

40721
A 8



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

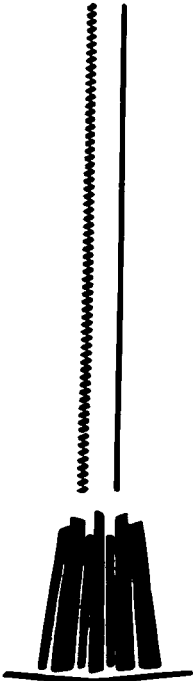
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON

ANALISIS JURIDICO - DOGMATICO SOBRE LA
CONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES
(ARRAIGO), EN MATERIA PROCEDIMENTAL

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FRANCO AGUILAR RUIZ

ASESOR: LIC. JUAN JESUS JUAREZ ROJAS

2003





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

PAGINACIÓN DISCONTINUA

A DIOS:

Gracias a Dios por todas sus bondades recibidas y por haberme permitido llegar a este momento tan importante de mi vida.

A MI MADRE:

Gracias por ser mi madre y amiga; así como apoyarme a lo largo de mi vida personal y profesional, ya que con tu fortaleza, coraje y amor, me has demostrado que algo bueno compensara ese esfuerzo.

Por lo que te dedico con mucho cariño, admiración y respeto este trabajo, el cual constituye la herencia mas valiosa que pudiera recibir y que pudo ser posible gracias a tu apoyo incondicional. Gracias mamá.

A MI PADRE:

Gracias por el apoyo que me has brindado a lo largo de este tiempo y el cual me ha permitido realizarme como profesionista.

A LORENA:

Gracias por tener una hermana como tu; y al no encontrar una frase que pueda reflejar todo mi amor y agradecimiento; te dedico este logro, el cual esta inspirado en ti que has compartido tantos momentos de alegría y de tristeza. Recordándote que te quiero mucho hermanita.

A MI FAMILIA:

Gracias a mis abuelitos Teodoro † y Mica; gracias a mis tíos y tías:

- Esteban y Miroslava,
- Nunila y Luz,
- Teodoro y Carmela,
- Patricia e Ignacio,
- Ponciano y Olga,
- Cristina y Martín,
- Omar y Martha;

así como a todos mis primos. Agradezco a todos mis familiares su apoyo y esmero hacia mí, gracias a todos por igual; y debido a que somos una familia poco numerosa, este logro se lo dedico a cada uno de ustedes. Gracias.

A MI UNIVERSIDAD:

A la Universidad Nacional Autónoma de México y en especial al Campus ENEP Aragón, por haberme cobijado durante mi desarrollo académico y permitirme concluir mis estudios; los cuales me permitirán desarrollarme como profesionista.

A ROSA ISELA:

Gracias por compartir este tiempo conmigo, tiempo en el que me has demostrado que puedo contar contigo en situaciones tanto adversas, como buenas; tiempo en el que me has brindado tu comprensión, paciencia, cariño y amor. Gracias por todo, siempre contaras conmigo, aún en el tiempo y la distancia.

E

**A MIS AMIGOS DE LA
PREPARATORIA:**

Gracias a todos ustedes, que siempre han creído en mí, apoyándome y brindándome su hombro en momentos tan importantes y definitivos.

Gracias por brindarme su aprecio y comprensión en todo momento, mostrándome que existe la verdadera amistad y ayudarme con sus consejos a crecer como ser humano; gracias: Javier, Armando, Jorge, Federico y Vladimir.

A EMMA Y ALEJANDRA:

Gracias por ser las mejores amigas que alguien puede tener, gracias por haber compartido durante todo este tiempo en la Universidad momentos tan importantes e inolvidables.

Pero sobre todo gracias por la confianza y paciencia depositada en mí, así como todos sus consejos y palabras de aliento.

A MIS AMIGOS:

Gracias a todos aquellos que durante mi estancia en la UNIVERSIDAD, me brindaron su amistad con sinceridad y lealtad y con quienes compartí aciertos y errores; así como momentos tan agradables, los cuales estarán siempre en mis recuerdos.
Gracias:

Alfredo, Alejandro Serafin,
Arturo, Bety, Edivany, Fausto,
Hugo, Jacqueline, José Juan,
Victor, Peter, Ulises, Harrys,
Tomas, Miguel, Ivonne, Nohemí,
Ricardo, Tania, Gerardo, Arlett,
Sully, Antolin, Mauricio, Alicia,
Gabriela, Elena, Rosalva, Alfredo
Cruz.

**ANÁLISIS JURÍDICO-DOGMÁTICO SOBRE LA
CONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES
(ARRAIGO), EN MATERIA PROCEDIMENTAL.**

INTRODUCCIÓN.	I.
CAPITULO I. LAS MEDIDAS CAUTELARES.	1
1.1. CONCEPTO.	1.
1.2. NOCIONES.	6.
1.3. FINALIDAD.	10.
1.4. CARACTERÍSTICAS.	15.
1.5. COMPETENCIA.	19.
CAPITULO II. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.	23.
2.1. REALES.	24.
2.1.1. EMBARGO.	25.
2.1.2. CONTRAGARANTIA.	29.
2.1.3. DEPOSITO.	31.
2.1.4. HIPOTECA.	34.
2.1.5. FIANZA.	35.
2.1.6. ASEGURAMIENTO DE OBJETOS.	37.
2.1.7. INTERCEPCIÓN TELEFÓNICA.	40.

2.2. PERSONALES.	41.
2.2.1. ARRAIGO.	42.
2.2.2. INCOMUNICACIÓN.	47.
2.2.3. EXAMEN ANTICIPADO DE TESTIGOS.	49.
2.2.4. INTERNAMIENTO DE ENFERMOS.	49.
2.2.5. CUSTODIA DE TESTIGOS.	50.
2.2.6. PROHIBICIÓN DE CONDUCIR VEHÍCULOS.	50.
2.2.7. DETENCIÓN.	50.
2.2.8. PRISIÓN PREVENTIVA.	54.
2.2.9. LIBERTAD PROVISIONAL BAJO PROTESTA.	58.
2.2.10. LIBERTAD BAJO CAUCION.	60.
2.2.11. LIBERTAD PREVIA O ADMINISTRATIVA.	64.

CAPITULO III. EL ARRAIGO. 66.

3.1. RESTRICCIONES A LA LIBERTAD.	66.
3.2. EXCEPCIONES.	69.
3.3. CASOS DE RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD.	70.
3.3.1. DETENCIÓN.	70.
3.3.1.1. ORDEN DE APREHENSIÓN.	72.
3.3.1.2. FLAGRANCIA.	73.
3.3.1.3. CASO URGENTE.	74.
3.3.2. PRISIÓN PREVENTIVA.	74.
3.4. CONCEPTO DE ARRAIGO.	77.
3.5. EL ARRAIGO COMO MEDIDA RESTRICTIVA DE LA LIBERTAD.	80.
3.6. TIPOS DE ARRAIGO.	82.
3.6.1. ARRAIGO ADMINISTRATIVO.	82.
3.6.2. ARRAIGO JUDICIAL.	83.
3.7. ARRAIGO DE TESTIGOS.	84.
3.8. DELINCUENCIA ORGANIZADA.	85.

3.9. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD. 86.

3.10. SOLICITUD. 88.

3.11. GARANTIA DE AUDIENCIA. 89.

3.12. RESOLUCIÓN QUE DETERMINA EL INICIO DEL ARRAIGO. 91.

3.13. PLAZO. 92.

3.14. PRORROGA. 93.

3.15. QUEBRANTAMIENTO DEL ARRAIGO. 94.

CAPITULO IV. EL ARRAIGO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA. 97.

4.1. SU REGULACIÓN EN MATERIA CIVIL. 97.

4.1.1. EL ARRAIGO ANTES DE PRESENTAR LA DEMANDA. 99.

4.1.2. EL ARRAIGO AL TIEMPO DE INTERPONER LA DEMANDA. 100.

4.1.3. EL ARRAIGO DESPUÉS DE INICIADO EL JUICIO. 101.

4.2. SU REGULACIÓN EN MATERIA PENAL. 102.

4.2.1. EL ARRAIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. 104.

4.2.1.1. EN GENERAL PARA TODO DELITO. 104.

4.2.1.2. EL VINCULADO A ILÍCITOS IMPRUDENCIALES CON
MOTIVO DEL TRÁNSITO DE VEHÍCULOS. 113.

4.2.1.3. EL ESPECÍFICO EN CASO DE DELITOS SANCIONADOS
CON PENA RELATIVAMENTE REDUCIDA. 116.

4.2.1.4. OTROS CASOS. 119.

4.2.2. EL ARRAIGO DURANTE EL PROCESO. 122.

4.3. VINCULACIÓN CON LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.	125.
4.3.1. ARTICULO 11.	126.
4.3.2. ARTICULO 14.	130.
4.3.3. ARTICULO 16.	135.
4.3.4. ARTICULO 18.	144.
4.3.5. ARTICULO 19.	145.
4.3.6. JURISPRUDENCIA.	147.
CONCLUSIONES.	151.
PROPUESTA.	168.
BIBLIOGRAFÍA.	169.

INTRODUCCIÓN.

La vida del hombre en un grupo social, lo ha llevado a establecer una serie de figuras jurídicas, las cuales regulan su conducta y de esta manera lograr una mejor convivencia social. Sin embargo al ir surgiendo otras conductas que al no estar previstas dentro de las figuras jurídicas ya establecidas, hacen necesario crear nuevas medidas, que nos permitan de una forma u otra regular dichas conductas.

En la presente investigación nos enfocaremos en el estudio de las medidas cautelares; específicamente en el arraigo y su constitucionalidad.

Podemos decir que las medidas cautelares, constituyen medios a los cuales el hombre ha recurrido para proteger sus valores económicos (materia civil) y garantizar la ejecución de la sentencia en materia penal; históricamente siempre han existido medidas destinadas a este fin y que con el paso del tiempo han evolucionado.

Una de estas medidas cautelares, es la figura del arraigo, la cual es frecuentemente utilizada, y en virtud de la escasa regulación que existe de la misma, nos pareció interesante analizarla desde el punto de vista tanto dogmático, como jurídico.

Dicho interés surge de la lectura de los preceptos que la regulan; lo que nos permite observar una aparente contradicción existente entre la legislación penal y la constitucional, ya que , si bien es cierto que se encuentra permitida y regulada por las legislaciones tanto civil como penal; también lo es el hecho de que la Constitución contempla algunos preceptos que podrían estar contrariándose, con la aplicación de esta figura y de esta manera se estaría afectándose la esfera jurídica de los gobernados.

Como sabemos la libertad es una garantía constitucional, la cual solo se ve limitada conforme a lo que la propia Constitución establece. Por lo que, desde nuestro punto de vista, el arraigo como medida precautoria, es un acto inconstitucional que limita la libertad y el libre tránsito de los ciudadanos. Su regulación no se precisa en la Constitución y si en leyes secundarias, por lo que su aplicación se deja al arbitrio de las autoridades locales y federales, violándose aparentemente dichas libertades.

No obstante que el arraigo es una figura necesaria para la persecución de los delitos; esta no debe estar por encima de la Constitución, por ello y a fin de dar luz a este tema, se ha propuesto el desarrollo del presente trabajo.

Para una mejor comprensión, el presente trabajo constara de cuatro capítulos. En el primer capítulo se abordaran las medidas cautelares de una manera general, con el fin tener un conocimiento mas amplio de estas y obtener un concepto. En el segundo capítulo se realizara una clasificación de las diversas medidas cautelares, dando una explicación concreta de estas. En el tercer capítulo se abordara la figura

del arraigo de una manera mas especifica. En el último capítulo se abordara el arraigo y su regulación tanto en la Constitución, como en las leyes secundarias. Para finalmente presentar las conclusiones a las que se llegaron.

Por último reiteramos, que la importancia de analizar esta figura, radica en el hecho de determinar si la figura del arraigo resulta ser inconstitucional; o si por el contrario, esta se apegas a derecho.

**TESIS CON
FALLA DE
ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**CAPITULO I.
LAS MEDIDAS CAUTELARES.**

1.1. CONCEPTO.

Frecuentemente se dice que una de las finalidades del procesó penal es hacer efectivo el *ius puniendi* (sancionar a quien a cometido un delito); conforme a la garantía de audiencia, para lo cual se deberá llevar a cabo el correspondiente proceso legal, antes de que sea sancionado penalmente el demandado. No obstante, el natural curso del proceso y su tardanza harán prácticamente imposible aplicar la sanción, si antes no se aplica una medida que garantice la factibilidad de tal sanción.

Creándose así, las medidas cautelares, adoptadas para salvaguardar el *imperium iudicis* -- dice Calamandrei -- o sea impedir que la soberanía del Estado, en su mas alta expresión que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal.¹

Estas medidas han recibido diversos nombres. Carnelutti les llamó proveimientos cautelares; Chiovenda, medidas de conservación o cautelares; Podetti, providencias de naturaleza cautelar; De la Plaza, medidas provisionales

¹ Calamandrei, Piero. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES. Trad. de Sentís Melendo Santiago Ed. Bibliográfica, Buenos Aires, p. 140.

de cautela; Pallares, medidas preventivas de seguridad; Calamandrei, providencias cautelares o precautorias.

La palabra medida tiene una connotación muy variada, pero dentro del ámbito jurídico nos referiremos a las medidas como los instrumentos o providencias que pueden ser decretadas por el juzgador, con el objeto de prever, disponer y proporcionar seguridad o certidumbre, con respecto al caso concreto.

Algunos autores conceptualizan las medidas cautelares, como "aquellas establecidas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo".²

Etimológicamente, la palabra "medida" proviene del bajo latín *metita*, de igual significado, postverbal del verbo latino *metior*, - iri "medir", cuyo participio pretérito en el latín clásico era *mensus*, mientras que en baja época se adoptó la forma analógica *metitus*, de donde el castellano *medido* y *medida*.

Mientras que el vocablo "Cautelar", es derivado culto y moderno de *cautela*, y éste del latín popular (arcaico y de baja época) *cautela*, - ae, derivado de *cautus*, -a, -um "cauto", participio pretérito de *caveo*, - ere "prevenir (se)", "tener cuidado".³

² Pina Varna, Rafael de. DICCIONARIO DE DERECHO. Ed. Porrúa, 17 ed. México 1991.

³ Couture, Eduardo J. VOCABULARIO JURIDICO. Ed. Depalma, 4ª reimpresión. Buenos Aires, 1991.

Las medidas cautelares, son aquellas adoptadas preventivamente en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para que la resolución del mismo pueda ser mas eficaz.⁴

El ordenamiento jurídico brinda la facultad de obtener ciertas medidas precautorias, o cautelares, que sirven para resguardar la posibilidad de percibir un crédito. Cabe señalar, que pueden ser solicitadas antes o después de deducida la demanda; lo cual implica que no es menester aguardar el reconocimiento del derecho que se invoca por la otra parte, ni la sentencia que en su caso así lo declare, y sólo presupone la verosimilitud del derecho invocado.

Otros autores las definen como aquellas en las que es dable recabar para evitar la salida de algún bien del patrimonio del deudor, en desmedro de la garantía colectiva de los acreedores.⁵ O como los instrumentos que puede decretar el juzgador, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso.⁶

⁴ Palomar de Miguel, Juan, DICCIONARIO PARA JURISTAS. Ed. Ediciones Mayo. México 1981.

⁵ Garrone, José Alberto. DICCIONARIO MANUAL JURÍDICO. Ed. Abeledo-Perrot. Primera reimpresión. Argentina 1991.

⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Ed. Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México. Décima ed. México, 1997.

Calamandrei, define la providencia cautelar como la "anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma".⁷

Mas que hacer justicia está destinada a dar tiempo a la justicia para que cumpla con eficacia su obra. Es el instrumento para que se pueda llegar a tiempo, pues de otro modo la decisión final sería ineficaz.

En suma, puede afirmarse que la actividad cautelar está constituida por aquellas medidas dispuestas por el juez, con la finalidad de que, si se dicta sentencia condenatoria, pueda hacerse efectiva sobre la persona o bienes del condenado, evitando así que no sea una mera declaración lírica de certeza oficial sobre el reconocimiento de un derecho. Tal actividad cautelar, se regula tanto en el proceso civil, como en el proceso penal.⁸

En otras palabras, podemos decir que para evitar que el daño producido por la inobservancia del derecho resulte agravado por este inevitable retardo del remedio jurisdiccional, está preordenada la actividad cautelar; la cual, mientras se esperan las providencias definitivas destinadas a hacer observar el derecho, provee a anticipar provisoriamente sus previsibles efectos.⁹

⁷ Calamandrei Piero. Op. Cit. p. 45.

⁸ Rubianes, Carlos J. MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL, T. III. Ed. Depalma. Tercera reimpresión. Argentina 1985. pp. 95, 96.

⁹ Di Iorio Alfredo J. TEMAS DE DERECHO PROCESAL. Ed. Depalma. Argentina 1985. p. 88.

Fix Zamudio, manifiesta, que son "los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso".¹⁰

Pallares, afirma que son, "las que autoriza la ley para que el titular de un derecho subjetivo asegure oportunamente su ejercicio cuando carece de un título ejecutivo mediante el cual puede de inmediato obtener la ejecución judicial del mismo" ¹¹. Además se dictan siempre con el carácter de provisionales y se encuentran sujetas a lo que resuelve la sentencia definitiva.

Por lo tanto, podemos decir que constituyen un medio tendiente a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de entablarse el proceso o durante su curso, existe el riesgo de que la decisión jurisdiccional sea incumplida. Es decir, son actos procesales que se adoptan antes de deducida la demanda o después de ello, para asegurar bienes o mantener situaciones de hecho existentes al tiempo de aquella, con el objeto de preservar el cumplimiento de la sentencia que, en definitiva, recaiga sobre el proceso.¹²

La medida cautelar es pues el medio mediante el cual la jurisdicción asegura el cumplimiento de sus resoluciones cuando, una de las partes demuestra

¹⁰ Silva Silva, Jorge Alberto. DERECHO PROCESAL PENAL. Ed. Oxford. Segunda ed. México 1999. p.483.

¹¹ Pallares Eduardo. DERCHO PROCESAL. Ed. Fontamara. México 1997. p. 119

¹² Cfr. Martínez Botos, Raúl. MEDIDAS CAUTELARES. Ed. Universidad. Argentina 1990. pp. 28-32.

que su derecho es verosímil y que la demora que demanda la sustanciación del proceso configura el peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida como consecuencia de actos de disposición física o jurídica realizables por la otra parte. Decretarlas es función jurisdiccional.¹³

1.2. NOCIONES.

La actividad coercitiva del proceso penal, tiende a lograr que dicho proceso cumpla con su finalidad inmediata, es decir, la de imponer la pena y, además, la de declarar el derecho del ofendido al resarcimiento de los daños y perjuicios. Si el sujeto no se encuentra a disposición inmediata del juez, el proceso se paraliza y, por lo tanto, no puede llegar a sentencia. Así mismo, si de manera oportuna se limita el ejercicio del derecho de propiedad del sujeto del proceso, si este es condenado al pago de la pena pecuniaria, de las indemnizaciones civiles y de las costas procesales, no habría posibilidad de hacer efectivas dichas cargas económicas, si el condenado, con antelación, esconde o enajena los bienes.

Además, no hay que olvidar que en algunas ocasiones es necesario que el juez ordene la aprehensión de ciertas cosas que pueden constituir pruebas dentro del proceso y que, por lo tanto, deben estar a disposición del juzgado para su respectivo reconocimiento pericial.

¹³ Colombo, Carlos J., Álvarez Juliá Luis. CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. T. I. Ed. Abeledo - Perrot. Argentina 1992. p. 346.

Por eso, con la sola finalidad de que la realización del derecho sea completa, el Estado, por medio de la ley de procedimiento penal, ha señalado el momento, los casos y la forma como se puede limitar tanto la libertad personal como el patrimonio del sujeto del proceso.¹⁴ Estos límites, son establecidos mediante las llamadas medidas cautelares.

La idea de las medidas cautelares se desarrolló durante la primera mitad del presente siglo en la escuela italiana de derecho procesal. Tres fueron sus grandes exponentes: Chiovenda, Carnelutti y Calamandrei.¹⁵

Chiovenda llama la atención sobre la presencia de una acción aseguradora, autónoma, que existe como poder actual cuando aun no se sabe si hay o no, verdaderamente, derecho asegurado, del que, por lo mismo, no puede ser accesoria.¹⁶ En otras palabras aludió a la acción aseguradora, así, sin saber si existe o no derecho seguro, la acción aseguradora, que es autónoma, garantiza ese supuesto bien.

Carnelutti separa al proceso contencioso de cognición, del que llama proceso cautelar. Mientras el primero es definitivo, el segundo es provisorio. Construye a este último como un verdadero proceso, donde la acción, la jurisdicción y el proceso se dan con autonomía o dependencia en relación con el

¹⁴ Zavala Baquerizo Jorge E. El PROCESO PENAL T.III. Ed. Edino. Tercera ed. Colombia 1990, pp155, 156.

¹⁵ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 484.

¹⁶ García Ramírez Sergio, CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL. Ed. Porrúa. Quinta ed. México 1989, p. 571.

proceso principal. Este proceso cautelar esta orientado al arreglo provisional del litigio; es decir a conservar la materia del litigio. Mas tarde se corrigió, y dijo que estaba orientado a la tutela del proceso.

Calamandreí, alude a las providencias cautelares, las cuales nacen al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios mas aptos para su éxito.¹⁷

Dichas medidas pueden tomarse tanto con anterioridad a la iniciación del proceso como durante toda la tramitación del mismo en tanto se dicta la sentencia firme que le ponga fin, o cuando termina definitivamente el juicio por alguna otra causa y por ello la confusión que se ha producido en el derecho procesal mexicano ante los medios preparatorios y las medidas cautelares, en virtud de que varios de los primeros que se regulan como tales en nuestros códigos procesales civiles, no son sino medidas precautorias anticipadas.¹⁸

Como ya se dijo; en ocasiones se llegan a confundir las medidas cautelares, con las medidas provisionales, por lo que resulta necesario hacer una diferenciación de estas.

- A. Las medidas cautelares, se ejercitan antes de entablarse la demanda o bien promoverse y decretarse durante la secuela procesal, pero

¹⁷Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 484.

¹⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. Cit.

siempre antes de que se pronuncie sentencia definitiva. En tanto que las medidas provisionales se ejercitan siempre durante el proceso.

- B. Las medidas cautelares, serán ejercitadas y solicitadas por el titular de un supuesto derecho denominado actor dentro del proceso. En cambio en las medidas provisionales el ejercicio y titularidad corresponde a cualquiera de las dos partes, tanto el actor como el demandado.
- C. Las medidas cautelares ejercitadas durante el proceso, se substanciarán por cuerda separada. Por lo que las medidas provisionales se tramitarán como una solicitud.
- D. Las medidas cautelares, tienen establecido como requisito para que puedan ser decretadas, que se otorgue fianza suficiente a criterio del Juez, para el posible caso de que se pudieran producir daños y perjuicios. En las medidas provisionales, para que puedan ser decretadas y otorgadas, no se requiere otorgar fianza.

No obstante las distinciones mencionadas entre las medidas cautelares y las medidas provisionales, ambas son dictadas para prevenir, asegurar o mantener una situación jurídica determinada en relación con las personas y los bienes. Otro rasgo que comparten, es relativo a su temporalidad, en virtud de que son dictadas y tienen vigencia hasta en tanto se dicte en la sentencia definitiva.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.3. FINALIDAD.

Durante el lapso que ineludiblemente transcurre entre el comienzo de un juicio y el dictado de la sentencia definitiva pueden surgir múltiples circunstancias que tornen imposible o dificulten la ejecución forzada o diluyan los efectos de la decisión final.

De ahí que el legislador – atendiendo a que resulta materialmente imposible satisfacer instantáneamente cualquier pretensión – haya debido prever diversas medidas que pueden solicitarse y decretarse, y cuya finalidad se limita a asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe recaer en otro proceso.¹⁹

En la medida en que todo proceso forzosamente demanda un tiempo mas o menos considerable para su sustanciación, es posible que durante el ocurran hechos que hagan de imposible cumplimiento lo resuelto en la sentencia definitiva.

Existe siempre el peligro de que, mientras los órganos jurisdiccionales actúan, la situación de hecho se altere de modo tal que haga resultar ineficaces e ilusorias sus providencias, llegando estas en consecuencia, cuando el daño es ya irremediable, de manera tal que, como expresa Calamandrei, para impedir que el daño producido por la inobservancia del derecho resulte agravado por este inevitable retraso del remedio jurisdiccional (*periculum in mora*), está preordenada precisamente la actividad cautelar; la cual, mientras se esperan las providencias

¹⁹ Martínez Botos Raúl. Op. Cit. p. 27

definitivas destinadas a hacer observar el derecho, provee a anticipar provisoriamente sus previsibles efectos.

Así la garantía cautelar aparece puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de modo definitivo la observancia del derecho, ella esta destinada, mas que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra.

En consecuencia, las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento.

Un aspecto importante de las medidas cautelares y su finalidad de asegurar el cumplimiento de la eventual sentencia, es que de esta forma no sólo se protegen el interés privado de las partes, sino que actualmente se considera que mas que ello tienden a garantizar la eficacia y seguridad de la actividad jurisdiccional, a fin de impedir que los particulares puedan hacer ilusorios los mandatos judiciales.²⁰

Rubianes sostiene que, la actividad cautelar, tiende a asegurar que el eventual reconocimiento de un derecho que contenga una sentencia definitiva, no sea una mera declaración lírica, sino que realmente pueda hacerse efectivo. Sea cualquier derecho de naturaleza civil, o bien el derecho subjetivo de castigar del

²⁰ Di Iorio Alfredo J. TEMAS DE DERECHO PROCESAL. Ed. Depalma. Argentina 1985. pp. 88 - 90.

TESIS CON
FALLA DE OPINEN

Estado, en la sentencia penal. Aquella actividad se torna necesaria ante la dificultad de que cualquiera de esos derechos sean satisfechos prontamente, ya que previo a su reconocimiento ha de desarrollarse un proceso, en que se garantice a los interesados su defensa en juicio, al tener oportunidad de dar sus razones y producir las pruebas respectivas. En el proceso penal, en virtud del principio constitucional de que nadie puede ser penado sin juicio previo, ese debido proceso es insoslayable. Todo ello lleva tiempo, es preciso esperar la sentencia definitiva, pero mientras tanto los bienes o cosas afectadas al proceso pueden desaparecer, el deudor provocar su insolvencia para no pagar, el presunto culpable del delito escaparse para evitar ir a la cárcel, o bien disminuir su patrimonio simuladamente para evitar que las consecuencias de una condena recaigan sobre sus bienes. Para asegurar, pues, un resultado efectivo del proceso, es que se autoriza la actividad cautelar.²¹

Carnelutti advierte la existencia de la prevención o aseguramiento al lado de la jurisdicción y de la ejecución. Aquellos tienen lugar antes de que existan los procesos jurisdiccional o ejecutivo, o bien, mientras los mismos se tramitan. A su vez, la prevención puede ser conservativa o innovativa, según se busque la permanencia o el cambio de la situación existente. De esta suerte surge un tercer tipo de proceso, identificado conforme a su finalidad: el cautelar, que en orden a su estructura cae dentro de las normas de los procesos jurisdiccional o ejecutivo. En suma, la finalidad del cautelar es obtener un arreglo provisional del litigio para

²¹ Rubianes Carlos J. Op. Cit. pp. 95 y 96.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

prevenir los daños inherentes a su duración. Y según sea la relación entre el cautelar y el proceso básico, aquel puede ser autónomo o dependiente.

Este arreglo provisional de la contienda constituye, una medida cautelar, la cual presupone un proveimiento de la misma especie. La decisión cautelar, tiene la misma naturaleza que la que cierra el proceso jurisdiccional o el ejecutivo, mas difieren entre si en que tanto la decisión como la ejecución cautelar tienen, una eficacia provisional, temporal.²²

La separación entre procesos de conocimiento, cautelares y ejecutivos a que se refirió Carnelutti, hoy sólo es historia, pues no hay procesos meramente cautelares, ya que si persistimos en aludir a procesos cautelares, habrá que admitir que estos tienen también algo de conocimiento y algo de ejecución.²³

Alcalá Zamora sostiene que en el ámbito penal no existen formas de proceso cautelar autónomo; este se hallaría siempre sujeto, al de conocimiento o de ejecución.²⁴

Con las medidas precautorias se pretende impedir que el resultado de un proceso se vea frustrado por las contingencias que puedan ocurrir durante el curso de la litis, lo que autoriza a sostener que es preferible el exceso en la concesión de las medidas precautorias, que la moderación en negarlas.

²² García Ramírez Sergio. Op. Cit. pp. 572 y 573.

²³ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 485.

²⁴ García Ramírez Sergio. Idem.



Uno de los supuestos en que se funda cualquier medida cautelar es la verosimilitud del derecho, entendida como la posibilidad de que éste exista y no como una incontrastable realidad que sólo se logrará conocer al agotarse el trámite respectivo.

La naturaleza de las medidas precautorias consiste precisamente en proteger un derecho verosímil hasta tanto se pueda adoptar un pronunciamiento definitivo.

La verosimilitud del derecho como presupuesto que condiciona la admisibilidad de una medida cautelar apunta a la posibilidad de que el derecho exista, a una credibilidad objetiva y sería que descarte una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o muy cuestionable.

Las medidas cautelares, mas que a hacer justicia, están destinadas a dar tiempo a la justicia para cumplir eficazmente su obra. Ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud.

Para la procedencia de las medidas cautelares el derecho invocado debe ser verosímil, pues ellas importan un gravamen que no debe ser impuesto a la otra parte sin que medien motivos serios que lo justifiquen, debiéndose acreditar una apariencia de la existencia del derecho cuya actuación se pide, una credibilidad razonable que tenga suficiente sustento.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En pocas palabras buscan asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido, y tienden a impedir que en su oportunidad pueda convertirse en ilusoria la condena que ponga fin al proceso.²⁵

1.4. CARACTERÍSTICAS.

Al igual que en casi todas las figuras jurídicas; en las medidas cautelares, existen rasgos, elementos o características comunes que las definen, y a este respecto las señalaremos:

- **Provisionalidad.**- También conocida como provisoriidad; esto es, que sus efectos estarán limitados en el tiempo, hasta tanto se pronuncie la providencia definitiva. Aquí no interesa que la providencia este fundada en la certeza, pues esta sólo será exigible en la providencia definitiva. En la provisoria, solamente interesa una probabilidad.²⁶ Fix – Zamudio señala, su provisoriidad, en cuanto que tales medidas, decretadas antes o durante un proceso principal, sólo duran hasta la conclusión de éste. ²⁷ Palacio, afirma que implica que los efectos de la resolución que en el recaen, tienen inevitablemente, un dies ad quem representado por el momento en que adquiere un carácter firme la resolución o sentencia

²⁵ Martínez Botos Raúl. Op. Cit. pp. 44 – 47 y 65.

²⁶ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 485.

²⁷ Ovalle Favela José. DERECHO PROCESAL CIVIL. Ed. Oxford. Octava ed. México 1999. p. 34.

dictada en el proceso definitivo.²⁸ En otras palabras, las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron y en el momento en que estas cesen se podrá requerir su levantamiento. La resolución que las decreta es interina, ya que pueden ser levantadas, sustituidas, ampliadas, mejoradas o reducidas.

➤ **Instrumentalidad.-** También conocida como accesoriedad. Son instrumentales en cuanto no tienen un fin en si mismas, sino que constituyen – como ya se dijo – un accesorio de otro proceso que reviste el carácter de principal del cual dependen y a la vez aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse.²⁹ Palacio manifiesta que son instrumentales, en cuanto que su finalidad consiste en asegurar la eficacia practica de la sentencia o resolución que debe dictarse en otro proceso, pues mas que para hacer justicia sirve para asegurar el eficaz funcionamiento de este.³⁰ En numerosas decisiones judiciales se ha expresado también que el objeto de las medidas cautelares es asegurar el cumplimiento de los pronunciamientos que, eventualmente, deban dictarse en el proceso por lo que constituyen u anticipo de la garantía jurisdiccional y, son por ende, accesorias o instrumentales.³¹

²⁸ Palacio Lino, Enrique. DERECHO PROCESAL CIVIL. T. VIII. Ed. Abeledo – Perrot. Argentina 1985. pp. 45 y 46.

²⁹ Di Iorio Alfredo j. Op. Cit. p. 106.

³⁰ Palacio Lino, Enrique. Idem.

³¹ Colombo, Carlos J. Op. Cit. p. 346.



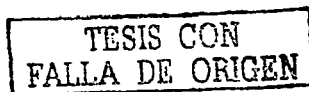
- **Sumariedad.-** Llamada también celeridad; Fix – Zamudio afirma que, por su misma finalidad, deben tramitarse y dictarse en plazos muy breves.³² Palacio, señala que debe ser a través de procesos rápidos o abreviados, caracterizados por la fragmentariedad o superficialidad del conocimiento judicial.³³
- **Flexibilidad.-** Fix – Zamudio, señala esta como una característica, en virtud de que pueden modificarse cuando varíen las circunstancias sobre las que se apoyan.³⁴ Por un lado el órgano jurisdiccional se halla en todo caso habilitado para determinar el tipo de medida adecuado a las circunstancias del caso y, por otro lado el sujeto activo y el sujeto pasivo de la pretensión cuentan con la facultad de requerir, en cualquier momento, la modificación de la medida o medidas dispuestas.³⁵
- Otra característica consiste en que trate de evitar que se agrave el daño marginal que se podría producir de no imponerse una medida provisional. Es decir, se trata de eliminar el *periculum in mora*. Este no es el peligro de ulterior daño marginal que podría derivar de dicho retraso, sin que basten a prevenirlo otros medios ordinarios como la acumulación de intereses, los daños sobrevenidos durante el juicio, etc. Es la mora de la sentencia que recaerá en el juicio declarativo,

³² Ovalle Favela José. Op. Cit. p. 34.

³³ Palacio Lino Enrique. Op. Cit. p. 45 y 46.

³⁴ Ovalle Favela José. Idem.

³⁵ Palacio Lino Enrique. Idem.



considerada en si misma como posible causa de ulterior daño, la que se evita. Así, mientras que, cuando el daño ya se ha producido y su remedio reintegrativo se halla en el proceso declarativo, el proceso cautelar tiene como objetivo, el preventivo de evitar que ese daño se agrave como consecuencia de la duración de aquel. En otras palabras la medida cautelar no va a impedir que se cometa el delito ya cometido, sino a evitar que el daño siga persistiendo.

- **Urgencia.-** Requerimos la idea de urgencia, puesto que de no imponerse la medida cautelar, el peligro se transformaría en realidad. Esto lo podemos observar claramente, en el caso de que una persona que comete un delito no sea privada de su libertad durante el proceso, existe el peligro de que huya, y que al momento de tratar de ejecutar la condena no se le encuentre. La idea de urgencia lleva al tribunal a ordenar preventivamente la detención, hasta tanto se resuelva lo definitivo.³⁶

- Generalmente no tienen incidencia directa sobre el curso de la relación procesal. Como consecuencia se ha declarado que no interrumpen el plazo de caducidad de instancia. No interrumpen la prescripción.³⁷

³⁶ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. pp. 485 y 486.
³⁷ Colombo, Carlos J. Op. Cit. p. 347.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.5. COMPETENCIA.

El juez dispone de ciertas medidas, llamadas cautelares o precautorias, para asegurar la buena marcha del proceso. En ocasiones estos instrumentos se encomiendan al Ministerio Público, como sucede con la denominada libertad provisional. Estas medidas permiten conciliar los propósitos del proceso con los derechos e intereses del inculcado o de terceros.³⁸

Como sabemos, toda pretensión cautelar es necesariamente accesoria con respecto a una pretensión principal. De ahí que la competencia para conocer en aquella corresponda al órgano que conoce o ha de conocer en esta última.³⁹

El otorgamiento de la libertad compete al Ministerio Público, en la fase de averiguación previa. La libertad protestatoria se otorga por la autoridad judicial en supuestos determinados que se solucionan en la levedad del delito y en la ausencia de reincidencia del inculcado, bajo la palabra de este. La libertad sin caución alguna se concede al inculcado en las situaciones en que el delito se halle sancionado con prisión cuyo término medio aritmético no exceda de tres años, siempre que no exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia, que tenga domicilio fijo en el Distrito Federal o en la zona conurbada, con antelación no menor de un año, que cuente con un trabajo lícito y que no haya sido condenado por delito intencional. Finalmente, la libertad caucional, derecho

³⁸ García Ramírez Sergio, Adato Green Victoria. PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO. Ed. Porrúa. Novena ed. México 1999. pp. 19.

³⁹ Martínez Botos Raúl. Op. Cit. pp. 37 y 38.

constitucional del inculpado, se concede por la propia autoridad judicial cuando el delito imputado no es grave y el inculpado presta garantía real suficiente, que puede consistir en depósito, prenda, hipoteca o fianza, especies, todas ellas, del amplio concepto civil de la caución.⁴⁰

En suma, podemos afirmar que la actividad cautelar ésta constituida por aquellas medidas dispuestas por el juez, de oficio o a petición de parte interesada, respecto de un proceso a iniciarse o ya iniciado.⁴¹

Como ya se señaló, en ocasiones estos instrumentos se depositan en manos del Ministerio Público. El artículo segundo del Código Federal de Procedimientos Penales, establece:

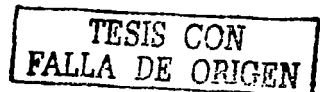
“... En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público: ...

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

En otras palabras, se concentra en el Ministerio Público durante la averiguación previa, misión que le compete hasta el ejercicio de la acción penal. Entre sus atribuciones encontramos las relativas a las medidas precautorias, adoptadas directamente o requeridas al juzgador: arraigo, aseguramiento,

⁴⁰ García Ramírez Sergio, Adato Green Victoria. Op. Cit. pp. 20 y 21.

⁴¹ Rubianes, Carlos J. Op. Cit. p. 96.



embargo y cateo, que debe disponer el juez, a solicitud del M. P., por imperativo constitucional (fracción III), y libertad provisional del indiciado que puede acordar el propio Ministerio Público de manera directa, en virtud de las facultades que le confiere la Constitución en materia de libertad provisional.⁴²

García Ramírez, habla también de la actuación de la Policía Judicial, respecto a las medidas cautelares, dicha actuación se encuentra contemplada en el artículo tercero del mismo ordenamiento legal; y que establece:

“ La Policía Judicial Federal actuara bajo la autoridad y el mando inmediato del Ministerio Público Federal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dentro del periodo de averiguación previa ... está obligada: ...

III. Llevar a cabo las citaciones, notificaciones y presentaciones que el Ministerio Público Federal ordene; ...”

Es decir en cuanto a las medidas cautelares, se ocupara de la presentación de sujetos requeridos por el Ministerio Público, esto constituye una medida cautelar en tanto implica la restricción temporal de un bien jurídico, para asegurar el desarrollo del procedimiento y el alcance de los fines que éste se propone.

⁴² García Ramírez Sergio. EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. Ed. Porrúa, Tercera ed. México 2001. pp. 197 – 201.

El artículo 16 de la Constitución establece, otro caso en el que el Ministerio Público, podrá dictar una medida precautoria sin necesidad de solicitarlo a la autoridad judicial. Este es el caso de la detención del indiciado por caso urgente. Para un mejor entendimiento transcribimos el contenido de dicho ordenamiento constitucional:

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

En resumen, las medidas cautelares serán dictadas por la autoridad judicial, excepto cuando se trate de la libertad provisional y la detención por caso urgente; en donde podrán ser impuestas por el Ministerio Público; siempre y cuando éste cumpla con lo dispuesto por la ley para tales efectos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO II.

CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

En principio, podemos decir que las medidas cautelares se clasifican en dos grupos: por un lado las medidas cautelares reales y por el otro las personales. Estaremos en presencia de las reales, cuando se refieran al patrimonio o bienes de una persona; y hablaremos de las medidas personales, cuando conciernan a la misma persona. Usualmente, en el proceso civil la cautela es real, no obstante se dan algunos casos de cautela personal. En cambio, en el proceso penal tiene mayor intensidad la cautela personal, afectando la libertad física de las personas, sobre todo cuando se trata de garantizar el efectivo cumplimiento de una pena privativa de libertad.⁴³

Alcalá Zamora manifiesta, que en materia penal predominan las medidas cautelares de carácter personal, es decir, aquellas que recaen sobre las personas, al paso que en materia procesal civil, por contraste, la mayor importancia concierne a las providencias asegurativas que se adoptan en relación a los bienes.⁴⁴ Esto no significa, que en materia procesal penal sean desconocidas las medidas cautelares reales, ni que en el procesal civil lo sean las personales. Basta decir que en la primera existen numerosas causas de aseguramiento con respecto a bienes: depósitos, fianzas,

⁴³ Cfr. Rubianes, Carlos J. Op. Cit. p. 96.

⁴⁴ García Ramírez Sergio. CURSO DE DERECHO PROCESAL PÉNAL. Ed. Porrúa. Quinta ed. México, 1989. p. 573.

hipotecas o embargos; en el segundo hay medidas tales como el depósito. De tal suerte, que en el presente capítulo trataremos de definir cada una de las medidas cautelares contempladas por nuestros ordenamientos jurídicos; atendiendo a la clasificación mencionada.

2.1. REALES.

En pocas palabras, las medidas cautelares reales afectan de alguna manera el eventual resultado que se dé en la medida definitiva (afectación de bienes). Y no obstante el desorden dominante en nuestra legislación, podemos advertir medidas cautelares desde cuatro puntos de vista:

- Las medidas que buscan asegurar la ejecución de una pretensión de condena al pago del resarcimiento del daño causado con motivo del delito. En este caso, estamos en presencia de medidas de carácter esencialmente civil.
- Aquellas medidas que aseguran la ejecución de una pretensión de condena a la pérdida de alguna cosa.
- Las que aseguran o conservan alguna cosa, mientras se decide en definitiva quien tiene mayores derechos sobre la misma
- Y por último aquellas medidas que aseguran fuentes de prueba.⁴⁵

Dentro de las medidas cautelares reales tenemos: el embargo, la contragarantía, el depósito, la hipoteca, la fianza, el aseguramiento de objetos y la intercepción telefónica.

⁴⁵ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 488.

2.1.1. EMBARGO.

En principio podemos entenderlo como una orden judicial que individualiza un bien determinado del deudor, afectándolo al pago del crédito en razón del cual se ha trabado el embargo. Dicha medida puede subclasificarse en preventivo, ejecutivo y ejecutorio.

Respecto al embargo preventivo, cabe decir que constituye la medida cautelar en cuya virtud se afectan e inmovilizan uno o varios bienes de quien es o ha de ser demandado en un proceso de conocimiento (ordinario, sumario, sumarísimo o especial) o en un proceso de ejecución, con la finalidad de asegurar la eficacia práctica de las sentencias que en tales procesos se dictan. En otras palabras dicha finalidad consiste en afectar o inmovilizar bienes del deudor para asegurar el eventual resultado del juicio y cuya procedencia se admite ante la simple verosimilitud del derecho.

En cuanto al embargo ejecutivo, resulta ser el primer paso de la venta forzada de un bien del deudor, quedando sometida a la disposición del juez, quien fija con forme a derecho, las condiciones de la subasta. Dicho embargo se presenta cuando el acreedor exhibe un título que trae aparejada ejecución, o cuenta con una sentencia de condena a su favor.

Por último, el embargo ejecutorio, es el que se da cuando no se han opuesto excepciones al progreso de la ejecución, o de haber sido ellas desestimadas por

sentencia firme. El embargo ejecutivo se convierte, en ejecutivo, cuando se verifica cualquiera de las situaciones precedentes.⁴⁶

Couture, lo define como; aquella medida cautelar, decretada judicialmente para asegurar de antemano el resultado de un proceso, y que consiste en la indisponibilidad relativa de determinados bienes.

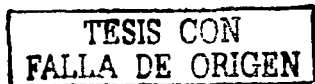
Etimológicamente, es una voz derivada del verbo embargar, y éste del latín vulgar imbaricare, usado en la Península ibérica y en la zona de la lengua de oc. Deriva probablemente de barra "tranca", significa por lo tanto "cerrar una puerta con trancas o barras", procedimiento originario del embargo.⁴⁷

La palabra embargo, según el Diccionario de la lengua, tiene el mismo origen que embarazar y tiene como primera acepción: embarazar, impedir, detener y como tercera: retener una cosa en virtud de mandamiento de juez competente, sujetándola a las resultas de un procedimiento o juicio.

Nuestra legislación procesal reconoce la figura del embargo como un procedimiento cautelar que tiende a conservar el estado de hecho que guardan los bienes del deudor, para evitar que éste los dilapide, oculte o enajene y haga imposible

⁴⁶ Garrone, José Alberto, Op. Cit. pp. 328 y 329.

⁴⁷ Couture, Eduardo J. Op. Cit.



al acreedor la satisfacción del derecho real o personal que tenga que hacer valer mediante el ejercicio de la acción respectiva en el juicio definitivo.⁴⁸

Algunos autores como Becerra Bautista, consideran que el embargo y el secuestro, son palabras sinónimas; en base a que el artículo 549 del Código de Procedimientos Civiles para el D. F. dice: *"Recayendo el secuestro sobre bienes muebles ..."*. El Código Civil define el secuestro como *"el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero, hasta que se decida a quien debe entregarse"* (2539) y al secuestro judicial como el constituido por el decreto del juez, mismo que se rige por las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles y, en su defecto, por las mismas del secuestro convencional, según los artículos 2544 y 2545 del mismo ordenamiento legal.

Pina, afirma que es una intimidación judicial hecha a un deudor para que se abstenga de realizar cualquier acto susceptible de producir la disminución de la garantía de un crédito debidamente especificado.⁴⁹

Es decir; constituye una limitación del derecho de propiedad que afecta el derecho de disposición y que subsistirá mientras no sea levantado por la autoridad judicial competente.

Para Ovalle, el embargo es la afectación decretada por una autoridad competente sobre un bien o conjunto de bienes de propiedad privada, la cual tiene por

⁴⁸ Becerra Bautista José. EL PROCEDIMIENTO CIVIL EN MÉXICO. Ed. Porrúa. Décimo séptima ed. México 2000. pp. 319, 433.

⁴⁹ Pina Vara Rafael de. Op. Cit.

objeto asegurar cautelarmente la eventual ejecución de una pretensión de condena que se plantea o planteara en juicio, o bien satisfacer directamente una pretensión ejecutiva. Y afirma que el embargo puede ser provisional (medida cautelar), o definitivo (como una medida dirigida a la ejecución de la sentencia y de los demás supuestos de la vía de apremio).⁵⁰

Otros autores como Gómez Lara, lo definen como la iniciación de un procedimiento expropiatorio mediante el cual se afecta un bien o un grupo de bienes determinados: esta afectación implica un bloqueo patrimonial de esos bienes; el dueño de los mismos, desde el momento del embargo, ya no puede disponer de ellos y quedan sujetos a las resultas de ese procedimiento expropiatorio.⁵¹

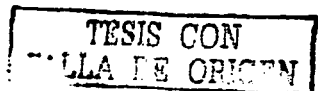
Enfocándonos en materia penal, encontramos que en ejercicio de la acción penal, concierne al Ministerio Público como autoridad, pedir el aseguramiento precautorio de bienes, para efectos de reparación de los daños y perjuicios ocasionados. Dicho procedimiento se tramitara bajo forma de incidente, con audiencia del inculpado, salvo que éste se haya sustraído a la justicia.

Cabe señalar que la suspensión del procedimiento penal, por sustracción a la justicia o demencia del inculpado, no impide la adopción de medidas precautorias patrimoniales; ni dictar sentencia en el incidente de reparación exigible a terceros.⁵²

⁵⁰ Ovalle Favela José. Op. Cit. p. 291. 253.

⁵¹ Gómez Lara Cipriano. DERECHO PROCESAL CIVIL. Ed. Oxford. Sexta ed. México 1999. p. 239.

⁵² García Ramírez Sergio. CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL. Ed. Porrúa. Quinta ed. México 1989. pp. 623 y 624.



En resumen podemos definir la figura del embargo como, una orden judicial; la cual afecta uno o más bienes del deudor, dicha afectación limita el derecho de propiedad de los bienes; conservando así su estado, y evitando la dilapidación o enajenación de los mismos; lo que haría difícil la reparación del derecho a satisfacer el derecho real del demandante. En pocas palabras se busca asegurar el resultado del proceso.

2.1.2. CONTRAGARANTIA.

Podemos decir que es un requisito generalmente exigido por los códigos o leyes procesales para la procedencia de medidas cautelares. Opera como medio para asegurar preventivamente el eventual crédito de resarcimiento de aquellos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida provisional, si en el proceso definitivo se revela como infundada. De allí que se pueda hablar con propiedad de una condición impuesta por el juez para conseguir la providencia cautelar.⁵³Cabe resaltar que la contracautela no es un requisito de la medida cautelar, sino de su traba.

Resulta necesario señalar, que toda medida cautelar se decreta con la condición de que el requirente se haga responsable de los perjuicios que indebidamente pudiere ocasionar si hubiera procedido sin derecho o con abuso o exceso en su ejercicio.⁵⁴En otras palabras podemos entenderla como la cautela que la ley toma contra quien pide la cautela.

⁵³ Garrone, José Alberto. Op. Cit. p. 215.

⁵⁴ Colombo Carlos J. Op. Cit. p. 353.

Silva considera que dentro de las medidas que aseguran la no ejecutabilidad de una medida cautelar principal (como puede ser el embargo), encontramos a las medidas de contragarantía, las cuales no resultan desconocidas en el proceso civil resarcitorio.

Es decir, las medidas de cautela o garantía pueden ser primarias o principales, y secundarias, siendo las primeras las mas conocidas. Las primeras aseguran la ejecución de una sentencia condenatoria (están subordinadas a una medida definitiva), mientras que las segundas aseguran que no se aplique la medida cautelar principal, debido a lo cual, son contragarantías.

En materia procesal penal se dice que la privación provisional de la libertad opera como una medida de cautela primaria, porque esa medida también tiene su "antídoto" para que no se ejecute; y ésa es la contragarantía.

Así por ejemplo para evitar el embargo, o hacer cesar sus efectos, la ley permite al ejecutado que a su vez constituya otra garantía (contragarantía).

Un ejemplo de esta, lo encontramos en el artículo 149 del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 35 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal; los cuales establecen que *"...se negará el embargo o se levantara el efectuado, cuando el inculpado u otra persona en su nombre otorguen caución bastante, a juicio del órgano jurisdiccional, para asegurar la satisfacción de la responsabilidad de los daños y perjuicios causados..."*.

Como se podrá advertir, esta contragarantía funciona como un sustituto de otra garantía: el embargo.

En esencia, los medios de contragarantía – como llamaremos a esas medidas secundarias – son verdaderas medidas cautelares, pero se caracterizan por ser medidas o proveimientos que garantizan o aseguran la no ejecución de otra medida cautelar. Podemos decir que son medidas de cautela que evitan se aplique una medida cautelar principal; de ahí que se llamen contragarantías.⁵⁵

2.1.3. DEPÓSITO.

Esta figura es considerada como una de las formas que reviste el contrato real, en virtud del cual una persona recibe de otra, una cosa determinada con obligación de custodiarla y devolverla cuando aquélla lo disponga.

Pina Vara, lo define como el contrato por el cual el depositario se obliga a recibir una cosa, mueble o inmueble, que se le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante.⁵⁶

Etimológicamente, proviene del latín *depositum*, -i, de igual significado, propiamente “depuesto” o “depositado”, participio pretérito sustantivo del verbo *depono*, -ere “depositar”, compuesto de *pono* –ere “poner”. Este término forma parte del grupo

⁵⁵ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. pp. 515 y 792.

⁵⁶ Pina Vara, Rafael de. Op. Cit.

de participios sustantivos probablemente con *argentum*, -i "plata, dinero", todos referentes a diversas operaciones con dinero : (*argentum*) *debitum* "(dinero) debido = débito", que pasaron todos al romance como vocablos cultos.⁵⁷

El artículo 2516 del Código Civil señala que *"El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y guardarla para restituirla cuando la pida el depositante"*. En el supuesto de que el depósito recaiga sobre un bien litigioso se le dará el nombre de secuestro y éste puede ser convencional o judicial. Conforme la partes en litigio convengan en dejar la cosa en poder de un depositario, en tanto se decide por el juez a quien deba entregarse; o incluso, el propio juez podrá decreta el secuestro. (artículos 2539 a 2541. del Código Civil). El artículo 2544 del Código Civil precisa, que depósito judicial *"es el que se constituye por decreto del juez"*.

En cuanto a la naturaleza de esa figura jurídica Pallares explica que la acepción del depósito judicial da lugar a un contrato de derecho público, porque las obligaciones y las responsabilidades que contrae el depositario, no sólo afectan a intereses privados, sino a la función misma que aquél desempeña

Por otro lado, tenemos que pueden ser objeto de depósito en general y especialmente de depósito judicial, tanto los bienes muebles como los inmuebles, los títulos, valores, efectos de comercio y demás documentos. Existe además, el depósito judicial de personas, a favor de los menores de edad o incapacitados que se

⁵⁷ Coture Eduardo J. Op. Cit. p. 217.



encuentren sujetos a la patria potestad, en los casos previstos en el artículo 939 del Código de Procedimientos Civiles.⁵⁸

García Ramírez, afirma, que el depósito en efectivo, hecho por el inculcado o por terceros, es una de las formas de caución en la libertad provisional, sea ésta la que concede el juez, abierto ya el proceso, sea la que discierne el Ministerio Público, en oportunidad de la averiguación previa bajo los términos de los artículos 271 y 135 de los Códigos Procésales en materia local y federal respectivamente.

En este caso el depósito debe realizarse en el Banco de México o en la institución de crédito autorizada para ello; el certificado se depositará en la caja de valores del tribunal. Y cuando por la hora o el día no se pueda hacer el depósito en la institución autorizada para ello, se realizará en el tribunal y el juez mandará depositar la cantidad recibida el primer día hábil para hacerlo (artículos 562 fracción I y 404 de los Códigos Procésales en materia local y federal respectivamente).⁵⁹

En pocas palabras es el contrato por virtud del cual una persona recibe de otra, una cosa determinada con obligación de custodiaria y devolverla cuando aquélla lo disponga.

⁵⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Op. Cit.

⁵⁹ García Ramírez Sergio, Op. Cit. p. 624.

2.1.4. HIPOTECA.

Esta figura debemos entenderla como un derecho real de garantía constituido por convención entre las partes, por manifestación unilateral de voluntad o por imperio de la ley, para asegurar el pago de un crédito, sobre bienes que no se entregan al acreedor y que, en caso de incumplimiento, pueden ser vendidos para cubrir con su precio el monto de la deuda.

Etimológicamente proviene del latín, hypotheca, y éste del griego, hypotéke, "poner en prenda"; suposición, en el sentido de poner una cosa debajo de otra, añadirla; apoyar, sostener o asegurar una obligación.⁶⁰

Garrone define esta figura, como un derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor. Para garantizar, un crédito cierto y determinado en dinero del cual resulta accesoria, permaneciendo el o los inmuebles en poder del propietario constituyente, conservando las facultades inherentes a su derecho de propiedad sobre la cosa, siempre y cuando su ejercicio no redunde en perjuicio de la garantía que le afecta.⁶¹ Couture, afirma que dicha medida constituye una medida cautelar otorgada en el proceso para garantizar los resultados del mismo o para asegurar el daño que pudieran producir otras medidas de cautela.⁶²

⁶⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Op. Cit.

⁶¹ Garrone José Alberto, Op. Cit.

⁶² Couture Eduardo J, Op. Cit.



Asimismo, la hipoteca otorgada por el reo o por terceros constituye otra de las formas de garantizar la libertad provisional. El inmueble a hipotecar no debe tener gravamen alguno y su valor fiscal no deberá ser menor que la suma fijada como caución mas la cantidad que el juez estime necesaria para cubrir los gastos destinados a hacer efectiva la garantía. (artículos 562, fracción II, y 405 de los Códigos Procésales en materia local y federal respectivamente). Además se debe presentar certificado de libertad de gravámenes y constancia de pago de contribuciones (artículo 564 del ordenamiento procesal local).

Por lo tanto, la hipoteca podemos entenderla como la garantía real que tiene el acreedor, sobre bienes del deudor; los cuales se le entregan al primero, quien en caso de que no se satisfaga el crédito, podrá hacerlo con el valor de dichos bienes.

2.1.5. FIANZA.

Etimológicamente proviene del bajo latín, *fidare*, de *fidere*, fe, seguridad.⁶³

Habrà fianza cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoría.⁶⁴ En base a lo anterior, podemos decir que la fianza resulta ser un contrato, pues requiere un acuerdo de voluntades entre el fiador y el acreedor cuyo crédito es garantido. No se requiere, en cambio, el consentimiento del deudor afianzado, aunque él es por lo común el principal

⁶³ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. Cit.

⁶⁴ Garrone, José Alberto. Op. Cit.

interesado en la fianza, ya que sin ella la otra parte no se concordará a contratar. Y no interesa su consentimiento ni su misma oposición porque la relación obligatoria se establece entre el fiador y acreedor.

Si consideramos esta figura como contrato, la fianza puede ser unilateral y gratuita; pero si hay pacto expreso puede ser bilateral y onerosa. Jurídicamente, puede ser convencional, legal o judicial (artículo 2795 del Código Civil). Convencional cuando sea producto del acuerdo de las partes. Legal y judicial cuando tienen su origen en la ley. La última se distingue de la primera en que es impuesta por la autoridad judicial, cuando se dan los supuestos legales que condicionan su exigibilidad.⁶⁵

Para Pina Vara, es una garantía personal prestada para el cumplimiento de una obligación. Y en virtud de este contrato un tercero, en relación con una determinada obligación, se obliga a su cumplimiento para el caso de que el deudor o fiador anterior no la cumplan (artículo 2794 del Código Civil para el D. F.).⁶⁶

A las palabras caución y fianza, comúnmente se les atribuye el mismo significado; no obstante, caución denota garantía, y fianza una forma de aquélla; por ende, caución es el genero y fianza una especie.

En los tribunales, el emplear la palabra "caución", quiere significar que la garantía debe ser "dinero en efectivo"; y "fianza", la póliza expedida por una institución de

⁶⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. Cit.

⁶⁶ Op. Cit.



crédito, capacitada legalmente para otorgarla. Al respecto es importante concluir que la fianza es un contrato, y no una forma de la caución.⁶⁷

Por otro lado, la fianza puede sustituir al embargo precautorio para efectos de reparación (artículos 35 y 149 de los Códigos Procésales en materia local y federal respectivamente). Igualmente puede exigirse fianza al ofendido para devolverle bienes cuya entrega pudiera lesionar derechos de tercero o del inculpado (artículo 38 del Código Federal de Procedimientos Penales). Mas la aplicación típica de la fianza es la caucional para la concesión de la libertad provisional. La regla genérica a este respecto está fijada por los artículos 34 del Código de Procedimientos Penales para el D. F. y 34, del Código Federal de Procedimientos Penales; que sujetan las fianzas a las disposiciones de los mencionados Códigos y, en su defecto, remiten al Código Civil.

En pocas palabras, la fianza es un contrato por virtud del cual una persona se obliga a pagar por el deudor, ante el acreedor; en caso de que el deudor no lo haga.

2.1.6. ASEGURAMIENTO DE OBJETOS.

Esta medida es definida por Garrone, como aquellas medidas de carácter provisional que los jueces se hallan facultados para aplicar, con el fin de salvaguardar o custodiar aquellos bienes objeto de una contienda judicial.⁶⁸

⁶⁷ Colín Sánchez Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Ed. Porrúa. Decimocinva ed. México, 1999. p. 668.

⁶⁸ Op. Cit.

Se ha dicho que las medidas cautelares personales son propias del enjuiciamiento penal, en tanto que las medidas precautorias reales lo son del enjuiciamiento civil. Sin embargo, han cobrado auge las medidas precautorias materiales en materia penal, sobre todo en orden a los delitos que aparejan el empleo de bienes diversos, mobiliarios o inmobiliarios, o con los que se procura la obtención de beneficios que tienen traducción o concreción material; así, rendimientos patrimoniales.

Desde la perspectiva procesal, esas medidas cautelares se resumen en el aseguramiento, que puede revestir diversas formas, hasta que cierta autoridad decide el destino del bien retenido, según la naturaleza de éste. Desde la perspectiva penal, el aseguramiento puede culminar en el decomiso, que es la desposesión o expropiación final de un bien, como sanción consecutiva a la declaratoria de responsabilidad penal.⁶⁹

En diarios oficiales de fechas 26 de julio de 1993 y 10 de agosto del mismo año, se publicaron circulares en relación con el aseguramiento de bienes, así como los criterios y normas a los que deberá sujetarse el aseguramiento, control y destino final de los bienes asegurados. En éstas se instruye al Ministerio Público Federal para que en todas las averiguaciones previas en las que se realice el aseguramiento de bienes se haga del conocimiento, dentro de las 24 horas siguientes, de la Dirección General de Control de Bienes Asegurados.

Dichas circulares establecen que por aseguramiento, debe entenderse la facultad real, virtual y jurídica del Ministerio Público Federal para preservar y tutelar todos

⁶⁹ García Ramírez Sergio. Op. Cit. p. 250.

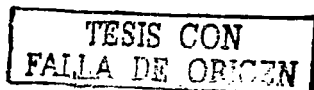
aquellos bienes implicados en la averiguación previa o aquellos que por sus funciones le fueren entregados para su guarda y custodia. Instituyéndose condiciones como las de que se deben cerciorar que los bienes asegurados sean de la exclusiva propiedad de los involucrados en esa averiguación y se encuentren en su posesión o de un familiar o cónyuge. Se da también todo el procedimiento tanto en averiguación previa como ya en el proceso, así como su guarda, conservación o enajenación en casos de difícil conservación o por órdenes judiciales, así como su devolución cuando sea procedente.⁷⁰

El artículo 181 del Código Federal de Procedimientos Penales establece: *“Los instrumentos, objetos o productos del delito, así como los bienes en que existan huellas o pudieran tener relación con éste, serán asegurados a fin de que no se alteren, destruyan o desaparezcan. La administración de los bienes asegurados se realizara de conformidad con la ley de la materia.*

Las autoridades que actúen en auxilio del Ministerio Público, pondrán inmediatamente a disposición de éste los bienes a que se refiere el párrafo anterior. El Ministerio Público, al momento de recibir los bienes, resolverá sobre su aseguramiento...”

Esta medida no trata, directa o indirectamente, de proveer a la reparación del daño, sino de preservar objetos, instrumentos o rendimientos del delito. El propósito es

⁷⁰ Barragán Salvatierra Carlos. DERECHO PROCESAL PENAL. Ed. Mc Graw – Hill. México 2001. p. 190.



o puede ser doble: probatorio, por una parte, y preventivo y sancionador, por la otra; esto, si el aseguramiento se transforma en decomiso, en virtud de la sentencia.

El aseguramiento puede ser de vehículos, armas, cadáveres, casos de envenenamiento, sustancias consumibles y documentos.

Para resolver dudas planteadas acerca del momento procesal en que puede practicarse el aseguramiento, y en torno a las autoridades que pueden disponerlo, el artículo 40 del Código Penal establece: "*... Las autoridades competentes procederán al inmediato aseguramiento de los bienes que podrían ser materia del decomiso, durante la averiguación o en el proceso ...*"⁷¹

2.1.7. INTERCEPCIÓN TELEFÓNICA.

Las circunstancias de la vida moderna y los avances en la tecnología colocan en manos de las autoridades; tanto investigadora, como jurisdiccional la posibilidad, de hecho, de conseguir elementos probatorios mediante la intercepción de conversaciones telefónicas y el uso de instrumentos que permiten identificar personas, seguir movimientos y captar expresiones a distancia, sin que los vigilados adviertan la acción de los vigilantes.

Esta cuestión, a veces calificada como ilícito "espionaje", ha ocasionado intensas discusiones y en no pocas ocasiones ha sido materia de escándalo. Debemos, por

⁷¹ García Ramírez Sergio. Op. Cit. p. 626.

supuesto, diferenciar entre las interceptaciones y vigilancias ligadas a la investigación de delitos por parte de autoridades competentes para desarrollar esta tarea indagatoria, y aquellas otras que se practiquen por motivos diversos, que aparejan inaceptables intrusiones en la vida privada.

En esencia, estas interceptaciones o vigilancias no difieren de la observación o de la escucha que agentes policiales pudieran hacer con respecto a conversaciones o movimientos que realicen al alcance inmediato de sus sentidos, sin el empleo de aparatos de interceptación, acercamiento de voces o movimientos, en forma inadvertida para los sujetos a vigilancia. No obstante, resultaría de plano desatinado asignar el carácter y el valor de confesiones, e incluso de testimonios, a las declaraciones captadas por estos medios.⁷²

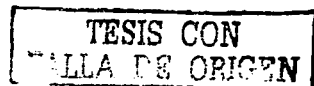
2.2. PERSONALES.

Como ya mencionamos, las medidas cautelares se clasifican en reales y personales; siendo las de carácter personal las que afectan a una persona al eventual resultado que se dé en la medida definitiva.

Esta afectación preventiva que incide sobre la persona le impide su movilidad o libertad de tránsito, comunicarse con otras personas, o faculta a las autoridades a examinarlas anticipadamente, etc.⁷³

⁷² García Ramírez Sergio. Op. Cit. p.629.

⁷³ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 489.



De acuerdo con la naturaleza y el fin del proceso penal, las leyes que lo normalizan imponen la necesidad de limitar la libertad personal, porque si no fuera así, resultaría imposible asegurar la presencia del supuesto autor del ilícito penal ante el órgano jurisdiccional y en consecuencia, el proceso quedaría estancado al dictarse el auto de inicio, de radicación o cabeza de proceso. De esta manera es imperioso el aseguramiento de quien ha delinquido para favorecer la tranquilidad de quienes han sufrido la trasgresión.

Dentro de las medidas cautelares de carácter personal, tenemos: el arraigo, la incomunicación, el examen anticipado de testigos, el internamiento de enfermos, la custodia de testigos, la prohibición de conducir vehículos, la detención, la prisión preventiva, la libertad bajo protesta y bajo caución y la libertad previa.

2.2.1. ARRAIGO.

Esta figura es definida por Pina Vara, como el acto procesal de naturaleza precautoria que opera, a petición de parte, cuando hubiere el temor de que se ausente u oculte la persona que vaya a ser demandada o lo haya sido ya, la cual en virtud del arraigo, no podrá ausentarse del lugar del juicio sin dejar representante legítimo suficientemente instruido y expensado para responder de las resultas del procedimiento judicial de que se trate.⁷⁴

⁷⁴ Op. Cit.

El Diccionario Jurídico Mexicano lo define, como una medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso penal, cuando se trate de delitos imprudenciales o de aquellos en los que no proceda la prisión preventiva.⁷⁵ También se le ha llamado arresto domiciliario, prisión preventiva atenuada o arraigo domiciliario, este último, con el que es más conocido en México.

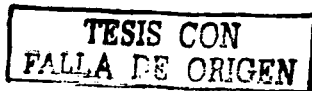
Etimológicamente, es un sustantivo formado del verbo arraigar (se), procedente de latín vulgar arradicare (por ad-radicare) "echar raíces" (compuesto de ad- y radico, -are, denominativo de radix, -icis "raíz").⁷⁶

En la legislación procesal, se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda. Y tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado deje el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte. Podrá además, solicitarse como acto prejudicial, al tiempo de entablarse la demanda o después de iniciado el juicio.

Es a través de la providencia de arraigo, que se le impide a una persona física su libertad de tránsito, obligándola a quedarse en el lugar del juicio, sin posibilidad de poder abandonarlo hasta tanto se cumpla la condición establecida. El arraigo puede ser

⁷⁵ Op. Cit.

⁷⁶ Couture, Eduardo J. Op. Cit.



de testigos (artículo 256 del C.F.P.P. Y 215 del C.P.P.D.F.) o de sujetos pasivos del proceso (artículos 133 bis, 135 y 205 del C.F.P.P.).

Algunos consideran que es una condición para obtener la libertad provisional y consiste en el acatamiento a la orden que se le da al sujeto, para que no se ausente del lugar donde el proceso se encuentra radicado. Aquí no existe respaldo en dinero, como en el caso de la caución, sino sólo la orden del Ministerio Público para que la persona no se ausente, a consecuencia de lo cual la persona queda obligada a presentarse en todos los actos procesales a los que sea citada. Esencialmente se trata de que no se ausente del lugar del juicio.

La razón del arraigo obedece, a decir de Pietro – Castro, a la inexistencia de riesgos contra los cuales trate de prevenir la reclusión preventiva.

En México se presenta la figura del arraigo del sujeto pasivo, o potencial sujeto pasivo del proceso, en dos modalidades:

- a) Acatamiento del arraigo decretado por el Ministerio Público a personas a las cuales se les imputa delitos menores (arraigo administrativo o policial).
- b) Acatamiento del arraigo decretado por el tribunal, a instancia del Ministerio Público, contra aquellas personas que no tengan que permanecer en

TESIS CON
FOLIA DE ORIGEN

reclusión preventiva, pero de las cuales se tema se vayan a fugar (arraigo judicial).⁷⁷

Es decir, tal medida tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculcado durante la averiguación previa o durante el proceso penal. En la averiguación previa puede darse como beneficio en delitos cometidos por tránsito de vehículos o bien en delitos con penalidad mínima, pero en la práctica suele utilizarse en delitos graves cuando el Ministerio Público durante el término que le concede la Constitución en la averiguación previa, no puede integrar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del inculcado, por lo que solicita al juez de la competencia del arraigo del aún indiciado en su domicilio pero con vigilancia para que en su caso, con posterioridad, se libre la orden de aprehensión y el sujeto se encuentre ubicado a fin de cumplimentar la orden dictada por el juez.

Por publicación del Diario Oficial de la Federación del 8 de febrero de 1999, se reformo el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, mismo que prescribe que la autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin autorización, 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. Incumbirá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea adecuadamente cumplido.⁷⁸

⁷⁷ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. pp. 489, 527 y 528.

⁷⁸ Barragán Salvatierra Carlos. Op. Cit. pp. 293 y 294.

En cuanto a los ordenamientos procesales, en materia penal; estos incluyen, como limitación a la libertad del probable autor del delito, el arraigo, mismo que ha sido tradicionalmente una institución operante en el Derecho Procesal Civil, en donde es considerado como una medida precautoria, para aquellos casos en que el actor tenga el temor fundado de que el demandado, se oculte o se sustraiga del lugar en que se esté llevando el proceso, sin antes haber dejado un representante, para responder de los resultados del procedimiento.

En el campo del Derecho Procesal Penal, el arraigo, es considerado como una especie de medida cautelar personal que puede tener lugar en la averiguación previa, para que el Procurador de Justicia o el agente del Ministerio Público realice alguna de sus funciones con la profundidad que merezcan, sin hacer objeto al indiciado de detenciones ilegales; y, además, con la seguridad de que éste no evadirá la acción de la justicia. Es importante puntualizar, que del mismo modo podrá presentarse durante el desarrollo del proceso.⁷⁹

En base a todo lo anterior podemos decir que el arraigo, es aquella medida cautelar, dictada por el juez, ya sea de oficio o a petición del Ministerio Público; en contra de la persona a quien se le ha entablado o va entablarse una demanda, hablando de materia civil; o bien durante la averiguación previa o el proceso, hablando de materia penal; ante el temor de que pueda sustraerse a la acción de la justicia. A través de esta medida se ordena al arraigado, no abandonar determinado lugar; encargándose de la vigilancia de este el Ministerio Público y sus auxiliares.

⁷⁹ Colin Sánchez Guillermo. Op. Cit. pp. 236 y 237.

2.2.2. INCOMUNICACIÓN.

Respecto a la incomunicación, podemos considerarla como aquella situación en la que un individuo que es privado de su libertad, se le prohíbe todo trato con cualquier otra persona, excepto cuando se trate de funcionario que por razón de su cargo deba comunicarse con ella.

Nuestra legislación procesal, en materia penal dispone que en ningún caso y por ningún motivo podrá el juez emplear la incomunicación ni ningún otro medio coercitivo para lograr la declaración del detenido. El artículo 20 constitucional, prohíbe toda incomunicación del acusado en el juicio penal.

Mediante la aplicación de esta medida se impide a una persona física establecer contacto con otra. La incomunicación más conocida en el proceso penal es la que históricamente se aplicó a los procesados. Actualmente, nuestra Constitución instaura una tajante prohibición de comunicar a los procesados.⁸⁰

De tal manera tenemos que la privación de la libertad de un imputado de delito se completa en la ley con otra medida, igualmente de naturaleza cautelar, que es la de prohibirle su comunicación con otras personas por un plazo breve. El fundamento de esta medida, responde al interés público tutelado por el proceso, de represión de la delincuencia, pues con ella se trata de evitar que el detenido, por su comunicación con

⁸⁰ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 489.

el exterior, ponga impedimentos a la investigación, perturbándola o bien asuma actitudes tendientes a burlar la acción de la justicia.⁸¹

Como ya se menciona, por obra del artículo 20, fracción II de la Constitución, se encuentra claramente proscrita. Tal prevención la asocia con la declaración del inculpado y descarta toda incomunicación y cualquier otro medio que le obligue a declarar.

El artículo 134 bis del C.P.P.D.F. pone en manos del Ministerio Público, el impedir que el presunto responsable quede incomunicado. De la misma forma, prevé que en los lugares de detención del Ministerio Público, se coloque un aparato telefónico para que los detenidos puedan comunicarse con quien lo juzguen conveniente.

Es sancionado, a título de delito cometido por servidor público contra la administración de justicia, "obligar al indiciado o acusado a declarar en su contra, usando la incomunicación o cualquier otro medio ilícito". Como se advierte, la sola incomunicación, desligada de la declaración del incomunicado, no es punible bajo aquel concepto, pero pudiera serlo como abuso de autoridad asociado a la privación ilegal de la libertad.⁸²

En pocas palabras, esta medida podemos entenderla, como la prohibición que tiene un individuo, de tener algún tipo contacto, con otra persona.

⁸¹ Rubianes, Carlos J. Op. Cit. p. 133.

⁸² García Ramírez Sergio. Op. Cit. p. 484.

2.2.3. EXAMEN ANTICIPADO DE TESTIGOS.

De acuerdo a el artículo 256 del Código Federal de Procedimientos Penales, si alguna persona tiene que ausentarse del lugar del juicio, podrá ser examinada anticipadamente; dicho precepto establece:

“Cuando tuviere que ausentarse del lugar en que se practiquen la 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 arraigar al testigo por el tiempo que sea estrictamente indispensable para que rinda su declaración...”.”

2.2.4. INTERNAMIENTO DE ENFERMOS.

Los artículos 188 y 495 del Código Federal de Procedimientos Penales, reglamentan lo referente a el internamiento de enfermos instituyendo que; las personas lesionadas con motivo de delito deberán ser atendidas en los hospitales públicos o en cualquier otro lugar bajo responsiva médica, indicando su ubicación.

Los sujetos pasivos del proceso, respecto de los cuales se sospeche alguna anomalía mental, podrán ser enviados a un hospital o departamento especial para este tipo de personas.⁸³

⁸³ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 490.

2.2.5. CUSTODIA DE TESTIGOS.

En cuanto a la custodia policiaca de testigos; a pesar de no estar regulada por nuestro sistema juridico; para algunos autores como Alcalá- Zamora, no debe ser pasada por alto; manifestando que en la legislación penal anglosajona, y fundamentalmente en la de Estados Unidos, está muy desarrollada la práctica de detener, bajo el nombre de custodia policiaca, al testigo material, es decir; al que ha presenciado directamente el hecho y cuyo testimonio, por lo mismo, se presume importante.

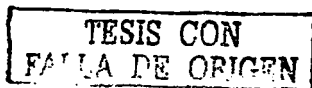
2.2.6. PROHIBICIÓN DE CONDUCIR VEHÍCULOS.

Aunque tampoco se encuentra establecido en nuestras leyes, Prieto – Castro refiere que "una medida discrecional agregada a la fianza, o única, cuando se ordene el procesamiento de persona autorizada para conducir vehiculos de motor por presunto delito cometido al conducirlo, es la privación provisional de usar el permiso, que se debe recoger e incorporar a la pieza correspondiente, como también comunicar el caso al organismo administrativo que lo hubiese expedido".⁸⁴

2.2.7. DETENCIÓN.

De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución, no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por autoridad judicial, sin que preceda denuncia o

⁸⁴ Idem.



querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en cuyo caso, cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos, sin demora, a disposición de la autoridad inmediata. Únicamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persigan de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estricta responsabilidad, decretar la detención del acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.⁸⁵

En materia procesal, la detención por mandamiento del Ministerio Público se encuentra regulada en el artículo 123 del C.F.P.P., el cual instituye que aquel *“sólo podrá ordenar la detención de una persona, cuando se trate de delito flagrante o de caso urgente, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución”*.⁸⁶

Esta medida podemos concebirla como el acto mismo en que una persona que está gozando de su libertad locomotiva, es privada de ella, debido a que es posible autor de un delito. Esta privación de la libertad de la persona, se da con objeto de ponerla a disposición de una autoridad competente.

Para García Ramírez; la detención, simultáneamente con la prisión preventiva, figuran a la cabeza de las medidas cautelares, y tienen por sustancia y efecto la

⁸⁵ Pina Vara, Rafael de. Op. Cit.

⁸⁶ García Ramírez Sergio. EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. Ed. Porrúa. Tercera ed. México 2001. p. 210.

privación provisional de la libertad física del inculpado a fin de asegurar que, en su hora, se ejecute la sentencia que recaiga. Fenech define a la detención como un acto por el que se causa una restricción de la libertad individual de carácter provisorio, y que tiene por fin ponerla (a la persona inculpada) a disposición, mediata o inmediatamente, del instructor del proceso penal para los fines de éste, en la expectativa de su posible prisión provisional.

De igual forma que la prisión preventiva, la detención está subordinada a la presencia de un delito sancionable con pena privativa de la libertad; es impertinente, cuando el delito sólo prevé pena corporal o alternativa.

En cuanto a la separación entre detención y prisión preventiva, encontramos que algunos autores como Carrancá y Trujillo y Burgoa suponen que detención y prisión preventiva son una sola cosa, acaso dividida en dos periodos. Para González Bustamante la detención se deriva sólo de la orden de aprehensión. Piña y Palacios la desprende del momento de la consignación. Y Rivera Silva la asocia al mero depósito en un establecimiento carcelario para impedir la evasión del detenido.⁸⁷

Retomando el tema de la detención; como ya se señaló se presenta en tres supuestos, diferenciables en orden a los efectos que producen y a las personas que privan de la libertad al presunto delincuente:

⁸⁷ García Ramírez Sergio. CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL. Ed. Porrúa. Quinta ed. México 1989. pp. 574 - 576.

- a) Detención por cualquier individuo, en casos de delito flagrante o cuasiflagrante y de presunción de flagrancia;
- b) Detención por autoridad administrativa, justificada merced a la urgencia, y
- c) Detención por orden de la autoridad jurisdiccional, mandamiento constitutivo de la ya estudiada orden de aprehensión.

En cuanto al término de esta, tenemos que en sentido estricto, la detención concluye cuando se dicta el auto de formal prisión.

Una constante oposición entre el Derecho y la práctica se plantea en el ámbito de la privación cautelar de la libertad. Entre tanto la legislación prescribe que la aprehensión se realice por mandamiento de autoridad judicial, salvo los casos de flagrancia y urgencia, continuamente se practican capturas por disposición del Ministerio Público, o al menos, por obra directa de la Policía Judicial, movidas, en muchos casos, por la necesidad de asegurar apropiadamente la persecución de los delitos. Indudablemente, no son extraños los atropellos cometidos al amparo de este objetivo.

La insuficiencia de normas de contenido cautelar, llevó al establecimiento del arraigo de indicados durante la averiguación previa, por pedimento del Ministerio Público al juez.⁸⁸

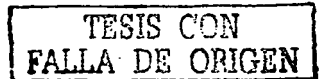
⁸⁸ Idem.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En base a todo lo anterior, resulta conveniente hacer la diferencia entre otros términos parecidos:

- **Detención.** Es el estado de privación de libertad que sufre una persona, por mandato de un juez, es decir, cuando ha sido depositada en una cárcel o prisión pública.
- **Aprehensión.** Significa el acto material de apoderarse de una persona, privándola de su libertad.
- **Prisión preventiva.** Es el estado de privación de libertad que guarda una persona contra la que se ha ejercitado acción penal, pero que no ha sido sentenciada en forma definitiva.
- **Prisión.** Es el estado de privación de una persona sufrida en cumplimiento de una pena corporal derivada de una sentencia que ha causado estado y ha quedado firme.
- **Arresto.** Es la privación de la libertad de una persona como consecuencia de una resolución de autoridad administrativa o jurisdiccional ya sea por cometer una falta o desacato a un juez.⁸⁹

2.2.8. PRISIÓN PREVENTIVA.



Por lo que se refiere a la prisión preventiva tenemos que las finalidades de tal medida, concuerdan con las correspondientes a otras medidas precautorias, mas en

⁸⁹ Cuenca Dardon, Carlos E. MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. Ed. Cárdenas. Cuarta ed. México 2000. pp. 83 y 84.

este campo aquélla posee características únicas. Sin embargo dados el carácter personal y la prolongada duración de la preventiva, la misma sirve a ciertos propósitos que no podrían ser conseguidos con las medidas reales ni consolidados con la precaria detención.

No obstante; la prisión preventiva, simultáneamente con la detención, figuran a la cabeza de las medidas cautelares, y tienen por sustancia y efecto la privación provisional de la libertad física del inculpado a fin de asegurar que, en su hora, se ejecute la sentencia que recaiga.⁹⁰

A la llamada prisión preventiva, también se le conoce como preliminar, provisional, procesal, arresto; en nuestro medio mexicano, se le denomina prisión preventiva, atento a lo dispuesto en los ordenamientos jurídicos que hacen referencia a la materia procedimental penal.⁹¹

Para Cuenca Dardon, la prisión preventiva puede puntualizarse, como el estado de privación de libertad que guarda una persona contra la que se ha ejercitado acción penal, pero que no ha sido sentenciada en forma definitiva.⁹²

Otros autores como Vidal conciben que la prisión preventiva sirve para impedir la fuga y poner al inculpado a disposición del juez, evitando que haga desaparecer las pruebas, advierta a sus cómplices, soborne o inflencie a los testigos, haga estériles las

⁹⁰ García Ramírez Sergio. Op. Cit. pp.574 – 578.

⁹¹ Colín Sánchez Guillermo. Op. Cit. p. 231.

⁹² Cuenca Dardon, Carlos E. Op. Cit. p. 84.

pesquisas y oculte el producto del delito. Para Florian, la preventiva se orienta en la senda de dos propósitos: seguridad de la persona y garantía de la prueba. Fenech estima que los objetivos de la citada medida son: asegurar los fines del proceso y garantizar la eventual ejecución de la pena. Y para Carrancá la detención y prisión preventiva son una sola cosa, dividida en dos periodos.

Al igual que la detención, la prisión preventiva está sujeta a la existencia de un delito sancionable corporalmente; y contra su existencia se ha alzado un denso clamor, que la critica de injusta. Concepción Arenal sostuvo: "imponer a un hombre una pena grande como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable, y con la probabilidad de que sea inocente". Pisapia censura a la preventiva: es inmoral su contenido aflictivo o ejemplar, porque se aplica a quien aún no ha sido condenado. Y a pesar de estas opiniones, algunos, consideran que en el estado actual de las cosas es imposible abolir la preventiva; sigue siendo cierto, como afirmaba Manduca, que la exige una suprema necesidad social.

Es por todo lo anterior que se propugna que detención y prisión preventiva se traten en forma tal que se cause el menor perjuicio posible a la persona y a la reputación del inculpaado; la libertad de éste no debe coartarse sino dentro de los límites totalmente indispensables para asegurar su persona e impedir la comunicación que pudiera dañar la instrucción de la causa.⁹³

⁹³ García Ramírez Sergio, Op. Cit. pp.574 - 578.

Dada la característica del encarcelamiento por detención, de ser en su esencia de breve duración, se vuelve forzoso que para continuarlo recaiga un pronunciamiento especial del juez instructor, que valorando los elementos de convicción reunidos, decidida si una persona merece, por su vinculación con la comisión de un ilícito, permanecer privada de su libertad. Tal es la función que fundamentalmente tiene la prisión preventiva, que facilita, en principio, que una persona permanezca encarcelada hasta la finalización del proceso.⁹⁴

De esta forma, mediante la prisión preventiva, se busca asegurar la presencia del probable autor por el tiempo imprescindible en que se lleve a cabo el proceso.

Para algunos estudiosos del derecho, como Collin: no constituye una pena, como argumentan los enemigos de la prisión preventiva, sino que es una necesidad para que pueda darse un proceso válido y agrega que aunque no se le considere, rigurosamente hablando, como una pena o sanción, causa los mismos efectos que ésta, porque los perjuicios que produce son irreversibles, primordialmente, si como ocurre en muchos casos, el procesado, al dictarse sentencia, es declarado inocente. Desde un punto de vista genérico, la detención preventiva es un arresto provisional o anticipado para el logro de un fin específico.

En sentido estricto, es una restricción a la libertad decretada por un subórgano judicial, con fundamento en el contenido del artículo 16, de la Constitución, para que una persona sea detenida y puesta a disposición de quien así lo ordenó, para facilitar el

⁹⁴ Rubianes, Carlos J. Op. Cit. p. 118.

proceso o en su caso cumpla o se ajuste a la consecuencia de la conducta o hecho legalmente tipificado.⁹⁵

El único caso de prisión preventiva, es el auto de formal prisión, también llamado de reclusión preventiva. Y es a través de éste que se confirma, homologa u ordena una medida cautelar restrictiva de la libertad física. La confirmación, si el tribunal previamente había ordenado la detención; la homologación, si alguna persona o autoridad diversa a la del tribunal ya la había impuesto; o la ordena, si hasta ese momento no se había dispuesto la detención.

Es muy común, confundir la medida cautelar de prisión preventiva, con la resolución de procesamiento. Mientras que esta última dispone se continúe el proceso, la primera implica una medida cautelar restrictiva de la libertad.⁹⁶

2.2.9. LIBERTAD PROVISIONAL BAJO PROTESTA.

Díaz de León sostiene que: la libertad bajo protesta es el “derecho que tienen los penalmente procesados para que obtengan y conserven su libertad provisional, mientras que dure su procedimiento, cuando se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión. Este beneficio evita la prisión preventiva para aquellos procesados involucrados en delitos leves.”⁹⁷

⁹⁵ Colín Sánchez Guillermo, Op. Cit. pp. 230 – 233.

⁹⁶ Silva Silva, Jorge Alberto, Op. Cit. pp. 498, 507 y 508.

⁹⁷ Cruz Agüero, Leopoldo de la. PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. Ed. Porrúa. Segunda ed. México 1996. p. 601.

Este derecho es otorgado (por leyes adjetivas) al procesado, acusado o sentenciado por una conducta o hecho cuya sanción es muy leve, para que previa satisfacción de ciertos requisitos legales y mediante una garantía de carácter moral, obtenga su libertad provisional. En otras palabras es aquella otorgada al procesado bajo palabra de honor, siempre que se llenen los requisitos establecidos para tal efecto.

Al igual que en el arraigo, hay un temor mínimo o nulo de que se fugue el agraciado, respecto del cual se confía en su "palabra de honor", por ello compromete y empeña tal palabra, a fin de que se le otorgue la libertad provisional. En este caso, es la palabra empeñada la contragarantía que suple a la detención o prisión preventiva. Y es mediante la palabra o juramento, que se consigue lo que conocemos como libertad bajo protesta o protestatoria.⁹⁸ Es decir, para su otorgamiento no se requiere la exhibición de fianza o caución alguna, sino únicamente la palabra de honor del inculcado; excluyéndose por tanto el aspecto monetario.

En contraste a la libertad bajo caución, no es una garantía instituida en la Constitución; es un derecho establecido por las normas procesales (artículos 418 a 421 del C.F.P.P.; y 552 a 555 del C.P.D.F.), para cuya obtención no se requiere satisfacer ningún requisito de tipo económico, sino de orden moral: la palabra de honor del procesado. Resultando así, un derecho potestativo para el beneficiario; en cambio, para el juez es un deber otorgarla, siempre y cuando estén satisfechos los requerimientos legales del caso.

⁹⁸ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. pp. 529 y 530.



Para otorgar la libertad bajo protesta, los códigos procesales requieren que concurren las circunstancias siguientes: que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión, pero, tratándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conferir este beneficio cuando la pena privativa de la libertad no exceda de cuatro años; que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional; que éste tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo; que la residencia del inculpado en dicho lugar sea de un año cuando menos; que el inculpado tenga profesión, oficio, ocupación o medio honesto de vivir; que a juicio de la autoridad que la conceda no haya temor de que el inculpado se substraiga a la acción de la justicia; y que proteste presentarse ante el Tribunal o juez que conozca de su causa siempre que se le ordene.⁹⁹

Por lo tanto, la libertad provisional bajo protesta, puede concebirse, como el derecho que tiene todo individuo, de obtener o conservar su libertad física, siempre que cumpla con los requisitos establecidos por la ley, para tal efecto; y como su nombre lo dice, empeñe su palabra de que no se fugará.

2.2.10. LIBERTAD BAJO CAUCIÓN.

En primer lugar debemos distinguir la diferencia que existe entre los términos caución y fianza; ya que es muy frecuente que se confundan estos.

⁹⁹ Zamora-Pierce, Jesús. GARANTIAS Y PROCESO PENAL. Ed. Porrúa. Decima ed. México 2000. pp. 173 – 174.

Así, Cabanellas asevera que la caución puede definirse como la seguridad dada por una persona a otra de que cuidará lo convenido o pactado; lo obligatorio aun sin el concurso espontáneo de su voluntad. En el presente, caución es sinónimo de fianza que cabe constituir obligando bienes o prestando juramento, y la fianza como toda obligación subsidiaria, constituida para asegurar el cumplimiento de otra principal, contraída por un tercero.

Díaz de León sostiene que fianza es una obligación subsidiaria que se constituye para el cumplimiento de una obligación principal. Puede constituirse por un tercero, o bien por la persona sujeto del acto. También se denomina fianza el dinero y objeto que da en prenda el contratante para asegurar su obligación.

Otros autores consideran que la caución es la "seguridad que una persona da a otra de que cumplirá lo pactado, prometido o fundado. En términos generales, cualquier forma de garantía de las obligaciones" y fianza es la "garantía personal prestada para el cumplimiento de una obligación. Contrato por el cual tercero, en relación con una determinada obligación, se obliga a su cumplimiento para el caso de que el deudor o fiador anterior no la cumpla".¹⁰⁰

El término caución denota garantía, y fianza una forma de aquélla; por ende, caución es el genero y fianza una especie.

¹⁰⁰ Cruz Agüero, Leopoldo de la. Op. Cit. p. 587.

En los tribunales, el emplear la palabra "caución", quiere significar que la garantía debe ser "dinero en efectivo"; y "fianza", la póliza expedida por una institución de crédito, capacitada legalmente para otorgarla.¹⁰¹

Como ya se indico; la prisión preventiva, es una medida precautoria necesaria, a pesar de los efectos que esta trae; como son, la perdida de la libertad, alejamiento del centro del trabajo, etc. Y ante la gravedad de esta, o dudoso que resulta el final del proceso y la inevitable necesidad de asegurar al inculpado, se ha pensado en una medida provisional, una situación transitoria, en la que, sin perjuicio de que el proceso continúe, el inculpado pueda disfrutar de la libertad, aunque supeditado a determinadas limitaciones, y se encuentre en mejores condiciones para atender a su defensa. Esa medida es la libertad bajo caución, instituida como garantía constitucional.¹⁰²

Dicha medida evita o suspende la privación de la libertad de un imputado, dictaminada por autoridad competente, mediante el otorgamiento de una garantía, y o sujeta a diversas obligaciones dentro del proceso penal.

En otras palabras, podemos decir que tal medida, arranca de la hipótesis de que el delincuente, habida cuenta de sus circunstancias personales, de la gravedad del delito cometido, de la penalidad que a éste corresponde y del temor de perder la garantía, no se sustraerá a la acción de la justicia. Ahora bien, la consideración de estos elementos puede quedar encomendada al juez, en mayor o menor medida, o

¹⁰¹ Colín Sánchez Guillermo. Op. Cit. p. 668.

¹⁰² Pérez Palma, Rafael. GUÍA DE DERECHO PROCESAL PENAL. Ed. Cárdenas. Cuarta ed. México 1997. pp. 564 y 565.

relacionarse a una valoración prejudicial, legislativa, que se traduzca en norma de imperio para el juzgador, otorgando o negando de plano la libertad caucional en presencia de determinados datos objetivos.¹⁰³

El artículo 20 constitucional, señala que inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio; en caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio público, el juez podrá negar esta libertad. Para lo cual el juez tomara en consideración las circunstancias personales y la gravedad del delito imputado.

Por lo que corresponde al objeto garantizado, tenemos dos puntos de vista: el penal y el civil; respecto al primero, se afirma que la caución tiende a garantizar que el inculpado no se sustraiga a la acción de la justicia; y algunos autores agregan que también para que el acusado comparezca a participar en los actos procedimentales, cuantas veces sea requerido.

Mientras que en lo civil, se garantizan los daños que se pudieran causar a la contraparte, en lo penal se podría afirmar que actúa como una especie de sanción al incumplir condiciones que se imponen al otorgarse la libertad bajo caución. De manera que si se incumplen esas condiciones paralelas, se pierde a favor del Estado el monto

¹⁰³ García Ramírez Sergio. Op. Cit. p.586.

de la caución depositada.¹⁰⁴ Por lo tanto, la privación provisional de la libertad es cambiada por la caución, esto es, por otro bien con respaldo económico.

La libertad provisional bajo caución, puede entenderse, como el derecho que tiene todo individuo, de obtener o conservar su libertad física, siempre que cumpla con los requisitos establecidos por la ley, para tal efecto; y a diferencia de la libertad bajo palabra; en esta medida se otorgará mediante una garantía.

2.2.11. LIBERTAD PREVIA O ADMINISTRATIVA.

Cabe señalar que el uso excesivo de la prisión preventiva, ha llevado a soluciones prácticas y normativas desviadas, cuestionables, aunque tengan admirables motivaciones, de buena fe.

Así tenemos a la libertad previa o administrativa, que nace, con el fin de permitir que el Ministerio Público ponga en libertad al indiciado, en las averiguaciones que se practiquen por delitos culposos ocasionados con motivo del tránsito de vehículos. En pocas palabras, podemos decir, que es la concedida por el Ministerio Público durante el periodo de preparación del ejercicio de la acción penal.

El C.F.P.P. en su artículo 135 faculta al Ministerio Público para que disponga la libertad del inculcado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos que el mismo ordenamiento fija para el otorgamiento de la libertad bajo caución por los jueces (en el

¹⁰⁴ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. pp. 518 y 519.

artículo 399). Tratándose de delitos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al inculpado que hubiese incurrido en el delito de abandono de personas o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares.

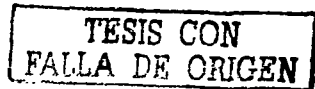
La ampliación de la garantía, en este supuesto, resulta de que el derecho a la libertad se otorga al indiciado, durante la averiguación previa, y no al inculpado durante el proceso; en que se faculta al Ministerio Público y no al juez, para concederla; y, por último, en que esta libertad evita la detención administrativa ante el Ministerio Público y no la prisión preventiva.¹⁰⁵

El C.P.P.D.F. en su artículo 271, dispone, que en las averiguaciones que se practiquen por delitos de imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, siempre que no se abandone a quien se hubiere lesionado, no procederá la detención del presunto responsable, si éste garantiza suficientemente ante el Ministerio Público el no sustraerse a la acción de la justicia y, en su caso, el pago de la reparación del daño, asimismo no haber participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Por último, García Ramírez, la denomina libertad previa; y manifiesta que tanto en el orden federal como en el común, está considera todos los delitos imprudenciales o culpables, y no sólo los cometidos con motivo del tránsito de vehículos.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Zamora-Pierce, Jesús. Op. Cit. p. 174.

¹⁰⁶ García Ramírez Sergio. Op. Cit. pp. 611 - 615.



CAPITULO III.

EL ARRAIGO.

3.1. RESTRICCIONES A LA LIBERTAD.

En principio, como ya se señaló; encontramos que entre las medidas cautelares de naturaleza personal representativas del proceso penal, tenemos aquellas que aseguran la restricción de la libertad personal o física del sujeto pasivo del proceso penal, presumido como sujeto activo del delito.

Estas medidas, llevan a la aplicación de medidas restrictivas de la libertad física de una persona; los estudiosos afirman, que tienden a asegurar los siguientes bienes:

- a) La ejecución de la eventual condena, impidiendo que huya o se fugue. Asegurándose así la ejecución de la pena privativa de la libertad o incluso de la vida.
- b) La presencia o disponibilidad del sujeto pasivo del proceso, a los actos procesales.
- c) El impedir que destruya las fuentes de prueba. Es decir, que utilice su libertad para borrar las huellas del delito y dificultar la acción de la

justicia.

- d) El protegerlo contra toda venganza privada.
- e) Proteger a los testigos, al criminal de sus cómplices, y evitar que concluya el delito.¹⁰⁷

En cuanto a la naturaleza y el fin del proceso penal, encontramos que las leyes que lo normalizan imponen la necesidad de restringir la libertad personal, ya que si no fuera así, resultaría imposible asegurar la presencia del supuesto autor del ilícito penal ante el órgano jurisdiccional y en consecuencia, el proceso quedaría estancado al dictarse auto de inicio, de radicación o cabeza de proceso.

Por lo tanto, sin la presencia del indiciado ante el órgano jurisdiccional, el carácter acusatorio del proceso quedaría desvirtuado, ya que los actos del Ministerio Público habrían llegado a darse sólo hasta el ejercicio de la acción penal, en esas condiciones no seguirían llevándose a cabo durante el proceso, y los actos de la defensa tampoco se efectuarían.¹⁰⁸

De esta forma, resulta fundamental la presencia del procesado ante el juez, es primordial en un sistema acusatorio como el que impera en el medio mexicano. Lo contrario equivaldría a que el agente del Ministerio Público ejercitase la acción penal y la secuela procesal no se efectuara por la ausencia de aquel en contra de quien se ejercitó o inclusive, que el proceso tuviera lugar a espaldas de una

¹⁰⁷ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 493.

¹⁰⁸ Barragán Salvatierra, Carlos. Op. Cit. pp. 208 y 209.

persona con derecho a disfrutar de las garantías que para esos fines fueron establecidas en la Constitución.

Podemos decir que las restricciones a la libertad personal, tienen un carácter puramente preventivo y no sancionador, consiguiendo la custodia del que ha delinuido pero solamente por el tiempo justo para su procesamiento.

Respecto a la sanción, se establece el confinamiento y la prohibición de ir a lugar determinado; esta sanción encierra medidas de carácter preventivo, porque la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él es una prevención que presume como base la disminución de agitadores y rebeldes a lugares donde no sean peligrosos y puedan ser vigilados.¹⁰⁹

Algunos autores, consideran que es necesario adoptar medidas en relación con el sujeto, considerado autor de delitos. Su aseguramiento está encaminado a evitar intranquilidad social, venganzas, destrucción de vestigios, etc.¹¹⁰ En el fondo, la restricción de la libertad física implica una sanción anticipada; motivo que ha llevado a los hombres a criticarla.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Colín Sánchez Guillermo, Op. Cit. p. 230.

3.2. EXCEPCIONES.

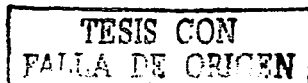
La posibilidad de aplicar una medida restrictiva de la libertad es un derecho a favor de las autoridades penales, de modo que es perfectamente posible que se pudiera establecer que en ciertos delitos no involucren para las personas a las que se les imputa, la aplicación de tales medidas restrictivas de la libertad.

Un ejemplo de este caso, en el que el Estado renuncia a su derecho a aplicar una medida cautelar, se encuentra en el artículo 133 Bis del C.P.P.D.F. que consiente otorgar la libertad a quienes se encuentren bajo ciertos requisitos, sin necesidad de que los beneficiarios otorguen alguna contraprestación o contragarantía.

Junto a las excepciones que podría establecer el legislador al restringir la facultad constitucional de las autoridades, debe señalarse que de acuerdo a lo establecido por la Constitución, tampoco podrá emplearse la medida restrictiva de la libertad a quienes sólo se les impute ser sujetos responsables de deudas de carácter puramente civil.

Otro caso de excepción, lo tenemos en aquellas personas en cuyo favor concurra una causa de inviolabilidad o de inmunidad.¹¹¹

¹¹¹ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. p. 496.



3.3. CASOS DE RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD.

Los casos en que se aprueba la aplicación de la medida restrictiva de la libertad personal, se dice que son de dos tipos: por un lado los de detención y por otro los de prisión preventiva. Cuestiones que ya fueron tratadas en el capítulo anterior de una manera general; por lo que en este capítulo se presentaran de una forma mas objetiva, enfocándonos primordialmente en los casos en los que proceden.

Resulta interesante puntualizar que dentro de los medios de detención, señalaremos los que se manifiestan como orden de aprehensión, flagrancia y caso urgente. Y como único caso de prisión preventiva, poseemos al auto de formal prisión, también llamado de reclusión preventiva.¹¹²

3.3.1. DETENCIÓN.

Como primer caso restrictivo de la libertad, tocaremos la detención; la cual es definida como un acto por el que se produce una limitación de la libertad individual de carácter provisional, y que tiene por fin poner a la persona inculpada, a disposición, mediata o inmediatamente, del instructor del proceso penal para los fines de éste, en la expectativa de su posible prisión provisional. Para autores como García Ramírez; tiene por sustancia y efecto la privación provisional de la

¹¹² Ídem. pp. 497 y 498.

libertad física del inculcado a fin de asegurar que, en su hora, se ejecute la sentencia que recaiga.¹¹³

En otras palabras, es el acto mismo en que una persona que está gozando de su libertad locomotiva, es privada de ella, debido a que es posible autor de un delito. Dicho acto esta supeditado a la existencia de delito sancionable con pena privativa de la libertad.

Como medios de detención, nos referiremos los que se enuncian como *orden de aprehensión, flagrancia y caso urgente.*; estos medios son diferenciables en orden a los efectos que producen y a las personas que privan de la libertad al presunto delincuente.

En cuanto al plazo de la detención, encontramos que este es más breve que el de la prisión preventiva. La Constitución establece que este será de 72 horas, contadas por tiempo natural y no por tiempo hábil. Y se comenzarán a contar, a partir del momento en que el detenido es puesto a disposición del tribunal.¹¹⁴

¹¹³ García Ramírez Sergio, Op. Cit. p. 574.

¹¹⁴ Silva Silva, Jorge Alberto, Op. Cit. pp. 509 y 510.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.3.1.1. ORDEN DE APREHENSIÓN.

La orden de aprehensión es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal, para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implican. En el caso del proceso penal, consiste en asir a una persona aún contra su voluntad y llevarla ante el tribunal que la reclama.¹¹⁵

Desde el punto de vista procesal, Colín la define como una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del agente del Ministerio Público y satisfechos los requisitos indicados en el artículo 16 constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le imputa.¹¹⁶

En otras palabras, es el acto material de apoderarse de una persona, privándola de su libertad y procederá librarla cuando estén satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional y que son los siguientes:

- Que exista una denuncia o querrela.
- Que éstos se refieran a un delito sancionado con pena corporal.

¹¹⁵ Idem. p. 498.

¹¹⁶ Colín Sánchez Guillermo. Op. Cit. pp. 362 y 363.

- Que estén acreditados los elementos del tipo y la probable responsabilidad de un sujeto.
- Que la pida el Ministerio público.

3.3.1.2. FLAGRANCIA.

Se dice que hay flagrancia cuando el inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito, esto es, como usualmente se dice, cuando el sujeto "es sorprendido"; en segundo término, hay flagrancia cuando el sujeto es perseguido material e inmediatamente después de haber consumado el delito o el hecho delictuoso.

En base a lo establecido por nuestra Constitución, se dispone como regla general, que sólo mediante orden de aprehensión, proveniente de autoridad judicial se aplicará la medida cautelar restrictiva de la libertad, pero de igual forma indica la excepción, de que en los casos de delito flagrante, cualquier persona podrá prender al delincuente y sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata, y ésta con prontitud, al Ministerio Público. Es decir, que cuando exista flagrancia, la detención podrá ser realizada por cualquiera, sea un particular o alguna autoridad, con la obligación de poner al delincuente, inmediatamente a disposición de la autoridad inmediata.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.3.1.3. CASO URGENTE.

En este caso, la autoridad administrativa (Ministerio Público) podrá ordenar la detención provisional, siempre que en el lugar no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia.

Para que exista urgencia en el sentido constitucional y pueda el Ministerio Público ordenar por sí la detención de un sujeto, sin contar con orden judicial de captura y sin necesidad de que haya flagrancia delictuosa; se necesita, que el indiciado haya cometido un delito señalado como grave; que exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia; y que por razón de la hora, lugar o circunstancias, no se pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.¹¹⁷

3.3.2. PRISIÓN PREVENTIVA.

Como ya se menciona, la prisión preventiva, conjuntamente con la detención, figuran a la cabeza de las medidas cautelares, y tienen por sustancia y efecto la privación provisional de la libertad física del inculcado a fin de asegurar que, en su hora, se ejecute la sentencia que recaiga. Y al igual que la detención, la

¹¹⁷ García Ramírez Sergio. EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. Ed. Porrúa. Tercera ed. México 2001. p. 213.

prisión preventiva está supeditada a la existencia de un delito sancionable con pena privativa de la libertad.¹¹⁸

Dada la característica del encarcelamiento por detención, de ser en su esencia de breve duración, se vuelve necesario que para continuarlo recaiga un pronunciamiento especial del juez instructor, que valorando los elementos de convicción reunidos, decidida si una persona merece, por su vinculación con la comisión de un delito, continuar o no privada de su libertad. Tal es la función que esencialmente tiene la prisión preventiva, que facilita, en principio, que una persona permanezca encarcelada hasta la finalización del proceso.¹¹⁹

Algunos autores como Fenech, estiman que los objetivos de la citada medida son: asegurar los fines del proceso y garantizar la eventual ejecución de la pena. Vidal opina que la prisión preventiva sirve para impedir la fuga y poner al inculpado a disposición del juez, evitando que haga desaparecer las pruebas, advierta a sus cómplices, soborne o influencie a los testigos, haga estériles las pesquisas y oculte el producto del delito. Para Carrancá la detención y prisión preventiva son una sola cosa, dividida en dos periodos.¹²⁰ Es decir, mediante la aplicación de esta medida, se asegura la presencia del probable autor por el tiempo indispensable en que se lleve a cabo el proceso.

¹¹⁸ Cfr. García Ramírez Sergio. CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL. Ed. Porrúa. Quinta ed. México, 1989. p.574.

¹¹⁹ Rubianes, Carlos J. Op. Cit. p. 118.

¹²⁰ García Ramírez Sergio. Idem. pp.575 y 577.

A través de la prisión preventiva (auto de formal prisión) se confirma, homologa u ordena una medida cautelar restrictiva de la libertad física. La confirmación, si el tribunal previamente había ordenado la detención; la homologación, si alguna persona o autoridad diversa a la del tribunal ya la había impuesto; o la ordena, si hasta ese momento no se había dispuesto la detención.

Es muy común, confundir la medida cautelar de prisión preventiva, con la resolución de procesamiento. Mientras que esta última dispone se continúe el proceso, la primera implica una medida cautelar restrictiva de la libertad.¹²¹

En sentido estricto, es una limitación a la libertad ordenada por un subórgano judicial, con fundamento en el contenido del artículo 16, de la Constitución, para que una persona sea detenida y puesta a disposición de quien así lo ordenó, para facilitar el proceso o en su caso cumpla o se ajuste a la consecuencia de la conducta o hecho legalmente tipificado.

En cuanto al plazo de la prisión preventiva, tenemos que no existe disposición que establezca con exactitud la duración máxima de la medida restrictiva de la libertad, a partir de la resolución de formal prisión o prisión preventiva. No obstante, deduciendo el lapso de la detención, al plazo que establece el artículo 20 fracción X constitucional "no podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motive el proceso"; lo criticable es que la duración de la medida preventiva constituye el

¹²¹ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. pp. 507 y 508.

máximo de la sanción, por lo cual resulta mayormente injusta, pues de resultar inocente el penalmente demandado, ya habrá cumplido la máxima de la penalidad.¹²²

3.4. CONCEPTO DE ARRAIGO.

A esta figura jurídica, también se le conoce como arresto domiciliario, prisión preventiva atenuada o arraigo domiciliario, este último, con el que es más conocido en México.

El Diccionario Jurídico Mexicano define la figura del arraigo, como una medida precautoria la cual tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso penal, cuando se trate de delitos culposos o de aquellos en los que no proceda la prisión preventiva.¹²³

Puede considerarse como el acto procesal de naturaleza precautoria que se origina, a petición de parte, cuando hubiere el temor de que se ausente u oculte la persona que vaya a ser demandada o lo haya sido ya, la cual en virtud del arraigo, no podrá ausentarse del lugar del juicio sin dejar representante legítimo suficientemente instruido y expensado para responder de las resultas del procedimiento judicial de que se trate.¹²⁴

¹²² Idem, p. 511.

¹²³ Op. Cit.

¹²⁴ Pina Vara, Rafael de, Op. Cit.

Para Barragán, es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculcado durante la averiguación previa o durante el proceso penal. En la averiguación previa puede darse como beneficio en delitos cometidos por tránsito de vehículos o bien en delitos con penalidad mínima, pero actualmente se utiliza en delitos graves cuando el Ministerio Público durante el término que le concede la Constitución en la averiguación previa, no puede integrar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del inculcado, por lo que solicita al juez de la competencia del arraigo del aún indiciado en su domicilio pero con vigilancia para que en su caso, con posterioridad, se libre la orden de aprehensión y el sujeto se encuentre ubicado a fin de cumplimentar la orden dictada por el juez.¹²⁵

Algunos autores consideran el arraigo como una condición para obtener la libertad provisional la cual consiste en el acatamiento a la orden que se le da al sujeto, para que no se ausente del lugar donde el proceso se encuentra radicado; quedando obligada a presentarse en todos los actos procesales a los que sea citada¹²⁶

En materia procesal penal, el arraigo, es considerado como una especie de medida cautelar personal que puede tener lugar en la averiguación previa, para que el Procurador de Justicia o el agente del Ministerio Público realice alguna de sus funciones con la amplitud que ameriten, sin hacer objeto al indiciado de

¹²⁵ Barragán Salvatierra Carlos. Op. Cit. p. 293.

¹²⁶ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. pp.527 y 528.

detenciones ilegales; y, además, con la seguridad de que éste no evadirá la acción de la justicia. Y agrega, que también podrá darse durante el proceso.

Los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del D. F., circunscriben, como limitación a la libertad del probable autor del delito, el arraigo, mismo que ha sido acostumbradamente una institución operante en el Derecho Procesal Civil, en donde es considerado como una medida precautoria, para aquellos casos en que el actor tenga el temor fundado de que el demandado, se oculte o se sustraiga del lugar en que se esté llevando el proceso, sin antes haber dejado un representante, para responder de los resultados del procedimiento.

Dichos ordenamientos procesales, instituyen que 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 aquél, acudirá 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.¹²⁷

En base a todo lo anterior podemos decir que el arraigo, es aquella medida cautelar, decretada por el juez, ya sea de oficio o a petición del Ministerio Público; en contra de la persona a quien se le ha entablado o va entablársele una demanda, hablando de materia civil; o bien durante la averiguación previa o el proceso, hablando de materia penal; ante el temor de que pueda sustraerse a la

¹²⁷ Colín Sánchez Guillermo, Op. Cit. p. 236.

acción de la justicia. A través de esta medida se ordena al arraigado, no abandonar determinado lugar; encargándose de la vigilancia de este el Ministerio Público y sus auxiliares.

3.5. EL ARRAIGO COMO MEDIDA RESTRICTIVA DE LA LIBERTAD

Los ordenamientos procesales, en materia penal; tanto Federal, como del Distrito Federal contemplan, como restricción a la libertad del probable autor del delito, la figura del arraigo.

En principio, hay que señalar que la figura del arraigo no estaba contemplada, ni el Código de Procedimientos Penales para el distrito Federal, ni reglamentado en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y era sólo producto de una serie de acuerdos dictados por el titular de la institución aludida, lo que hacía que careciera de un sólido fundamento jurídico, siendo hasta el 8 de febrero de 1999, cuando se incorporó al Código de Procedimientos Penales. El cual permite a la autoridad judicial, decretar a petición del Ministerio Público el arraigo, 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.¹²⁸

¹²⁸ Barragán Salvatierra, Carlos. Op. Cit. p. 294.

Es decir, que cuando el Ministerio Público durante el término que le confiere la Constitución, no pueda integrar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del inculpado, y exista el riesgo mencionado en el párrafo anterior, solicitara al juez competente el arraigo del aún indiciado.

En otras palabras, el aseguramiento del presunto responsable de la comisión de un delito es una medida restrictiva de la libertad contemplada en nuestra legislación, cuyo objetivo es el de permitir al órgano investigador o jurisdiccional, que aquel no se sustraiga de la acción penal.

González Bustamante, afirma que las limitaciones impuestas por el Estado a la libertad de las personas son medidas forzosas que acoge el poder público en favor de la colectividad, con el fin de asegurar la marcha normal del procedimiento.¹²⁹

De esta manera, tenemos que la necesidad de restringir la libertad personal, se da en virtud de que si no fuera así, resultaría imposible asegurar la presencia del supuesto autor del ilícito, ante el subórgano jurisdiccional, lo que traería como resultado que se paralizara el auto de inicio, de radicación o cabeza de proceso, ya que en la realidad se advierte que nadie se presentaría espontáneamente ante el juez para ser procesado y dar lugar a permanecer privado de la libertad. Por lo que resulta necesario adoptar medidas en relación

¹²⁹ Florian, Eugenio, ELEMENTOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL. Ed. Bosch. Segunda ed. Barcelona 1934. pp. 78 y 79.

con el sujeto, considerado probable autor de delitos. Su aseguramiento está orientado a evitar intranquilidad social, venganzas, destrucción de vestigios, etc.¹³⁰

En pocas palabras, con esta medida restrictiva de la libertad, se logra la custodia del que ha delinquido pero exclusivamente por el tiempo indispensable para la debida integración de la averiguación. Todo lo anterior resulta criticable, ya que nadie puede ser etiquetado como delincuente, sino hasta que se demuestre lo contrario.

3.6. TIPOS DE ARRAIGO.

3.6.1. ARRAIGO ADMINISTRATIVO.

Esta modalidad se inició en México a partir de diversos acuerdos del Procurador General de Justicia del Distrito Federal en el año 1977. En el foro mexicano, este tipo de arraigo, es mas conocido como arraigo domiciliario.

Entre otras cosas, se estableció que en los casos de delitos por imprudencia, con penalidad inferior a 5 años, los presuntos responsables podían quedar arraigados en sus domicilios. Concomitante al arraigo, se condicionó también esta libertad provisional, al hecho de que el potencial beneficiario señalara domicilio en el Distrito Federal, no existiera temor de que se fugara, merced a la promesa de presentarse cuando se le citara, y pagare o garantizara,

¹³⁰ Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. p. 230.

mediante convenio, que repararía el daño civil. Asimismo se instituyó, como causa de improcedencia, el abandono del lesionado, o que se hubiesen consumado los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes. Igualmente se establecieron causas de revocación, y un plazo no mayor de tres días en la duración del arraigo.¹³¹ En pocas palabras es el decretado por el Ministerio Público a personas a las cuales se les imputa delitos menores.

3.6.2. ARRAIGO JUDICIAL.

Esta modalidad del arraigo, es decretada por el tribunal, y en esta no existe sustitución de cárcel por libertad, sino que quien, gozando ya de la libertad, ésta le es restringida.

De esta manera, "cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable al 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 éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale" (art. 205 C.F.P.P.)

Otro caso de arraigo, es el de aquel que goza de libertad caucional, pues contra él opera la obligación de "no ausentarse del lugar sin permiso" que le impone el tribunal que le otorga la libertad caucional (art. 411 C.F.P.P.), en este

¹³¹ Silva Silva, Jorge Alberto. Op. Cit. pp. 528 y 529.

caso, el arraigo opera como otra contragarantía que se suma a la caución.

En resumen es el decretado por el tribunal, a instancia del Ministerio Público, contra aquellas personas que no tengan que permanecer en reclusión preventiva, pero de las cuales se tema se vayan a fugar.¹³²

3.7. ARRAIGO DE TESTIGOS.

Un aspecto trascendental para poder determinar la aplicación y consecuencias del arraigo, es el referente a la relación que la figura del arraigo mantiene con la persona, es decir, con la calidad y el carácter que éste ostenta dentro de la averiguación.

Por lo general al hablar del arraigo, siempre lo relacionamos con el probable responsable de la comisión de un delito, pero existe otro supuesto; el cual se da en relación a la persona en contra de quien se declara; y es aquel en el que la persona arraigada es un testigo. Cabe destacar que el arraigo de un testigo durará estrictamente el tiempo indispensable para tomarle su declaración.

Esta modalidad del arraigo, se encuentra regulada por el artículo 256 del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 215 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; este último precepto establece prácticamente lo mismo que el primero. Asimismo, el primer precepto hace posible

¹² Idem.

el examen anticipado de los testigos cuando tuvieren que ausentarse del lugar donde se practican las diligencias.¹³³

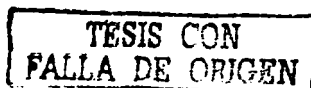
El artículo 256 del ordenamiento señalado, establece que "Cuando tuviere que ausentarse del lugar en que se practiquen las diligencias alguna persona que pueda declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de la persona del inculpado, el tribunal, a solicitud de cualquiera de las partes, procederá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

En resumen la figura jurídica del arraigo, también es aplicable a aquellas personas que ostenten el carácter de testigos dentro de una indagatoria. Cabe advertir, que la ley contempla una sanción para la persona que solicitó la medida, en el caso de que ésta resultare infundada, lo cual no se encuentra contemplado para el caso del arraigo del indiciado.

3.8. DELINCUENCIA ORGANIZADA.

En cuanto a la delincuencia organizada, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en su artículo 12 señala que el juez podrá dictar, a

¹³³ García Ramírez Sergio. Op. Cit. p. 620.



solicitud del Ministerio Público 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 y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, si que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la declaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo del arraigo.

En pocas palabras, el ordenamiento mencionado permite, que a solicitud del Ministerio Público de la Federación que los jueces de Distrito concedan el arraigo; en la práctica se lleva a cabo en casas especialmente establecidas por la Procuraduría General de la República y operadas a través de la Unidad Especializada contra la Delincuencia Organizada.

3.9. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

El artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, fija los requisitos de procedibilidad para que el Ministerio Público solicite a la autoridad jurisdiccional el arraigo del indiciado, en aquellos casos que legalmente se determine, tomando en cuenta las características del presunto y del hecho imputado. Dicho artículo prevé que el arraigo no debe exceder de 30 días, sin embargo también señala que será prorrogable hasta por 30 días más.

De la lectura del artículo en referencia se desprenden los siguientes requisitos:

1. Debe encontrarse iniciada una averiguación previa;
2. Se deben tomar en cuenta las características personales del indiciado;
3. Se deben tomar en cuenta las características del hecho imputado;
4. El Ministerio Público tendrá que fundar y motivar su petición ante el órgano jurisdiccional;
5. La autoridad judicial deberá otorgar la garantía de audiencia al indiciado,
6. El fin del arraigo es la integración de la indagatoria, mismo que no podrá exceder de 30 días, prorrogables por un periodo igual.

Por lo tanto los argumentos que debe manejar el Ministerio Público en su solicitud de arraigo, son :

1. Circunstancias personales del indiciado;
2. Gravedad del ilícito que se le imputa;
3. El no tener acreditados de manera fehaciente, el cuerpo del delito y su probable responsabilidad;
4. Su posible evasión a la acción de justicia;
5. La impunidad que provocaría la libertad del indiciado.

3.10. SOLICITUD.

Cuando el Ministerio Público en una averiguación estime necesario el arraigo del indiciado, al tomar en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, con fundamento en su petición, para que éste escuche al indiciado y resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El juez resolverá al escuchar al Ministerio Público y al arraigado sobre la subsistencia o levantamiento del arraigo.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 205 del Código Federal de Procedimientos Penales, el Ministerio Público podrá solicitarlo del juez *"cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el imputado no deba ser internado en prisión preventiva"*, noma que contradice la insita a contrario sensu en el artículo 18 constitucional, el cual dispone que *"sólo por delito que merezca pena corporal, habrá lugar a prisión preventiva"*; es decir, dispone tácitamente que por delito que merezca pena no corporal, el probable sujeto activo del mismo, debe permanecer forzosamente en libertad, sin sufrir restricción de ninguna especie.¹³⁴

Doctrinalmente tenemos que al definirse la figura del arraigo se señala, que es el acto procesal de naturaleza precautoria que procede, a petición de parte,

¹³⁴ Arilla Bas, Fernando. EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO. Ed. Porrúa. Vigésimo primera ed. México 2001, p. 99.

cuando hubiere el temor de que se ausente u oculte la persona que vaya a ser demandada o lo haya sido ya.¹³⁵

Podemos concluir, diciendo que la solicitud de arraigo procede del Ministerio Público, cuando se ha iniciado una averiguación previa, pero la disposición del arraigo sólo puede emanar del juzgador.

3.11. GARANTIA DE AUDIENCIA.

Se denomina garantía de audiencia al derecho que el artículo 14 constitucional concede a toda persona para que, anticipadamente a cualquier acto de autoridad que pueda llegar a privarla de sus derechos o posesiones, se le dé una oportunidad razonable de defenderse en juicio, de probar y de alegar; ante tribunales independientes, imparciales y establecidos con anterioridad en la ley.

La persona a la que se pretende arraigar debe ser debidamente notificada y citada a una audiencia ante el juez. En esta audiencia el supuesto arraigado podrá argumentar lo que a su derecho convenga, para así poder determinar la procedencia lícita del arraigo; con esto se respeta la garantía de audiencia, que trae como consecuencia el decretar tal medida por parte del juez para que se de fundada y motivadamente; evitándose de esta forma la quebrantamiento de dicha garantía.

¹³⁵ Pina Vara, Rafael de. Op. Cit.

En el supuesto de que la persona a la que se pretende arraigar no se presente a la audiencia a pesar de que fue debidamente notificada, entonces el juez del caso resolverá lo que proceda, siempre con el respeto a legalidad y derechos del posible arraigado, tomando en consideración solamente las pruebas que al efecto se presenten.

En caso de que se ignore el domicilio, para notificar la hora y fecha de la audiencia a la persona que se pretende arraigar, la Procuraduría deberá ubicar, mediante sus auxiliares, el domicilio o a la persona, solamente a fin de que sea debidamente notificada. En tanto esto no suceda, no podrá decretarse tal medida.

Con la finalidad de que la persona a la que se pretende aplicar tal medida, no se convierta en prófugo de la justicia al pretender evitar la cita para la audiencia, el juez podrá aperebirla con alguna de las medidas de apremio que contempla la ley.

A partir del momento en que se efectuó la notificación, deberán transcurrir por lo menos cinco días hábiles, a fin de que el probable responsable reúna pruebas a su favor para exhibir en la audiencia.

En dicha audiencia, el arraigado mostrara las pruebas pertinentes para comprobar que no intenta evadir el cumplimiento de las investigaciones en las que se le requiere, ya sea por su calidad de testigo o por la de indiciado, calidad que el Ministerio Público deberá determinar. De igual forma, el Ministerio Público deberá

acreditar al juez de forma específica y detallada las diligencias que debe desahogar la persona a la que se pretende arraigar, así como la fecha en que éstas se deberán desahogar, documento que el juez deberá analizar con detalle para verificar que tanto el tiempo de desahogo como las diligencias sean pertinentes para la investigación que se lleva a cabo.

3.12. RESOLUCIÓN QUE DETERMINA EL INICIO DEL ARRAIGO.

Una vez efectuada la audiencia; el resultado de esta, deberá notificarse tanto a la persona a la que se pretende arraigar, como al Ministerio Público, y deberán hacerse de su conocimiento la decisión del juez de decretar el arraigo en su contra o negar tal medida a quienes la solicitaron. Esta resolución podrá dictarse al concluir la audiencia y en caso de decretarse el arraigo, deberá advertirse al arraigado de la sanción que podrá imponérsele en caso de que lo quebrante.

El juez deberá hacer la respectiva notificación (inicio del arraigo), con las condiciones y medidas que deberá cumplir, y tendrá que establecer la demarcación territorial, el domicilio del arraigado, así como las fechas y el lugar para el desahogo de las diligencias.

Es necesario destacar, que el arraigo únicamente puede decretarse contra personas que se teme se ausentarán del lugar en el cual se llevan a cabo la investigación o el procedimiento, elemento que debe ser probado fehacientemente

por el Ministerio Público para influir en el animo del juzgador para que éste decreta tal medida.

3.13. PLAZO.

De acuerdo con el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales; el arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, y que no debe exceder de treinta días naturales, en el caso del arraigo, y de sesenta en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Existe una excepción contemplada por el artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su párrafo sexto; el cual establece que tratándose de *“averiguaciones previas por delitos que sean de la competencia de los juzgados de paz en materia penal o siendo de los juzgados penales cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión el probable responsable no será privado de su libertad en los lugares ordinarios de detención y podrá quedar arraigado en su domicilio”*. En este caso, de acuerdo a la fracción séptima, *“no podrá prolongarse por más de tres días; transcurridos éstos el arraigado podrá desplazarse libremente”*.

3.14. PRORROGA.

Como ya mencionamos el arraigo se prolongará por treinta días, prorrogables por otros treinta días más a solicitud del Ministerio Público.

En materia federal, el artículo 205 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, que el arraigo no podrá prolongarse más allá del plazo establecido durante la investigación por el artículo 133 bis del mismo ordenamiento, es decir, treinta días naturales; sin hacer mención alguna a su prórroga.

Mientras que en el fuero común, el artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, si contempla la prórroga del arraigo, al establecer que *"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"*.

Prorrogada por una sola vez; la medida debe cesar, forzosamente, en el momento de su conclusión legal, que ya sería improrrogable, se encuentre integrada o no la averiguación previa y en estado de consignación o de acuerdo de no ejercicio de la acción.¹³⁶

¹³⁶ García Ramírez Sergio. Op. Cit. p. 618.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.15. QUEBRANTAMIENTO DEL ARRAIGO.

Podemos decir que existe quebrantamiento del arraigo cuando la persona en contra de quien se decreto, abandone el lugar que le fue señalado para permanecer en el o se oculte en forma voluntaria y con la finalidad de entorpecer la tramitación del procedimiento por falta de su presencia o representación.

En cuanto al quebrantamiento del arraigo en materia civil, tenemos que el artículo 242 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que, en caso de que el obligado quebrantare éste, quedara sujeto a las medidas de apremio que el juez estime pertinentes para obligarlo a regresar al lugar del juicio y se convierte en responsable del delito previsto en el artículo 180 del Código Penal Federal, de desobediencia a un mandato legítimo de autoridad, que fija la pena de 1 a 2 años de prisión y multa de 10 a 1,000 pesos. Además origina la retención de bienes.

Como ya se indico; una vez notificada la medida cautelar del arraigo si esta es desobedecida, el juez aplicará medidas de apremio. De acuerdo con el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, estas medidas de apremio pueden consistir en:

- a) Multas;
- b) Auxilio de la fuerza pública y fractura de cerraduras, si fuere necesario;

- c) El cateo por orden escrita;
- d) El arresto hasta por quince días.

En cuanto al quebrantamiento del arraigo en materia penal, podemos decir, que se considera como desobediencia, a una resolución dictada por un juez, quien representa al poder judicial, y que por ello al ser quebrantada se incurre en una conducta tipificada por el Código Penal Federal como delito.

Al respecto, el artículo 178 del Código en comento, en su segundo párrafo establece: *"Al que desobedeciere el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, dictados por autoridad judicial competente, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de diez a doscientos días multa"*.

El quebrantamiento de los deberes inherentes al arraigo (esencialmente, la permanencia en el lugar en que se desarrolla la averiguación previa, salvo autorización judicial para ausentarse temporalmente, y la sumisión a las diligencias que natural y legítimamente implica la averiguación) puede significar delito de desobediencia o resistencia, en los casos señalados por los artículos 178 a 180 y 182 del Código Penal para el Distrito Federal.¹³⁷

Tratándose del supuesto contemplado por el párrafo sexto del artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la fracción sexta

¹³⁷ Idem.

establece que en el caso de que el indiciado o la persona que deba presentarlo desobedecieren sin justa causa las ordenes del Ministerio Público, se revocara el arraigo y la averiguación previa será consignada en su caso, solicitándose al juez competente la orden de aprehensión.

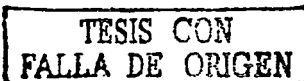
CAPITULO IV. EL ARRAIGO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

4.1. SU REGULACIÓN EN MATERIA CIVIL.

Es preciso mencionar que sólo es uno el arraigo como medida cautelar, pero existen diferentes formalidades para poder solicitarlo, según las características y requisitos que cada materia establece; sea en materia civil o penal; por lo que comenzaremos con su análisis desde el enfoque civil.

Algunos autores consideran el arraigo como una institución operante en el Derecho Procesal Civil, en donde es considerado como una medida de carácter precautorio, para aquellos casos en que el actor tenga el temor fundado de que el demandado, o quien lo pueda ser, se oculte o se sustraiga del lugar en que se este llevando el proceso, sin antes haber dejado un representante legítimo con facultades y medios suficientes para responder de los resultados del procedimiento de que se trate.¹³⁸

¹³⁸ Colín Sánchez Guillermo, Op. Cit. p. 236.



En primera instancia debe mencionarse que en materia procesal Civil a nivel federal no se prevé la figura del arraigo; la cual si podemos encontrar dentro de las providencias precautorias que se manejan dentro del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, específicamente en el artículo 238.

Como ya se menciona en materia Civil el arraigo es considerado como una medida precautoria dictada por un juzgador; y es en virtud de este, que se ordena a una persona que va a ser demandada en un proceso futuro o que es demandada en un proceso que se inicia, que no abandone el lugar donde se va a llevar acabo el juicio, por el temor fundado de que se ausente u oculte (artículos 235 y 240 del mismo ordenamiento legal). Es de hacerse notar que podrá decretarse antes o después de que se inicie el juicio.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala que para dictar el arraigo, no sólo basta solicitarlo, ya que el solicitante deberá acreditar su derecho a gestionarlo y la necesidad del mismo, y agrega que las pruebas podrán consistir en documento o en testimonio (artículo 239).

Tener un derecho es haberlo acreditado y para acreditarlo se requiere, que al deducirlo se haya demostrado fehacientemente. Y el hecho de que el arraigo se pueda solicitar incluso antes de presentar la demanda, no es el caso de que por ese acto hayamos demostrado tener un derecho.

La prueba puede consistir en un documento, que por supuesto no traiga aparejada ejecución, puesto que entonces estaríamos hablando de otra clase de juicio y no habrá necesidad del arraigo. Por lo tanto la prueba documental podrá consistir en factura, nota de remisión o recibo por dinero en un papel cualquiera.

El otro medio probatorio que consagra el ordenamiento citado son los testigos idóneos, los que serán tres por lo menos; a nuestro parecer estos no podrían emitir una prueba realmente fehaciente, toda vez que testificarán sobre un hecho futuro e incierto, y por lo tanto no podrán estar realmente seguros de que el hecho futuro sobre el cual testificarán se realice.

De acuerdo con los artículos 237, 240 y 241 del Código de Procedimientos Civiles, el arraigo de personas puede ser solicitado en tres momentos:

- Antes de presentar la demanda,
- Al tiempo de interponerla, y
- Después de iniciado el juicio, es decir, en el transcurso del mismo.

4.1.1. EL ARRAIGO ANTES DE PRESENTAR LA DEMANDA.

Cuando el arraigo haya sido solicitado antes de iniciarse el proceso, además de la prueba que exige el artículo 239 del Código citado; el interesado conforme al artículo 241 del mismo ordenamiento, deberá dar fianza suficiente a satisfacción del juez para responder de los daños y perjuicios que se ocasionen al

demandado si no hubiere interpuesto su demanda. El juez deberá estar atento para determinar la cuantía por la que deberá fijarse la garantía, la que se fijara en base a la responsabilidad que surja por los daños y perjuicios que se generen.

El solicitante del arraigo deberá presentar su demanda a más tardar tres días después de que la medida haya sido ejecutada, si el juicio tiene que seguirse en el mismo lugar en que se decretó la medida; si debe seguirse en otro lugar, el juez deberá agregar un día más por cada doscientos kilómetros. Y en caso de que no se presente la demanda dentro de estos plazos, el juez deberá decretar la revocación del arraigo, a petición del afectado (artículos 250 y 251 del mismo ordenamiento legal).

4.1.2. EL ARRAIGO AL TIEMPO DE INTERPONER LA DEMANDA.

Si la petición de arraigo, se hace al tiempo de entablar la demanda, bastará que lo haga el actor para que se haga la notificación correspondiente, además del otorgamiento de una garantía para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado; el monto de la garantía se fijara por el juez de, manera discrecional.

Dicha medida consistirá en prevenir al demandado de que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, suficientemente instruido y expensado para responder de las resultas del juicio (artículo 240 del Código en comento). El mismo artículo sostiene en párrafos posteriores que el apoderado

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que se presente instruido y expensado quedará obligado de manera solidaria con el deudor, respecto del contenido de la sentencia; sin embargo en la práctica resulta difícil encontrar este tipo de representantes, por lo que nos parece letra muerta. Pero lo que mas llama nuestra atención de dicho artículo es la frase "... se reducirá a prevenir al demandado que no se ausente del lugar del juicio ...", toda vez que no podemos decir que existe juicio cuando apenas se ha entablado la demanda y dictado un auto dando entrada formal a esta.

Hay que agregar que el arraigo se decreta sin audiencia de la contraparte, y aunque ésta puede formular su oposición después de decretada la medida (artículos 246 y 252 del mismo ordenamiento legal), nos parece un hecho violatorio de la garantía de audiencia; tema que trataremos más adelante, debido a su relación con la legislación constitucional.

4.1.3. EL ARRAIGO DESPUÉS DE INICIADO EL JUICIO.

De acuerdo al artículo 237 del Código Procedimientos Civiles del Distrito Federal, "*Las providencias precautorias ... podrán decretarse ... después de iniciado el juicio respectivo ...*" en cuyo caso; el arraigo se substanciará en incidente por cuerda separada, y conocerá de este el Juez que conozca del negocio principal

Quien quebrante el arraigo será castigado penalmente, por desobediencia de un mandato de la autoridad pública, sin perjuicio de ser obligado a través de las

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

medidas de apremio correspondientes (artículo 242 del mismo ordenamiento legal), a regresar al lugar del juicio. Las medidas de apremio como ya se mencionó en anteriores capítulos, consisten en: multa, auxilio de la fuerza pública, cateo por orden escrita y arresto hasta por treinta y seis horas.

4.2. SU REGULACIÓN EN MATERIA PENAL.

En el campo del Derecho Procesal Penal, algunos autores definen el arraigo como una especie de medida cautelar personal que puede tener lugar en la averiguación previa, para que el 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 evadirá la acción de la justicia.¹³⁹

Mediante el arraigo, se pretende sujetar a cierta persona – presunto responsable – a fin de asegurar la reparación del daño y la imposición de la pena respectiva. Todo esto, en virtud de que es la única forma de asegurar la presencia del presunto responsable en el lugar de la investigación o del juicio. En la práctica esta figura jurídica se aplica indistintamente a cualquier delito, ya sea que proceda la prisión preventiva, o se trate de delitos culposos o no.¹⁴⁰

¹³⁹ Cfr. Colín Sánchez Guillermo. Op. Cit. p. 236.

¹⁴⁰ Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. Cit.

En este orden de ideas, la finalidad fundamental del arraigo en materia penal, es evitar que el indiciado en el proceso de la averiguación previa, eluda la responsabilidad que pudiera atribuirsele con relación a los hechos que se investigan, es decir, que se ausente o se oculte la persona contra la cual se hubiera enablado una denuncia, e impedir que abandone el lugar en que se instauró la denuncia o querrela, con lo que se asegura la disponibilidad para que declare o para que se lleven a cabo las diligencias conducentes, dentro de la indagatoria o bien del proceso penal.

En pocas palabras, la figura del arraigo busca asegurar la disponibilidad del indiciado, ya sea en la averiguación previa o bien durante el proceso penal. Esta figura se encuentra regulada por los artículos 215, 270 bis, 271 párrafo sexto y 301 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y por los artículos 133 bis, 135 párrafo segundo, 205 y 256 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Es importante distinguir los dos casos de arraigo existentes, el primero de ellos es el solicitado por el Ministerio Público al Juez, en tanto se termina de integrar la averiguación previa; y el segundo es el impuesto por el Juez, durante el proceso, en los casos previstos.

4.2.1. EL ARRAIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

En el arraigo solicitado por el Ministerio Público al Juez, podemos encontrar a su vez; otra clasificación de dicha figura jurídica; derivada de la propia legislación procesal penal. Por un lado tenemos que nuestro Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, maneja una triple vertiente: a) El general para todo delito; b) El vinculado a ilícitos imprudenciales con motivo del tránsito de vehículos; y c) el específico en caso delitos sancionados con pena relativamente reducida; mientras que por el otro lado, tenemos que en el Código Federal de Procedimientos Penales, sólo operan las hipótesis a) y b).

4.2.1.1. EN GENERAL PARA TODO DELITO.

Por lo que se refiere a el general para todo delito, tenemos que el artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dispone que:

"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 aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundado 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 , 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 levantamiento del arraigo”.

De lo anterior, podemos decir que esta figura obedece a la necesidad del Ministerio Público para la debida integración de la averiguación previa, debiendo solicitarla al órgano jurisdiccional, pero siempre y cuando su petición este fundada y motivada.¹⁴¹ La disposición del arraigo sólo puede emanar del juzgador; es de suponer que el arraigable no está detenido o que, estándolo, queda en libertad por no ser posible el inmediato ejercicio de la acción o la resolución de no ejercicio que, en todo caso, implica un procedimiento más o menos prolongado.

Resulta interesante el hecho de que mientras que en materia civil el arraigo se decreta sin audiencia de la contraparte; en materia penal si debe llevarse a cabo la audiencia. Esto en virtud de que el artículo en análisis, encierra en su contenido la frase “oyendo al indiciado”, y de la cual se puede desprender que no basta con que se notifique a la persona que se pretende arraigar, que se ha dictado una resolución en ese sentido, sino más bien, que debe llevarse a cabo una audiencia en la cual se oirá a la persona que se pretende arraigar, para que pueda exponer su punto de vista y defenderse de la fundamentación y motivación

¹⁴¹ Arilla Bas Fernando, Op. Cit. p. 99.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que en su solicitud plasmo el Ministerio Público; y así el órgano jurisdiccional, después de escuchar a ambos decidirá si otorga o no el arraigo.

Asimismo, el artículo en comento, agrega *"...resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares ..."*; es decir una vez que el juez decreta el arraigo de una persona, el encargado de hacer cumplir este mandato de la autoridad será el Ministerio Público y los auxiliares de este. En nuestra opinión, podría resultar perjudicial que el arraigado tenga que cumplir con tal medida custodiado por quienes deben acusarlo y formular imputación en su contra. Más aún, cuando no hay regulación expresa que determine que el arraigado queda a disposición del juez que dictó la medida. Esto abre la posibilidad para que el Ministerio Público presione de alguna manera al arraigado durante su estancia, a fin de encontrar elementos para consignarlo. Por lo que es de vital importancia, que el Ministerio Público y sus auxiliares, se limiten únicamente a custodiar al arraigado fuera de el domicilio designado para tal medida.

Continuando con el análisis del numeral citado, encontramos que establece que *"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"*.

En cuanto a los plazos, tenemos que en materia común, no se señala si los días son hábiles o naturales; lo común es pensar que se trata de días hábiles;

pero si damos lectura al artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales tenemos que el cómputo del plazo para el arraigo, será por días naturales; lo que causa un poco de confusión. Por lo que para aclarar esta confusión, nos remitimos al artículo 57 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; el cual establece que *"... No se incluirán en los plazos, los sábados, los domingos, ni los días inhábiles, a no ser que se trate de poner al inculcado a disposición de los tribunales, de tomarle su declaración preparatoria o de resolver la procedencia de su formal prisión, sujeción a proceso o libertad"*. De lo anterior podemos concluir que tanto en materia común, como en materia federal el plazo será por días naturales.

Por lo que se refiere al hecho de que puede prorrogarse por otros treinta días, estamos en desacuerdo con esto; toda vez que en los procedimientos ante tribunales, la justicia impartida a cargo del Estado, se hará sin demora alguna, con celeridad (economía procesal), éste es el principio que debemos cuidar. A fin de darle al procedimiento tanto de arraigo como de investigación la eficacia que debe, con lo que se evitarán atrasos injustificados e incongruencias que afectan al arraigado. Sin embargo prorrogado el arraigo por una sola vez, la medida debe de cesar, forzosamente, en el momento de su conclusión legal, que ya sería improrrogable, se encuentre o no integrada la averiguación previa.

Por último tenemos que *"...El juez resolverá escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o levantamiento del arraigo"*. El arraigo como su levantamiento o subsistencia se tramitan y resuelven en

procedimiento judicial que tendrá forma de incidente no especificado, y en el que se respetará el derecho de audiencia del inculpado.

En materia federal nuestra legislación procesal penal, establece en su artículo 133 bis:

"La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario ... 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. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

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

"Cuando el afectado pida que el arraigo ... quede sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si debe o no mantenerse".

Como podemos observar, la regulación del arraigo en materia procesal federal, es en esencia la misma que en materia común, aunque lo que varía es la redacción del texto legal.

La primera parte del artículo antes señalado, establece que *"La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo ..."*. Al igual que en materia común, en materia federal corresponderá al órgano jurisdiccional decretar el arraigo cuando el Ministerio Público así lo solicite. Esto se reafirma con lo establecido por el artículo 2° del Código Federal de Procedimientos Penales; el cual establece que *"Compete al Ministerio Público Federal ... En la averiguación previa ... III. Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas de arraigo ..."*

El artículo en análisis encierra en su contenido la frase *"arraigo domiciliario"*, la cual no nos es extraña, ya que como se menciona en capítulos anteriores, suele llamársele arraigo domiciliario. Cabe señalar que en la legislación procesal penal común no encontramos la frase *"domiciliario"*.

Es importante saber, que la figura jurídica en estudio, tiene en su imposición necesariamente una vinculación con el domicilio de la persona que va a ser sujeto de arraigo. Por lo que antes de continuar con el estudio del arraigo, haremos un paréntesis, con el fin de comprender mejor el término domicilio. En principio, la palabra domicilio proviene del *"latín domus y colo, de domus colere, que significa, habitar una casa"*.¹⁴²

Algunos estudiosos, consideran que aún cuando no se tenga un domicilio en el lugar de la investigación o del juicio según sea el caso, si la persona que se pretende arraigar posee una residencia en dicho lugar, ésta deberá hacer las

¹⁴² Díaz de León, Murco. Diccionario Penal. Ed. Porrúa. Tercera ed. México 1998.

veces de domicilio, llevándose a cabo el arraigo en su residencia. Sin embargo existen situaciones, en las que una persona divide su tiempo en varias residencias; en cuyo caso, el problema es determinar cual de estas será considerada como su domicilio. Cabe puntualizar que se considera que el domicilio tiene un carácter permanente, mientras que el término residencia un carácter temporal.

Conforme al artículo 29 del Código Civil para el Distrito Federal, *"el domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residen y, en su defecto, el lugar donde se encontraren..."*

El artículo 32 del mismo ordenamiento legal establece: *"Cuando una persona tenga dos o más domicilios se le considerará domiciliada en el lugar en que simplemente resida, y si viviere en varios, aquél en que se encontrare"*.

Por último, el artículo 34 del ordenamiento arriba citado señala: *"Se tiene derecho de designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones"*.

De todo lo anterior, tenemos que de la correlación de los elementos arraigo y domicilio, llegamos a la figura jurídica de arraigo domiciliario. De tal suerte que, conforme a lo establecido por la legislación procesal penal y apoyándonos en lo establecido por el Código Civil; la persona que debe ser sujeta de la figura del

arraigo, debe cumplir con este en su domicilio. Sin embargo en la práctica, esto no se lleva a cabo; ya que en muchas ocasiones el arraigo se efectúa en lugares distintos al domicilio del arraigable; como son los hoteles o tratándose de delincuencia organizada en inmuebles especialmente establecidos por la Procuraduría General de la República.

Otro punto que hay que destacar, es el hecho de que existen opiniones encontradas de los magistrados y jueces; respecto a que si el arraigado puede salir del domicilio en el cual se le fijo el arraigo o, por el contrario, no se puede abandonar el mismo. Esto debido a la falta de una adecuada regulación y una debida interpretación.

Continuando con el análisis del artículo 133 bis de la legislación procesal penal en materia federal; se establece *"...decretar el arraigo domiciliario ... 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..."* Como ya se menciona, esta figura obedece a la necesidad que tiene el Ministerio Público para la debida integración de la averiguación previa; cuyo objeto es el preparar el ejercicio de la acción penal, misma que servirá para poner en actividad al órgano jurisdiccional. Para poder ejercitar acción penal, el Ministerio Público deberá comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal de los indiciados, para así poderlos consignar ante la autoridad judicial.

Es de suponer que el arraigable no está detenido o que, estándolo, queda en libertad por no ser posible el inmediato ejercicio de la acción o la resolución de no ejercicio.

Por otro lado, el texto del artículo en estudio continua: "*Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido*". A fin de no ser repetitivos y toda vez que este fragmento coincide; en esencia con lo establecido por el artículo 270 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, diremos que el encargado de hacer cumplir el mandato decretado por el órgano jurisdiccional, será el Ministerio Público y los auxiliares de este.

"...El arraigo domiciliario ... se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo de exceder de treinta días naturales ..." Respecto a este fragmento, lo único que podemos decir, es que a diferencia de la legislación procesal penal, en materia común; aquí si se aclara que se trata de días naturales. Pero lo más destacado de este fragmento, es que no nos habla de la posibilidad de prorrogar tal medida cautelar, lo que logra limitar el tiempo de esta.

La última parte del artículo en estudio establece: "*... Cuando el afectado pida que el arraigo ... quede sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si debe o no mantenerse*". Es decir, tanto la decisión del levantamiento del arraigo, como la subsistencia de este; quedaran a cargo del órgano jurisdiccional; el cual deberá oír a ambas partes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.2.1.2. EL VINCULADO A ILÍCITOS IMPRUDENCIALES CON MOTIVO DEL TRÁNSITO DE VEHÍCULOS

Por lo que se refiere al arraigo vinculado con ilícitos culposos en el tránsito de vehículos, este se encuentra regulado por los artículos 271, párrafo sexto, fracción IV, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y por el 135, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales.

En principio diremos que el artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, encierra en su párrafo sexto un arraigo específico, relacionado con delitos sancionados con pena reducida; y del cual hablaremos más adelante. Lo que nos interesa en este punto, es el hecho de que su fracción IV, vincula el arraigo con ilícitos imprudenciales en el tránsito de vehículos; por lo que algunos autores como García Ramírez lo consideran como una de las tres vertientes del arraigo que en materia procesal penal se manejan.¹⁴³ En otras palabras, de acuerdo a la clasificación que hicimos del arraigo durante la averiguación previa, podemos decir que el artículo 271 en comento, encierra tanto el arraigo vinculado con delitos sancionados con penalidad mínima; como el vinculado con delitos imprudenciales en el tránsito de vehículos.

Una vez visto lo anterior y continuando con el análisis de esta figura jurídica, tenemos que el numeral citado dispone que en las averiguaciones previas, el probable responsable de la comisión de un delito con penalidad

¹⁴³ Cfr. García Ramírez Sergio, Op. Cit. p. 617.

mínima, no será privado de su libertad en los lugares ordinarios de detención y señala que podrá ser *arraigado* en su domicilio.

Enfocándonos en el arraigo vinculado con delitos imprudenciales por el tránsito de vehículos y toda vez que es el tema a tratar en este punto, tenemos que la fracción IV dispone:

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

Es decir, para que pueda decretarse el arraigo de una persona presumiblemente responsable de la comisión de un ilícito culposo, derivado del tránsito de vehículos; es necesario que el presunto responsable no hubiese abandonado a la persona lesionada, ni haber cometido el hecho en estado de ebriedad, ni bajo el influjo de alguna droga.

El artículo 271 de la legislación multicitada, nos habla de otras circunstancias que deben cumplirse, para poder decretar el arraigo; y que corresponden al arraigo vinculado con ilícitos sancionados con una penalidad mínima; mismas que resultan aplicables al arraigo analizado en este punto. Y de las que nos ocuparemos más adelante.

En materia federal, la legislación procesal penal dispone en su artículo 135, párrafo segundo:

"... El Ministerio Público dispondrá la libertad del inculcado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 399 para los jueces, sin perjuicio de solicitar su arraigo en caso necesario ... Tratándose de delitos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al inculcado que hubiese incurrido en el delito de abandono de personas o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares ..."

Respecto a la primera parte, tenemos que se establece que *"... El Ministerio Público dispondrá la libertad del inculcado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 399 ..."*; como podemos ver este fragmento no se refiere a la figura del arraigo; sino a la libertad provisional bajo caución. Lo que resulta destacable es el inadecuado uso que se hace de la frase *"inculcado"*; ya que si estamos hablando de la averiguación previa, el término más adecuado sería el de presunto responsable.

La siguiente parte del texto legal es la que nos interesa; y que a la letra dice *"... sin perjuicio de solicitar su arraigo en caso necesario ..."*; de lo anterior se desprende que, independientemente de otorgar la libertad provisional bajo caución, el Ministerio Público podrá solicitar el arraigo del presunto responsable. El precepto legal agrega, que se solicitara en *"caso necesario"*; dicha frase es muy

amplía ya que podríamos estar hablando de muchas situaciones. Es de suponer que se refiere al hecho de que el presunto responsable pudiera sustraerse a la acción de la justicia; sin embargo sería conveniente agregar que se solicitará ante el temor fundado de que el presunto responsable pretenda evadir la acción penal.

Respecto a la última parte de este párrafo, nos parece innecesario explicarlo; en primer lugar porque el texto legal es muy claro; pero principalmente, porque coincide con lo plasmado por el artículo 271 de la legislación procesal del Distrito Federal, punto que ya fue analizado anteriormente.

4.2.1.3. EL ESPECIFICO EN CASO DE DELITOS SANCIONADOS CON PENA RELATIVAMENTE REDUCIDA.

Antes de comenzar, debemos destacar que el arraigo vinculado a delitos sancionados con pena relativamente reducida; no opera en materia procesal federal, encontrándose únicamente regulado por el artículo 271, párrafo sexto, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual establece:

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

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Por lo que se refiere a esta primera parte; queda claro que esta modalidad del arraigo, se presentara cuando se trate de delitos cuyo conocimiento compete a los juzgados mixtos de paz, los que de acuerdo a el artículo 72 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, conocerán *"...de los delitos que tengan una o más sanciones no privativas de libertad cuando sean las únicas aplicables, o sanciones privativas de libertad hasta de cuatro años..."*; o bien a los juzgados penales si la pena no excede de cinco años de prisión; en pocas palabras procederá en aquellos delitos sancionados con una penalidad reducida.

Es importante señalar que no se distingue entre delitos dolosos y culposos; y tampoco se restringe a los cometidos con motivo del tránsito de vehículos, medida contemplada en la fracción IV de este párrafo; y aunque dicha fracción ya fue tratada en el punto anterior, cabe señalar que esta si hace referencia a los delitos culposos o imprudenciales. Pero como ya se ha señalado, la fracción IV se refiere al arraigo vinculado con ilícitos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, por lo que aunque dicha fracción se refiera a delitos culposos, esto no afecta la esencia del arraigo contemplado por el párrafo sexto del articulo en estudio, el cual se vincula con delitos con penalidad reducida, sin importar si son dolosos o culposos.

Lo mas interesante de este párrafo, es que se faculta al presunto responsable, para poder trasladarse al lugar de su trabajo; lo interesante radica en el hecho de que después de haber analizado todos los preceptos legales (contenidos en las legislaciones procesales tanto del Distrito Federal como la

Federal) relativos a el arraigo, podemos ver que en ninguno (con excepción del precepto legal en estudio) se hace referencia a que el presunto responsable pueda trasladarse a su trabajo; suponemos que esto obedece a que se trata de delitos sancionados con una penalidad reducida, y que por lo tanto no estaríamos hablando de presuntos delincuentes peligrosos; por lo que no habría inconveniente en que estos continuasen desempeñando su trabajo.

Continuando con el estudio del párrafo citado, encontramos que este establece que el arraigo se otorgara al presunto responsable cuando se cumpla con una serie de condiciones, las cuales se enumeran en siete fracciones. Estas disponen la obligación del indiciado a presentarse ante el Ministerio Público, cuando éste lo requiera, para fines de averiguación previa; asimismo no deben existir datos de que el indiciado, pretenda eludir la responsabilidad que pudiera atribuírsele con relación a los hechos que se investigan; es decir, que se ausente o se oculte.

Otra condición que debe cumplirse, es la de que el indiciado debe convenir con el ofendido ante el Ministerio Público, sobre el monto y la forma de reparar el daño, y si no se logra el acuerdo de voluntades, el Ministerio Público lo determinará previas diligencias probatorias.

Igualmente, debe haber una persona que se comprometa a presentar al indiciado ante el Ministerio Público; respecto a esta condición, cabe señalar que este punto quedará al arbitrio del Ministerio Público. Por último, en caso de haber

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

incumplimiento de las obligaciones inherentes al arraigo, se revocará tal medida. Lo que tiene como consecuencia, que el Ministerio Público consigne la averiguación; y el juez pueda girar orden de aprehensión o comparecencia.

En cuanto al plazo, el arraigo tiene una duración máxima de tres días, al cabo de los cuales cesa y el indiciado recupera su derecho al libre desplazamiento, sin perjuicio de que el Ministerio Público consigne la averiguación y solicite orden de captura, o en su caso de comparecencia.

4.2.1.4. OTROS CASOS.

Como ya se menciona en el capítulo III, existen otras dos modalidades del arraigo; y estas son el de testigos y el relacionado con la delincuencia organizada.

Respecto a la primera, se encuentra regulada por el artículo 256 del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 215 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; los cuales aunque tengan una redacción diferente, en esencia prácticamente establecen lo mismo.

En pocas palabras disponen que cuando un testigo tenga que ausentarse del lugar en donde se lleve a cabo una investigación, el órgano jurisdiccional, a petición de una de las partes, podrá dictar la orden de arraigo del testigo. En cuanto a la duración de este se establece que durará el tiempo necesario para tomarle su declaración.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Los preceptos citados agregan que, en caso de que la solicitud de arraigo resultare infundada, el testigo podrá solicitar una indemnización por los daños y perjuicios que tal medida le hubiere causado; dicha indemnización será a cargo de la parte que solicitó el arraigo; cabe destacar que este derecho no se establece en las otras modalidades del arraigo (del indiciado) ya analizadas. De lo anterior se deduce que el Ministerio Público encargado de la investigación, no encontró elementos para fincarle responsabilidad y ejercitar acción penal.

A continuación se cita la siguiente tesis jurisprudencial:

TESTIGOS, ARRAIGO DE LOS, EN MATERIA PENAL.

El juez instructor no tenía por qué arraigar de oficio a un testigo, y menos aun cuando éste ya había rendido su declaración ante el Ministerio Público, lo cual no necesitaba de su ratificación judicial para tenerse como dada en sus términos, pues de haber actuado el Juez en tal forma, habría infringido el artículo 256 del Código Federal de Procedimientos Penales, que señala las condiciones para arraigar a un testigo.

Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época, Primera Sala, tomo CIV, página 1620.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

La otra modalidad del arraigo es la relacionada con la delincuencia organizada; la aplicación de esta medida busca que el Ministerio Público Federal lleve a cabo la debida integración de la averiguación previa. Y se encuentra regulada por el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el cual permite que el juez dicte el arraigo del inculpado a solicitud del Ministerio Público de la Federación, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del arraigable. En nuestra opinión resulta inadecuado utilizar el término inculpado, toda vez que se esta en el periodo de averiguación previa; por lo que desde nuestro punto de vista debería utilizarse el de indiciado.

El mismo artículo establece que el lugar en el que se cumpla el arraigo, así como la forma y medios de realización, se señalarán en la solicitud de arraigo; y toda vez que la solicitud es hecha por el Ministerio Público, quedara al arbitrio de este; lo que nos parece perjudicial para la persona que va ser arraigada. Como sabemos, el Ministerio Público no puede ser juez y parte; durante la investigación, funge como autoridad y dentro del proceso este deja de ser autoridad para convertirse en parte; dejando al juez como única autoridad, y de esta forma exista equidad entre las partes (presunto responsable – Ministerio Público). Por lo tanto podría resultar pernicioso que el arraigado tenga que cumplir con tal medida en las condiciones que determine el Ministerio Público, que es quien lo acusa. Ya que al quedar estas al arbitrio del mismo, este podría obtener una ventaja sobre el arraigado; lo que implica que ya no habría una equidad entre las partes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En cuanto al encargado de vigilar el cumplimiento del arraigo, será el Ministerio Público Federal y sus auxiliares; y por último tenemos que en lo relativo al plazo y a diferencia de las otras modalidades; esta medida no podrá prolongarse más allá de noventa días.

4.2.2. EL ARRAIGO DURANTE EL PROCESO.

Como ya mencionamos existen dos casos de arraigo. Uno es el solicitado por el Ministerio Público al Juez; y el cual ya fue analizado; y el otro caso es el impuesto por el Juez, durante el proceso, y del cual nos ocuparemos a continuación.

Para García Ramírez, el arraigo durante el proceso constituye, una medida de reforzamiento de los deberes inherentes a la libertad bajo protesta; y su ventaja estriba en que el incumplimiento por parte del arraigado implica nuevo delito.¹⁴⁴

Esta modalidad del arraigo se encuentra regulada por los artículos 301 y 205 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, respectivamente. Ambos se expresan en el mismo sentido; salvo en lo relativo a el plazo, disponiendo:

¹⁴⁴ Cfr. García Ramírez Sergio, Op. Cit. p.621.

"Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el imputado no debe 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 éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale ..."

En otras palabras la primera parte del texto legal, dispone que cuando no pueda ser aplicable la prisión preventiva al imputado y exista el riesgo de que este se sustraiga a la acción de la justicia; podrá dictarse el arraigo, ya sea que sea a solicitud del Ministerio Público o bien el propio juez podrá hacerlo durante el desarrollo del proceso. Y agrega que dicha medida se aplicará respetando la garantía de audiencia del imputado; es decir se escuchará a la persona que se pretende arraigar, para que pueda exponer lo que a su derecho convenga.

Es absurdo el hecho de que el propio artículo en comento, establece que esta medida se aplicará, cuando no pueda ser aplicada la prisión preventiva, entonces proceda o no la prisión preventiva, a esta persona se le restringirá su libertad; aunque con la diferencia de que se hará en un lugar distinto.

Por lo que se refiere a la parte que establece *"... el arraigo de éste con las características ... que el juzgador señale ..."*; resulta importante resaltar que las características del arraigo deben ser señaladas y fijadas por el juez ; y al no estar

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

reglamentadas, podemos decir que constituyen una facultad discrecional de este y nunca del Ministerio Público.

En cuanto al plazo de tal medida tenemos; como ya se menciono, que tanto la legislación procesal penal para el Distrito Federal como la Federal, lo regulan de manera diferente; la primera establece:

"... por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del término en que deba resolverse el proceso."

Es decir, el juez fijara el tiempo que dure el arraigo; pero sin que se excedan los plazos establecidos dentro de nuestra Constitución para la resolución de un proceso; dichos plazos de acuerdo a el artículo 20, fracción VIII de la misma, serán de *"cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo ..."* En nuestra opinión es absurdo que el arraigo de una persona pueda prolongarse por tanto tiempo.

Por último, en la legislación procesal penal a nivel federal, el artículo 205 en su última parte establece:

"... 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 en el proceso por el término constitucional en que éste deba resolverse."

En otras palabras tenemos que, en materia federal se manejan dos plazos; por un lado el arraigo no podrá prolongarse más allá del plazo establecido por el artículo 133 bis del mismo ordenamiento, es decir, de treinta días naturales, tratándose de la averiguación previa.

Y dentro del proceso, como ya se menciona en párrafos anteriores, deben respetarse los plazos constitucionales, es decir, de cuatro meses cuando se trate de delitos sancionados con pena de prisión que no exceda de dos años y dentro de un año, cuando la sanción corporal sea mayor.

4.3. VINCULACIÓN CON LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

Como hemos visto la figura jurídica del arraigo es considerada como una medida cautelar; al menos en materia procesal civil y penal, la cual implica una limitación a la libertad. Sin embargo en materia constitucional esto no es así; ya que dicha limitación a la libertad, en su modalidad de arraigo, como tal; no se encuentra expresamente autorizada por ninguno de los 136 artículos del texto Constitucional. Por lo que a nuestro juicio, dicha medida viene a ser de dudosa constitucionalidad; toda vez que la libertad de las personas al ser considerada por

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

nuestro sistema jurídico como una garantía individual, consagrada por nuestra Constitución, debe ser respetada.

En efecto, las garantías individuales son derechos subjetivos públicos limitativos del poder del Estado, derechos que, según el artículo 1° de la citada ley, solamente pueden ser restringidos o suspendidos en los casos y con las condiciones que ella misma establezca ; las limitaciones de la libertad, en este caso, solamente podrán ser legitimadas por la propia Constitución, la cual no autoriza más limitaciones a libertad procesal del individuo que la detención (artículo 16) y la prisión preventiva (artículo 18); quedando fuera de estas limitaciones el arraigo.

Enseguida se analizarán los artículos 11,14,16,18 y 19 de la Constitución; los cuales regulan precisamente la libertad de los individuos y la forma de restringirla.

4.3.1. ARTÍCULO 11.

El artículo 11 de nuestra Carta Magna, 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, 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 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 residentes en el país".

En otras palabras, la libertad consagrada en este artículo es concebida en dos sentidos: por un lado tenemos la libertad de tránsito y por otro lado la de residencia. La primera entendida como el derecho que tienen los individuos de estar y desplazarse por el territorio nacional, sin ninguna restricción; es decir, sin necesidad de cumplir algún requisito previo; la segunda entendida como el derecho que tiene un individuo de establecer un domicilio, ya sea de manera permanente o transitoria, en cualquier parte del territorio nacional.

El ejercicio de esta garantía esta supeditada a la voluntad de los titulares de la misma, las autoridades estatales tienen como obligación legal la de no impedir, ni obstaculizar a las personas el ejercicio de este derecho, excepto en los casos que el propio artículo establece.

Nuestro artículo 11 no establece estas libertades de manera absoluta, sino que las consagra sujetas a límites, específicamente los emanados:

- a) Por la autoridad judicial, en caso de responsabilidad criminal o civil; y

- b) Por las autoridades administrativas, tratándose de leyes sobre inmigración, migración, salubridad y extranjeros perniciosos residentes en el país.

Por lo que se refiere al primer supuesto, tenemos que cuando exista responsabilidad penal o civil, se prohibirá a una persona salir de algún lugar, con la finalidad de condenarla a purgar una pena por la comisión de un acto delictuoso.

En el segundo supuesto encontramos que es competencia del ejecutivo; en particular, de la Secretaría de Gobernación, impedir a una persona entrar o salir, radicar o permanecer en el territorio de la República, para impedirle que penetre o se radique dentro del territorio nacional sin cumplir con los requisitos establecidos por la Ley General de Población, que lo faculta inclusive para expulsar a un extranjero cuya presencia perturbe la vida nacional, mediante la aplicación del artículo 33 constitucional.

De todo lo anterior se deduce que, en relación con la figura jurídica del arraigo; tema de nuestra investigación, estaríamos hablando de la libertad de tránsito; excluyéndose la libertad de residencia.

En materia civil se restringe dicha libertad de tránsito, al obligar al demandado o presunto a que no se ausente del lugar del juicio, sin dejar representante para responder del posible daño. Lo mismo sucede en materia

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

penal, en donde aún en la fase de averiguación previa, sin que se demuestre plenamente la responsabilidad de una persona esta es arraigada.

A nuestro juicio, la aplicación del arraigo, contradice lo establecido por el precepto constitucional citado, el cual dispone que el órgano jurisdiccional podrá limitar la libertad de tránsito en caso de *responsabilidad* civil o penal, es decir dicha responsabilidad deberá ser objeto de declaración jurisdiccional, a través de una sentencia condenatoria y privativa de la libertad; sin embargo esta medida cautelar, se aplica al individuo cuando este se encuentra sujeto a un proceso o una averiguación previa, en donde ni siquiera se ha ejercitado acción penal; por lo tanto es considerado como *presunto responsable* de un delito, es decir no se ha comprobado su *responsabilidad*.

Para algunos autores como García Ramírez; la inclusión del arraigo en el procedimiento penal, seguramente acusa una buena intención; no obstante, aún con los requisitos y lapsos para su aplicación, no deja de ser violatorio del artículo en comento; por introducir una limitación a la libertad que dicho precepto prohíbe en términos generales y que sólo se permite a las autoridades expresamente señaladas y en términos muy precisos.¹⁴⁵ Por lo que no podemos permitir que se siga violando la garantía de libertad, cuando nuestra Constitución lo prohíbe expresamente.

¹⁴⁵ *Ídem*.

4.3.2. ARTÍCULO 14.

Continuando con el análisis de los artículos relacionados con la libertad de los individuos; el artículo 14 de nuestra Constitución Política, dispone:

"A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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

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

Como podemos ver, el artículo citado contiene varias disposiciones; en esencia tres:

- a) El principio de retroactividad;

- b) La garantía de audiencia; y
- c) El principio de la exacta aplicación de la ley.

El primero en pocas palabras, prohíbe el que por virtud de una nueva ley, puedan afectarse situaciones o derechos constituidos conforme a una ley anterior. Las leyes se crean para regir lo futuro; la que obre sobre el pasado será retroactiva. Este efecto retroactivo esta prohibido cuando cause perjuicio a alguien; en cambio, se permite tal efecto cuando pueda producir un beneficio.

En el segundo caso, se configura lo que se conoce como derecho o garantía de audiencia, la cual resulta interesante; por lo que se refiere a los derechos que tutela; entre los cuales encontramos la vida, la libertad, las propiedades, las posesiones, y los derechos. Nos resulta interesante, toda vez que la libertad es un derecho que se encuentra íntimamente ligado con la figura del arraigo. La garantía de audiencia debemos entenderla como el derecho que tiene toda persona para que, previamente a cualquier acto de autoridad que pueda llegar a privarla de sus derechos o posesiones, se le dé una oportunidad razonable de defenderse en juicio.¹⁴⁶

En el tercer caso se prohíbe imponer pena alguna que no este establecida por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, principio esencial del

¹⁴⁶ Ovalle Favela José. Op. Cit. p. 58.

enjuiciamiento criminal, que se conoce por el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Como ya mencionamos el tema que mas nos interesa, por estar vinculado con la figura jurídica del arraigo; es el de la **garantía de audiencia**, la cual tutela entre otros derechos, la libertad de las personas. Dicha garantía se encuentra en el segundo párrafo del artículo citado, el cual establece que ninguna persona podrá ser privada de su libertad, sin que antes se lleve a cabo un juicio. Dicho juicio se realizara en tribunales previamente establecidos; y se agrega que el procedimiento deberá cumplir con ciertas formalidades y efectuarse con forme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En otras palabras se concede al individuo, el derecho a que las autoridades le oigan antes de que éstas emitan un auto o sentencia con relación a derechos en debate, con el fin de que las autoridades tengan un mayor conocimiento sobre los derechos que van a decidir.

El juicio se ha entendido por la jurisprudencia en un sentido lato, es decir, más amplio que el proceso judicial, puesto que abarca también el procedimiento administrativo. De igual forma la expresión **"tribunales previamente establecidos"** también debe entenderse en un sentido lato, es decir, no sólo abarca a los órganos del Poder Judicial, sino todos aquellos que tengan la facultad de resolver controversias de manera imparcial, como ocurre con algunas autoridades administrativas, como las agrarias. En cuanto a la frase **"las formalidades**

esenciales del procedimiento”, tenemos que son aquellas que debe tener todo procedimiento no sólo judicial, sino también administrativo.¹⁴⁷

Vinculando este precepto constitucional con la figura del arraigo, tenemos que: como ya se señaló, dicha figura opera en materia procesal y es solicitada por el Ministerio Público, al juez o incluso este podrá decretarlo de oficio; por lo tanto constituye un acto de autoridad. Y al igual que todos los actos de autoridad, deben apegarse a derecho; llámense reglamentos, leyes procesales, pero principalmente a nuestra Constitución (ya que por encima de esta no puede haber otra ley); ya que de no apegarse a esta, se estarían violentando las garantías individuales de los gobernados.

Por lo que se refiere a la materia procesal penal, tenemos que esta garantía de audiencia, es respetada por el juez; el cual para poder decretar el arraigo (como acto de autoridad), deberá escuchar al indiciado. Así tenemos por ejemplo, que el artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dispone que: *“Cuando... el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado ... recurrirá al órgano jurisdiccional... para que éste, oyendo al indiciado resuelva el arraigo.”*

El artículo 133 bis del Código Federal del Procedimientos Penales dispone que *“... Cuando el afectado pida que el arraigo ... quede sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando ... al afectado, si debe o no mantenerse”*.

¹⁴⁷ Cfr. V. Castro Juventino, GARANTÍAS Y AMPARO, Ed. Porrúa, Décima ed. México 1998, pp 235.

Los artículos 301 y 205 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, respectivamente; disponen: " ... el Ministerio Público podrá solicitar al juez fundada y motivadamente o éste disponer de oficio, con **audiencia del imputado, el arraigo de éste ...**"

En esta audiencia el supuesto arraigado podrá argumentar lo que a su derecho convenga, para determinar la procedencia lícita del arraigo; respetándose así en materia procesal penal, la garantía de audiencia.

En cuanto a la materia procesal civil, tenemos que en ninguno de los preceptos legales que regulan el arraigo, se establece que para dictar dicha medida deba escucharse en primer término al arraigable; sino lo contrario, el artículo 246 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone que "*Ni para recibir informes, ni para dictar una providencia precautoria, se citará a la persona contra quien ésta se pida*". Por lo tanto se decreta sin audiencia de la contraparte, y aunque ésta puede formular su oposición después de decretada la medida (artículo 252 del mismo ordenamiento legal), nos parece un hecho violatorio de la garantía de audiencia.

Por último, se ha discutido si la audiencia del particular debe ser previa a la afectación, y sobre este punto, encontramos que no se ha clarificado totalmente. En algunos casos se resuelve que antes de privarse de un derecho a una persona, debe permitirse su defensa dentro de una audiencia; en otros casos, se afirma que

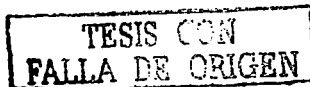
basta con conceder la audiencia después de la declaratoria de privación de derechos, para permitir la defensa del afectado.¹⁴⁸

Opinamos que debería escucharse previamente a una persona antes de que la autoridad decreta una privación de sus derechos o realice actos que afecten la libertad de las personas; ya que el artículo citado establece obligatoriamente que nadie puede ser privado de sus derechos sino reuniéndose determinados requisitos, que constituyen precisamente la audiencia, siendo cosa muy distinta la afirmación de que al fin y al cabo el agraviado será escuchado por la autoridad, por que en éste caso lo que se examinará será precisamente un acto ilegal de privación de derechos ya realizado.

4.3.3. ARTÍCULO 16.

Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite; de esta forma, dentro de nuestro sistema constitucional, ninguna autoridad puede dictar disposición alguna que no se encuentre apegada a las leyes y a la propia Constitución. Dentro de nuestro régimen constitucional, las autoridades no tienen más facultades que las que expresamente les atribuye la ley, y los actos de autoridades administrativas que no estén autorizados por ley alguna, importan violación de garantías.

¹⁴⁸ Idem. p. 236.



Podemos dividir el análisis del artículo 16 Constitucional en dos partes. La primera, de carácter general comprende la garantía de legalidad de los actos de autoridad, que se establece en el párrafo primero; y la segunda contempla las condiciones específicas que deben cumplir determinados actos de autoridad: las ordenes judiciales de aprehensión y de cateo, la orden de detención y la visita domiciliaria.

Los derechos fundamentales que establece, se dirigen a asegurar la legalidad de los actos de autoridad (primer párrafo), a proteger la libertad individual (párrafos primero a octavo) y a garantizar la inviolabilidad del domicilio (párrafos primero, octavo, décimo y decimotercero).

En otras palabras, establece los requisitos que deben de satisfacer los actos de autoridad para que sean válidos constitucionalmente y para que su contenido produzca efectos jurídicos lícitos. Y toda vez que contiene diversas disposiciones; nos enfocaremos en aquellas relativas a la libertad de los individuos.

Resulta necesario delimitar el ámbito de aplicación de la garantía de legalidad, y distinguirlo del que corresponde a la garantía de audiencia prevista en el artículo 14 constitucional; esta última es exigible sólo a los actos de autoridad que priven de sus derechos a los particulares (actos privativos); en tanto que la garantía de legalidad es aplicable a cualquier acto de autoridad que afecte o cause una molestia a los particulares, sin privarlos de sus derechos (actos de molestia).

Si bien es cierto que los actos de molestia están sujetos sólo a la garantía de legalidad, también lo es que los actos privativos deben someterse tanto a la garantía de audiencia, como a la de legalidad; ya que todo acto privativo es ineludiblemente un acto de molestia.

El párrafo inicial establece los requisitos generales que deben satisfacer todos los actos de autoridad que impliquen una molestia para los particulares y dispone que *"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento..."*

De lo anterior se deduce que la molestia, equivale a una simple perturbación a la persona, su familia, domicilio, papeles o posesiones, sin satisfacerse los requisitos que el artículo en comento establece.¹⁴⁹ Por lo tanto, todo acto de molestia debe originarse en un mandamiento; entendiéndose éste como un acto emanado de un ente supraordinado en relación con el particular y por lo tanto este está obligado a cumplirlo; dicho acto debe constar por escrito (a través de este se le notifica).

Por lo que se refiere a la frase *"autoridad competente"*, tenemos que es aquel ente facultado para emitir dicho acto. El texto legal agrega que dicho acto debe estar fundado y motivado; por fundamentación debemos entender que deben señalarse las leyes y preceptos legales aplicables al caso concreto; y por

¹⁴⁹ Idem. p. 237.

motivación, que la autoridad deberá señalar los motivos que dieron lugar al acto de molestia. Por último la frase "*causa legal del procedimiento*" implica que los actos de molestia deben tener, no sólo una causa, sino que ésta debe ser legal, fundamentada en la ley.

Como ya se menciona, la Constitución permite como limitaciones a la libertad personal la prisión preventiva (artículo 18 del mismo ordenamiento legal) y la detención; la cual se encuentra contemplada en los párrafos siguientes del artículo en comento; los cuales establecen los requisitos que deben cumplir los actos de privación de la libertad por causa penal, como son las ordenes de aprehensión y de cateo, la orden de detención, así como la visita domiciliaria. Estos actos de autoridad, además de los requisitos específicos contenidos en estos párrafos, deben cumplir con los señalados en el primer párrafo, con excepción de la detención flagrante sujeta a lo que disponen los párrafos cuarto y sexto.

Como se señaló en párrafos anteriores, únicamente nos enfocaremos en aquellas medidas relacionadas con la libertad de las personas; por lo que nos parece innecesario analizar lo relativo a la orden de cateo, las visitas domiciliarias y la intervención de comunicaciones

Así, el párrafo segundo y tercero, señalan: "*... No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena*

privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal..."

En otras palabras, se precisan los elementos de fondo que deben de cumplirse por la autoridad judicial, al momento de girar una orden de aprehensión; la cual será girada por el juez cuando exista la denuncia o querrela de un hecho determinado; cabe señalar que dicho hecho debe ser castigado con la pena corporal, es decir, no podrá librarse orden de aprehensión cuando la pena sea alternativa o no privativa de la libertad. Otro requisito es la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Una vez ejecutada dicha orden, se pondrá al presunto a disposición del órgano jurisdiccional lo más pronto posible; de lo contrario se castigará penalmente a las autoridades que la hubiesen ejecutado.

En cuanto a la figura de la detención, los párrafos cuarto, quinto y sexto disponen: "... *En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

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

De lo anterior podemos decir que la detención se presenta en dos hipótesis, diferenciables en orden a las circunstancias en que se producen y a las personas que privan de la libertad al presunto responsable:

- a) Detención por cualquier individuo, en casos de delito flagrante; y
- b) Detención por autoridad administrativa, justificada merced a la urgencia.

En el primer supuesto, tenemos que existirá flagrancia cuando el indiciado es sorprendido en el mismo momento en el que está cometiendo el ilícito. La detención por flagrancia se puede originar en tres situaciones:

- **Flagrancia en sentido estricto, la cual se presenta cuando el indiciado es sorprendido en el momento de cometer el ilícito;**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

- Cuasiflagrancia, la que se presenta cuando inmediatamente después de cometido el delito, es perseguido el indiciado; y
- Presunción de flagrancia, que se actualiza cuando después de cometido el delito, el indiciado es señalado como responsable por una persona, encontrándose en su poder el objeto del delito.

En este primer supuesto, cualquier persona puede detener al indicado, siempre que se presente alguno de los supuestos señalados.

En el segundo supuesto la detención se practicara por el Ministerio Público, pero sólo en situaciones consideradas como urgentes y ante el temor de que el indiciado pueda evadir la acción de la justicia. Esta detención se presentara cuando se trate de los delitos graves, los cuales están contemplados por el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales; y se agrega que se practicara cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, bajo su mas estrecha responsabilidad.

En ambos casos una vez ejecutada la detención, y puesto el indiciado a disposición del órgano jurisdiccional, este último deberá ratificar tal medida o liberar al indiciado.

Relacionando todo lo anterior con nuestro tema de tesis, podemos darnos cuenta que en ningún párrafo del artículo en estudio figura el arraigo, dentro de

las medidas limitativas de la libertad de las personas, contempladas por dicho artículo.

El único párrafo que podemos relacionar con la figura jurídica del arraigo es el séptimo, el cual no habla de las medidas limitativas de la libertad; sino que establece el plazo que un indiciado podrá ser privado de su libertad por el Ministerio Público.

Este párrafo establece: *"...Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal..."*

Es decir, una vez que se ha ejecutado la orden de aprehensión o de detención, el indiciado será puesto a disposición del Ministerio público; quien en cumplimiento de su función investigadora y persecutora de los delitos, tendrá cuarenta y ocho horas para integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, para así ponerlo a disposición del órgano jurisdiccional; y en caso contrario se ordenara la libertad del indiciado. Dicho precepto agrega que tratándose de delincuencia organizada el plazo para la integración será de noventa y seis horas. Y por último establece que se castigara penalmente la violación de dicho precepto.

No obstante lo anterior; en materia procesal penal tenemos que mediante la aplicación del arraigo, el indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público en los siguientes plazos:

- a) Treinta días (prorrogables por otros treinta días); de acuerdo con los artículos 270 bis y 133 bis, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código federal de Procedimientos Penales; respectivamente; tratándose del arraigo en general.
- b) Tres días, de acuerdo el artículo 271, párrafo sexto, fracción VII, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; tratándose del arraigo vinculado a ilícitos imprudenciales con motivo del tránsito de vehículos; y el específico en caso delitos sancionados con pena relativamente reducida.
- c) Noventa días, tratándose de delincuencia organizada; de acuerdo al artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

Con base en lo expuesto, podríamos decir que se esta violentando el artículo en análisis. Ya que la finalidad de que el Ministerio Público solicite el arraigo; es evitar que el presunto responsable pueda sustraerse a la acción de la justicia y así llevar a cabo una debida integración de la averiguación previa; no obstante las buenas intenciones del Ministerio Público, los plazos establecidos en materia procesal penal, para el arraigo del indiciado, van en contra de lo señalado

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

por el artículo 16 Constitucional, el cual establece que no podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas; y tratándose de delincuencia organizada por más de noventa y seis horas.

4.3.4. ARTÍCULO 18.

Dentro de las limitaciones de la libertad del individuo autorizadas por la propia Constitución, encontramos que junto con la detención; el artículo 18 del mismo ordenamiento contempla la figura de la prisión preventiva. En general dicho precepto legal señala los lineamientos elementales para procurar la readaptación social del delincuente y aclarar que a los menores infractores se les trate en forma distinta.

Asimismo, establece que se podrán celebrar tratados de intercambio de reos, con el fin de que estos cumplan su condena. En virtud de que son diversas disposiciones, nos enfocaremos únicamente en aquella relacionada con la libertad de los individuos (prisión preventiva).

La prisión preventiva, es entendida como el estado de privación de la libertad de una persona, contra la que se ejercito acción penal, pero sin que se haya dictado sentencia definitiva; dicha medida se encuentra supeditada a la existencia de un delito sancionable con pena corporal y no tiene el carácter de pena o castigo, sino que es una medida de seguridad para mantener al inculcado

a disposición del juez que conoce de su proceso, evitando que se sustraiga a la acción de la justicia.

A nuestro juicio la aplicación del arraigo, se opone a lo señalado por el precepto constitucional citado. Dicho precepto dispone que: *“Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva ...”*; no obstante lo anterior, los artículos 301 y 205 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, respectivamente; disponen que: *“Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el imputado no debe ser internado en prisión preventiva ...”*, podrá decretarse el arraigo.

Es decir, mientras que el artículo 18 Constitucional dispone tácitamente que por delito que merezca pena no corporal, el probable sujeto activo del mismo, debe permanecer forzosamente en libertad, sin sufrir restricción de ninguna especie; en materia procesal penal se contradice la insita, al disponerse que cuando no pueda ser aplicable la prisión preventiva podrá aplicarse el arraigo. Por lo tanto consideramos que la figura jurídica del arraigo, viola la garantía contenida en el artículo 18 Constitucional.

4.3.5. ARTÍCULO 19.

En pocas palabras, en este precepto legal se han dispuesto garantías para las personas que habiendo sido objeto de alguna denuncia o querrela, son

consignadas ante el juez penal para su procesamiento, independientemente de que resulten, o no, efectivamente culpables. Asimismo se fijan los requisitos que debe de contener todo auto de formal prisión.

En relación con nuestro tema de estudio, es de resaltarse el siguiente fragmento del precepto legal mencionado:

"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión ...

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio, será sancionada por la ley penal..."

Queda claro que la detención de una persona no podrá ser superior a setenta y dos horas (prorrogables a petición del indiciado), sin que el juez formule una resolución que se llama auto de formal prisión. Por lo tanto, es indudable que lo establecido en los artículos 133 bis y 270, de los Códigos de Procedimientos Penales; tanto Federal, como del distrito Federal; respecto a que el arraigo de una persona no podrá exceder de treinta días naturales; y tratándose de delincuencia organizada de noventa días, conforme al artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; es contrario a lo ordenado por el artículo constitucional citado.

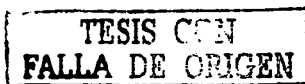
Es de destacarse que el artículo en estudio señala, que el plazo de la detención del indiciado puede prorrogarse, de acuerdo a la ley; es de suponerse que se refiere a las leyes secundarias; sin embargo, nos parece necesario que se eleve a nivel constitucional el límite de dicha prórroga y así evitar detenciones indefinidas que resultarían perjudiciales para el indiciado.

En pocas palabras, la Constitución señala un término para que los jueces penales resuelvan la situación jurídica del indiciado, ya sea poniéndolo en inmediata libertad, o bien ordenando su formal procesamiento, según el caso, para evitar la arbitrariedad de detenciones indefinidas.

Por último y con base a lo expuesto, podríamos decir que se está infringiendo el artículo en análisis. Ya que en todo estado de derecho, la autoridad del rango que sea debe ineludiblemente acatar lo ordenado en la Constitución vigilando que los ordenamientos jurídicos secundarios, no la contraríen. Y en materia de arraigo, los plazos señalados en materia procesal para esta figura jurídica, van en contra de lo establecido por el artículo 19 constitucional, respecto al plazo de la detención de un sujeto.

4.3.6. JURISPRUDENCIA.

A fin de dar mayor claridad a los argumentos presentados, vale la pena citar las siguientes tesis jurisprudenciales y jurisprudencias:



ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.

La orden de arraigo si es un acto restrictivo de la libertad personal y por consecuencia el régimen relativo a la suspensión, debe ventilarse conforme a los artículos 130 en sus dos últimos párrafos y 136 de la Ley de Amparo. En tales condiciones, como el acto reclamado afecta la libertad personal y se trata de un mandamiento dictado por autoridad judicial, la suspensión debe regirse por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 136 de la propia ley.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo VIII, Septiembre de 1998. Tesis XVIII. 1o. 4 P. , página 1142.

ARRAIGO, ORDEN DE. NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.

La orden jurisdiccional de arraigo que contempla el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no afecta la libertad personal propiamente dicha, a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulada por el artículo 11 de la Constitución General de la República.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo IX, Enero de 1999. Tesis I. 1 o. P. J/12, página 610.

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.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo IX, Enero de 1999. Tesis I. 4o. P. 18 P, página 828.

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.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Primera Sala, tomo X, Noviembre de 1999. Tesis Ia./ J. 78/99, página 55.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. Las medidas cautelares, podemos entenderlas como aquellos actos procesales impuestos por el juez, con carácter provisional, a instancia de parte o de oficio, con la finalidad de conservar la materia del proceso y asegurar así el cumplimiento de las resoluciones judiciales, evitando un irremediable daño. Cabe señalar que pueden solicitarse antes o después de iniciado el juicio o proceso.

Existe una variedad de medidas cautelares, las cuales, se pueden ordenar en dos grupos; por una parte se disponen las que coartan el ejercicio del derecho de propiedad del sujeto del proceso, llamadas medidas cautelares reales; y por otra parte, las que afectan la libertad personal del sujeto, llamadas medidas cautelares personales. Y es a través de los ordenamientos procesales, que se han señalado el momento, los casos y la forma como se puede limitar estos.

Dentro de las medidas cautelares de carácter real se ubican: el embargo, la contragarantía, el depósito, la hipoteca, la fianza, el aseguramiento de objetos y la interceptación telefónica.

Respecto a las medidas cautelares de carácter personal, se disponen: el arraigo, la incomunicación, el examen anticipado de testigos, el internamiento de

enfermos, la custodia de testigos, la prohibición de conducir vehículos, la detención, la prisión preventiva, la libertad bajo protesta y bajo caución y la libertad previa.

SEGUNDA. Entre las medidas cautelares de carácter personal, distintivas del proceso penal, tenemos aquellas que restringen la libertad personal o física del sujeto pasivo del proceso penal, presumido como sujeto activo del delito.

Podemos decir que los ordenamientos jurídicos que regulan el proceso penal, imponen la necesidad de restringir la libertad personal, ya que de lo contrario, resultaría imposible asegurar la presencia del supuesto autor del ilícito penal ante el órgano jurisdiccional y en consecuencia, el proceso quedaría estancado.

Por lo tanto, la presencia del procesado ante el juez, resulta imprescindible en un sistema acusatorio como el que prevalece en el medio mexicano. Lo contrario equivaldría a que el Ministerio Público ejercitase la acción penal y la secuela procesal no se verificara por la ausencia de aquel en contra de quien se ejercitó o inclusive, que el proceso tuviera lugar a espaldas de una persona con derecho a disfrutar de las garantías que para esos fines fueron establecidas en la Constitución.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Estas medidas cautelares, restrictivas de la libertad, tienen un carácter meramente preventivo y no sancionador, logrando la custodia del que ha delinquido pero simplemente por el tiempo necesario para su procesamiento.

TERCERA. Constitucionalmente hablando, los únicos casos en los que se permite la aplicación de la medida restrictiva de la libertad personal, son: por un lado los de detención y por otro los de prisión preventiva. Dentro de los medios de detención, se encuentran: la orden de aprehensión, la flagrancia y el caso urgente. Y como único caso de prisión preventiva, tenemos el auto de formal prisión.

La detención, puede entenderse como, el acto por virtud del cual una persona que goza de su libertad locomotiva, es privada de ella; por ser considerada como probable autor de un ilícito; quedando a disposición de las autoridades. Y debido a que el plazo de la detención es muy breve, se vuelve necesario que para que continúe restringida su libertad, recaiga un pronunciamiento del juez; este pronunciamiento es el auto de formal prisión, el cual dispone la prisión preventiva del sujeto.

CUARTA. Dentro de los ordenamientos procesales, podemos encontrar que se autoriza otra medida restrictiva de la libertad; no contemplada por la Constitución, ésta es la del arraigo.

Esta medida se presenta, cuando el Ministerio Público durante el término que le otorga la Constitución, no ha podido integrar el cuerpo del delito o la

probable responsabilidad del inculpado, y existe el riesgo de que evada la justicia, por lo que el Ministerio Público solicitara al juez competente el arraigo del aún indiciado. De esta forma, el aseguramiento del presunto responsable de la comisión de un delito, permite al órgano investigador o jurisdiccional, que aquel no se sustraiga de la acción penal.

Es importante señalar, que la solicitud de arraigo procede del Ministerio Público, cuando se ha iniciado una averiguación previa, pero la disposición del arraigo sólo puede emanar del juzgador.

En pocas palabras, con esta medida restrictiva de la libertad, se logra la custodia del que ha delinquido pero exclusivamente por el tiempo indispensable para la debida integración de la averiguación.

QUINTA. La figura del arraigo puede ser entendida como la medida cautelar, dispuesta por el juez, ya sea de oficio o a petición del Ministerio Público; en contra de la persona a quien se le ha entablado o va entablársele una demanda, hablando de materia civil; o bien durante la averiguación previa o el proceso, hablando de materia penal; ante el temor de que pueda sustraerse a la acción de la justicia. A través de esta medida se ordena al arraigado, no abandonar determinado lugar; encargándose de la vigilancia de este el Ministerio Público y sus auxiliares.

Tanto en la legislación procesal civil, como en la penal, se encuentra regulada la figura del arraigo. No obstante lo anterior, es preciso advertir que sólo es uno el arraigo, como medida cautelar, pero existen diferentes formalidades para poder solicitarlo, según las características y requisitos que cada materia establece; sea en materia civil o penal.

En materia civil, puede ser solicitado, antes de presentar la demanda, al tiempo de interponerla, y después de iniciado el juicio, es decir, en el transcurso del mismo. Mientras que en materia penal, puede ser solicitado durante el periodo de averiguación previa; o bien durante el proceso.

SEXTA. En materia civil es considerado como una medida precautoria impuesta por un juzgador, para aquellos casos en que el actor tenga el temor fundado de que el demandado, o quien lo pueda ser, se oculte o se sustraiga del lugar en que se este llevando el proceso, sin antes haber dejado un representante legítimo con facultades y medios suficientes para responder de los resultados del procedimiento de que se trate.

Resulta interesante mencionar que en materia procesal civil a nivel federal no se prevé la figura del arraigo; la cual si podemos encontrar dentro del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, específicamente en el artículo 238.

De acuerdo con los artículos 237, 240 y 241 del Código de Procedimientos Civiles, el arraigo de personas puede ser solicitado en tres momentos:

- a. Antes de presentar la demanda (artículo 241 del C. P. C. D. F.),
- b. Al tiempo de interponerla (artículo 240 del C. P. C. D. F.), y
- c. Después de iniciado el juicio (artículo 237 del C. P. C. D. F.).

Para que dicha figura pueda aplicarse, es necesario que el solicitante otorgue una garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que se ocasionen al demandado, en caso de que su aplicación resulte infundada. El monto de dicha garantía, quedara al arbitrio del juez.

En cuanto a las incongruencias que pudimos encontrar en materia procesal civil; tenemos:

Por un lado el artículo 240, del ordenamiento citado, dispone que el arraigo *"... se reducirá a prevenir al demandado que no se ausente del lugar del juicio ..."*, hecho que nos parece inadecuado, toda vez que no podemos decir que existe un juicio cuando apenas se ha entablado la demanda y dictado un auto, dando entrada formal a esta.

Por otro lado, el arraigo se decreta sin audiencia de la contraparte, y aunque ésta puede formular su oposición después de decretada la medida (artículos 246 y 252 del mismo ordenamiento legal), nos parece un hecho violatorio de la garantía de audiencia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por último, consideramos que tal medida resulta innecesaria, ya que no es indispensable para continuar el juicio la presencia del demandado, ya que todas las diligencias de prueba pueden efectuarse sin aquél, pudiéndose seguir el juicio en rebeldía.

SÉPTIMA. En materia procedimental penal, tal medida pretende sujetar al presunto responsable de un delito, en el lugar de la investigación o juicio; a fin de asegurar la reparación del daño y la imposición de la pena respectiva.

En este orden de ideas, la finalidad primordial del arraigo, es el impedir que el indiciado en el proceso de la averiguación previa, evada la responsabilidad que pudiera imputársele con relación a los hechos que se investigan; es decir, que se ausente o se oculte la persona contra la cual se hubiera entablado una denuncia, e impedir que abandone el lugar en que se instauró la denuncia o querrela, con lo que se asegura la disponibilidad para que declare o para que se lleven a cabo las diligencias conducentes, dentro de la indagatoria o bien del proceso penal.

Durante la averiguación previa, el arraigo, se presenta en varios supuestos:

- a) *El general para todo delito*; contemplado por el artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales. Resulta interesante el hecho de que mientras que en materia civil el arraigo se decreta sin audiencia de la contraparte; en materia penal si debe llevarse a cabo la audiencia.

En este supuesto, hablando de materia federal, se establece que el arraigo será domiciliario; es decir, la persona que debe ser sujeta de la figura del arraigo, debe cumplir con este en su domicilio. Sin embargo en la práctica, esto no se lleva a cabo; ya que en muchas ocasiones tal medida se práctica en lugares distintos al domicilio del arraigable; como son los hoteles o tratándose de delincuencia organizada en inmuebles especialmente establecidos por la Procuraduría General de la República.

- b) *El vinculado a ilícitos imprudenciales con motivo del tránsito de vehículos;* regulado por los artículos 271, párrafo sexto, fracción IV, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y por el 135, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales.

Consideramos que en materia federal esta figura, presenta una incongruencia; al establecerse que *"... El Ministerio Público dispondrá la libertad del inculgado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 399 ..."*; como podemos ver, resulta inadecuado el uso que se hace de la frase *"inculgado"*; ya que si estamos hablando de la averiguación previa, el término más adecuado sería el de presunto responsable.

Asimismo, se establece que se solicitara en *"caso necesario"*; dicha frase es muy amplia ya que podríamos estar hablando de muchas situaciones. Es de suponer que se refiere al hecho de que el presunto responsable pudiera sustraerse a la acción de la justicia; sin embargo sería conveniente agregar que se

solicitará ante el temor fundado de que el presunto responsable pretenda evadir la acción penal.

- c) El específico en caso de delitos sancionados con pena relativamente reducida; regulado por el artículo 271, párrafo sexto, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.*

Este supuesto faculta al presunto responsable, para poder trasladarse al lugar de su trabajo; resulta relevante el hecho de que después de haber analizado todos los preceptos legales referentes a el arraigo, podemos ver que en ninguno (con excepción del precepto legal en estudio) se hace referencia a que el presunto responsable pueda trasladarse a su trabajo; suponemos que esto obedece a que se trata de delitos sancionados con una penalidad reducida, y que por lo tanto no estaríamos hablando de presuntos delincuentes peligrosos; por lo que no habría inconveniente en que estos continuasen desempeñando su trabajo.

- d) El arraigo de testigos; regulado por el artículo 256 del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 215 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.*

En esta modalidad, no se establece el plazo, del arraigo; lo que podría ocasionar, que se vulneren las garantías del arraigado. Motivo por el cual, consideramos que se debería establecer, en dichos preceptos, un plazo de este.

- e) *El relacionado con la delincuencia organizada; regulad por el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.*

La aplicación de esta medida resulta perjudicial para el arraigado, ya que, el lugar en el que se cumpla el arraigo, así como la forma y medios de realización, se señalarán en la solicitud; y toda vez que la solicitud es hecha por el Ministerio Público, quedaran al arbitrio de este las condiciones en que deba cumplirse. Por lo tanto, consideramos pernicioso que el arraigado tenga que cumplir con tal medida en las condiciones que determine el Ministerio Público, que es quien lo acusa; ya que al quedar estas al arbitrio del mismo, este podría obtener una ventaja sobre el arraigado; lo que implica que ya no habría una equidad entre las partes.

Conforme a los artículos 301 y 205 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, respectivamente; esta medida, puede presentarse durante el proceso.

OCTAVA. La figura jurídica del arraigo es considerada como una medida cautelar; al menos en materia procesal civil y penal, la cual implica una limitación a la libertad. Sin embargo en materia constitucional esto no es así; ya que dicha limitación a la libertad, en su modalidad de arraigo, como tal; no se encuentra expresamente autorizada por ninguno de los 136 artículos del texto Constitucional.

De esta forma, nos encontramos con que ninguna ley secundaria (en este caso, los ordenamientos procesales), podrá estar por encima de la Constitución,

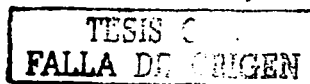
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

por ser esta la de mayor jerarquía; por lo tanto las limitaciones a la libertad de las personas, únicamente podrán ser legitimadas por la propia Constitución, la cual no autoriza más limitaciones a libertad procesal del individuo que la detención (artículo 16) y la prisión preventiva (artículo 18); quedando fuera de estas limitantes el arraigo.

NOVENA. En cuanto a las garantías constitucionales que regulan precisamente la libertad de los individuos y la forma de restringirla; encontramos que en el artículo 11 constitucional, se regula la libertad de tránsito de los individuos, la cual no puede limitarse, sino en los casos de responsabilidad civil o penal.

No obstante, en materia civil se restringe dicha libertad de tránsito, al obligar al demandado o presunto a que no se ausente del lugar del juicio, sin dejar representante para responder del posible daño. Lo mismo sucede en materia penal, en donde aún en la fase de averiguación previa, sin que se demuestre plenamente la responsabilidad de una persona esta es arraigada.

A nuestro juicio, la aplicación del arraigo, se opone a lo establecido por el precepto constitucional citado, el cual dispone que el órgano jurisdiccional podrá limitar la libertad de tránsito en caso de *responsabilidad* civil o penal, es decir dicha responsabilidad deberá ser objeto de declaración jurisdiccional, a través de una sentencia condenatoria y privativa de la libertad; sin embargo esta medida cautelar, se aplica al individuo cuando este se encuentra sujeto a un proceso o



una averiguación previa, en donde ni siquiera se ha ejercitado acción penal; por lo tanto es considerado como *presunto responsable* de un delito, es decir no se ha comprobado su *responsabilidad*.

La inclusión del arraigo en el procedimiento penal, seguramente acusa una buena intención; no obstante, aún con los requisitos y lapsos para su aplicación, no deja de ser violatorio del artículo en comento; por introducir una limitación a la libertad que dicho precepto prohíbe.

DECIMA. El artículo 14 de nuestra Constitución, contiene entre otras garantías, la de audiencia: la cual debemos entenderla como el derecho que tiene toda persona para que, previamente a cualquier acto de autoridad que pueda llegar a privarla de sus derechos o posesiones, se le dé una oportunidad razonable de defenderse en juicio. Dicha garantía, tutela entre otros derechos, la libertad de las personas; por lo que se encuentra intrínsecamente ligada con la figura del arraigo.

Por lo que se refiere a la materia procesal penal, tenemos que esta garantía de audiencia, es respetada por el juez; el cual para poder decretar el arraigo, deberá escuchar al indiciado.

Sin embargo, en materia procesal civil, tenemos que en ninguno de los preceptos legales que regulan el arraigo, se establece que para dictar dicha medida deba escucharse en primer término al arraigable; sino todo lo contrario; el

artículo 246 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone que *"Ni para recibir informes, ni para dictar una providencia precautoria, se citará a la persona contra quien ésta se pida"*.

Por lo tanto se decreta sin audiencia de la contraparte, y aunque ésta puede formular su oposición después de decretada la medida (artículo 252 del mismo ordenamiento legal), nos parece que la aplicación del arraigo en materia procesal civil, constituye un hecho violatorio de la garantía de audiencia.

DECIMO PRIMERA. Dentro del contexto del artículo 16 Constitucional se comprenden la garantía de legalidad de los actos de autoridad, así como las condiciones específicas que deben cumplir determinados actos de autoridad: las ordenes judiciales de aprehensión y de cateo, la orden de detención y la visita domiciliaria.

En otras palabras, establece los requisitos que deben de satisfacer los actos de autoridad para que sean válidos constitucionalmente y para que su contenido produzca efectos jurídicos lícitos.

Cabe señalar que en ningún párrafo del artículo citado, se hace referencia a la figura del arraigo, dentro de las medidas limitativas de la libertad de las personas; contemplándose únicamente la figura de la detención.

Por otro lado, el párrafo el séptimo de dicho precepto constitucional, establece el plazo que un indiciado podrá ser privado de su libertad por el Ministerio Público; el cual no podrá ser superior a cuarenta y ocho horas, y de noventa y seis horas en los casos de delincuencia organizada.

No obstante lo anterior; en materia procedimental penal tenemos que mediante la aplicación del arraigo, el indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público en los siguientes plazos:

- a) Treinta días (prorrogables por otros treinta días); de acuerdo con los artículos 270 bis y 133 bis, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código federal de Procedimientos Penales; respectivamente; tratándose del arraigo en general.
- b) Tres días, de acuerdo el artículo 271, párrafo sexto, fracción VII, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; tratándose del arraigo vinculado a ilícitos imprudenciales con motivo del tránsito de vehículos; y el específico en caso delitos sancionados con pena relativamente reducida.
- c) Noventa días, tratándose de delincuencia organizada; de acuerdo al artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Con base en lo expuesto, podríamos decir que se esta violentando el artículo 16 constitucional, al retenerse al presunto, por un lapso de tiempo superior, al autorizado por dicho artículo.

DECIMO SEGUNDA. Respecto al artículo 18 constitucional; regula la prisión preventiva, contemplada como una de las medidas limitativas de la libertad del individuo.

A nuestro juicio la aplicación del arraigo, se opone a lo señalado por el precepto constitucional citado, el cual dispone que: *“Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva ...”*; no obstante lo anterior, los artículos 301 y 205 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, respectivamente; disponen que: *“Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el imputado no debe ser internado en prisión preventiva ...”*, podrá decretarse el arraigo.

Es decir, mientras que el artículo 18 Constitucional dispone tácitamente que por delito que merezca pena no corporal, el probable sujeto activo del mismo, debe permanecer forzosamente en libertad, sin sufrir restricción de ninguna especie; en materia procesal penal se contradice la insita, al disponerse que cuando no pueda ser aplicable la prisión preventiva podrá aplicarse el arraigo. Por lo tanto consideramos que la figura jurídica del arraigo, viola la garantía contenida en el artículo 18 Constitucional.

DECIMO TERCERA. Por último el artículo 19 constitucional, dispone garantías para las personas que habiendo sido objeto de alguna denuncia o querrela, son consignadas ante el juez penal para su procesamiento.

De acuerdo a este precepto jurídico, ninguna detención podrá ser superior a setenta y dos horas, prorrogables; sin que el juez formule una resolución que se llama auto de formal prisión. Por lo tanto, es innegable que lo señalado en los artículos 133 bis y 270, de los Códigos de Procedimientos Penales; tanto Federal, como del distrito Federal; respecto a que el arraigo de una persona no podrá exceder de treinta días naturales; y tratándose de delincuencia organizada de noventa días, conforme al artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; es contrario a lo ordenado por el artículo constitucional citado.

En cuanto al hecho de que el plazo de la detención del indiciado podrá prorrogarse; en el texto legal no se establece un límite a dicha prórroga. Por lo que, nos parece necesario que se eleve a nivel constitucional el límite de dicha prórroga y así impedir detenciones indefinidas que resultarían perjudiciales para el indiciado.

Sin embargo, estamos en desacuerdo con la prórroga de tal figura; toda vez que en los procedimientos ante tribunales, la justicia impartida a cargo del Estado, se hará sin demora alguna, con celeridad (economía procesal), éste es el principio que debemos cuidar. A fin de darle al procedimiento tanto de arraigo como de investigación la eficacia que debe, con lo que se evitarán atrasos injustificados e incongruencias que afectan al arraigado

En base a lo expuesto, podemos decir que se esta infringiendo el artículo 19 constitucional; ya que los plazos señalados en materia procesal para el arraigo, van en contra de lo establecido por dicho artículo.

DECIMO CUARTA. En base a los argumentos presentados y apoyándonos en las jurisprudencias presentadas en el capítulo IV, podemos decir que mediante la aplicación de la figura del arraigo, evidentemente se violentan las garantías constitucionales, consagradas en los artículos 11, 14, 16, 18 y 19 del ordenamiento constitucional; por lo tanto dicha figura jurídica resulta ser inconstitucional; por lo que dicha inconstitucionalidad puede ser atacada mediante el juicio de amparo, contemplado por los artículos 103 y 107 de la misma Constitución, así como los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo.

PROPUESTA.

El arraigo, desafortunadamente, ha permitido innumerables arbitrariedades, en contra de los individuos; por lo que resulta necesario delimitarlo y establecer de una manera mas adecuada, los casos y formas de llevarlo a cabo limitativamente.

En base a todos los argumentos presentados, consideramos que para que la aplicación de la figura del arraigo, no violente las garantías constitucionales, en perjuicio de las personas; debe adicionarse al texto del artículo 11 constitucional una sola palabra, "*PROBABLE*"; para quedar de la siguiente manera:

"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, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de probable responsabilidad criminal o civil ..."

Esto permitirá que el Ministerio Público en la averiguación previa si estima necesario y se cumplen los requisitos de ley, pueda solicitar al juez, fundada y motivadamente la necesidad de arraigar a alguna persona que sea presunta responsable, permitiendo al juez, disponer del arraigo del presunto responsable sin violar el artículo 11.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

BIBLIOGRAFÍA.**A) Doctrina.**

ARILLA Bas, Fernando. EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO. Ed. Porrúa. Vigésimo primera ed. México 2001.

BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. DERECHO PROCESAL PENAL. Ed. Mc Graw – Hill. México 2001.

BECERRA Bautista, José. EL PROCEDIMIENTO CIVIL EN MÉXICO. Ed. Porrúa. Decimoséptima ed. México 2000.

CALAMANDREI, Piero. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES. Trad. de Sentis Melendo Santiago. Ed. Bibliográfica, Buenos Aires.

COLÍN Sánchez, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Ed. Porrúa. Decimoctava ed. México, 1999.

COLOMBO Carlos J. Álvarez, Juliá Luis. CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. T. I. Ed. Abeledo – Perrot. Argentina 1992.

COUTURE, Eduardo J. VOCABULARIO JURIDICO. Ed. Depalma. Cuarta reimpresión. Buenos Aires, 1991.

CRUZ Agüero, Leopoldo de la. PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. Ed. Porrúa. Segunda ed. México 1996.

CUENCA Dardon, Carlos E. MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. Ed. Cárdenas. Cuarta ed. México 2000.

DÍAZ de León, Marco. Diccionario Penal. Ed. Porrúa. Tercera ed. México 1998.

DI IORIO, Alfredo J. TEMAS DE DERECHO PROCESAL. Ed. Depalma. Argentina 1985.

FLORIAN, Eugenio. ELEMENTOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL. Ed. Bosch. Segunda ed. Barcelona 1934.

GARCÍA Ramírez, Sergio. CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL. Ed. Porrúa. Quinta ed. México 1989.

GARCÍA Ramírez, Sergio y Adato Green Victoria. PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO. Ed. Porrúa. Novena ed. México 1999.

GARCÍA Ramírez, Sergio. EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. Ed. Porrúa. Tercera ed. México 2001.

GARRONE, José Alberto. DICCIONARIO MANUAL JURÍDICO. Ed. Abeledo-Perrot. Primera reimpression. Argentina 1991.

GÓMEZ Lara, Cipriano. DERECHO PROCESAL CIVIL. Ed. Oxford. Sexta ed. México 1999.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Ed. Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México. Décima ed. México, 1997.

MARTÍNEZ Botos, Raúl. MEDIDAS CAUTELARES. Ed. Universidad. Argentina 1990.

OVALLE Favela, José. DERECHO PROCESAL CIVIL. Ed. Oxford. Octava ed. México 1999.

PALACIO Lino, Enrique. DERECHO PROCESAL CIVIL. T. VIII. Ed. Abeledo – Perrot. Argentina 1985.

PALLARES, Eduardo. DERECHO PROCESAL. Ed. Fontamara. México 1997.

PALOMAR de Miguel, Juan. DICCIONARIO PARA JURISTAS. Ed. Ediciones Mayo. México 1981.

PÉREZ Palma, Rafael. GUIA DE DERECHO PROCESAL PENAL. Ed. Cárdenas. Cuarta ed. México 1997.

PINA Vara, Rafael de. DICCIONARIO DE DERECHO. Ed. Porrúa, Decimoséptima ed. México 1991.

RUBIANES, Carlos J. MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL, T. III. Ed. Depalma. Tercera reimpresión. Argentina 1985.

SILVA Silva, Jorge Alberto. DERECHO PROCESAL PENAL. Ed. Oxford. Segunda ed. México 1999.

V. Castro Juventino. GARANTÍAS Y AMPARO. Ed. Porrúa. Décima ed. México 1998.

ZAMORA-Pierce, Jesús. GARANTIAS Y PROCESO PENAL. Ed. Porrúa. Decima ed. México 2000.

ZAVALA Baquerizo, Jorge E. EL PROCESO PENAL T.III. Ed. Edino. Tercera ed. Colombia 1990.

B) Legislación.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Penal para el D. F.

Código de Procedimientos Penales para el D. F.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el D. F.

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

C) Jurisprudencia.

ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Primera Sala, tomo X, Noviembre de 1999. Tesis la./ J. 78/99, página 55.

ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo VIII, Septiembre de 1998. Tesis XVIII. 1o. 4 P. , página 1142.

ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRÁNSITO.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo IX, Enero de 1999. Tesis I. 4o. P. 18 P, página 828.

ARRAIGO, ORDEN DE. NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo IX, Enero de 1999. Tesis I. 1 o. P. J/12, página 610.

TESTIGOS, ARRAIGO DE LOS, EN MATERIA PENAL.

Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época, Primera Sala, tomo CIV, página 1620.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**