precepto constitucional señalado, porque el precepto habla de que se limitara esa garantía en casos de responsabilidad civil o criminal, al respecto debe de tomarse en cuenta que "... solo puede limitarse en los casos de responsabilidad criminal o civil, y tanto en la averiguación previa como en el proceso, no existe aún, jurídicamente hablando, ninguna responsabilidad, como base de sustentación de semejante medida".⁴⁰

Debemos reflexionar sobre ciertos aspectos referentes del arraigo, uno de ellos es sin lugar a dudas sí una ley secundaria, es decir, el Código Federal de Procedimiento Penales puede contemplar un acto de privación de libertad distinto de lo que establece la constitución, porque aun cuando se trate de un acto de molestia, la Constitución considero que es limitativa al establecer los casos en que alguien puede ser privado de su libertad, tal y como se desprende del artículo 16 constitucional, en donde se regula exclusivamente sobre la orden de aprehensión, la flagrancia y el caso de urgencia. Por ende el artículo de la ley secundaria que rebasa las restricciones autorizadas por nuestra ley suprema resulta inconstitucional.

Otro punto referente a la constitucionalidad del arraigo, es determinar si el Código mencionado puede otorgar una opción no contemplada en la Constitución, en tanto este ordenamiento menciona que una vez concluido el término durante el cual puede legalmente privar de la libertad a algún inculpado debe de ponerlo en libertad o ponerlo a disposición del juzgador, sin contemplar una tercera opción como solicitar el arraigo, de manera que una vez más, la ley secundaria rebasa a nuestra

⁴⁰ COLIN Guillermo, op. cit., nota 42, Pág. 237.

carta magna, lo que trae como consecuencia la inconstitucionalidad de la ley secundaria.

Otro punto cuestionable sobre el arraigo es que el Código señala que se cumplirá en el domicilio del inculcado, y el artículo 18 constitucional establece que solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a la prisión preventiva, es decir el espíritu del citado artículo es que solo por delitos que representan cierta gravedad, y cuando existan datos suficientes para poder determinar que se requiere la prisión preventiva, y solo en esos casos se debe de privar a alguno de su libertad, de manera que se ejecuta una privación de la libertad en un lugar distinto del que la constitución señala, y aun cuando el arraigo no se trata de una forma de prisión, no se puede negar que es una forma de mantener privado a una probable responsable y en un lugar no destinado para tales efectos.

Por último en relación con la temporalidad del arraigo, el Código lo autoriza hasta por treinta días, lo cual resulta excesivo, porque formal y materialmente el inculcado esta privado de su libertad ambulatoria ante el órgano jurisdiccional, lo que implica que el arraigo es una detención ante autoridad judicial.

El artículo 19 de la Constitución señala que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder de 72 horas sin que se justifique con un auto de formal prisión, esta prevención implica que, incluido el arraigo nadie puede permanecer privado de su libertad por más tiempo que el plazo señalado, si no se ha dictado el mencionado proveído judicial, cuya falta origina la liberación del detenido en todo caso.

Señalando por esta nueva argumentación la inconstitucionalidad de la medida en análisis, porque implica que en el momento en que el arraigo rebase el plazo de 72 horas sin que se dicte el auto de forma prisión se traducirá en una violación al artículo 19 de la Constitución.

EL AMPARO CONTRA EL ARRAIGO DEL INculpADO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

El amparo se podrá interponer con fundamento en el artículo 103 Constitucional fracción primera; 1º fracción primera de la Ley de Amparo y 114 de la Ley de Amparo, impugnando la Inconstitucionalidad del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, así como la orden de arraigo como primer acto de aplicación de la ley, pues debemos mencionar que se trata de una norma que requiere de un acto de aplicación para que exista el agravio en contra del gobernado, esto es, que la simple entrada en vigor de la ley procesal no genera agravios, partiendo del supuesto de que un individuo cualquiera, que no se vea involucrado en una averiguación previa durante toda su vida, los artículos relativos al arraigo no le causan agravio alguno.

El término para la interposición del amparo será de quince días contados a partir de la notificación del acto reclamado, es decir, la orden de arraigo.

Por lo que hace a la ley misma es decir el Código de Procedimientos Penales, el juicio deberá de interponerse dentro de los primeros quince días contados a partir del primer acto de aplicación.

Los dos párrafos anteriores son términos que se sugieren a manera de evitar problemas con los plazos para la interposición del amparo, porque en estricto apego a derecho, de acuerdo al artículo 22, fracción segunda, de la Ley de Amparo y toda vez que el acto reclamado importa un ataque a la libertad personal, el amparo puede interponerse en cualquier tiempo.

Un aspecto muy importante que debe de vigilarse dentro del tiempo para interponer el amparo, es evitar que exista un cambio de situación jurídica, esto es, que el amparo debe interponerse lo más rápidamente

posible, evitando que el Ministerio Público ejercite la acción penal, puesto que de otra suerte el amparo será improcedente, si cambia la situación jurídica.

Inclusive el amparo en los términos mencionados podrá ser interpuesto por sujeto distinto del quejoso, ya que estamos en el supuesto que señala el artículo 17 de la Ley de Amparo que hace referencia a los casos en que el acto importe ataques a la libertad, y el agraviado se encuentre imposibilitado para promover el amparo cualquier otro podrá hacerlo en su nombre, aun y cuando sea menor de edad.

En el siguiente capítulo nos referiremos a los recursos ordinarios que se pueden interponer contra la orden de arraigo, pero en el presente caso al interponer el amparo contra el Código Federal de Procedimientos Penales.

"Debemos tomar en cuenta que si contra el primer acto de aplicación de la ley combatida, procede algún recurso o medio de defensa legal, establecido en la propia ley, por virtud del cual pueda ser modificado, revocado o nulificado, el interesado puede optar entre ese recurso o medio de defensa, o acudir directamente al juicio de amparo."⁴¹

El artículo 16 constitucional nos señala los casos únicos en los que se puede privar de la libertad a una persona, tales son la orden de aprehensión, las hipótesis de flagrancia y el caso de urgencia, de manera que la Constitución es limitativa en este aspecto, por lo que el hecho de que una ley secundaria contemple casos adicionales a los que la Carta Magna contiene, trae como resultado la inconstitucionalidad de esa ley.

En efecto el artículo mencionado señala cuales son los casos en que se puede molestar a una persona en su libertad, limitando los casos a los señalados, por lo que una ley secundaria encargada de reglamentar a la

⁴¹ GÓNGORA Genaro, Introducción al estudio del juicio de amparo, 2 ed. Porrúa, México 1989, Pág. 26.

Constitución como es el Código Federal de Procedimientos Penales, no puede señalar mas casos que los que la propia carta magna marca.

En efecto se trata de una ley Inconstitucional porque previene una detención personal en casos distintos de los que contempla la Constitución, de manera que la ley secundaria, al restringir las garantías individuales en hipótesis distintas de las que la propia Constitución señala, viola directamente la Constitución, al no ajustarse a la garantía de legalidad.

El principio de la supremacía constitucional, consiste en proteger al gobernado no sólo contra actos que sean concretos y autoritarios, sino también protege contra actos que violen la propia Constitución, poniéndola a salvo de la actividad ordinaria legislativa, y reafirmando con ello la supremacía constitucional.

Por otra parte el citado artículo 16 Constitucional señala que ninguna detención o retención ante el Ministerio Público, podrá durar mas de 48 horas o de 96 tratándose de delincuencia organizada, plazo en el cual deberá poner al inculcado a disposición de la autoridad judicial por medio del ejercicio de la acción penal, o ponerlo en libertad, de manera que si el artículo 133 bis contempla una tercera opción, ello motiva que esa ley sea inconstitucional.

El arraigo domiciliario resulta así violatorio del artículo 18 constitucional ya que esta disposición nos señala los lugares en los que se cumplirán las detenciones y los casos en que podrá decretarse la prisión preventiva, por lo que la el artículo del Código Federal de Procedimientos Penales, extralimita los lugares en que se cumplirá con las detenciones.

El artículo 18 constitucional nos señala que el sitio destinado para la prisión preventiva será distinto del de prisión como pena impuesta y que estarán completamente separados.

El motivo por el que la orden de arraigo y el Código de Procedimientos violentan el artículo 18 constitucional, es que se señala en el Código que el arraigo se cumplirá en el domicilio del inculpado, pero se fijan para efectos prácticos los domicilios que propone el Ministerio Público y que en general el juez aprueba tales como las habitaciones de hoteles o inmuebles similares, situación que no está prevista dentro de la Constitución. En efecto, los gobiernos de la federación y de los estados organizarán el sistema penal en sus respectivas jurisdicciones, sin que se pueda establecer que en esa organización se prevea una forma de arraigo consistente en permanecer en un lugar determinado, no destinado para el fin señalado, también se vulnera la garantía de legalidad si se ordena el arraigo en un lugar distinto del domicilio del inculpado.

Posiblemente habrá quien argumente sobre que no se trata de una forma de prisión el que un sujeto permanezca arraigado. No podrá negarse que el arraigo es un acto que restringe la libertad personal de un individuo a quien no se ha acreditado ni siquiera su probable responsabilidad penal en la participación de un hecho que aun no se determina si es delictivo o no.

Por último, el arraigo es un acto privativo de la libertad de acuerdo a la jurisprudencia por contradicción de tesis que se ha transcrito con antelación, y debido a que es evidente que se trata de una detención ante autoridad judicial, el arraigo se convertirá en violatorio del artículo 19 constitucional, en el momento que se prolongue por más de 72 horas, sin que la autoridad la autoridad judicial justifique dicha detención con un auto de formal prisión.

En efecto, es evidente que aun cuando materialmente el inculpado debe cumplir con los requerimientos necesarios del Ministerio Público para la debida integración de la averiguación previa, no se puede negar que

jurídicamente la autoridad que ordena el arraigo, la subsistencia o levantamiento del mismo, es el órgano jurisdiccional.

De manera que al estar esclarecido por la jurisprudencia de la Suprema Corte, que el arraigo es un acto que privativo de la libertad del inculcado, y que es la autoridad judicial ante quien esta ha disposición el arraigado, como el artículo 19 constitucional establece que ninguna detención ante autoridad judicial excederá de 72 horas, sin que se justifique por auto de forma prisión, en el momento en que el arraigado tenga más de ese plazo privado de su libertad sin que se dicte al efecto auto de formal prisión en su contra, se infringirá el artículo constitucional mencionado.

LA SUSPENSIÓN DE LA ORDEN DE ARRAIGO.

El problema que se plantea en este rubro es muy delicado por un lado los periodos que se otorgan al Ministerio Público para integrar una averiguación previa con detenido son muy breves, 48 horas o el doble tratándose de delincuencia organizada, situación que puede motivar que ante la falta de integración de la averiguación previa grandes criminales evadan la justicia al fenecer el término legal otorgado para ello y ser puestos en libertad por esa razón, aunque ello también pudiera obedecer a una indebida integración de averiguación previa, motivada por esos plazos tan breves.

Por otra parte está la declaratoria jurisprudencial de la inconstitucionalidad de la medida y el plazo excesivo que puede durar el arraigo, que muchas veces es usado arbitrariamente, sin haberse motivado adecuadamente el requisito de riesgo fundado, lo que igualmente apareja grandes injusticias.

De manera que lo importante es encontrar una medida suspensiva que armonice los planteamientos hechos.

La jurisprudencia ha establecido la inconstitucionalidad del arraigo, pero no se ha establecido el aspecto práctico fundamental de la suspensión del acto reclamado, ello nos presenta situaciones que se deben estudiar respecto a la suspensión de los efectos de los Códigos que autorizan el arraigo y de la orden misma.

"Debemos de tomar en cuenta el caso de una Ley hetero aplicativa, es decir aquellas que producen la afectación a través del primer acto de aplicación, por lo que la suspensión se concedería o negaría, en cuanto a su procedencia, en relación con la índole del propio acto de aplicación."⁴²

En este caso el primer acto de aplicación de la inconstitucional ley, sería la orden de arraigo, por lo que ésta constituirá el acto que sería materia de la suspensión, se haya ejecutado o no la medida.

"Los efectos de la suspensión concedida consistirán en paralizar la aplicación de la ley, mientras se resuelve sobre la suspensión definitiva y constitucionalidad, del acto reclamado en el amparo."⁴³

Se trata de una suspensión que no procede de oficio, por no encontrarse dentro de los supuestos que marca el artículo 123 de la Ley de Amparo, por lo que se regirá por lo dispuesto en los artículos 124 y 130 de la citada ley, y los requisitos para la efectividad de la suspensión se regirán por lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley de Amparo.

Es decir, el otorgamiento de la suspensión de acuerdo a los artículos señalados, procederá si lo solicita el inculcado; al no seguirse el perjuicio social ni contravenirse disposiciones de orden público, y la ejecución del acto produciría daños de difícil reparación al quejoso, como no suspender

⁴² BURGOA Ignacio, El juicio de amparo 33 ed. Porrúa, México 1997, Pág. 716.

⁴³ MANCILLA Jorge, El juicio de amparo en materia penal, 6 ed. Porrúa México 1999, Pág. 169.

los efectos de los actos reclamados por lo que, debe concederse la suspensión del acto reclamado.

Atentos a la naturaleza del acto de aplicación, se trata de una privación de la libertad por lo que, se debe tomar en cuenta que de acuerdo al artículo 130 tercer párrafo, el juez de distrito tiene el deber de conceder la suspensión provisional, cuando se trate de restricciones a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, de modo que no cabe duda sobre que el juez debe concederla.

El artículo 136 de la Ley de Amparo establece algunos supuestos acerca de cómo debe proceder el juez de distrito al otorgar la suspensión, para el aseguramiento del propio quejoso cuando el acto reclamado se haga consistir en ataques a la libertad, pero ninguno de los supuestos que reglamenta hacen referencia al arraigo, por lo que las medidas de aseguramiento que podrá decretar el juzgador, serán las que estime necesarias.

La medida suspensiva que se otorga contra actos que afectan la libertad personal, no detiene el procedimiento penal, pero impide que la autoridad pueda disponer de la libertad del quejoso.

El arraigo en la mayoría de los casos se solicita tratándose de delitos graves, y que por lo tanto no permiten la libertad bajo caución, motivo por el cual el quejoso por cuanto hace a su libertad permanece en el lugar que el juez de distrito designe de acuerdo al artículo 136 de la Ley de Amparo.

Ordenar la libertad del inculcado por medio de la suspensión del acto reclamado, equivaldría a dejar sin materia de fondo al amparo, esa consecuencia motiva señalar que la medida no sería la adecuada.

Situándonos en el arraigo del inculcado solicitado al órgano jurisdiccional con motivo de la integración de una averiguación previa, y en virtud de lo establecido en el artículo 19 constitucional relativo al tiempo

que un sujeto puede estar a disposición de la autoridad judicial, pensamos que el efecto de la suspensión podría ser que el juez de distrito ordenará que el quejoso quede a disposición en el lugar que designe, pero la medida no será indefinida, y deberá ordenar a la autoridad ejecutora (Ministerio Público) y a la ordenadora (órgano jurisdiccional) del arraigo, que en un término prudente se ejercite acción penal, y que en caso de no hacerlo el juez de distrito ordenará la libertad del inculcado.

Considero que el plazo prudente debe consistir en 6 días, es decir el término constitucional duplicado que tiene el órgano jurisdiccional para decidir sobre la situación del inculcado sirviendo de apoyo el reciente criterio sostenido por la Suprema Corte en el sentido de que el juzgador de amparo puede apreciar si ha transcurrido un tiempo razonable para que el Ministerio Público ejercite acción penal, criterio que pueda aplicarse al caso del arraigo, fijando el juzgador de amparo un plazo razonable para que el Ministerio Público ejercite acción penal, y en caso contrario el propio juzgador de amparo ordenar la libertad del quejoso.

La jurisprudencia establecida por la Suprema Corte al resolver la contradicción 35/99 en la parte que a nosotros interesa señala:

“ Ahora bien, al admitirse la procedencia del juicio de amparo en contra de la omisión del Ministerio Público de dictar el proveído que en su caso corresponda, necesariamente debe facultarse al juzgador de amparo para apreciar en cada caso concreto si ha transcurrido un plazo razonable para que la representación social dicte su resolución, todo lo anterior con base en las manifestaciones del quejosos y de la propia autoridad responsable en su informe con justificación; sin que ello implique por supuesto, otorgar al juzgador Constitucional la facultad de estudiar el fondo de la denuncia o querrela planteada por el gobernado, sino

simplemente la de imponer en su caso a la representación social un plazo para que dicta su resolución..."⁴⁴

Al respecto debemos tomar en cuenta que los plazos de 48 y 96 horas tratándose de delincuencia organizada concedidos al Ministerio Público son muy cortos para una adecuada integración de la averiguación previa, por lo que con la suspensión del acto, en busca de una solución real, debe evitarse que el delincuente evada la justicia, y debe evitarse términos excesivos de detención como los que actualmente contempla el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

De tal manera que la posible solución que proponemos al problema planteado es que el Juez de Amparo mantenga al inculcado en el lugar que designe hasta que se resuelva sobre la suspensión definitiva, teniendo ese plazo el Ministerio Público para finalizar la investigación, pero si llegado ese término la Representación Social no ha ejercitado acción penal, el Juez de Amparo deberá poner en libertad al inculcado, señalando que el plazo que sugerimos es de 6 días, como se preciso con anterioridad.

Otra posible solución sería señalar plazos de detención distintos para los delitos graves y uno inferior para los no graves, de manera que en delitos graves la representación social cuenta con un mayor plazo para integrar la averiguación previa.

PROHIBICIÓN DE ABANDONAR UNA DEMARCACIÓN.

El artículo 133 bis: La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal,

⁴⁴ HERNÁNDEZ PLIEGO Julio, op. cit., nota 38, Pág. 143.

siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario o abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de 30 días naturales en el caso del arraigo y de 60 días naturales en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de una demarcación geográfica queden sin efecto la autoridad judicial decidirá escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse.

La prohibición de abandonar una demarcación es una medida que resulta menos peligrosa para las garantías individuales que el arraigo, siendo esto por la jerarquía de valores que se atacan en cada una de las figuras, en el arraigo se ataca la libertad personal del indiciado, en tanto que en la prohibición de abandonar una demarcación, se alude en todo caso a la libertad de tránsito, porque se impide abandonar una entidad federativa, algún municipio, pero no se limita la libertad personal, es decir no se obliga a permanecer dentro de un determinado lugar, sea un reclusorio, un hotel o un departamento de lujo.

De manera que la medida consiste en un acto autoritario que restringe la libertad de tránsito del indiciado, impidiéndole trasladarse por la República, lo que se encuentra acorde con el artículo 11 constitucional, ya que es la autoridad judicial la que ante la solicitud del Ministerio Público limita al indiciado la garantía de libre tránsito, pues el artículo mencionado establece que no el inculpado no podrá abandonar la demarcación geográfica sin consentimiento de la autoridad judicial.

Como se trató en el capítulo anterior, no es necesario que exista responsabilidad criminal plenamente acreditada, porque el arraigo es una

medida precautoria, que no tiene como finalidad última privar del libre tránsito al individuo, sino asegurar la presencia del inculpado en la averiguación previa.

EL ARRAIGO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El arraigo tal y como se contempla en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, contiene los mismos elementos que el Código Federal. La diferencia se presenta porque quien solicita el arraigo en este caso es el Ministerio Público del Distrito Federal.

Las posibilidades como se verá en el siguiente capítulo son más amplias en materia federal respecto de la interposición del juicio de amparo contra la orden de arraigo, pero en este momento basta con determinar que los elementos entre los códigos federal y local son los mismos, de manera que los razonamientos vertidos con anterioridad son aplicables a ambos.

En efecto el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 270 bis establece lo siguiente:

Artículo 270 bis- Cuando con motivo de una averiguación previa el ministerio público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquel, recurrirá al órgano jurisdiccional fundando y motivando su petición, para que éste oyendo al indiciado resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad que ejercerá el ministerio público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente

Indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días prorrogables por otros treinta días a solicitud del ministerio público.

El juez resolverá, escuchando al ministerio público y al arraigado sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.

Como se puede observar, el arraigo a que se refiere el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, está regulado en los mismos términos que en el Código Federal, con la variación de señalar que el arraigo se solicitará "cuando el Ministerio Público lo estime necesario", término tan ambiguo como el de "riesgo fundado", lo correcto es que la ley determine en forma limitativa los supuestos en los que se pueda dictar el arraigo, o definir cuando existe ese riesgo fundado y no dejar términos tan ambiguos al juicio del Ministerio Público.

Respecto a la tramitación del arraigo, el código del distrito tampoco precisa, recordando que algunos autores señalan que la tramitación debe hacerse por medio de un incidente no especificado, razonamiento que no comparto por las siguientes razones que enseguida expresaré y que son igualmente válidas en lo que concierne a la forma de tramitación que suscita el arraigo en la esfera federal:

El incidente requiere para su existencia una cuestión relacionada con lo principal, una cuestión accesoria; pero no basta con ello, precisa además de una cierta contienda dentro de ese aspecto accesorio; como tal el incidente es una contienda dentro de la contienda principal, un pequeño juicio dentro del juicio principal, son cuestiones que se deben resolver adecuadamente por la autoridad. La expresión deriva del latín *incido* que se refiere a lo que es accesorio respecto de lo principal, el incidente es una cuestión accesoría que ingresa al juicio y que teniendo

íntima relación con el asunto principal, reclama, no obstante, una resolución destacada.

Pero el incidente sigue siendo algo accesorio del juicio principal, por lo que si no existe un juicio principal, es absurdo pensar en un incidente de manera que en la práctica el arraigo no se tramita en forma de incidente no especificado, sino por medio de un escrito fundado y motivado por el que el Ministerio Público pide al órgano jurisdiccional, autorice la medida y esta autoridad la otorga en una resolución o la niega según sea el caso.

La tramitación en la práctica se realiza, pues por medio de una solicitud que envía el Ministerio Público al órgano jurisdiccional, y éste emite una resolución en donde se ordena o bien se niega el arraigo.

Debido a la gravedad de la privación de la libertad, se debe de otorgar al inculcado el derecho de probar que no existe necesidad de ordenar el arraigo, porque como ya se vio, en la forma que actualmente regula esta medida la ley federal y la del Distrito Federal, resulta fácil para el Ministerio Público obtener la medida.

Oportunidad que no se otorga por que como se ha estudiado con anterioridad, es un acto de molestia que para su legalidad no requiere del otorgar previa audiencia al inculcado, por lo que la oportunidad de probar que no existe la necesidad de dicha medida, se presenta en el recurso de revocación o en el juicio de amparo.

Cuando el Ministerio Público "estime necesario", es un término difuso utilizado por el código distrital y resulta tan peligroso como de "riesgo fundado" a que se refiere el código federal, para las garantías individuales de los gobernados, pues equivale casi a que se deje sólo en manos del Ministerio Público, lo que implica un desequilibrio procesal que obliga a conceder iguales ventajas a las partes, porque puede acreditar ese requisito de acuerdo a su conveniencia o a la importancia del caso, lo

que obliga al juez, en todo caso a exigir una adecuada fundamentación y motivación para poder conceder la solicitud de arraigo.

El fondo del término empleado en el código local, adolece del mismo defecto del de riesgo fundado empleado en el Código Federal, y en el fondo no es más que un simple juego de palabras, en donde se otorga una gran facultad al Ministerio Público, es decir, solicitar el arraigo, en una forma totalmente arbitraria y sin sujetarlo a requerimiento legal alguno, pues basta la simple acreditación unilateral de riesgo fundado, o que lo estime conveniente para solicitar el arraigo, sin conceder al inculpado la potestad de justificar lo contrario.

ARRAIGO DE TESTIGO DENTRO DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Dentro del código federal de procedimientos penales y con independencia al arraigo del inculpado durante la averiguación previa y durante el proceso penal, se encuentra regulado el arraigo de testigos que es una medida dictada por el juez a solicitud de cualquiera de las partes, cuando el testigo haya de ausentarse del lugar donde se practiquen las diligencias y no pueda tomársele el testimonio en ese momento.

Y es debido precisar que la privación la ordenará a solicitud de cualquiera de las partes por que así lo establece expresamente el artículo 256 del Código Federal de Procedimientos Penales, al enunciar que "...a solicitud de cualquiera de las partes, procederá a examinarlas desde luego, si fuere posible; en caso contrario podrá arraigar al testigo por el tiempo que sea estrictamente necesario para que rinda su declaración...."

El arraigo de testigos puede parecer justificable a la luz del interés público, el cual consiste en el interés común de todos los miembros de la

sociedad en encontrar la verdad sobre los hechos, y que con ello la impartición de justicia y seguridad jurídica de todo individuo se autentica, verdad que con el testimonio puede alcanzarse con mayor plenitud que sin el.

Sobre la necesidad del arraigo de testigos, cada cual tendrá su opinión personal, considero que muchas veces podría arraigarse a un testigo por la excesiva carga de trabajo de los juzgados penales, situación que imposibilita a tomar testimonio al momento a la persona que debe declarar y que deba de ausentarse del lugar de las diligencias, situación que se antoja extremadamente burocrática, alejada de la justicia y del propio interés común de las personas en la impartición de justicia.

Si el arraigo del inculcado resulta peligroso para las garantías individuales, la posibilidad de arraigar a cualquiera que pueda declarar sobre los hechos materia de la indagatoria, resulta un acto más peligroso que contraviene la garantía de libertad..

El Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 256 regula lo referente al arraigo de testigos, en los siguientes términos:

Artículo 256- Cuando tuviere que ausentarse del lugar en que se practiquen las diligencias alguna persona que pueda declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de la persona del inculcado, el tribunal, a solicitud de cualquiera de las partes, procederá a examinarla desde luego, si fuere posible; en caso contrario, podrán arraigar al testigo por el tiempo que sea estrictamente indispensable para que rinda su declaración. Si resultare que la solicitud fue infundada y por lo mismo indebido el arraigo, el testigo podrá exigir al que lo solicitó que los indemnice de los daños y perjuicios que le haya causado.

Si bien es cierto que por regla general todo aquel que sea testigo tiene obligación de declarar ante la autoridad, pensar en que se pueda privar de la libertad mediante el arraigo al testigo resulta ilegal por las mismas razones que lo representa el arraigo del inculcado, el arraigo representa un acto privativo de la libertad y no de la libertad de tránsito, por lo que tenemos las siguientes violaciones de garantías al testigo.

Se restringe en todo caso la libertad de tránsito sin que tenga responsabilidad criminal alguna, ya que el testigo no es sujeto activo del delito en ningún grado de autoría, por lo que no encuentra fundamento legal alguno para someter al arraigo a un testigo.

Ahora que la Suprema Corte a determinado que el arraigo es un acto que restringe la libertad personal, es claro que bajo ningún rubro la constitución autoriza un acto que vulnere la libertad de una persona para que pueda rendir su testimonio.

En mi opinión el arraigo de testigos es una medida ineficaz, típica de la burocracia, se debe de tomar la declaración al testigo pero en forma eficaz, por lo que en los casos en que se acredite la necesidad del testigo de ausentarse del lugar donde se lleva el proceso, se le tome declaración en forma inmediata.

Independiente al interés público que persigue el proceso penal, afectar la libertad de un individuo para que rinda su testimonio, derivado de la carga de trabajo de un juzgado, resulta no sólo violatorio de las garantías individuales señaladas, si no fomento de la burocracia que existe en el gobierno.

Precisado que el arraigo es un acto inconstitucional, considero de más importante el que no se violente la constitución, sobre el interés común individual de conocer la verdad histórica de los hechos que motivan una averiguación previa o en un proceso penal.

CAPITULO CUATRO

EL ARRAIGO EN LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

CONTENIDO: El arraigo durante la averiguación previa- Circunstancias para decretar el arraigo- Recurso del inculpado contra la orden de arraigo- Recurso del Ministerio Público contra la resolución que niega el arraigo- El juicio de amparo contra el arraigo durante la averiguación previa- La suspensión de la orden de arraigo- Arraigo de testigo- Arraigo durante el proceso penal- Constitucionalidad del arraigo durante el proceso.

EL ARRAIGO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

En los últimos años ha aumentado la inseguridad de las personas bienes a grado tal que se ha convertido en un problema nacional, y parece que no tiene una solución inmediata o a corto plazo, en donde el trabajo de la autoridad es arduo pero no suficiente por la cantidad de ilícitos que se cometen día con día.

En 1994 una comisión de la Procuraduría General de la República elaboró un documento que llamó "Estrategia para enfrentar el crimen organizado".

Legislativamente en el año de 1993 en el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional se utilizó el nombre delincuencia organizada y a partir de ese momento principia la actividad de expedir normas referentes a la misma, culminando con la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

"Dicha ley es un conjunto de normas sustantivas y adjetivas, complementadas con otras de orden reglamentario, todo lo cual acusa

carencia de técnica jurídica, pérdida de tiempo y sobre todo un nuevo derecho penal que funcionará en forma paralela al ya existente."⁴⁵

Debemos estar consientes de que la delincuencia debe de ser atacada con inteligencia y no con medidas obsoletas, por ejemplo está demostrado que el rigorismo excesivo en las penas no produce intimidación alguna a los delincuentes ya sean solitarios u organizados quebrantadores del orden social.

No existe procedimiento que se pueda justificar, cualquiera que sea su fin, si tal procedimiento se implementa en detrimento de las garantías individuales de los gobernados.

Así la mencionada ley establece que la definición legal sobre delincuencia organizada:

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

- I- Terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero, contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195 párrafo primero; falsificación o alteración de moneda previstos en los artículos 234, 236, y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita previsto en el artículo 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal;
- II- Acopio y trafico de armas previsto en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

⁴⁵ COLIN Guillermo, op. cit., nota 42, , Pág. 836.

- III- Tráfico de indocumentados previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;
- IV- Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud,
- V- Asalto previsto en los artículos 286 y 287, secuestro previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.

La investigación, persecución, procesamiento y sanción de los delitos a los que se refiere el artículo antes señalado quedan sustraídos del Código de Procedimientos Penales para llevarse a cabo conforme a la propia Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, tratándose de los delitos de la fracción I a IV; tratándose de los delitos a que se refiere la fracción V, además de requerir que se cometa por un miembro de la delincuencia organizada, el Ministerio Público deberá ejercer la facultad de atracción para que las autoridades federales conozcan del hecho delictivo.

Durante el curso de un proceso es posible que se adopten ciertas medidas, denominadas cautelares o precautorias, que tienen como objetivo asegurar el objeto del proceso y el camino del proceso mismo, ninguna de las medidas cautelares resuelve sobre el fondo del asunto principal.

El proceso civil es el ámbito natural de las medidas materiales, es decir, de las que afectan bienes u objetos, porciones del patrimonio; y el penal lo es de las medidas personales, o sea, las que afectan a las personas mismas.

Según se estudió en el capítulo anterior, el arraigo es una medida cautelar, que otorga el órgano jurisdiccional a solicitud del Ministerio Público, por medio de la cual el se priva de la libertad al inculpado dentro de una averiguación previa, obligando al indiciado a permanecer en su domicilio o en algún lugar distinto como hoteles, sin que pueda disponer libremente de su persona. Las medidas cautelares tienen dos grandes objetivos fundamentales: asegurar la presencia del inculpado dentro del procedimiento y poder hacer efectiva la pretensión punitiva del estado, y por otra parte preservar los intereses patrimoniales a favor del ofendido por el delito.

En el fondo del objetivo de las medidas cautelares al menos aquellas de tipo personal, tienen como finalidad asegurar la presencia del inculpado durante el juicio, y en forma indirecta la protección misma del inculpado, en donde dada la importancia y la gravedad de una sentencia penal, se cuida que el inculpado este presente durante el juicio para poder defenderse de la imputación que se le hace, de manera que el inculpado pueda actuar dentro del proceso en defensa de sus intereses, situación que se vería afectado en caso de ausencia, en donde se le privaría del derecho de declarar o al careo, por citar algunos.

"Entre las medidas cautelares figura el arraigo, que implica una limitación al derecho público subjetivo de libre tránsito, que otorga el artículo 11 constitucional, así la norma constitucional advierte que el ejercicio de aquel derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad civil o criminal."⁴⁶

Como se estudió en el capítulo anterior, la Suprema Corte de Justicia, resolvió en jurisprudencia por contradicción que el arraigo afecta

⁴⁶ GARCIA Sergio, Delincuencia organizada, 1 ed. Porrúa 1997 México, Pág. 160.

la libertad personal del inculpado, rebasando los límites y objetivos que el legislador estableció para dicha figura.

Para los fines del procedimiento penal tiene una gran importancia la presencia del inculpado en el lugar donde se desarrolle el proceso al alcance del juez, ya que en México no existe alguna juicio penal en rebeldía, es decir, sin la presencia del inculpado.

El arraigo como lo reglamenta la ley en comento, presenta diferencias que a simple vista parecen irrelevantes, pero para defender los intereses del inculpado, son de gran importancia.

El arraigo como se contempla en la legislación Procesal Federal, y la regulación del arraigo que hace la Ley Contra la Delincuencia Organizada presentan diferencias que cobran importancia cuando es necesario para el gobernado defenderse en contra de dichas medidas cautelares, así la Ley en comento reglamenta el arraigo de la siguiente forma:

Artículo 12- El juez podrá dictar a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud con vigilancia de la autoridad la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de 90 días con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.

El arraigo presenta en ambos ordenamientos algunas semejanzas:

1- En los dos casos, la orden de arraigo proviene del órgano jurisdiccional.

2- En los dos ordenamientos la solicitud de arraigo la formula en Ministerio Público.

3- Los dos ordenamientos legales otorgan al Ministerio Publico la facultad de determinar cuando existe necesidad de solicitar el arraigo.

El arraigo durante la averiguación previa, entre los dos ordenamientos que se han mencionado presentan diferencias que consisten en:

1- El arraigo de acuerdo al Código Federal siempre se cumplirá en el domicilio del inculpado, puesto que así lo señala el artículo 133 bis, al establecer que la autoridad judicial podrá decretar el arraigo domiciliario, en tanto que la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada reglamenta que, el arraigo se cumplirá en el lugar, medio y formas que la solicitud del Ministerio Público señale, por lo que el arraigo se puede cumplir en un lugar distinto del domicilio del inculpado.

2- El Código Federal establece que el arraigo tendrá una duración máxima de 30 días, en tanto que la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada señala un plazo máximo de 90 días.

3- El Código Federal contiene dentro del artículo 133 bis la reglamentación de 2 medidas, el arraigo y la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, considero que el arraigo es entendido en este ordenamiento como un encierro total del inculpado en su domicilio, en tanto que el la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada podría ocurrir que el arraigo se ordene para el efecto de que el inculpado no abandone una demarcación geográfica, sí así se estableció en la solicitud del Ministerio Público.

De acuerdo a la presente ley son aplicables supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Penales y las de la legislación que

establezca las normas sobre la ejecución de penas y medidas de seguridad así como las comprendidas en leyes especiales.

"La solicitud de arraigo procede del ministerio público cuando se ha iniciado una averiguación previa, pero la disposición de arraigo sólo puede emanar del juzgador, tanto su levantamiento como su subsistencia se tramitan en procedimiento judicial que tendrá forma de incidente no especificado en el que se respetará el derecho de audiencia del inculpado."⁴⁷

La cita anterior puede hacer referencia al arraigo durante el proceso, pero no al arraigo del inculpado durante la averiguación previa, de igual forma es factible que el arraigo de algún testigo durante el proceso se tramite en forma de incidente no especificado, no así el arraigo durante la averiguación previa.

En la practica la orden de arraigo se tramita como una solicitud que el Ministerio Público dirige al órgano jurisdiccional, de manera que es falso que la tramitación sea por medio de un incidente no especificado, ya que un incidente es algo accesorio de un juicio principal, por lo que al no existir un juicio principal, no puede haber incidente alguno, es decir que al ser la averiguación previa una investigación, y no estar planteado el conflicto de intereses al juez penal, no existe juicio alguno, si no tan sólo una investigación.

En efecto sobre el punto de la forma en que se debe de tramitar una orden de arraigo se presentan dos situaciones que se contraponen, poner en conocimiento al inculpado que se esta tramitando una orden de arraigo en su contra sería posiblemente una forma de avisarle para que se sustraiga de la acción de la justicia, pero no es menos cierto que por simple equidad procesal sí al Ministerio Público se le otorga la oportunidad de probar que de acuerdo a las características del hecho imputado, y las

⁴⁷ GARCIA Sergio, op. cit., nota 43, Pág. 619.

circunstancias personales del inculpado, existe necesidad de solicitar el arraigo en contra del inculpado, también se debe de dar la oportunidad de probar al inculpado que no existe necesidad de el arraigo.

Lo anterior cobra mayor importancia sí tomamos en consideración que el Ministerio Público durante la averiguación previa desahoga y valora los medios de prueba ante sí, inclusive para determinar sobre la necesidad del arraigo el Ministerio Público lleva a cabo una determinación de tipo jurisdiccional, en donde tomando como base el material probatorio, determina sobre la necesidad del arraigo, evidenciándose la precaria intervención del defensor durante la averiguación previa.

Otorgar la oportunidad al inculpado de acreditar que no existe la necesidad del arraigo, tiene mayor importancia dentro de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, porque el arraigo que se dicte por el órgano jurisdiccional tendrá como base la solicitud que el Ministerio Público formule, de manera que resulta inequitativo permitir que se tome una resolución tan importante y con base en los datos de una investigación que realiza el Ministerio Público, desahogando y valorando elementos probatorios ante sí mismo, casi en secreto, y con una precaria o nula intervención del defensor del inculpado.

Sobre el anterior planteamiento, cada quien tendrá su opinión, sobre de que es más importante sí la equidad procesal y la seguridad jurídica o la eficacia de la orden de arraigo.

Considero que dadas las condiciones reales del Ministerio Público, y a como se menciona en el capítulo anterior, de cómo se suele acreditar que existe el riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia, con simular que se giraron dos citatorios no atendidos por el indiciado, debe pesar más la equidad procesal y la seguridad jurídica de permitir al inculpado acreditar que no existen elementos para dictar el arraigo.

CIRCUNSTANCIAS PARA DECRETAR EL ARRAIGO.

Las circunstancias para decretar el arraigo son los aspectos que motivan al Ministerio Público a solicitar al órgano jurisdiccional el arraigo, y que éste último señalará al momento de ordenar el arraigo, siendo importante para el estudio del tema, situar los momentos en que el Ministerio Público puede estar al solicitar el arraigo del inculcado:

Puede iniciar su averiguación previa con detenido, en esta caso cuenta con 96 horas para integrar y determinar sobre la propia indagatoria, pudiendo decretar el ejercicio de la acción penal dentro de ese término.

Decretar la libertad del indiciado y continuar la averiguación sin sujetarse a plazo alguno, y con mayor oportunidad de esclarecer sobre los hechos ocurridos.

Una tercera opción, que se ha presentado en la práctica es la de solicitar el arraigo del inculcado, para continuar con la averiguación previa, y contar con el inculcado para practicar todas las diligencias necesarias, con un plazo máximo de acuerdo a la ley federal contra la delincuencia organizada de 90 días.

En el supuesto de que inicie una averiguación previa con detenido la constitución establece que el Ministerio Público no puede retener a persona alguna por un plazo mayor de 48 horas, plazo que se duplica cuando se trate de delincuencia organizada, por lo que en caso de que se esté investigando algún delito con motivo de delincuencia organizada el Ministerio Público podrá retener a la persona un plazo máximo de 96 horas, plazo en el que debe ejercitar acción penal, ordenar la libertad del inculcado, o bien antes de que el plazo que señala la constitución concluya, obtener una orden de arraigo en contra del inculcado.

Ahora bien el Ministerio Público puede iniciar averiguación previa sin detenido, y en ese caso puede ejercitar la acción penal solicitando se obsequie la orden de aprehensión, teniendo que sujetarse a los requisitos constitucionales establecidos para ese efecto.

También la averiguación podrá iniciarse sin detenido, y en ese caso solicitarse el arraigo del inculcado durante el curso de la propia averiguación, para el efecto de la debida Integración de la misma, pudiendo efectuar la detención del probable responsable en el momento de comparecer a rendir su declaración, o aun sin que se haya presentado a rendirla.

En el capítulo anterior se precisó que el arraigo es un acto de molestia que debe de cumplir con los requisitos que contempla el artículo 16 constitucional y que en virtud de que la finalidad última del arraigo no es la privación de la libertad del inculcado, sino que su objetivo es asegurar la disponibilidad del indiciado para la debida integración de la averiguación previa y en su caso posibilitar el proceso penal al estar en aptitud para poner a disposición del órgano jurisdiccional al propio inculcado, una vez ejercitada la acción penal, el mismo artículo 16 de la Constitución regula el actuar del Ministerio Público cuando exista algún detenido, sin que señale la opción de solicitar el arraigo del inculcado.

Cualquier acto de autoridad que implique una molestia en los bienes jurídicos que tutela el artículo 16 constitucional debe estar fundado y motivado, en el caso del arraigo estamos ante un acto de autoridad que ordena el juez, a solicitud del Ministerio Público, en donde este último tienen la facultad discrecional de solicitar el arraigo o no hacerlo, tal situación se presenta tanto en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, como en el Código Federal de Procedimientos Penales, en cada caso respectivo, ya sea por las razones que manifieste el Ministerio Público en la solicitud de arraigo tratándose de la Ley, y en el Código al

facultarlo para solicitar el arraigo cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia. En efecto esta facultad discrecional se ostenta como el poder de apreciación que tiene el Ministerio Público respecto de la necesidad de solicitar el arraigo.

Pero esta facultad discrecional no opera para el órgano jurisdiccional quien atento a la garantía de legalidad del propio artículo 16 constitucional, debe de fundar y motivar la orden de arraigo.

Características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, son los elementos que el Ministerio Público tomará en cuenta al momento de elaborar la solicitud de arraigo que enviará al órgano jurisdiccional.

Dentro de este rubro se comprende la forma de realizar el hecho delictivo, la gravedad del mismo hecho, y las circunstancias personales que motivaron al inculpado a intervenir en la comisión del delito, o podría hablarse de la jerarquía que tenga el inculpado dentro de la organización delictuosa.

Y es en este rubro donde el órgano jurisdiccional debe poner especial cuidado al motivar la solicitud de arraigo, para que no infrinja la garantía de legalidad del artículo 16 constitucional, ya que debe de dar las razones y acreditar dichas razones para que el arraigo se otorgue.

Aun cuando de acuerdo al artículo segundo de la LFCDO todos los delitos que se perseguirán conforme a ella, tienen la característica de una gravedad alta, por ser extremadamente dañinos para la sociedad, el Ministerio Público debe hacer referencia a ellos en su solicitud de arraigo, para que el órgano jurisdiccional los tome en cuenta al momento de ordenar el arraigo.

Así por ejemplo para solicitar el arraigo el Ministerio Público deberá hacer referencia a las características del hecho, es decir, a la forma en

que se haya cometido el acto terrorista, al número de armas que se hayan acopiado, al tipo de armas que constituyan el delito, a los órganos humanos que se estén traficando etc.

En efecto son características que el Ministerio Público debe precisar en su solicitud de arraigo, ya que es distinto que se acopien pistolas a que se acopien ametralladoras, a simple vista representará una mayor gravedad el tipo de armas que se acopien, su calibre y el número mismo de armas acopiadas, esas son las características del hecho imputado a las cuales el Ministerio Público debe de referirse el para solicitar el arraigo, y que el órgano jurisdiccional debe precisar al otorgar el arraigo del inculpado.

Además de hacer referencia a los aspectos antes mencionados, debe acreditar su dicho, en forma alguna y con sujeción a la ley, que esas circunstancias existen y que tiene elementos que lo acreditan, lo cual como anteriormente se mencionó presenta un grave problema porque si bien es cierto el Ministerio Público tiene la encomienda de investigar el delito, no está autorizado para desahogar ante sí los medios de prueba, y mucho menos para valorarlos y realizar actos de tipo jurisdiccional, como determinar si ejercita la acción penal.

Por otra parte debe tomar en cuenta la posición que ocupa el inculpado dentro de la organización criminal, ya que para un adecuado combate de la delincuencia, en mi opinión se debe tener especial atención en aquellos inculpados que tengan funciones de administración, o dirección dentro de la organización criminal, estas son las condiciones a las que el Ministerio Público debe de referirse en la solicitud de arraigo.

La incorrecta elaboración del Ministerio Público al referirse a los puntos mencionados, debe de motivar que la solicitud de arraigo sea negada por el órgano jurisdiccional, porque el precepto es claro, de manera que si la solicitud no menciona, o no toma en cuenta esos

elementos, motivará que el arraigo se niegue al Ministerio Público, por que el órgano jurisdiccional no podrá suplir esas deficiencias.

Las argumentaciones que esgrima el Ministerio Público en este rubro dentro de su solicitud, serán el sustento bajo el cual el órgano jurisdiccional motivará la orden de arraigo.

Lugar Forma y Medios de realización del arraigo.

En este punto se debe poner interés porque son elementos que el Ministerio Público agregará en su solicitud de arraigo, y de ello dependerá la legalidad o ilegalidad del arraigo.

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada no establece lineamientos para cumplimentar el arraigo, señala que el arraigo será en el lugar, forma y medios que el Ministerio Público establezca en su solicitud, por lo que la importancia de señalar esos elementos determinará la legalidad o ilegalidad del arraigo, o los puntos sobre los cuales podrá ser atacada la orden de arraigo.

De la redacción de la regulación del arraigo en la Ley se desprende que el órgano jurisdiccional decidirá sobre el arraigo y determinará si es necesario, de acuerdo a la solicitud del Ministerio Público, por lo que el será el responsable último de la emisión del mismo, pero no modificará la solicitud hecha por el Ministerio Público, por lo que la actuación del órgano jurisdiccional se limita a determinar si otorga o no la orden de arraigo.

Así la solicitud podrá contener elementos en donde se requiera que el inculcado permanezca en su domicilio, o bien que no se ausente de su Entidad Federativa, o que no salga del País sin autorización del órgano jurisdiccional, en general las posibilidades son infinitas y dependerán de la inteligencia del Ministerio Público.

El órgano jurisdiccional no podrá alterar el lugar o la forma en que ha de cumplirse con el arraigo, puesto que el artículo 12 de la Ley únicamente hace referencia a que el juez podrá dictar el arraigo en la forma y medios que se contengan en la solicitud de arraigo del Ministerio Público, de manera que el juez decide sí lo dicta o no, pues si bien el artículo mencionado no lo obliga a dictar el arraigo, pero sí lo obliga a que si lo dicta sea en la forma señalada en la solicitud del Ministerio Público.

RECURSO DEL INculpADO CONTRA LA ORDEN DE ARRAIGO.

El Código Federal de Procedimientos Penales, rige en lo no previsto en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, por lo que en materia de recursos se aplican las reglas que el Código establezca, ya que si bien es cierto la propia Ley señala algunos actos contra los que procede el recurso de apelación, la tramitación y reglas generales son las del Código.

El recurso de apelación de acuerdo al Código Federal de Procedimientos Penales es procedente en materia penal, únicamente cuando la ley expresamente lo conceda, son apelables los autos que niegan el arraigo, pero no el que lo otorga, de acuerdo al artículo 367 del citado ordenamiento, por lo que tratándose del inculpado, el Código no le otorga la posibilidad de interponer el recurso de apelación, en virtud de que es claro de que el inculpado apelará el auto que otorgue la orden de arraigo pero no del que lo niega.

De manera que el inculpado no puede interponer el recurso de apelación contra la orden de arraigo, situación un tanto arbitraria, porque el Ministerio Público sí podrá interponer dicho recurso contra el auto que niegue el arraigo, pero al inculpado no se le otorga expresamente ese derecho, por que el artículo 367 del Código de procedimientos Penales expresa:

Artículo 367 – Son apelables en efecto devolutivo:

fracción VII.- Los autos que nleguen el cateo, las medidas precautorias de carácter patrimonial, el arraigo del indiciado, o la prohibición de abandonar una demarcación;

Al no estar comprendido dentro de las resoluciones apelables el auto que concede el arraigo, el inculpado podrá interponer el recurso de revocación contradicha determinación.

"La revocación es un recurso que tiene como finalidad subsanar; en la misma instancia donde fueron causadas y consecuentemente por el mismo órgano que la causa, las violaciones legales producidas con motivo de una resolución judicial."⁴⁸

El plazo para interponer el recurso de revocación y ofrecer pruebas es de cinco días, contados a partir de que surta efectos la notificación de la resolución que se impugna, y el tribunal resolverá el recurso oyendo a las partes en una audiencia que se efectuará dentro de 48 horas contadas a partir de la notificación de la interposición del recurso a la parte que no lo interpuso, en donde se desahogaran las pruebas que se hayan ofrecido y se escuchará a las partes, en dicha audiencia se dictará resolución contra la que no se admitirá recurso alguno.

Recordando los artículos que regulan al arraigo, debemos mencionar que el Ministerio Público solicita el arraigo cuando existe el riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia, por lo que será de vital importancia para el inculpado al tramitar el recurso de revocación, aportar pruebas que destruyan los elementos aportados por el Ministerio Público sobre la existencia del riesgo fundado de que el inculpado se sustraerá a la acción de la justicia, pues ello conduciría a la revocación de la orden de arraigo y a ponerlo en inmediata libertad.

⁴⁸ HERNÁNDEZ PLIEGO Julio, Los recursos ordinarios en el proceso penal, 1 ed. Porrúa 2000, México, Pág. 125.

El Ministerio Público en ocasiones acredita el riesgo fundado de que el inculcado se sustraerá a la acción de la justicia con citatorios simuladamente girados al inculcado o por medio de alguna orden de presentación girada, por lo que las pruebas que aporte el inculcado serán referentes a destruir las del Ministerio Público en las que se apoye para acreditar la existencia de ese riesgo fundado, así como para demostrar que no existe riesgo alguno de que fuera a sustraerse de la acción de la justicia.

En caso de que se revoque el auto que ordena el arraigo, se deberá poner en libertad inmediata al inculcado, y en caso de que no se haya ejecutado, se debe dejar sin efecto la orden de arraigo, ordenando que no se prive de la libertad al inculcado.

Por mucho tiempo ha sido una práctica de los litigantes abusar del Juicio de amparo, de manera que se han olvidado de alguna manera de los recursos ordinarios en materia penal, en este caso, posiblemente sería un claro ejemplo en el que se podría obtener un éxito dentro de la defensa del arraigado, a través de un recurso que ha sido menospreciado a lo largo del tiempo.

En efecto la posibilidad del éxito de la revocación que se interponga contra el auto que ordena el arraigo es mediana a alta, porque al tener el recurrente la posibilidad de acreditar que no existe el riesgo fundado, tendría la oportunidad de destruir las muchas veces endeble pruebas con las que el Ministerio Público acredita dicho requisito.

Otorgar al Ministerio Público el derecho de recurrir el auto que niega el arraigo, y no entregar ese mismo recurso al inculcado es una medida que vulnera la equidad procesal, que considero se trata de una más de las medidas que sin sustento jurídico busca combatir en forma ineficaz la delincuencia, porque no por quitar recursos al inculcado se llegará a una mejor administración de la justicia.

La realidad es que el hecho de que el inculpado pueda interponer el recurso de revocación contra el auto que ordena el arraigo lejos de perjudicarlo lo beneficia, porque le permite intentar el recurso ordinario, y una vez concluido debido a la brevedad del mismo, poder intentar el juicio de amparo y aun así poder llegar a una defensa adecuada de los intereses del inculpado.

En efecto, en caso de que el recurso otorgado al inculpado fuera la apelación, implicaría la opción de solo intentar un camino para el inculpado, por que debido al tiempo de tramitación de la apelación, sería imposible intentar la apelación y el juicio de amparo, por que al concluir la apelación en caso de que se negará la razón al inculpado, e intentar posteriormente el juicio de amparo, indudablemente estaríamos en un cambio de situación jurídica en donde el Ministerio Público habría ejercitado la acción penal, trayendo como consecuencia obligatoria el sobreseimiento del juicio de amparo.

RECURSO DEL MINISTERIO PÚBLICO CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE NIEGA EL ARRAIGO.

Por medio de la reforma que se hizo al Código Federal de Procedimientos Penales en torno al arraigo, se tuvo que incluir dentro de las resoluciones apelables aquellas que nieguen al Ministerio Público la orden de arraigo.

El artículo 365 del Código Federal de Procedimiento Penales, de aplicación supletoria a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, establece que el Ministerio Público tiene derecho a interponer el recurso de apelación, siendo evidente que se debe de sujetar a que la resolución que impugna sea de aquellas contra las que la ley conceda expresamente el recurso de apelación.

El artículo 367 fracción VII como se vio con anterioridad, establece que es apelable en efecto devolutivo el auto que niega el arraigo, por lo que el Ministerio Público podrá interponer dicho recurso.

Debe de ponerse énfasis en este rubro, porque sí aspiramos a un mundo jurídico en donde exista verdadera división de poderes, debemos entender que el hecho de que el Ministerio Pública solicite el arraigo de un inculpado, de un testigo o de un procesado, no hace obligatorio que el órgano jurisdiccional la conceda.

Por lo que el Ministerio Público, tiene legitimación para interponer el recurso de apelación, contra la resolución que niega el arraigo, apelación que se admitirá en efecto devolutivo.

Cuando la apelación es admitida en un solo efecto significa que el proceso puede seguir su curso legal, salvo en lo que corresponde al objeto de la apelación.

El recurso se puede interponer al momento de la notificación o por escrito o por comparecencia dentro de los cinco días siguientes si se trata de sentencia, y dentro de tres días si se interpusiere contra un auto. La orden de arraigo no es una sentencia, por lo que por exclusión, el plazo para interponer el recurso de apelación contra la orden de arraigo será de tres días.

El tribunal que reciba la apelación, deberá remitir al superior en un término máximo de cinco días las constancias que integren el testimonio de apelación, recibidas las constancias el tribunal lo pondrá a la vista por tres días para que manifiesten sobre la admisión o calificación de la apelación, dentro de estos tres días pueden las partes promover alguna prueba en la que se expresará el objeto y naturaleza de la prueba, y el tribunal decidirá si la admite en un plazo máximo de tres días la cual si fuera admitida se rendirá en un plazo máximo de cinco días.

Desahogada la prueba se citará para la vista dentro de los cinco días siguientes, concluida la vista el tribunal procederá a dictar sentencia dentro de un plazo de ocho días.

El Ministerio Público al interponer la apelación debe aportar durante la tramitación del recurso elementos que acrediten que existe el riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia y que por ello se debe de revocar el auto impugnado dictándose con ello uno nuevo en donde se otorgue la orden de arraigo.

Es muy posible que la razón por la que el órgano jurisdiccional no otorgue la orden de arraigo sea porque el Ministerio Público no haya acreditado el riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia, de manera que las pruebas que la representación social tendrá que aportar durante la apelación, son aquellas que acrediten la existencia de ese riesgo fundado.

De acuerdo a la tramitación de la apelación y de conforme al artículo 373 del Código Federal de Procedimientos Penales, se debe citar al inculpado si estuviere en el lugar, al Ministerio Público, y el defensor, para que por el término de tres días promuevan prueba alguna, impugnen la admisión del recurso o el efecto o efectos en que se haya admitido.

Aun cuando la citación del inculpado podría pensarse haría ineficaz la orden de arraigo, es evidente que en estricto apego a la ley se debe permitir al inculpado alegar dentro del trámite de la apelación, la que el inculpado pretendería acreditar que no existe el riesgo fundado de que se sustraerá a la acción de la justicia.

Desde este momento es importante señalar, que en caso de que el Tribunal Unitario revoque la resolución del Juez de Distrito en donde niega el arraigo, y conceda el arraigo del inculpado, el acto reclamado en el juicio de amparo como en el recurso ordinario del inculpado, sería evidentemente la orden emitida por el Tribunal Unitario, de manera que en

este caso el amparo se interpondría ante un Tribunal Unitario, y no ante un Juez de Distrito de acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.

EL JUICIO DE AMPARO CONTRA EL ARRAIGO DICTADO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Es en este punto donde las grandes diferencias entre el arraigo que prevé el Código Federal de Procedimientos Penales y la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada cobran gran importancia, ya que como se vio en el capítulo anterior el arraigo tal y como lo contempla resulta contrario al texto constitucional, pues violenta diversos artículos de nuestra carta magna, pudiendo en el caso interponerse el juicio de amparo contra la orden de arraigo que se haya decretado, pero además se puede interponer al mismo tiempo amparo en que se reclame la inconstitucionalidad de la ley es decir reclamar tanto la orden de arraigo que constituye el primer acto de aplicación de la Ley, así como la inconstitucionalidad de la misma Ley.

Pero en este capítulo la situación que se presenta es distinta, por que la forma de prever al arraigo es distinta entre el Código y la Ley, ya que el Código señala que la autoridad judicial podrá a solicitud del Ministerio Público decretar el arraigo domiciliario a la persona contra quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia. En tanto que el arraigo esta previsto en la Ley en los términos de que el juez podrá dictar a solicitud del Ministerio Público el arraigo del inculcado en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud de arraigo.

La diferencia es evidente y esencial, ya que mientras el arraigo como lo regula el Código es un acto de molestia que priva de la libertad al inculcado y que contraviene diversos artículos de la constitución, el arraigo

como lo previene la Ley es un acto que no se puede determinar si afectará la libertad personal de indiciado, o si violará la garantía de audiencia del inculpado, o si afectará la libertad de tránsito, hasta que se conozca en que términos esta hecha la solicitud del Ministerio Público.

En efecto el arraigo tal y como lo contempla la Ley es un acto del que no se pueden conocer sus alcances, fundamentos y por lo tanto ilegalidades hasta que el Ministerio Público formule su solicitud de arraigo.

En otras palabras el arraigo tal y como lo previene la Ley, es un acto que probablemente no afecte la libertad del inculpado, y en general el arraigo contemplado en la Ley en comento no regula alguna privación de la libertad distinta de las que señala la constitución, sí no que se limita a mencionar que el arraigo será en los términos que se fijan en la solicitud de arraigo del Ministerio Público.

Por lo que en este caso no se podrá promover el arraigo contra le emisión de la Ley, por que la misma no entraña violación alguna por lo menos en lo que se refiere al arraigo, ya que como ya se menciona, la ley no contempla la detención, o privación de la libertad del inculpado, así como tampoco designa un lugar para la privación de la libertad distinto de los que señala la propia Constitución, así como tampoco se puede afirmar que privará de la libertad, hasta que se conozca la solicitud del Ministerio Público, y las solicitudes pueden ser distintas, es decir puede existir una solicitud de arraigo que pida al juez que el inculpado no salga del país, pero que pueda permanecer libre dentro del territorio, en tanto que podrá existir otra orden que pida al juez ordenar al inculpado permanecer en un domicilio, por lo que las posibles violaciones serán distintas, y por ende no sería procedente el juicio de amparo contra la Ley.

Por lo que el juicio de amparo que se podrá interponer contra el arraigo que se decreta con motivo de la Ley será de distinta

fundamentación y alcance que el que pueda promover contra el arraigo que previene el Código.

El amparo se deberá interponer contra la orden de arraigo y no contra la Ley, ajustarse a los requerimientos de lugar, forma y medios que el Ministerio Público establezca en su solicitud.

Recientemente la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia ha establecido que no es necesario agotar los recursos ordinarios, cuando se aducen violaciones directas a la Constitución, es decir, que el principio de definitividad que rige dentro del juicio de amparo, únicamente obliga al quejoso a cumplirlo, cuando los conceptos de violación que alegue se traten de violaciones a leyes secundarias, pero sí la violación del acto reclamado es directa a la Constitución, no tiene obligación de agotar los recursos para interponer el juicio de amparo.

De manera que es optativo para el inculpado agotar el recurso de revocación, o acudir directamente al juicio de amparo indirecto, en donde considero que lo más conveniente para el quejoso será acudir al recurso ordinario de revocación, y sí no consigue éxito en el mismo, acudir posteriormente al juicio de amparo.

El acto reclamado será evidentemente la orden de arraigo, se podrá presentar en distintas situaciones, según el supuesto en el que nos ubiquemos implicará ante quien debemos promover el juicio de amparo; en un primer caso si el inculpado intentó el recurso de revocación y no prosperó el acto reclamado sería por supuesto la resolución que le recayera a dicho recurso, recurso que resolvería el propio juez de distrito, de manera que el amparo se interpondría ante un Juez de Distrito; otro supuesto es, que si no se intento por parte del inculpado ese recurso, el acto reclamado sería la orden de arraigo emitida por el Juez de Distrito, debiendo interponer nuestra demanda de amparo indirecto ante un Juez de Distrito.

Otro supuesto que debemos mencionar es el que se podría presentar en caso de que la orden de arraigo se haya negado en un primer momento por el Juez de Distrito, y que inconforme con esa resolución el Ministerio Público interpusiera el recurso de apelación, y el Tribunal Unitario resolviera otorgar la orden de arraigo. Para efecto de interponer el juicio de amparo el acto reclamado sería la orden emitida por el Tribunal Unitario, por lo que el inculcado tendría que interponer el amparo indirecto ante un Tribunal Unitario de acuerdo al artículo 29 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.

El amparo en este caso se promoverá conforme al artículo 114 fracción III de la Ley de Amparo, ya que la orden de arraigo es a todas luces un acto de autoridad judicial ejecutado fuera de juicio.

De acuerdo al artículo 22 de la Ley de Amparo, y en virtud de que el arraigo es un acto que implica un ataque a la libertad personal, no sujeta a término alguna para la interposición del amparo, pero por razones de evitar un cambio de situación jurídica, se debe de interponer lo más pronto posible, ya que sería un grave problema que la autoridad judicial, se limitará a sobreseer los juicios de amparo, sin pronunciarse sobre la constitucionalidad del arraigo.

Un punto importante es que de acuerdo al artículo 17 de la Ley de Amparo, y en virtud de que el arraigo es un acto que ataca la libertad personal de quejoso, y el inculcado está imposibilitado para promover el juicio de amparo, cualquier persona inclusive un menor de edad podrá promover en su nombre el amparo.

LA SUSPENSIÓN DE LA ORDEN DE ARRAIGO.

La suspensión del acto reclamado en este apartado, dependerá de los términos en que se haya decretado el arraigo, y una vez que se conozca y derivado de ello se podrá resolver sobre la suspensión.

El otorgamiento de la suspensión provisional o de la definitiva contra los actos que privan de la libertad al quejoso tales como la orden de aprehensión o de un auto de formal prisión ha provocado una gran diversidad de comentarios desfavorables para los jueces de distrito, comentarios alentados por el periodismo amarillista, haciendo creer a la gente en general o parecer que el amparo es un serio obstáculo para la administración de justicia, que coloca a los delincuentes en una situación de impunidad por lo hechos delictivos que el Ministerio Público les atribuye, aludiéndose a nuestro juicio de amparo como un medio de burlar la justicia, por lo que el clamor social de ciertos sectores de la población provocado y alentado con fines políticos, o de tipo periodístico sensacionalista, ha llegado a censurar y criticar terriblemente a los jueces de distrito. Esa situación, ese clamor, esa manipulación de las masas debe de ser irrelevante para el jurista, pues es producto de la ignorancia apasionada, el jurista debe de centrarse en resolver una cuestión jurídica desde un punto de vista técnico legal y jurisprudencial, sin sujetarse a pasiones provocadas por fines políticos o por la ignorancia de la gente.

Pero lo que el derecho debe de tener en cuenta es que una de sus fuentes es la realidad, por lo que el derecho debe de adecuarse y regular el mundo actual, ya que de poco serviría una reglamentación para un país, con unos seres humanos que simplemente no existen.

La suspensión implica la paralización o cesación temporalmente limitada de algo positivo, pero en materia de amparo se entiende en dos formas, una es paralizando o cesando el inicio o nacimiento del acto reclamado, evitando la realización desde su comienzo o desde que está

en potencia o segundo impide las consecuencias del propio acto o su total y pleno desarrollo.

"La suspensión en el juicio de amparo es aquel proveído judicial creador de una situación de paralización o cesación, temporalmente limitada, de un acto reclamado de carácter positivo, consistente en impedir para lo futuro el comienzo o iniciación, desarrollo o consecuencias de dicho acto, a partir de la mencionada paralización o cesación, sin que se invaliden los estados o hechos anteriores a éstas y que el propio acto hubiese provocado."⁴⁹

De manera que la suspensión que se podrá conceder contra la orden de arraigo dependerá de los términos en que se haya emitido la orden de arraigo ya sea que la haya emitido un Juzgado de Distrito o un Tribunal Unitario, atendiendo a la actualidad y a que el arraigo se ordena para que el inculpado permanezca en su domicilio o en algún hotel o en algún inmueble asegurado por la Procuraduría General de la República, haré alusión a la suspensión que se debe de conceder contra la orden de arraigo decretada en los términos antes señalados.

Por tanto para conceder o negar la suspensión contra actos o consecuencias de una orden judicial, en lo que atañe a la libertad personal del quejoso el juez de distrito debe de ceñirse a lo establecido en los artículos 124 y 130 de la Ley de amparo, y el artículo 136 de la citada Ley faculta al juez para decretar las medidas de aseguramiento que el propio juez estime necesarias a efecto de que el quejoso no se sustraiga de la acción de la justicia, pudiendo existir esas medidas en garantía pecuniaria, comparecencia periódica del quejoso ante el juzgador o ante la autoridad judicial que conozca en el juicio penal.

Por lo que el artículo 136 de la Ley de Amparo no consigna disposición alguna sobre la procedencia de la suspensión, si no reglas

⁴⁹ BURGOA Ignacio, op. cit., nota 47, Pág. 711.

respecto de su eficacia, efectividad o alcance, es decir la procedencia de la suspensión se rige por lo dispuesto en el artículo 124 de la citada Ley, y al constatarse que conforme a dicho precepto puede concederse la suspensión, y por lo que respecta a la libertad personal del quejoso debe fijarse la efectividad o extensión de acuerdo a lo que se establece en el artículo 136 de la Ley de Amparo.

Medidas que el juez de amparo puede dictar a su arbitrio, con la finalidad de asegurar la materia del amparo, así por ejemplo si lo que se reclama es una detención ilegal, ordenar la libertad del inculpado por medio de la suspensión provisional implicaría dejar sin materia el fondo del amparo, situación que el juez debe cuidar vigilar.

De la lectura del artículo 136 de la Ley de Amparo se desprende que en los casos de detenciones por el Ministerio Público, la suspensión será en el efecto de poner en libertad al quejoso si no se acredita que se detuvo por urgencia o flagrancia, y aun en esos casos obliga a que concluido el término de 48 o 96 horas según sea el caso, el Ministerio Público debe de ejercitar la acción penal o poner en libertad al inculpado, por lo que aun y cuando el arraigo no es una detención ante el Ministerio Público debemos tener en cuenta dicho espíritu para efectos de determinar sobre la suspensión en el arraigo.

De manera que el espíritu del legislador es que no existan privaciones de la libertad ilegales pero que tampoco se sustraiga persona alguna de la justicia con motivo de la suspensión del acto reclamado.

Manifestando al igual que en el capítulo anterior que los plazos de los que goza el Ministerio Público para integrar su averiguación son muy breves, y especialmente tratándose de lo complejo que resulta la integración de los tipos penales a que hace referencia la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

De manera que la suspensión debe evitar excesivas y arbitrarias privaciones de la libertad, pero también evitar que se sustraigan de la acción de la justicia los delincuentes, al amparo de los términos tan cortos que se conceden para la averiguación previa con detenido. Ya que es evidente que existen muchos casos en los que permitir la libertad de determinado sujetos implica que estos intentarán evadir la justicia, y en especial tratándose de los delitos que se persiguen conforme a la presente ley.

Por otra parte, y de acuerdo al artículo 130 de la Ley de Amparo se establece que la suspensión provisional se decretará siempre que se trate de restricciones a la libertad fuera de procedimiento judicial, por lo que es evidente que en la orden de arraigo a que hacemos referencia en este punto, no existe procedimiento judicial alguno, ya que como se vio con anterioridad, el Ministerio Público hace una solicitud de arraigo al órgano jurisdiccional, pero ello no implica en forma alguna que exista un procedimiento judicial, por que el arraigo se otorga para que se integre debidamente una averiguación previa, por lo que al ser un acto que restringe la libertad y no haber procedimiento judicial, la suspensión debe decretarse siempre.

Atentos a lo antes mencionado, el juez de distrito, puede decretar las medidas necesarias de acuerdo al artículo 136 de la Ley de Amparo para la eficacia de la suspensión otorgada.

En efecto la Ley de Amparo hace expresa referencia a los casos en que la suspensión surtirá el efecto de quedar a disposición del juez de distrito en el lugar que este señale, tratándose de ordenes de aprehensión, detención, o retención cuando se trate de delitos graves que por lo mismo no puedan ser beneficiadas por la libertad bajo caución, por lo que el Juez de Amparo deberá ordenar que el quejoso quede a su disposición en el lugar que designe, y prevenir tanto al órgano jurisdiccional como al

Ministerio Público que si llegado el término para resolver sobre la suspensión definitiva, no se ha ejercitado acción penal, el Juez de Amparo ordenará la libertad del quejoso.

En el capítulo anterior sugerimos el plazo para que el Ministerio Público ejercite la acción penal, fijándolo en un máximo de 6 días, pero para el caso de la delincuencia organizada y ante la complejidad de integrar adecuadamente los delitos que se persiguen conforme a dicho ordenamiento, sugerimos el plazo de 10 días, en el cual el Ministerio Público debe ejercitar la acción penal, o en caso contrario el juez de amparo ordenar la libertad del inculgado que tiene a su disposición en el lugar que haya designado.

Recientemente la jurisprudencia ha establecido que el juzgador puede hacer un análisis previo del acto reclamado, para poder dictar lo que en derecho corresponda sobre la suspensión del acto reclamado, la jurisprudencia establece:

SUSPENSIÓN. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACIÓN PRELIMINAR DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO- La suspensión de los actos reclamados participa de la naturaleza de una medida cautelar cuyos presupuestos son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora. El primero de ellos se basa en un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso. Dicho requisito aplicado a la suspensión de los actos reclamados, implica que, para la concesión de la medida, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, basta la apariencia del derecho invocado por el quejoso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado. Ese examen encuentra además fundamento en el artículo 107 fracción X constitucional, en cuanto establece que para el otorgamiento de la medida suspensiva deberá tomarse en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de la violación alegada, de manera que debe atenderse al derecho que se dice violado. Esto es, el examen de la naturaleza de la

violación alegada no sólo comprende el concepto de violación aducido por el quejoso sino que implica también el hecho o acto que entraña la violación, considerando sus características y trascendencia. En todo caso dicho análisis, debe realizarse, sin prejuzgar sobre la certeza del derecho, es decir, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, ya que esto sólo puede determinarse en la sentencia de amparo con base en un procedimiento más amplio y con mayor información, teniendo en cuenta siempre que la determinación tomada en relación con la suspensión no debe influir en la sentencia de fondo, toda vez que aquella sólo tiene el carácter de provisional y se funda en meras hipótesis, y no en la certeza de la existencia de las pretensiones, en el entendido de que deberá sopesarse con los otros elementos requeridos para la suspensión, por que si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negarse la suspensión solicitada, ya que la preservación del orden público o del interés de la sociedad están por encima del interés particular afectado. Con este proceder, se evita el exceso en el examen que realice el juzgado, el cual quedará siempre sujeto a las reglas que rigen en materia de suspensión.

Semanario Judicial de la Federación y su gaceta tomo III, abril de 1996
página 16, Pleno, Tesis P./J. 15/96.

De manera que al ser el arraigo una detención fuera de procedimiento que no contempla la Constitución, se trata de una medida que vulnera gravemente la Constitución, y el daño causado al inculpado es muy grave, se debe de otorgar la suspensión con los lineamientos señalados dentro de este apartado.

ARRAIGO DE TESTIGO.

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada prevé la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Penales, en la parte que interesa para el presente trabajo es de gran importancia, por que de acuerdo a ello debemos de tener en cuenta que con motivo de algún proceso que se siga con base en la mencionada Ley, atentos a la

supletoriedad de la misma, es factible decretar el arraigo de algún testigo con motivo de algún procedimiento de índole penal.

Así las cosas la Ley materia del presente capítulo establece las normas que regirán en lo que la misma no prevea o no regule dentro de su artículo séptimo:

Artículo 7- Son aplicables supletoriamente a esta Ley, las disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero Común, y para toda la República en Materia de fuero Federal y LAS DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES y las de la legislación que establezca normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad, así como las comprendidas en leyes especiales.

La supletoriedad aplica para todo lo que no este regulado dentro de la propia Ley, por lo que regirá tanto en el proceso, como en la averiguación previa, y en general en cada procedimiento penal que el propio Código Federal de Procedimientos Penales, situación que presenta especial interés para analizar la validez de privar a alguno de su libertad con el motivo de que rinda su testimonio dentro de algún procedimiento penal.

Así como motivo de algún procedimiento penal se podrá solicitar el arraigo contra alguno de los testigos que hayan de declarar dentro del Procedimiento Penal que se trate.

El arraigo de testigos está regulado dentro del Código Federal de Procedimientos Penales

Artículo 256- Cuando tuviere que ausentarse del lugar en que se practiquen las diligencias alguna persona que pueda declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de la persona del inculpado, el tribunal a solicitud de cualquiera de las partes, procederá a examinarla desde luego, si fuere posible; en caso contrario, podrán arraiga al testigo por el tiempo

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

Como primer señalamiento es que el arraigo de testigos se puede ordenar únicamente dentro del proceso penal, porque el artículo menciona que el tribunal procederá a examinar a los testigos, y en la averiguación previa es claro que los examina el Ministerio Público, de manera que tácitamente el artículo autoriza el arraigo de testigos pero solo durante el proceso penal, cuando el órgano jurisdiccional conozca del asunto.

La solicitud puede provenir del Ministerio Público o del órgano de la defensa, porque el artículo hace mención a que cualquiera de las partes podrá hacer la solicitud a que se hace referencia en el precepto citado.

De tal manera que el arraigo se puede decretar para que un testigo declare con relación a los hechos dentro de un proceso penal, o bien para que declare dentro del término constitucional, esta última situación se antoja un tanto difícil debido a los plazos tan cortos que se manejan.

En caso de que el arraigo se decrete para que declare dentro de la instrucción, debemos de considerar que la instrucción es el momento indicado para que las partes e inclusive el juez, aporten al proceso todas las pruebas que estimen conducentes, para dar contestación a las interrogantes que surgen del conflicto de intereses que busca solución en la sentencia.

De tal manera que ya en el juicio el arraigo se podrá decretar contra un testigo que deba declarar dentro del juicio; la única razón por la que un testigo no pueda rendir testimonio al momento, y se le tenga que arraigar es la carga de trabajo del juzgado, por lo que la propia carga de trabajo

haría que ese arraigo se prolongue por el tiempo necesario no para que rinda su testimonio, sino para que la carga de trabajo del propio juzgado lo permita, situación que se antoja demasiado burocrática por lo que la solución debe de ser mas eficiente y no encontrar en una medida injusta la solución a dicho proceso independiente de la cuestión constitucional del propio arraigo.

Podrá pensarse que el interés público que persigue el proceso penal debe estar por arriba del interés privado del testigo, y que por ello cualquier afectación en su interés estará justificado en defensa del interés público.

"...es la naturaleza misma de la materia de regulación como supuesto abstracto y, por ende, como elemento intrínseco de la norma, lo que imputa a ésta cualquiera de los dos caracteres mencionados; en cambio, una disposición legal será de orden público o de orden privado, en la medida que su causa final esté constituida por motivos reales determinantes y por objetivos directos e inmediatos que propenden remediar una mal social, a satisfacer una necesidad colectiva o a procurar un bienestar a la comunidad..."⁵⁰

Por lo que una norma aun y cuando regule relaciones de coordinación dentro del derecho privado persigue por modo directo e inmediato cualquiera de los citados objetos y este motivada por conseguir dichos fines será una norma de derecho privado pero de orden público.

Las normas de supraordinación las que estructuran al estado en general son de orden público, por que su finalidad estriba en organizar al estado mismo, situación que importa a todos los individuos.

Por lo que sí bien es cierto que existe un interés colectivo en conocer la verdad histórica dentro del proceso penal, y que tal interés esta por arriba del interés particular del testigo, también es cierto que existe un

⁵⁰ BURGOA Ignacio, op. cit., nota 47, Pág. 737.

Interés colectivo de mayor jerarquía en que el orden jurídico no se contravenga por medio de detenciones ilegales que no contempla la constitución, y que por lo tanto de mayor peso es el interés público en que no se viole la constitución sobre conocer la verdad histórica de un proceso penal.

Lo anterior encuentra su fundamento en el hecho de que si el arraigo es un acto que priva de la libertad personal a un inculpado y puede suspenderse, y que como se ha expuesto importa violaciones a la constitución, aplicar esa privación a un sujeto que no tiene intervención alguna en la comisión de esa conducta, resulta aun más peligroso para las garantías de los gobernados.

De manera que las precisiones hechas sobre los recursos que se otorgan al inculpado, sobre el juicio de amparo con relación al arraigo y sobre la suspensión del acto reclamado dentro del juicio de amparo, son aplicables al testigo, con el señalamiento de que el testigo no ha tenido intervención alguna en los hechos, por lo que es aun más grave el ataque a la Constitución.

ARRAIGO DURANTE EL PROCESO PENAL.

De igual forma como se precisó en el arraigo de testigos, el arraigo durante el proceso no está contemplado dentro de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, pero al existir la supletoriedad del Código mencionado dentro de lo no regulado por la Ley, considero importante hacer mención a dicho tema.

El arraigo dentro del proceso penal es una figura que contempla el Código Federal de Procedimientos Penales, y que regula en forma peligrosa para todo individuo la figura del arraigo, estableciendo al respecto:

Artículo 205- Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse de la acción de la justicia, el ministerio público podrá solicitar al juez, fundada y motivadamente, o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del máximo señalado en el artículo 133 bis o bien tratándose de la averiguación previa o bien el proceso por el término constitucional en que éste deba resolverse.

En primer lugar al igual que el arraigo como lo contempla el artículo 133 bis del mencionado Código, el artículo 205 contiene un término ambiguo en los mismos términos que el artículo 133 bis al que se hizo referencia en el capítulo tercero, por que enuncia que cuando "existan elementos para suponer que podrá sustraerse de la acción de la justicia el ministerio podrá solicitar el arraigo o aun disponer de oficio el arraigo", claro es que esos elementos los tendrá por acreditados el Ministerio Público, y no existe disposición que los sujete a determinado criterio para valorar cuando están acreditados esos elementos y cuando no, así podría resultar que de igual forma como se enuncio en el capítulo anterior, basten dos citatorios supuestamente girados y no atendidos por el inculcado y en este caso por el procesado para tener por acreditado esos elementos que supongan que se sustraerá de la acción de la justicia.

Se pone en peligro las garantías de todo individuo al dejar al arbitrio del Ministerio Público términos tan importantes como los señalados, por lo que la ley debe de regular específicamente cuando estarán acreditados esos casos para poder decretar el arraigo del procesado.

En caso de que la autoridad judicial haya determinado que de acuerdo a la ley, el imputado por una conducta no deba de ser internado en prisión preventiva, debe respetarse tal determinación, o por lo menos no permitir que el Ministerio Público pueda determinar de oficio la detención del inculpado, pues ello equivaldría a hacer a un lado la resolución de la autoridad judicial.

CONSTITUCIONALIDAD DEL ARRAIGO DURANTE EL PROCESO.

El arraigo dictado durante el proceso penal resulta violatorio del artículo 16 por que rebasa los supuestos de detención establecidos por la Constitución, por lo que al no estar contemplado el arraigo durante el proceso dentro de los supuestos limitativos que la Constitución señala, la medida resulta Inconstitucional.

Otro punto importante y que ataca la Constitución directamente es el mismo artículo 205 del Código Federal de Procedimientos Penales, ya que establece que el Ministerio Público de oficio podrá decretar el arraigo, lo que implica que el mencionado artículo podrá decretar una privación de la libertad en contra del inculpado.

El Ministerio Público es una autoridad administrativa que dentro del proceso penal se convierte en parte acusadora, permitir que el Ministerio Público realice un acto privativo de la libertad, implica desconocer y olvidar la división de poderes, y vulnerar el artículo 14 y 16 de la Constitución, por que es la autoridad judicial la que puede limitar los derechos de los gobernados, ya que dicho precepto hace mención a que la privación de alguno de los bienes jurídicos que tutela se debe de hacer "por medio de juicio" esto implica que la privación sólo la pueden hacer las autoridades que realizan funciones jurisdiccionales entendiendo por autoridad jurisdiccional materialmente aquellas cuyas funciones

primordiales y normales propendan la dicción del derecho mediante la solución de los conflictos respectivos de acuerdo con la competencia que tengan.

Se viola el artículo 16 de la Constitución, porque la norma secundaria otorga facultades al Ministerio Público que la Constitución no señala, lo que implica una extralimitación y una violación al principio de legalidad, puesto que el Ministerio Público no será autoridad competente, por que la Constitución no le otorga esa facultad.

De igual forma el arraigo que decreta de oficio el Ministerio Público durante el proceso resulta violatorio del artículo 16 constitucional, por que una vez que se ha determinado que el arraigo es un acto privativo de la libertad, debemos señalar, que el mencionado artículo establece que sólo en los casos de urgencia o flagrancia, podrá el Ministerio Público realizar la detención, por lo que el Código Federal de Procedimientos Penales, esta facultando al Ministerio Público a privar de la libertad, es supuestos diversos de aquellos que la Constitución limitativamente señala, lo que hace que el precepto del código federal en inconstitucional.

En el caso de que el arraigo se decreta durante el proceso por el juez, se violentan el artículo 19 constitucional, por que dicho precepto señala que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder de 72 sin que se justifique por un auto de forma prisión.

El arraigo es una detención que ordena el órgano Jurisdiccional, en la que si bien es cierto el inculpado es vigilado por el Ministerio Público y sus auxiliares, es evidente que el inculpado esta detenido formalmente por la autoridad jurisdiccional por que es esta última quien la ordena, por lo que en el momento en que el arraigo se prolongue por más de 72 horas, sin que se justifique con un auto de forma prisión será una detención violatoria de la garantía contenida en el artículo 19 de la Constitución.

En el arraigo durante el proceso, debido a la gravedad del delito, y de acuerdo al propio artículo 205 del Código Federal de Procedimientos Penales, es imposible que se haya dictado un auto de formal prisión, ya que por la gravedad del delito se debió dictar auto de sujeción a proceso.

"El auto de sujeción a proceso es una resolución con la que puede concluir la preinstrucción y para su dictado se deben de satisfacer los mismos requisitos que para el auto de forma prisión, solamente que el delito por el que se decreta, debe de tener señalada en la ley pena alternativa o distinta de la de prisión."⁵¹

El arraigo es un acto privativo de la libertad de acuerdo a la jurisprudencia de la corte, y se trata de un acto que priva de la libertad al inculcado, y que es inminente que excederá de 72 horas, motivo por el cual el amparo como medio de defensa contra el arraigo durante el proceso se podrá interponer contra la propia Ley, y contra la orden de arraigo, una vez que se ejecute el primer acto de aplicación.

El arraigo durante el proceso puede ser igualmente combatido a elección del inculcado, por medio del recurso de revocación o del juicio de amparo indirecto.

Resulta arbitrario y absurdo otorgar al Ministerio Público la facultad de solicitar el arraigo, o en un acto de barbarismo, permitir que pueda disponerlos de oficio, desconociendo por completo la actividad jurisdiccional. Cuando el juzgador ha determinado que la gravedad del delito imputado al inculcado es tal, que puede permanecer en libertad, autorizar a la representación social a solicitar el arraigo o disponerlo es desconocer el trabajo y la apreciación hecha por el juzgador.

⁵¹ HERNÁNDEZ PLIEGO Julio, op. cit., nota 38, Pág. 163.

CAPITULO QUINTO

DERECHO COMPARADO

CONTENIDO: Colombia- España.

Antes de Ingresar de lleno al capítulo de derecho comparado, considero necesario precisar el derecho de que por razones del tipo de sociedad, de soberanía de un estado o razones sociológicas es muy difícil encontrar figuras jurídicas iguales dentro de legislaciones de países diferentes, por ello en este capítulo tal vez no se encuentren figuras jurídicas que sean idénticas, en algunos casos se comparara el arraigo de nuestra legislación, con las instituciones jurídicas de los países que tengan fundamentos y/o efectos similares a los del arraigo en nuestro país.

De igual forma debe hacerse mención a que es evidente que la realidad que se presenta en cada uno de estos países es distinta de la que se vive en nuestro país, por lo que el objetivo de comparar el derecho no es para caer en extranjerismos de pensar que por que tal o cual país actúa de determinada forma, él nuestro debe seguir esa pauta, si no que el objeto es conocer al menos en forma elemental la forma en que el derecho de esos países se comporta frente a las situaciones en las que México actúa por medio del arraigo.

Colombia es un país en el que es de dominio público la fuerza que tiene la delincuencia organizada en dicha entidad, en donde llegan al grado de hacer frente directo inclusive al ejercito de aquel país, de manera que la potencia que alcanza la delincuencia en aquella nación es superior a la que tenemos en México. En Colombia la delincuencia se enfrenta a organizaciones como lo son el cartel de Calí y el de Medellín, en

donde el poderío de ambos es tal que alcanza los más altos círculos del poder político en esa nación.

Así pues nos disponemos a enunciar las formas en que el derecho Colombiano enfrenta a situaciones similares a las del arraigo, en el entendido que la delincuencia que viven es mayor, que la que tenemos en nuestra patria.

COLOMBIA.

Colombia, tiene un sistema penal similar al Mexicano, en donde la investigación y persecución de los delitos es a cargo del Fiscal y de sus agentes del Ministerio Público.

Se trata de un sistema jurídico que se enfrenta a una delincuencia organizada mucho más poderosa que la que enfrentamos en nuestro país, en donde los lazos del narcotráfico son más fuertes que los existentes aquí. Y no deja de ser interesante que a pesar de ello dentro de sus legislaciones no se encuentren detenciones tan arbitrarias como el arraigo, porque se otorgan facultades importantes para que se investiguen los actos delictivos, pero ninguna tan grave como lo es el arraigo.

En el derecho Colombiano la acción penal se ejerce exclusivamente por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de investigación, en donde tanto el Fiscal General como sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional en donde su principal atribución para los efectos del presente trabajo es la de investigar y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes.

La investigación previa tiene por objeto determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal en donde intervienen las personas que ejerzan funciones de policía judicial, bajo la dirección del fiscal, las unidades de fiscalía y el ministerio público, este último intervendrá cuando

lo considere necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o en los derechos y garantías fundamentales, en donde velará por la conducta legal del fiscal y del juez y deberá denunciarlo cuando hayan infringido obligaciones legales. De modo que el ministerio público no es el órgano encargado de llevar la investigación y parte acusadora en el proceso, si no que vigila por la legalidad del proceso y del actuar de las partes.

Dentro de las detenciones en el derecho Colombiano regulan casos como los que regula el derecho Mexicano, tal es el caso de flagrancia, pero autoriza al Fiscal General a girar una orden de captura, lo que equivale a autorizar a autoridades administrativas a privar de la libertad, así dentro de las medidas de aseguramiento el en el artículo 375 se establece lo siguiente:

"En los procesos por delitos sancionados con pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años el fiscal podrá librar orden escrita de captura para efectos de la indagatoria."⁵²

De manera que el fiscal puede ordenar se prive de la libertad a sujeto alguno para efectos de que se integre debidamente la investigación, pero solo en los delitos que el artículo citado señala, pero sin que pueda exceder del término de cinco días, debido a que no se señala el plazo que puede durar, situación que se presenta de esa forma por que dentro del derecho Colombiano cuando la ley no señala un término el funcionario lo podrá fijar sin que exceda de cinco días.

Artículo 174- El funcionario señalará el término en los casos en que la ley no lo haya previsto, sin que pueda exceder de cinco días.

Concluido dicho periodo, el fiscal en este caso deberá poner en libertad al inculpado por las razones anteriores.

⁵² Código de Procedimiento Penal, Medellín Colombia 1998.

De manera que el derecho Colombiano con la figura antes comentada, contempla una detención similar al arraigo, con la diferencia de que el periodo máximo de duración es de cinco días.

La constitucionalidad de la captura en el derecho Colombiano no es objeto del presente trabajo, pero a las luces de la lógica jurídica y los principios del derecho podemos establecer que la captura a la que nos hemos referido resulta menos arbitraria y peligrosa que el arraigo Mexicano.

Los puntos de encuentro entre la captura y el arraigo del inculpaado durante la averiguación previa son que ambas figuras contemplan una privación de la libertad con motivo de la debida integración de una investigación, detención que se efectúa en el curso de una indagatoria, a solicitud de una autoridad de tipo administrativo, la diferencia es que en México el arraigo lo ordena la autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público, y en el derecho Colombiano la detención la puede ordenar la propia autoridad administrativa es decir el Fiscal, de modo que en este aspecto referente a la autoridad que ordena la detención considero que el derecho Mexicano es mas adelantado que el Colombiano, pero en cuanto a la duración de la detención es el derecho colombiano el que presenta un mayor avance técnico.

Por otra parte el derecho Colombiano tiene una figura similar al arraigo durante el proceso penal, medida que se contempla en el capítulo referente a las medidas de aseguramiento en su artículo 396 que establece:

"Cuando se trate de un hecho punible cuya pena mínima prevista sea de cinco años de prisión o menos, el funcionario judicial sustituirá la detención preventiva por detención domiciliaria si establece que el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la

comunidad, comparecerá al proceso y no coloca en peligro a la comunidad. En tal caso le impondrá caución y ordenará que la detención preventiva se verifique en el domicilio del sindicado. Adicionalmente, podrá imponer la obligación de realizar trabajo judicial durante el término de la detención domiciliaria o los fines de semana."⁵³

La medida antes señalada, se aplica como se observa en los casos en que el delito presenta poca gravedad debido a la penalidad que tenga señalada, en donde en beneficio del procesado se sustituye la prisión preventiva por la detención en el domicilio.

En el derecho Mexicano como se vio en el capítulo anterior el arraigo durante el proceso se solicita por el Ministerio Público al Juez, ante el temor de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia.

La similitud es que en ambos casos la medida se aplica con delitos que no son graves debido a la penalidad asignada al delito, para que el inculcado no este en prisión, si no que sea detenido en su domicilio, y en ambos casos se toma en cuenta las circunstancias personales del inculcado para dictar esa medida.

La diferencia es en el espíritu de la reglamentación de cada país, puesto que en el derecho Mexicano es una facultad del Ministerio Público solicitar esa medida en contra del inculcado que no esta privado de su libertad, y en el derecho Colombiano es una beneficio que se otorga al inculcado y que el funcionario judicial debe otorgar, cuando las circunstancias personales del inculcado lo ameriten.

"La medida anterior es una medida alternativa punitiva, que los jueces y fiscales han dado la más errónea interpretación y es la de que la medida es de absoluto encierro entre las paredes del hogar del detenido, olvidándose que la detención no es pena, sino medida para asegurar la comparecencia del sindicado en juicio, por lo tanto erróneamente los

⁵³ Ministerio de Justicia y del Derecho, Escuela Jurídica Rodrigo Lara, Santa Fe de Bogotá

funcionarios ordenan la detención domiciliaria con la intención de no abandonar el inmueble en donde reside el sindicado y se llega a ordenar la presencia de un agente de la policía día y noche, y si el legislador hubiese querido eso, hubiese utilizado el término casa por cárcel." ⁵⁴

Por último en Colombia se contiene una disposición que realmente equivale al arraigo en donde se limita la libertad de tránsito y no la libertad personal, por medio de la medida precautoria consistente en la prohibición de abandonar el país.

Artículo 395- Prohibición de salir del país, En el auto de detención preventiva el funcionario judicial ordenará la prohibición de salir del país y librárá los oficios respectivos.

En efecto el precepto citado anteriormente ejemplifica una verdadera limitación a la libertad de tránsito, de manera que dicha disposición se puede considerar como un arraigo, al limitar el derecho a abandonar el país, limitando ese derecho en razón de un procedimiento de índole penal.

En Colombia no existen disposiciones que reglamenten el arraigo tal y como se concibe en nuestro país dentro de la averiguación previa.

ESPAÑA.

La realidad de España es distinta de la de nuestro país, en donde dicha nación presenta un índice de delincuencia menor al nuestro, de manera que debemos hacer notar que dicha nación tiene figuras similares a las del arraigo, pero no iguales.

Colombia 1998, Pág. 24.

⁵⁴ Ministerio de Justicia, idem, Pág. 25.

El sistema jurídico español presenta, por obvias razones, similitudes con el derecho mexicano, en donde se regula en materia penal sobre figuras como diligencias preprocesales, la instrucción, identificación del delincuente y la conservación del cuerpo del delito, sobre los medios de investigación, y especialmente para nuestro tema, sobre medidas cautelares.

La constitución de España protege en forma similar a la nuestra el derecho al libre tránsito, señalando que el artículo en cite únicamente alude a que se trata de derechos de los Españoles sin contemplar al parecer a los extranjeros, situación que sí se contempla en nuestra constitución.

Artículo 31- Todo español podrá circular libremente por el territorio nacional, y elegir en el su residencia y domicilio, sin que pueda ser compelido a mudarlos a no ser en virtud de sentencia ejecutoria.

El derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido y no está sujeto a más limitaciones que las que la ley establezca.

Una ley especial determinará las garantías para la expulsión de los extranjeros en el territorio español.

"En el derecho Español la detención es la privación de la libertad consistente en la puesta a disposición judicial de aquellos sujetos que se encuentren comprendidos en algunos casos previstos por la ley."⁵⁵

"Otra definición al respecto es que la detención es toda privación de la libertad deambulatoria de una persona, distinta de la prisión

⁵⁵ APAGONESES Sara, Derecho procesal penal, Centro de estudios ramón areces, 1997, Pág. 404.

provisional o de la ejecución de una pena d cárcel y acordada en un caso y con un fin previsto y permitido por el ordenamiento jurídico."⁵⁶

"El arraigo dentro del diccionario general de derecho, remite a la caución de arraigo en juicio, que está regulado como una excepción dilatoria que asegura al demandado el reintegro de las costas, daños y perjuicios que le sigan de un pleito cuando el demandante es extranjero y no posee bienes en España."⁵⁷

El derecho Español contempla una figura similar al arraigo durante el proceso penal que se contiene en nuestro artículo 205 del Código Federal de Procedimientos Penales, así la Ley de enjuiciamiento criminal dentro del artículo 492 establece:

La autoridad o agente de la Policía Judicial tendrá obligación de detener:

1- A cualquiera que se halle en alguno de los supuestos del artículo 490.

2- Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.

3- Al procesado por delito a que este señalado pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias hacen presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial.

El precepto anterior es similar al arraigo durante el proceso en donde ante el temor de que el procesado se sustraiga de la acción de la justicia, y tratándose de delitos de poca gravedad, puedan legalmente detenerlo.

La diferencia es que en el derecho Mexicano basta el temor de que el procesado se sustraerá de la acción de la justicia, en tanto que en el

⁵⁶ EL PROCESO PENAL, Doctrina Jurisprudencia y Formularios Volumen II Valencia España 2000, Pág. 1.549

⁵⁷ GARCIA Francisco, Diccionario general de derecho, Editorial dies, Madrid España 1999, Pág. 93.

Derecho español hace referencia a que para acreditar ese temor se debe de tomar en cuenta los antecedentes del inculpado o las circunstancias del hecho.

De manera que el derecho español es más estricto para decretar dicha medida, aun y cuando su realidad sea menos delictiva que la nuestra.

"La detención policial se define como la obligación que tienen los funcionarios de la policía judicial y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado de privar de su libertad a un imputado, sobre el que se pueda presumir su eventual incomparecencia a la autoridad judicial, durante el tiempo indispensable para practicar las diligencias de reconocimiento e interrogatorio y dentro de los plazos previstos en la ley, se define como una medida cautelar realizada en o en función de su incoación preordenada a garantizar la futura aplicación del ius punendi el curso de un procedimiento penal." ⁵⁸

Como se puede observar en ese país, el arraigo continúa como una figura exclusiva del derecho civil, en donde probablemente la realidad en esa nación no ha motivado que el arraigo se adapte al campo del derecho penal.

Dentro del derecho Español no existen disposiciones que regulen una figura similar al arraigo durante la averiguación previa, lo que tal vez se hace más evidente en razón del índice delictivo de dicha nación.

Pareciera que México regula el arraigo en una forma tal que en el resto de los países no se concibe aun, sin importar que tengan un índice delictivo más alto o más bajo.

Lo que motiva a pensar que tal vez no existe una relación directa entre la dureza de las medidas y del derecho y el índice delictivo de cada país.

⁵⁸ EL PROCESO PENAL, op. cit., nota 61, Pág. 1564.

Lejos de caer en extranjerismos, el objetivo primordial de estudiar brevemente las figuras similares al arraigo, es la de entender mejor el objetivo y funcionamiento de dicha figura, donde debemos pensar que existen otras formas para combatir la delincuencia que el endurecimiento de las penas, o la imposición de figuras arbitrarias, o el aumento de presupuesto a algunas entidades como las procuradurías o los organismos de derechos humanos, recordando que la obligación es combatir la delincuencia con eficiencia.

Cada aumento salarial que se otorga a funcionarios, cada computadora que se destina a la procuración de justicia, cada patrulla que se asigna a la policía ministerial es adquirida con recursos públicos, que en pueden ser utilizados en otros aspectos importantes para el país.

El arraigo es una figura arbitraria, que se ha desnaturalizado por las autoridades encargadas de aplicarla, deformada por demagogia e intentos políticos populistas de intentar acabar con la delincuencia por arte de magia. Probablemente también sea culpa de algunos abogados litigantes que no han combatido adecuadamente la arbitraria medida.

El arraigo tal y como se concibió en 1983 no vulneraba garantías individuales, por lo que de continuar debemos tener en consideración el origen de dicha figura.

CONCLUSIONES

1- El arraigo es un acto de molestia, emitido por el órgano jurisdiccional, el cual afecta la libertad personal del inculcado, y no sólo la libertad de tránsito, con lo cual se rebasan los límites y objetivos que el legislador estableció para dicha figura.

2- El arraigo es una figura que vulnera garantías individuales, entre ellas la consagrada en artículos 16, de la constitución, porque dicho precepto no contempla la figura del arraigo y establece las hipótesis únicas de actuar del Ministerio Público, sin que se contemple la opción de solicitar el arraigo del inculcado, por lo que la ley secundaria rebasa a la constitución.

3- El arraigo es una detención que implica por supuesto una afectación a la libertad personal del gobernado, que es materialmente ejecutada y vigilada por el Ministerio Público, donde formalmente el inculcado está a disposición del órgano jurisdiccional, por un plazo máximo de treinta días, periodo que vulnera el artículo 19 de la Constitución, ya que dicho precepto establece que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder de 72 horas, por lo que en el momento en que el arraigo exceda dicho plazo, será violatorio del precepto citado.

4- La orden de arraigo puede ser combatida a elección del inculcado, por el recurso ordinario de revocación, o por medio del juicio de amparo indirecto.

5- El arraigo tal y como es llevado a cabo en la actualidad, representa un grave peligro para las garantías individuales de los gobernados, debido a que el Ministerio Público es un órgano que carece de una autonomía real del poder ejecutivo, tanto en el ámbito federal como en el local, en donde la representación social busca los medios de convicción referentes a la existencia del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad, secretamente, en forma escrita y con una precaria intervención de abogados ante sí mismo, realizando actos eminentemente jurisdiccionales como los con el de determinar sobre la existencia del riesgo fundado.

6- En caso de que el medio de defensa elegido por el inculpado, en contra del arraigo sea el amparo indirecto, la suspensión del acto que se debe de dictar es la de fijar un término prudente al ministerio público para que ejercite la acción penal o de lo contrario se ordene poner en libertad al inculpado. Lo anterior debido a que poner en libertad inmediata al inculpado dejaría sin materia el fondo del amparo, y por otro lado permitir que el inculpado continúe privado de su libertad en el lugar que el juez de distrito determine por todo el tiempo que tarde en resolverse sobre el fondo del juicio de garantías privaría de todo eficacia al juicio de amparo, además de que se posibilitaría un sobreseimiento por cambio de situación jurídica, debido al plazo que tardaría en resolverse el juicio de garantías, porque para el tiempo de la resolución del mismo, sería muy probable que se hubiera ejercitado acción penal.

7- La facultad otorgada al Ministerio Público de solicitar al órgano jurisdiccional el arraigo, debe de ser eliminada, de igual forma en que se debe de modificar gran parte de la forma de actuar dentro de la averiguación previa, porque aun y cuando el Ministerio Público es el titular

en el ejercicio de la acción penal, no se deriva que se le otorgue la titularidad en el manejo de la averiguación previa, donde recaba elementos probatorios, con poca intervención de los defensores de los inculpados, donde todas las diligencias llevadas a cabo por la representación son desahogadas ante el propio Ministerio Público, de forma que muchos de los elementos de prueba que el Ministerio Público toma en cuenta para solicitar el arraigo, son desahogados por el y ante sí mismo, lo que aunado a la facultad jurisdiccional de determinar sobre la existencia del riesgo fundado, se traduce en un procedimiento oscuro y alejado de las garantías individuales.

8- El arraigo es un acto que no requiere para su legalidad otorgar previa audiencia al inculcado antes de dictar dicha medida, por que la afectación a la libertad que sufre el indiciado, no es el fin último del acto, convirtiéndolo en un acto de molestia y no en un acto de privación, debiendo cumplir con los requisitos del artículo 16 de la Constitución.

9- El arraigo ha sido desnaturalizado por parte de las leyes secundarias emanadas de la Constitución y así como por los jueces encargados de aplicar dichas disposiciones, en efecto han dado una interpretación errónea a dicha figura, entendiendo al arraigo como el encierro total del inculcado dentro de las paredes del domicilio, como si se tratase de una pena de prisión.

10- Desde el punto de vista técnico el arraigo es una figura que vulnera la Constitución, pero debido a la naturaleza de los delitos por lo que normalmente suele solicitarse el arraigo y a la complejidad que se presenta para otorgar sobre la suspensión del acto reclamado, debe adaptarse a la realidad, en la forma de limitar el plazo del mismo, y una

vez que la realidad, es decir, la inseguridad pública haya disminuido, eliminarlo de la legislación nacional.

BIBLIOGRAFIA

- ARAGONESES Sara, Derecho procesal penal, Centro de estudios ramón areces, 1997.
- ARNAIZ Aurora, Derecho constitucional Mexicano 1 ed. trillas 1975 México.
- BAZDRESCH Luis, Garantías Constitucionales, 4 ed., Trillas México 1990 .
- BERNAL Beatriz, Anuario de historia del derecho Mexicano, 1 ed. UNAM 1998 México.
- BECERRA BAUTISTA José, El proceso civil en México, 15 ed. Porrúa, México 1996.
- BURGOA Ignacio, El juicio de amparo 33 ed. Porrúa, México 1997.
- BURGOA Ignacio, Las garantías Individuales, 30 ed., Porrúa, México, 1998.
- CASTRO Juventino, Garantías y Amparo, 10 Ed., Porrúa México 1998 .
- COLIN Guillermo, Derecho Mexicano de los procedimientos penales, 16 ed. Porrúa México 1997.
- GARCIA Francisco, Diccionario general de derecho, Editorial diles, Madrid España 1999.

GARCIA RAMIREZ Sergio, Curso de derecho procesal penal, 5 ed. Porrúa México, 1989.

GARCIA RAMÍREZ Sergio, Delincuencia organizada, 1 ed. Porrúa 1997 México.

GÓNGORA Genaro, Introducción al estudio del Juicio de amparo, 2 ed. Porrúa, México 1989.

HERNÁNDEZ PLIEGO Julio, El proceso penal mexicano, 1 ed. Porrúa 2002, México.

HERNÁNDEZ PLIEGO Julio Los recursos ordinarios en el proceso penal 1 ed. Porrúa 2000.

HERNÁNDEZ PLIEGO Julio, Programa de derecho procesal penal, 2 ed. Porrúa, México .

MANCILLA Jorge, El juicio de amparo en materia penal, 6 ed. Porrúa México 1999.

MARTINEZ GARNELO Jesús, La Investigación Ministerial Previa, 5ª edición Porrúa 2000.

Ministerio de Justicia y del Derecho, Escuela Jurídica Rodrigo Lara, Santa Fe de Bogotá Colombia 1998.

MONTIEL Isidro, Garantías constitucionales, Imprenta del Gobierno en Palacio México 1873.

MORINEAU IDUARTE Martha, Derecho romano, 1 ed. Harla, México 1987.

SERRA Andrés, Trayectoria del estado federal Mexicano, 10 ed. Porrúa 1991 México.

TENA Felipe, Leyes Fundamentales de México, Editorial Porrúa 13 edición 1995.

ENCICLOPEDIAS

Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones Tomo III XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados.

EL PROCESO PENAL, Doctrina Jurisprudencia y Formularios Volumen II Valencia España 2000.

Enciclopedia jurídica Omeba tomo uno Buenos Aires Argentina 1985 .

REVISTAS

DIAZ Alina, Concordancias, año 5, número 7, Enero- Abril 2000, México.

MAGALLON ARCEO JESÚS, Iuridica, Año 1, número 1, Diciembre 1999, México.

MARTINEZ Jorge, Locus regis actum, Tercera generación 1999-2000, México.

LEGISLACIÓN

Código de Procedimientos Penales 1880.

Código de Procedimiento Penal, Medellín Colombia 1998..

Código Federal de Procedimientos Penales 2002.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal 2002.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 2002.

Ley de Amparo 2002.

Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado 1997.