



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MATATIPAC
Con Estudios Incorporados de la UNAM. Clave 8854

***"LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL
ARRAIGO PENAL"***

TESIS PROFESIONAL

**Para Obtener el Título de:
LICENCIADO EN DERECHO**

Presenta:

ALFONSO MENDEZ LÓPEZ

Asesores:

LIC. JUAN CAMPOS HERNÁNDEZ

LIC. CARLOS EDUARDO HERRERA LÓPEZ



Tepic, Nayarit; Abril del 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A Dios por darme vida y salud para concluir mis Estudios Profesionales

A mis padres Ingeniero Alfonso Méndez Blanca y Maria Tomasa López Zavalza, por haber educado e inculcado valores como son la lealtad, honradez, el trabajo, la humildad y sobre todo por haberme dado las herramientas para ser alguien en la vida.

A mi Flaca, por su amor, apoyo y comprensión, gracias por ser mi esposa.

A mi Mama Teresa, gracias por todo, te extraño, esto es por ti y todo lo que haga en la vida también.

A mis hermanos Pepe y Teresa por su apoyo incondicional y cariño.

A mis tías Martha y Teresa, gracias por su cariño.

Y sobre todo gracias, a una persona que admiro y quiero mucho, al Doctor Miguel Medrano Covarrubias, ¡padrino **MISIÓN CUMPLIDA**.¡

INDICE

I.- INTRODUCCIÓN

II.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

III.-HIPÓTESIS

IV.- TESIS

CAPITULO I.- GENERALIDADES DEL ARRAIGO

1.1.- Antecedentes

1.2.- Definición en sentido amplio

1.3.- Definición doctrinal

1.4.- Definiciones en materia penal

1.5.- Precisiones respecto a las definiciones en materia penal

1.6.- Elementos

1.7.-.- Clasificación del Arraigo en el derecho procesal

1.8.- Breve crítica a la definición en materia penal

CAPITULO II.- MARCO CONSTITUCIONAL DEL ARRAIGO JUDICIAL

2.1- Artículo 1 constitucional

2.2.- Artículo 14 constitucional

2.3.- Artículo 16 constitucional

2.4.- Artículo 17 constitucional

2.5.- Artículo 18 constitucional

2.6.- Artículo 19 constitucional

2.7.- Artículo 11 constitucional

CAPITULO III.- CONSECUENCIAS DEL ARRAIGO JUDICIAL DOMICILIARIO EN LA ACTUALIDAD

3.1.- Consecuencias

3.2.- Violación al bien jurídico tutelado

CAPITULO IV.- EL ARRAIGO JUDICIAL EN EL DERECHO COMPARADO

4.1.- Chile

4.2.- Uruguay

4.3.- Bolivia

4.4.- Republica Dominicana

4.5.- Opinión de la Suprema Corte de Justicia

4.5.1.- Criterio que sostiene la postura que el arraigo no afecta la libertad personal

4.5.2.- Razonamiento Lógico – Jurídicos, mas relevantes de las ejecutorias que integran las citadas jurisprudencia

4.5.3.- Criterio que sostiene la postura que el arraigo afecta la libertad personal.

4.5.4.- Razonamientos Lógicos – Jurídicos, mas relevantes de las ejecutorias que integran las citadas jurisprudencias.

4.5.5.- Contradicción de tesis resuelta por la primera sala de la suprema corte de justicia de la nación, de los criterios opuestos en relación al arraigo.

CAPITULO V.- LA NECESIDAD DE DEROGAR LA FIGURA JURÍDICA DEL ARRAIGO JUDICIAL EN SU MODALIDAD DE DOMICILIARIO DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

5.1.- Breves comentarios

PROPUESTA

BIBLIOGRAFÍA

LA INCOSTITUCIONALIDAD DEL ARRAIGO EN MATERIA PENAL.

INTRODUCCIÓN

El ser humano, común a los de su especie físicamente, pero diferente a todos por revestir una personalidad autónoma que lo hace único, requiere de libertad en el pensar y en el actuar. Como límite a esa libertad existe la heteronomía del derecho, que fue creado para servir al hombre a través del conjunto de normas que dirigen su vida en beneficio de los demás. Filosóficamente y jurídicamente el ser humano aprecia su libertad, incluso para algunos, sin ésta no es posible concebir la vida misma. Luego, restringir la libertad de las personas debe sustentarse en bases emanadas por el legislador en las que se pondere la conducta de aquellos que merezcan perder ese bien preciado.

Al estar redactando me viene a la memoria el famoso asunto del comediante Mario Bezares, la edecán Paola y Erasmo Pérez Garnica alias “el Cholo”, quienes estuvieron arraigados en un cuarto de hotel, como presuntos responsables en el homicidio del comediante Francisco Stanley; los cuales una vez arraigados fueron consignados al órgano jurisdiccional y absueltos de la participación en el homicidio, lo que denotó que dicha medida precautoria fue una herramienta que utilizó el Ministerio Público para darse tiempo y reunir elementos aparentes que integrarían el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, sin importarle a dicha autoridad investigadora que con su actuar estaba atropellando un sinnúmero de garantías constitucionales a los arraigados .

Es por ello, que es ineludible resolver tal problema mediante la derogación del Arraigo Judicial en su modalidad de domiciliario del Código Federal de Procedimientos Penales.

La presente investigación esta integrada de la siguiente forma:

Capitulo primero, se ocupa de las generalidades del Arraigo, como sus antecedentes, definiciones en sentido amplio, doctrinal y en material penal, así como, precisiones respecto a las definiciones en Materia Penal, sus elementos, clasificación del arraigo dentro del derecho procesal penal y una breve critica a la definición en materia penal.

En el Capitulo segundo se ocupa del Marco Constitucional del Arraigo, destacando principalmente los artículos 1, 11, 14, 16, 17, 18, 19 Constitucionales.

El Capitulo tercero hace referencia a las consecuencias del arraigo judicial domiciliario en la actualidad, así como las violaciones al bien jurídico tutelado.

El Capitulo cuarto hace referencia a un estudio comparativo del arraigo judicial en los ordenamientos Subjetivos Penales de Chile, Uruguay, Bolivia y Republica Dominicana, así como la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación .

Por ultimo, en el capitulo quinto se menciona la necesidad de derogar la figura jurídica del arraigo judicial en su modalidad de domiciliario del Código Federal de Procedimientos Penales.

Para la presente investigación se aplico la metodología siguiente:

El **método sistemático**, ya que se ocupo de ordenar los conocimientos agrupándolos en sistemas coherentes, y así organizar el presente trabajo de investigación. El **método deductivo**, porque se realizó tomando como fundamento algunos principios o conocimientos generales que son aplicables para inferir conclusiones particulares. El **método comparativo**, ya que consistió en la comparación de legislaciones por medio de sus semejanzas y diferencias. El **método histórico**, se aplico para tomar el punto de referencia, para el desarrollo cronológico del saber y de la experiencia de los tiempos. El **método fenomenológico**, se lleva a cabo para eliminar todos los elementos subjetivos del observador sin prejuizar, sin emitir ningún juicio, y así poder describir las cosas tal como han pasado, es decir, tal como son, por que todo lo que se realizo en la presente tesis se efectuó de manera objetiva y real. Y por ultimo el **método científico**, ya que es este proceso sistemático y razonado el que el investigador realiza para llegar a la verdad científica.

Para la presente investigación fue necesario la consulta de bibliografía extranjera y nacional, así como de consultas de Internet y periodísticas como el asunto del famoso comediante y conductor de televisión Mario Bezares.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El arraigo fue introducido en la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, en Diciembre de 1983, como una innovación respecto de la regulación de las medidas precautorias en los textos anteriores, en los que únicamente se establecía la libertad caucional previa o administrativa durante la indagatoria; dicha figura jurídica se encuentra establecida en el artículo 133 bis del Código Federal Sustantivo Penal, el cual dispone que la autoridad judicial podrá a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización , a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista riesgo fundado que se sustraiga a la acción de la justicia. Dicha medida precautoria es objeto de cuestionamiento sobre su justificación Constitucional, pues si bien se reglamenta en la Ley secundaria (procesal) como medida precautoria para asegurar la disponibilidad del inculpado en la averiguación previa o el proceso penal, dicho ejercicio hoy en día es un caso más de privación de la libertad, cuya practica abusiva en tales condiciones sería inconstitucional por que tendría una ejecución de imposible reparación, dado que sus consecuencias afectarían inmediatamente los derechos fundamentales del hombre o del gobernado, que tutela la Constitución por medio de las Garantías individuales, en virtud de que aún suponiendo que no se ejerciera acción penal en su contra, jamás obtendría la reparación de su derecho.

HIPÓTESIS.

Como punto de partida en este trabajo de investigación, es necesario que preliminarmente se exponga la hipótesis general en la cual versará el cuerpo de dicha investigación, la cual me permito redactarla como sigue:

El arraigo domiciliario en materia penal, es inconstitucional por afectar la libertad personal de los indiciados, en oposición a lo consagrado por la Carta Magna que especifica los casos en que únicamente esta garantía puede ser restringida.

Lo que nos lleva a resolver el problema mediante la derogación de dicha figura jurídica del Código Federal de Procedimientos Penales, para evitar que el Ministerio Público, la utilice como herramienta que encubra su ineficacia en la integración del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado sin importarle con ello que violente garantías estipuladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

TESIS

La necesidad de legislar respecto a la figura del Arraigo Judicial en materia penal, en su modalidad de domiciliario toda vez que resulta inconstitucional, ya que los únicos actos de autoridad permitidos por la Carta Magna, destinados a privar de la libertad a un individuo por causa penal, son: La Orden Judicial de Aprehensión, la detención en flagrante delito y la detención por orden del Ministerio Público.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DEL ARRAIGO JUDICIAL.

1.1.- ANTECEDENTES

El Arraigo no es una figura novedosa, dado que tiene sus antecedentes en el propio Derecho Romano, dentro del capítulo de las obligaciones nacidas en los *ex delictos* mismo que puede ser catalogada como una acción prejudicial, ya que estas tenían por objeto, resolver judicialmente ciertas cuestiones de derecho o de hecho cuya solución podía ser útil al demandante, en vista de un proceso ulterior; de donde procede el nombre de praejudicia o acciones prejudiciales. “*Estas podían intentar obtener una condena o quedar reducido a un simple intento.*”¹

Literalmente en el Derecho Romano, no se manejó como tal dicha acción del arraigo, sin embargo ello es producto del incumplimiento de una obligación surgida del viejo procedimiento de la *legis actiones*, misma que se ejecutaba por la *manus injectio* y por la *pignoris-capio*. La ejecución directa y personal, en virtud de la *actio indicatis*, autorizaba al acreedor a tomar al deudor condenado como prisionero suyo. No obstante, esta prisión por deudas continuaría en todas las épocas posteriores.

¹ PETIT, EUGENE, Tratado Elemental de Derecho Romano, pp. 454, 455, 664 y 665, Editorial Porrúa, México D. F. , 1995.

Abundando aun mas en el derecho romano se obligaba a garantizar mediante fianza a fin de asegurar al actor las resultas del juicio; posteriormente en el derecho justiniano esa fianza fue sustituida por la obligación de prestar caución juratoria de que el demandado cumpliera con la sentencia condenatoria si ese fuere el caso. El Fuero Juzgo, las Leyes de Partida y las de Toro, conservaron el sistema de la fianza, autorizando la pena privativa de la libertad para el deudor insolvente.

*“En el derecho moderno, el arraigo es una excepción que el demandado puede oponer cuando el actor es extranjero o transeúnte, y consiste a obligar a éste último a garantizar las resultas del juicio. El Código de 1884 lo contemplaba, siendo suprimido en el actual por ser contrario a los principios de derecho internacional emanados de las convenciones de la Haya de 1896 y 1905, en donde se les reconoce a los extranjeros el mismo derecho que a los nacionales, en materia procesal. Aun así, algunas legislaciones conservan esta figura en casos en que el extranjero no domiciliado en el país no tuviera bienes en el lugar del juicio, salvo caso de reciprocidad”.*²

En lo concerniente a México, en nuestra legislación vigente debe distinguirse el arraigo civil, previsto como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiese temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, con el objeto de impedir que abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia

² INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario de Derecho Mexicano Editorial Porrúa UNAM., México DF., pag. 259.

que se dicte, medida que incluso puede solicitarse en contra de los tutores, albaceas, socios y administradores de bienes ajenos.

Así mismo, como acto prejudicial, al tiempo de entablarse la demanda o después de iniciado el juicio. En el primer caso además de acreditar el derecho que tiene el solicitante para gestionarlo y la necesidad de la medida que solicita, deberá dar una fianza suficiente a satisfacción del juez para responder de los daños y perjuicios que se acusen, si no se entabla la demanda; en el segundo, bastará la petición del actor para que se haga la notificación correspondiente y la providencia consistirá en prevenir al demandado para que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, instruido y expresado para responder a las resultantes del juicio; en el tercer caso se subsanará el incidente por cuerda separada, en el cual el peticionario deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida.

El arraigo en Materia Penal fue introducido en las reformas a los Códigos Federales de Procedimientos Penales (artículo 133 bis) y de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, promulgadas en Diciembre de 1983, como una innovación respecto de la regulación de las medidas precautorias en los textos anteriores, en los que únicamente se establecía la libertad caucional previa o administrativa durante la indagatoria, tratándose de delitos imprudenciales ocasionados por el tránsito de vehículos, o bien la libertad caucional de carácter judicial, una vez iniciado el proceso penal propiamente dicho, en los supuestos de la prisión preventiva. En las citadas reformas de 1983 se ampliaron las hipótesis de libertad previa administrativa, a todos los supuestos de delitos no intencionales (artículos 271 párrafo sexto, del Código de Procedimientos

Penales y 135, Párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales).

1.2.- DEFINICIÓN EN SENTIDO AMPLIO.

Al hablar de un sentido amplio para, definir el arraigo, es pertinente citar un concepto, con el fin de poder conceptualizar y ubicar su naturaleza jurídica, para lo cual, se expone la siguiente definición:

*"ARRAIGO (acción y efecto de arraigar; del latín ad y radicare, echar raíces). En la legislación actual 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. Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte. "*³

De la anterior definición, se parte que estamos hablando de un arraigo susceptible de aplicarse en cualquier otro tipo de proceso (civil, laboral, administrativo, etc.). Sin embargo tal texto, es de gran ayuda para poder definir más adelante, el arraigo en materia penal y darse cuenta que dicha figura, no tiene nada que hacer dentro del procedimiento penal hoy en día en México.

1.3.- DEFINICIÓN DOCTRINAL

³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, décima edición, México DF., 1997.

El presente tema tiene por esencia exponer las distintas opiniones autorizadas y racionales emitidas por juristas destacados como son los Maestros Rafael de Pina, Jorge Alberto Silva, Joaquín Escriche, entre otros, sobre una cuestión tan controvertida de derecho, hoy en nuestro días, como lo es el Arraigo.

Para el maestro Rafael de Pina el arraigo, *“es un acto procesal de Naturaleza precautoria que procede a petición de parte, cuando hubiere el temor de que se ausente u oculte la persona que ha de ser demandado o lo haya sido ya, lo cual en virtud del arraigo, no podrá ausentarse del lugar del juicio sin dejar representante legítimo suficientemente instruido y para responder de los resultados del procedimiento judicial del que se trate”*.⁴

También es definido por Jorge Alberto Silva *“como un impedimento decretado a una persona física, de su libertad de tránsito, a la cual se le obliga a quedarse en el lugar del juicio, sin poder abandonarlo hasta en tanto se cumpla con la condición establecida.”*⁵

Joaquín Escriche, lo precisa de la siguiente forma: *“Conceptualización, arraigo, afianzar la responsabilidad del juicio. Dícese así porque esta fianza se hace con bienes raíces, pero sólo se usa en estas expresiones; el hombre de arraigo”*.⁶

Arraigo. Latín –ad-a y radicarse, radicar., int. Echar raíces, afianzarse, consolidarse mucho en un vicio, una virtud, un efecto, una costumbre, etc., de

⁴ DE PINA VARA, RAFAEL, Diccionario de Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, México D..F. 1995, p. 86-90.

⁵ SILVA, JORGE ALBERTO, Derecho Procesal Mexicano. Editorial Porrúa. 1994, P. 120-135.

⁶ ESCRICHE, JOAQUÍN, Diccionario Razonado de legislación y Jurisprudencia Civil, Penal, Comercial y Forense 1993-1995.,p. 43.

manera que ya sea difícil de erradicar o quitar. Derecho Mexicano “ *Imponer judicialmente a uno la obligación de no salir del lugar del juicio, si no mediante ciertas condiciones*”.⁷ Actuación Judicial en que se consigna la diligencia y la obligación.

El Diccionario Jurídico Temático, estipula: “*Arraigo.- El vocablo arraigo es un sustantivo formado del verbo arraigar (se), procedente del latín vulgar adradicare, referida a echar raíces. El arraigo, procesalmente hablando, es considerado como un acto prejudicial cuando se realiza con anterioridad a un juicio, cuando hubiere temor de que se ausente o se oculte la persona contra quien deba entablarse la demanda.*”⁸

El maestro Eduardo Pallares, lo conceptualiza como: “*Excepción de arraigo o fianza de estar a derecho. Consistente en que el demandado se niega a contestar la demanda, entre tanto el actor no otorgue fianza bastante que garantice al demandado el pago, de gastos, costas y daños y perjuicios que ocasione el juicio.*”⁹

Es indiscutible que todos y cada uno de los conceptos, anteriormente analizados, son de índole puramente del derecho civil, es por ello, que sobran las palabras para abundar en el tema, ya que lo anterior no deja lugar a duda.

1.4.- DEFINICIONES EN MATERIA PENAL.

⁷ PALOMAR DE MIGUEL, Diccionario para Juristas, Mayo ediciones, p. 122.

⁸ COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LA U.N.A.M., Diccionario Jurídico Temático Volumen 4.- Editorial Harla, Pag. 31.

⁹ PALLARES, EDUARDO, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, Pag. 105.

Una vez que se ha señalado, en los puntos anteriores del presente trabajo de investigación, la definición de arraigo en sentido amplio y doctrinal, es pertinente precisar los siguientes apartados respecto a las distintas definiciones doctrinarias del arraigo en material penal:

*“El Arraigo en nuestro sistema procesal (penal) es una medida cautelar que durante la averiguación previa se impone con vigilancia de las autoridades al indiciado, para los efectos de que se cumpla con los requerimientos del Ministerio Público con razón de la investigación de un hecho delictivo.”*¹⁰

*“Arraigo Penal es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso penal, cuando se trate de delitos imprudenciales o de aquellos que no proceda la prisión preventiva.”*¹¹

*“Arraigo Penal.- Aquel acto foral y materialmente jurisdiccional que durante un periodo de tiempo determinado prohíbe a una persona, a la que se está integrando una averiguación previa, que salga de un lugar específico, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia”.*¹²

Cabe anotar y precisar que el arraigo en materia penal a su vez está diversificado en nuestra legislación tanto en el fuero común, como en el fuero federal, y que para este caso se tomara como parte medular el arraigo propiamente dicho en materia federal, en razón a no delimitarlo a una sola

¹⁰ DIAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO, Código Federal de Procedimientos Penales, p. 172-173.

¹¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA U.N.A.M., Diccionario de Derecho Mexicano, p. 260.

entidad federativa y por ser en jerarquía la Ley más próxima en su género después de los Tratados Internacionales a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tal y como lo establece el artículo 133 de la citada Ley Fundamental. Por lo antes dicho, es congruente citar una definición más del arraigo en materia penal, como lo establece el Maestro Marco Antonio Díaz de León y que reza de la siguiente forma:

ARRAIGO.- " En nuestro sistema procesal penal, el arraigo es una medida cautelar que durante la averiguación previa se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que este cumpla con los requerimientos del Ministerio Público, en razón de la investigación de un hecho delictivo, (figura establecida en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales). Es decir, las medidas en los procedimientos penales pueden ser también de carácter personal para garantizar el desarrollo del proceso, así como la efectividad de la sanción privativa de libertad, en los casos de sentencias condenatorias de tal pena". ¹³

Desde un punto de vista personal, el Arraigo: es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso.

Para dar continuidad a la claridad de la definición del arraigo es inminente invocar el numeral del Código Federal de Procedimientos Penales, específicamente el 133 bis y que a la letra dice:

¹² [www..Tepantlaso.com.mx](http://www.Tepantlaso.com.mx)

¹³ DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO, Diccionario de Derecho Procesal Penal y de términos usuales en el proceso penal, Editorial Porrúa, tercera edición, México 1997.

Artículo 133 bis, Código Federal de Procedimientos Penales.- La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario e imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare para 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 o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de 30 días naturales, en el caso del arraigo y de 60 días naturales, en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica. Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse.

Es preciso puntualizar que el numeral antes citado hace una clara distinción o mejor dicho induce a la creencia de otras dos modalidades de arraigo como lo es " EL ARRAIGO DOMICILIARIO" Y UN "ARRAIGO EN UNA DEMARCACIÓN GEOGRÁFICA".

Se advierte no perder de vista todas las definiciones señaladas anteriormente por los autores, así como la propia, referente al arraigo en materia penal, ya que tienen marcadas diferencias con la definición en sentido amplio del arraigo, que es susceptible de ser estudiada a la luz de la Constitución, y que servirán para demostrar la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación.

1.-5.- PRECISIONES RESPECTO A LAS DEFINICIONES EN MATERIAL PENAL.

a) Cabe destacar que el arraigo es un acto esencialmente prejudicial puesto que sirve como herramienta a la autoridad investigadora para que previamente a un proceso logre conformarse el cuerpo del delito. Aunque excepcionalmente, la figura del arraigo judicial puede ser, así mismo, un acto procesal una vez que se solicite cuando está abierto el procedimiento.

b) Hay que puntualizar que los sujetos que intervienen en el arraigo son necesariamente el Ministerio Público en su calidad de peticionaria o solicitante del arraigo, el órgano jurisdiccional o Juez en materia penal competente de conocer la procedencia de la citada solicitud y el indiciado o individuo que debe quedar arraigado una vez procedida la solicitud.

c) Otra precisión importante es ubicar, a la figura del arraigo en su modalidad de arraigo domiciliario y aunque está en debate sólo el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, las demás Legislaciones en el resto de la República Mexicana hasta ahora guardan el mismo criterio, respecto al arraigo en sus Legislaciones locales, no queriendo decir, que son exactamente iguales, sino que esencialmente lo consideran de la misma manera.

1.6.- ELEMENTOS

Una vez expuestos las distintas definiciones del arraigo judicial, es pertinente señalar y analizar los diferentes elementos, de la figura jurídica que nos ocupa, de una manera subjetiva y personal, siendo los siguientes:

1.- Es un acto formal y materialmente jurisdiccional; ya que emana de un órgano que constitucionalmente integra el poder judicial y crea situaciones jurídicas individuales, siendo estas como lo señala el maestro Ignacio Burgoa "*La orden de Aprehensión, El auto de formal prisión etc.*¹⁴", no siendo el órgano del Estado el interesado directo en la situación jurídica que se crea sino el Órgano Investigador .

2.- A través de dicho acto se emite una prohibición por ti empo determinado, consistente en un término de treinta días naturales de acuerdo al artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

3.- Esa prohibición consiste en que una persona no salga de un lugar específico; dicha prohibición estriba que un gobernado no abandone su domicilio, un cuarto de hotel o un lugar que determine la autoridad investigadora aprobada por el órgano jurisdiccional.

4.- Debe de estar integrándose una averiguación previa; esto es, que dicha figura jurídica, solo tiene existencia o procede dado sus características en la primera etapa del procedimiento penal.

5.- Debe existir el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, este ultimo elemento, me hace recordar la dualidad que existe con la

¹⁴ BURGOA ORIHUELA , IGNACIO, El Juicio de Amparo. Editorial Porrúa 1998. pag 600.

figura jurídica de la detención, estipulada en el artículo 16 de la Carta Magna, ya que uno de los elementos para que proceda, es la existencia del riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia, dicho elemento conjuntado con los anteriores, en el arraigo judicial, lo hace inconstitucional a diferencia que en la detención es producto de que el Ministerio Público no puede acudir ante la autoridad judicial por razón de hora, lugar o circunstancia.

1.7.- CLASIFICACION DEL ARRAIGO EN EL DERECHO PROCESAL.

Una vez analizado los antecedentes, sus diversas definiciones y elementos, es pertinente ubicar o clasificar dentro del ámbito del Derecho Procesal, a la figura jurídica del arraigo como una medida cautelar, que para el maestro Hector Fix Zamudio, las denomina *“como providencias, 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.”*¹⁵; Eduardo Pallares señala que: *“Los tratadistas modernos entienden por medidas cautelares, 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 pueda de inmediato obtener la ejecución judicial del mismo.”*¹⁶, tomando en cuenta las anteriores definiciones me permito definir las subjetivamente de la siguiente forma: Las medidas cautelares son un medio de obligar o asegurar que la persona se encuentre en la realización o desarrollo del

¹⁵ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA U.N.A.M., Diccionario de Derecho Mexicano, p. 2091.

¹⁶ PALLARES, EDUARDO, Diccionario de Derecho Procesal Civil, México, D. F., Editorial Porrúa, 1999, p. 558.

proceso al que está sujeto y además al cumplimiento de una sanción decretada en caso de sentencia condenatoria.

Aún mas podemos subclasificarlas de la siguiente forma:

A).- REALES O PATRIMONIALES.

Estas se encargan de asegurar la responsabilidad de tipo económico, pero se puede decir que este aseguramiento es eventual, no definitivo ya que es una medida de seguridad o cautelar pudiendo encontrar desde el siguiente punto de vista:

1.- *“Medidas de asegurar la ejecución de una prevención de condena de pago, de resarcimiento del daño causado.*

2.- *Medidas que aseguran o conservan alguna cosa hasta en tanto se decide en definitiva quien tiene mayores derechos sobre la misma.*

3.- *Medidas que aseguran fuentes de prueba”¹⁷.*

B).- PERSONALES

Son las que se encargan de afectar a una persona al eventual resultado de una medida definitiva; esto es que durante el proceso se le impida a la persona movilidad o libertad de tránsito, comunicarse con otra persona, etc.

¹⁷ COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, Facultad de Derecho de la U.N.A.M., Derecho Procesal 4, Biblioteca Diccionarios Jurídico Temático, Volumen 4, México D.F. 1997

Se considera como medida cautelar personal las siguientes:

a).- *“Arraigo.- Es cuando se le impide a una persona física su libertad de tránsito, obligándola a que se quede en el lugar del juicio en tanto se resuelva.*

b).- *Incomunicación.- Por medio de la incomunicación se impide a una persona física establecer contacto con otras personas o con un grupo de personas.*

c).- *Examen anticipado de testigos.- Si alguna persona tiene que ausentarse del lugar del juicio, podrá ser examinada anticipadamente.*

d).- *Internamiento de enfermos.- Las personas lesionadas con motivo de un delito deberán ser atendidas en los hospitales públicos o en cualquier otro lugar bajo responsabilidad médica, indicando su ubicación.*

e).- *Custodia policíaca de testigos.- Aunque no está establecido en nuestras leyes, en la legislación penal de los Estados Unidos esta muy extendida la práctica de tener, 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 supone importante.*

f).- *Prohibición de conducir vehículo. Ésta tampoco se encuentra establecida en nuestra legislación, es una medida discrecional agregada a la de fianza, o única, cuando se ordene el procesamiento de una persona autorizado*

*para conducir vehículo 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”.*¹⁸

Por otro lado, en el proceso penal se han establecido dos providencias cautelares esenciales: la prisión preventiva por una parte y la libertad provisional por la otra, ambas estrechamente relacionadas, puesto que la duración de la primera depende de la procedencia de la última. *“Recientemente se ha agregado de manera inconstitucional un instrumento adicional en el período de investigación ante el Ministerio Público, el arraigo del inculgado”*,¹⁹ el cual, se fundamenta en un ordenamiento secundario, a diferencia con las dos primeras medidas cautelares señaladas al principio del presente párrafo (la prisión preventiva y la libertad provisional), cuyo fundamento legal emana de los artículos 16 y 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

1.8.- BREVE CRITICA A LA DEFINICIÓN EN MATERIA PENAL

Un vez presentada la definición de arraigo, tanto en sentido amplio, doctrinal y en materia penal, se llega a la conclusión, partiendo de tales definiciones, que es una figura procesal, que puede ser aplicable a cualquier procedimiento, con excepción de la materia penal, ya que la restricción a la libertad personal del gobernado puede ser corregida por el mismo, o dicho en otras palabras, el mismo se restituye tal derecho, dejando representante

¹⁸ COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, Facultad de Derecho de la U.N.A.M., Derecho Procesal 4, Biblioteca Diccionarios Jurídico Temático, Volumen 4, México D.F. 1997

¹⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.- Tomo I. Editorial Porrúa. Pag 210 y 211.

instruido y que responda de los resultados del procedimiento judicial; caso que no ocurre en materia penal; ya que el propio gobernado no puede subsanar la afectación a su libertad personal o restituirse en su derecho, ya que depende de una solicitud hecha por el Ministerio Público al Órgano Jurisdiccional para que éste levante el arraigo por no haber los elementos del cuerpo del delito que haga suponer la presunta responsabilidad o que se cumpla el término señalado por el propio artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

En síntesis, partiendo de las definiciones presentadas en el presente capítulo, el arraigo es una medida cautelar adaptable a cualquier procedimiento dentro del derecho mexicano, excepto el penal.

CAPITULO II

MARCO CONSTITUCIONAL DEL ARRAIGO JUDICIAL

El presente capítulo tiene por objeto fundamentar que el arraigo judicial en su modalidad de domiciliario es a todas luces inconstitucional para lo cual analizaremos de manera subjetiva solo los artículos 1, 11, 14, 16, 17, 18 y 19 de la Carta Magna por mencionar algunos, por lo tanto antes de profundizar es pertinente aclarar que será el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual estará inmerso en el cuestionamiento Constitucional.

2.1.- ARTICULO 1 CONSTITUCIONAL.

Quedó demostrado que el arraigo en su modalidad de domiciliario, es un acto que afecta la libertad personal de los indiciados. La Hipótesis de este trabajo de Investigación asevera que tal restricción de dicha libertad se opone a lo consagrado por la Ley Fundamental.

En tal sentido, es preciso entrar al estudio de la parte dogmática de la Ley Suprema, en los apartados en que se garantiza a todo individuo de que gozará de libertad personal, de igual forma, de todas las demás garantías consagradas en la Ley Fundamental, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, como lo consagra el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga ésta Constitución, las cuales no

podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”. Con lo que tenemos por cierto, que todo acto que restrinja la garantía de libertad personal a la cual nos referimos en esta investigación, tendrá que estar establecido de forma tangible en la Constitución, razonamiento que se asemeja al del maestro Ignacio Burgoa al señalar “*que las garantías individuales sólo pueden restringirse o suspenderse en los caso y bajo las condiciones que dicho ordenamiento establece (La Ley Fundamental)*”²⁰ .

Ahora bien dentro de la presente hipótesis se asegura que el arraigo domiciliario no está fundamentado en la Ley Suprema ya citada, en virtud que las Garantías Individuales no pueden suspenderse respecto de individuos determinados, si no, solo en forma general en los casos de emergencia y según el procedimiento a seguir por el artículo 29 Constitucional, el cual estipula lo siguiente: “En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de este, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculos para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso,

²⁰ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO,. Las Garantías Individuales., Editorial Porrúa, México, D.F., Pag 261

se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde”; Por lo anterior se demuestra que el arraigo judicial no es una causa para suspender las garantías individuales a un individuo ya que como lo señala el Jurista Ignacio Burgoa, que dicho *“artículo 29 constitucional menciona las causas específicas que origina el estado o situación de emergencia que provoca a su vez, la suspensión de garantías individuales, las siguientes: invasión (o sea la penetración de fuerzas armadas extranjeras), perturbación grave de la paz pública (es decir alteración de la vida normal del Estado o de la sociedad mediante motines, revoluciones, asonadas, rebeliones), o cualquier otro caso que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto (guerra, epidemia, etc)”*²¹ es por ello, que el arraigo domiciliario no puede clasificarse como una invasión, ni mucho menos una causa de perturbación grave de la paz pública o causa que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, para que el Ministerio Público, con aprobación del órgano jurisdiccional, pueda suspender por mencionar alguna, la garantía de tránsito a un indiciado dentro de un procedimiento penal en su primera etapa denominada Averiguación Previa; por otra parte es pertinente señalar y dejar claro, que autoridades son competentes para decretar la suspensión de garantías de acuerdo al Artículo 29 de nuestra Ley Fundamental, el Presidente de la República puede decreta la suspensión de garantías esto es *“ Que solo el Presidente de la República tiene la facultad discrecional de determinar si existe una situación de emergencia que caiga dentro del supuesto constitucional y que amerite dicha medida”*²² en virtud de lo anterior, es inminente señalar que el Ministerio Público no tiene la facultad discrecional para determinar que el arraigo judicial es una de las causas de emergencia para suspender las garantías a un indiciado, por otro lado el Órgano Jurisdiccional tampoco tiene la

²¹ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, México D.F., pag. 212

²² INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos Comentada, Tomo II.- Pag.- 386.

facultad de tomar la iniciativa para que el acto jurídico suspensivo de garantías surta efecto en contra del indiciado al decretarle el arraigo sino que dicha facultad recae exclusivamente en el Congreso de la Unión.

Es importante señalar, que las causas de suspensión de derechos, de prerrogativas del ciudadano y la posibilidad de su pérdida se encuentran estipulados de forma específica por el artículo 38 Constitucional que a la letra reza lo siguiente: “Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36 Constitucional. Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley;

II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión;

III. Durante la extinción de una pena corporal;

IV. Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes;

V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal; y

VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.

La ley fijará los casos en que se pierden y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación”.

Analizando el artículo 38 de La Carta Magna encontramos, en su fracción II que sólo los derechos y prerrogativas del ciudadano, podrán ser suspendidos a un individuo, por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar del auto de formal prisión por lo que *“El plazo de suspensión empezara a contarse a partir de dicho auto de formal prisión”*²³. El Ministerio Público al solicitarle al Órgano Jurisdiccional decrete la medida cautelar del Arraigo Judicial en su modalidad de domiciliario en contra del indiciado incurre en violación a la Constitución en virtud que dicha suspensión de derechos y prerrogativas se presentan en la etapa procesal denominada de Averiguación Previa y no antes del auto de forma prisión como requisito previo para que opere dicha suspensión de derechos del ciudadano; y aun mas encontramos en el ultimo párrafo de dicho artículo que: La ley fijará los casos en que se pierden y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación, así las leyes fijaran dichos casos en que se pierdan o suspendan los derechos del ciudadano siempre y cuando cumplan con lo estipulado por la Ley Fundamental; el artículo 99 del Código Federal Penal refiere al objeto de la rehabilitación: “La rehabilitación tiene por objeto reintegrar al condenado en los derechos civiles, políticos o de familia que había perdido en virtud de sentencia perdida dictada en un proceso en cuyo ejercicio estuviere suspenso”. Pero dicho artículo refiere *“a los casos en que la suspensión de los derechos de la ciudadanía es consecuencia de la*

²³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, TOMO II., Editorial Porrúa. Pa. 386.

*comisión de un delito, pero no a aquellas causas que no constituye delito pena”*²⁴, dado lo anterior corroboramos que no hay una forma específica para restaurarle sus derechos a un indiciado, al cual se le ha aplicado la medida precautoria del arraigo en virtud que dicho menoscabo a sus garantías individuales no es consecuencia de una sentencia dictada en un proceso penal si no causa de una medida cautelar dictada por un órgano jurisdiccional.

2.2.- ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL

El actual artículo 14 de la Constitución Federal, contiene tres disposiciones que en esencia son: La Prohibición de Retroactividad, el derecho o garantía de audiencia y la estricta aplicación de la ley a las resoluciones judiciales; de estas tres disposiciones se analizara en que forma contraviene el arraigo domiciliario a la garantía de audiencia para hacerlo inconstitucional; para lo cual me permito analizar el artículo 14 de nuestra Ley Fundamental:

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

²⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Constitución Política delos Estado Unidos Mexicanos.- Editorial Porrúa, Tomo I.- Pag 469.

civil, la sentencia definitiva deberá ser conforma a la letra o a la interpretación jurídica de la Ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

Aunque no todo el artículo antes visto es útil para efectos de discusión, es necesario compulsarlo completo para no dar lugar a dudar que en ninguna parte de su texto se fundamenta el arraigo. Lo que sí es evidente apreciar es que el arraigo domiciliario contraviene el texto ya que como lo señala el maestro Ignacio Burgoa *“Para que la privación de cualquier bien tutelado por el artículo 14 de la Constitución sea jurídicamente válida, es menester que dicho acto esté precedido de las funciones jurisdiccionales, ejercidas a través de un procedimiento, en que el afectado tenga plena injerencia a efecto de producir su defensa”*²⁵ ya que nadie podrá ser privado de su libertad sino mediante juicio seguido, cosa que el arraigo domiciliario no cumple, pues su mandato proviene de una figura precautoria en la que la persona afectada con este acto no ha sido oída ni vencida en juicio afectando su libertad personal de forma contraria a la garantía consagrada en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Cabría entonces pensar que si contraviene el artículo anterior, entonces pudiera ser posible algún otro relacionado con la garantía de libertad personal le diera fundamento, cosa que no es así, por lo que ahora se analizara el artículo 16 de la Carta Magna, para observar las partes contravenidas por el arraigo domiciliario.

2.3.- ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL

²⁵ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. Garantías Individuales, Editorial Porrúa, México, D.F. , Pag 549.

El artículo 16 Constitucional se puede dividir en dos partes: La primera, de carácter general, comprende el análisis de la garantía de legalidad de los actos de autoridad; en la segunda se deben contemplar las condiciones específicas para determinar actos de autoridad como las órdenes judiciales de aprehensión y de cateo, la orden ministerial de detención y la visita domiciliaria; por lo que para entrar al fondo del análisis de la inconstitucionalidad del arraigo judicial en relación al artículo 16 Constitucional, se transcriben solo sus ocho primeros párrafos, pues a diferencia del artículo 14 de nuestra Ley Suprema, prácticamente todo atañe a la libertad personal propiamente dicha.

“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 motiva la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda 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.**

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndole sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud a la del Ministerio Público.

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 de 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.

Ningún indiciado PODRÁ SER RETENIDO POR EL MINISTERIO PUBLICO POR MAS DE CUARENTA Y OCHO HORAS PLAZO EN EL 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.

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

Si bien el acto del arraigo afecta o molesta al indiciado en su persona, familia y domicilio contraviene en principio al precepto, pero puede caber en la interpretación de algunos que el arraigo puede ser Constitucional en virtud de consistir en un mandamiento escrito de la autoridad competente, que funda y motiva la causa legal de procedimiento, pero dicha fundamentación y motivación deben de suscribirse a la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el significado amplio que hace del primer párrafo del artículo 16 constitucional, en el siguiente sentido *“Que las autoridades solo pueden hacer lo que la Ley les permite, y así mismo que dentro del sistema constitucional que nos rige, ninguna autoridad puede dictar disposición alguna que no encuentre apoyo en un precepto de la Ley, que el requisito de fundamentación y motivación exigido por el artículo 16 Constitucional, implica una obligación para las autoridades, de cualquier categoría que estas sean, de actuar siempre con apego a las leyes y a la propia Constitución”*²⁶. De ahí si bien es cierto que el Arraigo Judicial en su modalidad de domiciliario tiene sostén de una ley secundaria también lo es que no tiene fundamento alguno en la Ley Primera, por lo que debe considerarse inconstitucional.

Sin embargo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los párrafos posteriores protege al ciudadano normando la forma en que la libertad personal puede ser restringida calificando a tal acto de privación como orden de aprehensión, pues sería inhumano que la autoridad tuviera libre albedrío para efectuar un sin fin de mandatos que afectarán la libertad personal poniéndole el nombre que más le guste, y no es así, pues como se establece debe ser a través de una orden de aprehensión y no de una orden de arraigo.

²⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos Comentada, Editorial Porrúa, México D.F. Tomo I pag.151.

Por otro lado, también se señala entre sus reglas que la orden de aprehensión se libraré sólo que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado, y como señala el maestro Ignacio Burgoa, *“basta emplear el más sencillo de los razonamientos para ver que el arraigo domiciliario es un acto que apenas se encamina a reunir los datos del cuerpo del delito para hacer la probable responsabilidad del indiciado, cuestión que a todas luces es inconstitucional, pues si una orden de aprehensión en donde ya se supone que se reúnen todos los requisitos debe ceñirse al marco Constitucional, como es posible que un acto con tales características no se ciña a lo marcado por la Constitución”*²⁷. Aun mas es pertinente señalar las causas en que solamente se le puede detener a una persona sin que medie una orden de aprehensión y estas son por casos de flagrancia y urgencia.

Otra cuestión determinante queda evidente en los términos de que una privación de libertad no puede exceder, pues para el efecto de las atribuciones del Ministerio Público, jamás podrá retener a ninguna persona por más de 48 horas, con opción a duplicarse si es delincuencia organizada. Y queda de manifiesto que el arraigo domiciliario, en su artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales se atrevió el legislador a poner un término de 30 días sin que durante este plazo se consigne o se libere al indiciado, siendo que en la realidad constitucional ningún indiciado podrá estar detenido ni el 10% del plazo que el arraigo establece, y con la gran diferencia en que después de las 48 horas o su duplicidad el individuo quedará libre o a disposición de un juez que determinará su situación jurídica, mientras el arraigo domiciliario mantiene al reo en la incertidumbre tanto de su libertad como de su situación jurídica.

²⁷ BURGOA ORIHUELA IGNACIO, Las Garantías Constitucionales, Porrua, México, D.F. 592..

Por lo antes razonado se conceptualiza la flagrante violación del arraigo domiciliario hacia la Carta Magna, pues no sólo no encuadra en el citado artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que contraviene sus disposiciones que amparan y protegen un bien jurídico altamente tutelado como la libertad personal.

2.4.- ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL

El artículo 17 Constitucional, encierra tres garantías de seguridad jurídica, que se traducen en los siguientes términos: *“a) Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil; b) Ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho; c) Los Tribunales estarán expeditos para administrar justicia en lo plazo y términos que fije la ley”*²⁸. En esta última garantía de seguridad jurídica, se enfocara al análisis de la inconstitucionalidad del arraigo, para lo cual se transcribe a continuación el artículo 17 de la Carta Magna:

Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se administre justicia por Tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

Correlacionando este texto con la medida del arraigo, queda bastante incongruente que la administración de justicia debe ser expedita y en los términos que fijen las leyes, como lo señala La Convención Americana Sobre Derechos Humanos que estipula *“ Toda persona tiene derecho a ser oída con*

²⁸ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, Las Garantías Individuales, Porrúa, México DF. , Pag.- 638.

*todas las garantías y dentro de los plazos razonables, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad, para la determinación de sus derechos y obligaciones del orden civil, laboral, fiscal o cualquier otro carácter”*²⁹, mientras que el afectado en un arraigo no tiene medio de defensa ni caución y menos aún pensar que una vez transcurrido el plazo habrá estado decidida su situación sino que será apenas cuando de hecho se le empiece a impartir justicia y dar oportunidad a que éste se defienda, con lo que volvemos a caer a la cuenta de que el arraigo tampoco se fundamenta de este artículo. Lo que lleva a especular sobre la eminente inobediencia a la supremacía constitucional, garantía asentada en el artículo 133 de ley primaria, el cual establece:

“Esta constitución, la leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de la disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados”.

Es notable que el arraigo judicial en su modalidad de domiciliario no encuentra fundamento alguno en el artículo 17 Constitucional, toda vez que su aplicación procede del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual es una ley secundaria, es por ello, que partiendo de la Teoría de Kelsen, respecto a la supremacía constitucional, la cual señala “ *La Constitución es la base y la cumbre, lo fundamental y lo inseparable, dentro de*

²⁹ Artículo 8.1.- De la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

cuyos extremos se mueve la estructura vital del Estado”³⁰ , lo anterior se puede traducir de la siguiente manera: que la Ley Suprema o Fundamental es la pirámide o el cimiento de todo ordenamiento positivo de un Estado, del cual deben originarse todas las leyes secundarias, las cuales no deben oponerse a la Ley suprema para su eficacia, o como lo señala el Maestro Ignacio Burgoa “*La supremacía de la constitución implica que esta sea el ordenamiento cúspide de todo derecho positivo del Estado, que la convierte en el índole de validez formal, de todas las leyes secundarias ordinarias que forman el sistema jurídico estatal, en cuanto que ninguna de ella deba de oponerse, violar o simplemente apartarse de las disposiciones estatales”³¹* . Por ende, si esta oposición o violación se verifican, la ley que induzca estos fenómenos carecen de validez formal, siendo susceptible de declararse nula o inconstitucional.

En resumen el arraigo domiciliario, al fundamentarse en una ley secundaria, es violatorio, toda vez que no emana de la Ley Primaria, dejando a un lado la garantía de supremacía constitucional, en el sentido que las leyes secundarias que emanen de la Carta Magna, no deben de contrariarla o apartarse, fenómeno que sucede con el arraigo domiciliario.

2.5.- ARTICULO 18 CONSTITUCIONAL

El artículo 18 de La Ley Fundamental contiene diversas prevenciones relevantes del régimen penal mexicano. La primera prevención hace referencia, a la finalidad de las penas y a los medios para alcanzarlas. Así mismo alude a la prisión, tanto preventiva como punitiva. Fija los lineamientos generales de los

³⁰ HANS, KELSEN, Teoría General del Derecho y del Estado.

³¹ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, México D.F., 1998. Pag 359.

menores infractores y por ultimo, determina casos de ejecución extraterritorial de sentencias condenatorias en aras del principio de readaptación social de los delincuentes, como puede observarse a continuación:

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

“Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.”

“Los Gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal”.

“La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”.

“Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el

Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los Gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos Tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.”

Del análisis al artículo 18 anteriormente señalado se aprecia que de ninguna forma la figura del arraigo encuadra en su redacción, pues tal precepto establece las normas respecto a la restricción de libertad la cual solo se delimita mediante prisión preventiva y punitiva; la prisión preventiva es definida por el maestro Rafael de Pina como “ *Privación de la libertad corporal destinada a mantener a los procesados en seguridad durante la tramitación del sumario, en aquellos casos señalados expresamente por la ley.*”³² .Es importante señalar que dicha medida cautelar no puede prolongarse por mas tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso (Artículo 20 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos). Por ello, se concluye que al decretarse la figura prejudicial (Arraigo Judicial) todavía no se encuentra reunido el cuerpo del delito ni mucho menos la presunta responsabilidad del indiciado para que sea acreedor a una pena corporal como la de prisión preventiva lo que hace inconstitucional dicha medida cautelar de arraigo en su modalidad de domiciliario.

Para concluir, es importante definir la figura jurídica de prisión punitiva, para despejar cualquier duda de que el arraigo judicial, encuadre de alguna u otra forma en la definición de prisión punitiva; la cual es definida por el maestro

³² DE PINA VARA, RAFAEL, Diccionario de Derecho.- Editorial Porrúa , México DF. 419.

Rafael de Pina de la siguiente forma “*Sanción Penal consistente en la privación de la libertad corporal producto de una sentencia emanada por un órgano jurisdiccional competente*”.³³

2.6.- ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL

El artículo 19 Constitucional figura, destacadamente, entre los preceptos que concurren a formar la “*Carta Magna del delincuente*”³⁴, o mejor todavía, la “*Carta del inculpado, el sentenciado o ejecutado*”³⁵. Abarca dos asuntos; por una parte en los párrafos iniciales, el tema de la formal prisión o la sujeción a proceso, que son actos procesales y situaciones jurídicas, por otra, en el párrafo final, ciertas prevenciones respecto a la reclusión y a la prisión punitiva. El análisis se concentrara específicamente en sus dos primeros párrafos, los cuales señalan:

“Ninguna detención ante autoridad Judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresará el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como, los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.”

³³ Ibid...

³⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, Tomo I.- pag.- 222.

³⁵ Ibid...Pag. 222.

“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. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del Juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y si no recibe la constancia mencionada dentro de las setenta y dos horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad. Todo proceso se seguirá forzosamente por los delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.”

Se vuelve a reiterar en el texto de la Carta Magna, la importancia de los términos y plazos breves que deben prevalecer cuando se trata de privaciones de la libertad personal, pues dada la jerarquía que ocupa dicha libertad como el bien jurídico tutelado o protegido por el constituyente, se pone de manifiesto que una vez que el Ministerio Público ha puesto al indiciado a disposición de un Juez, este, no puede exceder del término de setenta y dos horas o su duplicidad, si así, lo solicita el inculcado, para que determine, LA SITUACIÓN JURÍDICA, mediante el auto de formal prisión que desde el punto de vista del jurista Ignacio Burgoa “ *constituye una preciosa garantía para la libertad y la seguridad jurídica de los ciudadanos*”³⁶ pues tomando en cuenta lo anterior resultaría injusto e inhumano privar de la libertad personal a un individuo sin que existan en ese momento los datos que hagan veraz el cuerpo del delito y por supuesto su probable responsabilidad, o en caso contrario decretar el autor de libertad por falta de elementos. Y como se desprende de la hipótesis del arraigo, este auto priva a la persona en su libertad personal sin que existan ni

³⁶ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, México, DF., Pag. 560.

los datos que acrediten el cuerpo del delito, mucho menos su probable responsabilidad y como si fuera poco no se resuelve su situación jurídica en un plazo congruente como lo establece el artículo 19 de la propia Constitución, impidiendo que el indiciado esté consciente de que si va a estar sujeto a proceso o simplemente se le deja libre pues el propio artículo 133 bis del Código Federal de procedimientos Penales, establece que el arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, y más adelante precisa que no debe exceder 30 días naturales y hasta de 60 días, si así, se estima conveniente.

Tal incongruencia del artículo del ordenamiento Federal lo vuelve contradictorio al artículo 19 Constitucional, y por consecuencia convierte al arraigo domiciliario en una figura jurídica, que a la hora de su aplicación resulta ser inconstitucional.

2.7.- ARTICULO 11 CONSTITUCIONAL.

Se pudiera decir que todos los conceptos de violación que se acaban de expresar, son lo suficientemente contundentes para concluir que el arraigo domiciliario es Inconstitucional. Sin embargo aún cuando los preceptos más importantes en materia Constitucional, expresan claramente la Inconstitucionalidad del arraigo domiciliario y su fundamento legal, es necesario, además, dejar precisado qué alcances tiene el artículo 11 de nuestra Ley Suprema, el cual establece lo siguiente:

“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 Migración, Inmigración y Salubridad General de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.”

Si bien es cierto que el artículo 11 antes transcrito garantiza a todo hombre dentro de la República Mexicana, su libertad de tránsito y a su vez establece sus limitaciones, condicionadas o subordinadas tal y como lo dice a las facultades la autoridad Judicial, en casos penales y otros, pero que lo que interesa a esta investigación va en el orden criminal, tal garantía y tal restricción no van enfocadas a darle vida al arraigo domiciliario, pues como ha quedado probado el arraigo domiciliario no sólo afecta la libertad de tránsito sino también la libertad personal, pues la prohibición hecha a una persona de no abandonar un inmueble en específico, redundando en afectar el ámbito de acción y deambulatorio del individuo, siendo que la restricción de la libertad de tránsito sólo iría encaminada a prohibir al indiciado abandonar una demarcación geográfica. El artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales encuadra ambos supuestos, tanto el del arraigo domiciliario como el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, de manera alternativa o disyuntiva, dejando al criterio de un Juez unitario la elección de uno de otro, lo que deja de manifiesto que el precepto que contiene dicha figura prejudicial en el ámbito penal es por demás inconstitucional, es por ello, que la Constitución Política comentada resalta *“que las únicas restricciones fundamentales derivadas de una providencia precautoria de carácter penal son la detención y la prisión*

*preventiva*³⁷, es por ello que el legislador al tratar de poner solución a un problema social con una realidad indiscutible, plasmó exceso en tal numeral de Ley Federal Sustantiva en tema, al olvidar las garantías individuales específicamente de libertad personal, reguladas principalmente por los artículos 14, 16 y 19 Constitucionales, convirtiéndolo en su texto y en su aplicación violatorio de garantías individuales, con lo que debe pensarse en derogarlo y adecuar los textos jurídicos a la realidad Constitucional.

Al haber hecho el debate acerca de la Inconstitucionalidad del arraigo domiciliario, estamos convencidos de la Inconstitucionalidad de tal figura jurídica y también de que el legislador tiene dos alternativas, como lo es dejar al arraigo en su única modalidad de prohibir el abandono de una demarcación geográfica, desechando el arraigo domiciliario como alternativa, significando esto su derogación, utilizando pues la tecnología para hacer eficaz el arraigo que limita la libertad de tránsito, es decir, como lo es el uso de pulseras cibernéticas como en países industrializados y avanzados como los Estados Unidos de América y en la Republica Dominicana, que permiten la localización inmediata a través de un satélite, del individuo arraigado, evitando dos cosas, la primera que el indiciado se sustraiga de la acción de la Justicia y la segunda y más importante que no sea privado de su libertad personal en tanto no se reúnan las evidencias del cuerpo del delito que hagan probable su responsabilidad o de plano se deje en libertad por no hallarse los elementos de cargo. La otra opción del legislador sería incluir al arraigo en el texto Constitucional, dentro de los artículos 14, 16 y 19 como una modalidad más para restringir la libertad personal cosa que lo haría Constitucional, sin embargo, a su vez lo convertiría en la negación a los derechos del hombre más

³⁷ CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- Comentada.- Tomo I.- Pag 109

elementales, como lo es, la libertad situación que esperamos que por más divergencias políticas que imperen entre los legisladores, jamás se lleve a cabo y que prevalezca la razón en éstos para optar por la alternativa de utilizar las pulseras cibernéticas antes mencionadas. Y de esta manera contribuir a dignificar no sólo la labor de los legisladores y de los juristas, sino dignificar uno de los valores más importantes para el hombre junto con la vida que es la libertad por la cual es loable arriesgarlo todo.

CAPITULO III

CONSECUENCIAS DEL ARRAIGO JUDICIAL DOMICILIARIO EN LA ACTUALIDAD

Una vez comprobada nuestra hipótesis en el capítulo anterior, de que el arraigo judicial en su modalidad de domiciliario es inconstitucional, es pertinente analizar la problemática o consecuencias que motivo su establecimiento y practica dentro del derecho procesal penal .

3.1. CONSECUENCIAS

Hoy por hoy, las consecuencias del arraigo judicial; son producto de que el legislador actual amplio las hipótesis referentes a la detención o privación parcial de la libertad personal, intentando justificarse en la necesidad de combatir la delincuencia, con el argumento que mediante su aplicación el Estado equilibraría fuerzas ante la amenaza de ser rebasado por el crimen, por lo que las autoridades creyeron conveniente el establecimiento en el derecho procesal penal de dichos medios. Tal justificación es a todas luces antijurídica, por que no toma en cuenta el principio de supremacía constitucional que define el maestro Ignacio Burgoa en los siguientes términos: “ *La prevalencia sobre cualquier norma o ley secundaria que se le contraponga , por lo que las autoridades debe observarlas preferentemente a cualquier disposición ordinaria*” ³⁸; por lo que la incapacidad de la autoridad y la posibilidad ser rebasada por la delincuencia, no justifica la limitación de los derechos de los gobernados, además, no proporciona respuestas o resultados eficaces. Lo que es necesario

³⁸ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO., Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. Edición 1999. pag 185

es que el órgano investigador responda a las exigencias de su propia naturaleza, como una institución altamente especializada, de buena fe e integrada por destacados juristas y técnicos conocedores de la materia penal. Contrario a ello, únicamente (el arraigo judicial domiciliario) ha servido para justificar el ejercicio abusivo de las funciones, al extremo de que personas detenidas en la comisión flagrante de un delito, no sean consignadas dentro de las 48 horas posteriores a su captura, como lo ordena el constituyente, por que ha sido sometida a una medida de arraigo y son consignas con mucha posterioridad a su detención.

En síntesis, en primer lugar; el arraigo judicial como lo afirma el Magistrado José Luis Villa Jiménez “ *es una medida de detención prevista en leyes secundarias, que rebasa las formas y plazos que la Carta señala; por ello concluyo que resulta inconstitucional*”³⁹; en segundo lugar ha sido en realidad un instrumentó desafortunado que ha dado cabida a múltiples abusos, so pretexto del índice delictivo actual.

3.2.- VIOLACIÓN AL BIEN JURÍDICO TUTELADO

La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, expedida por la Asamblea Nacional Francesa en 1789, instituyo como principio político expreso, “*que los hombre nacen libres y tiene derecho de conservar su libertad*”⁴⁰.

³⁹ La Constitucionalidad o Inconstitucionalidad del Arraigo Domiciliario como forma de detención en la fase de la Averiguación Previa, México, Congreso Nacional de Magistrados de Circuito, 1999.

⁴⁰ BAZDRESCH, LUIS, Garantías Constitucionales, Editorial Trillas, Pag. 87, Edición 1999.

Igual principio consigna la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, fechada el 10 de diciembre de 1948.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recoge en su parte dogmática, cada uno de los principios señalados anteriormente; entendiéndose por esto, que en la Carta Magna, se encuentran estipuladas todas y cada una de las garantías, las que tienen como fin proteger los derechos de los gobernados; así mismo establece, de manera clara y precisa, las formas y casos en que esas garantías se suspenden.

Es por ello, que el arraigo judicial en su modalidad de domiciliario, trastoca o violenta un bien jurídico tutelado en la Ley Fundamental, como lo es la Libertad Personal; ya que los únicos casos en que constitucionalmente se autoriza la restricción parcial o total de la libertad personal como garantía individual, son en los siguientes artículos Constitucionales:

Artículo 21.- Tratándose de infracciones acreditadas a los reglamentos gubernativos y de policía, en cuyo caso se autoriza el arresto como sanción, hasta por treinta y seis horas y en caso de que habiéndose impuesto multa al infractor, éste no la pagare, también la autoridad administrativa competente, pueden permutársela por el arresto hasta por 36 treinta y seis horas.

Artículo 16 y 19.- Tratándose de prisión preventiva, la cual comprende desde la ejecución de la orden de aprehensión, prolongada en su caso por un auto de formal prisión, hasta dictado de la sentencia correspondiente. Casos en los que tanto para el dictado de la orden de aprehensión, como para el auto de

formal prisión, se requiere que este acreditado el tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado en su comisión.

Artículo 16.- En los caso de delito flagrante, en los que cualquier persona puede detener al indiciado y en los caso urgentes cuando se trate de delitos graves así clasificados 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.

Con lo anterior se pretende destacar dos puntos: el primero, que constitucionalmente se encuentran claramente establecido los parámetros bajo los cuales ha lugar la detención o privación parcial de la libertad personal, cuando no ha procedido orden de aprehensión; en relación al segundo punto, resaltar la evidente violación a la libertad personal (bien jurídico), cuando se decreta un arraigo domiciliario, como herramienta que utiliza el estado, para evitar lo altos índices delictivos que se viven en la actualidad.

CAPITULO IV

EL ARRAIGO JUDICIAL EN EL DERECHO COMPARADO

El presente capítulo tiene por objeto, comparar semejanzas, discrepancias, modalidades y formas de apelación respecto al arraigo judicial, con otros ordenamientos procesales de países como Chile, Uruguay, República Dominicana y Bolivia. Y para concluir, se expondrán, los criterios por una parte, que sostienen la postura de que el arraigo no afecta la libertad personal y por otro, el que si afecta la libertad personal, y el pronunciamiento para resolver tal contradicción por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

4.1.- CHILE

El arraigo Judicial en Chile, como en México, es una figura procesal muy cuestionada, pero también tienen grandes diferencias y semejanzas, establecida en los Artículos del 305 bis inciso A al 305 bis inciso F del Código de Procedimientos Penales; los cuales me permito señalar para una mayor apreciación en los siguientes términos:

“Artículo.- 305 bis A. En casos graves y urgentes, el juez podrá prohibir la salida del territorio nacional al inculpado respecto de quien existan antecedentes que, apreciados en conciencia, sean bastantes para estimar que en el sumario podrá ser decretada su detención y que tratará de sustraerse a la acción de la justicia. Para este efecto, dictará orden de arraigo por un lapso no superior a sesenta días, el que no podrá prorrogarse en virtud del mismo hecho

que motiva la orden. Transcurrido el plazo por el cual se decretó, el arraigo quedará sin efecto. El juez deberá comunicarlo de inmediato a la misma autoridad policial a quien impartió la orden sin más trámites. El juez, de oficio o a petición de parte, podrá poner término al arraigo durante su vigencia, si los antecedentes del proceso lo justifican.

Si dentro del plazo fijado para el arraigo el inculpado es detenido y dejado luego en libertad por no existir mérito para someterlo a proceso, el juez deberá establecer en la misma resolución si se mantiene el arraigo o se le deja sin efecto.

No se decretará arraigo tratándose de delitos que sólo hacen procedente la citación, sin perjuicio que él pueda derivar de las resoluciones a que se refiere el artículo 305 bis C.

Las resoluciones que den lugar al arraigo o lo denieguen, serán apelables en el solo efecto devolutivo, y la vista del recurso gozará de la preferencia establecida en el inciso quinto del artículo 69 del Código Orgánico de Tribunales.

Artículo. 305 bis B. El arraigo podrá decretarse de oficio, a petición del Ministerio Público o del querellante particular y producirá efecto por el solo hecho de decretarse; no obstante, deberá ser comunicado personalmente al afectado por el organismo policial que el tribunal determine, sin perjuicio de su notificación judicial una vez que preste declaración indagatoria.

Artículo. 305 bis C. No obstante lo dispuesto en el artículo 305 bis A, las órdenes de detención y la resolución que somete a proceso al inculpado llevan consigo el arraigo, mientras están vigentes en el proceso y aun cuando el inculpado o procesado se encuentre en libertad provisional.

Producen también arraigo de pleno derecho las sentencias condenatorias que impongan penas privativas o restrictivas de libertad que deban cumplirse en el país mientras no se ejecuten o extingan y aun en los casos en que el condenado se encuentre en libertad condicional o esté suspendida la ejecución de la pena en virtud de alguno de los beneficios establecidos en la ley N.º 18.216.2

Artículo. 305 bis D. Las personas afectadas por el arraigo, sea judicial o de pleno derecho, sólo podrán ausentarse del territorio nacional con autorización del juez que conozca o haya conocido de la causa, por el tiempo que en la misma resolución se fije, y sin que se paralice, en su caso, la marcha regular del proceso.

El solicitante deberá rendir caución cuya naturaleza y monto fijará el juez en la misma resolución que autoriza la ausencia.

Si el arraigado no regresa dentro del plazo señalado por el juez, se hará efectiva la caución sin más trámite, a beneficio de la Junta de Servicios Judiciales.

El quebrantamiento del arraigo será sancionado con prisión en su grado máximo o presidio menor en su grado mínimo. Se entiende que este delito se

comete en Chile, sea que se haya burlado el arraigo judicial o de pleno derecho ausentándose del territorio nacional, sea que el arraigado no haya retornado al país en el plazo debido.

Artículo. 305 bis E. La comunicación de arraigo al organismo que corresponda deberá contener todos los antecedentes que permitan individualizar correctamente al arraigado.

Artículo. 305 bis F. El querellante que a sabiendas solicite y obtenga una medida de arraigo infundada, será responsable de todos los perjuicios que con ella se causaren, con independencia de la responsabilidad criminal que pueda corresponderle con arreglo a la ley. La acción civil para reclamar la indemnización de dichos perjuicios, deberá interponerse ante el tribunal que conoció del arraigo y se tramitará y resolverá como incidente conforme lo disponen los artículos 89 y siguientes del Código de Procedimiento Civil”.⁴¹

El Código de Procedimiento Penal de Chile no señala de forma expresa el arraigo domiciliario, solo la prohibición de salir del territorio nacional (arraigo geográfico) mientras que en México el artículo 133 bis de la ley Subjetiva Penal si contempla el arraigo domiciliario y el arraigo geográfico; en lo referente al termino de duración en Chile, se establece un término de 60 sesenta días no prorrogables mientras que en México un termino de 30 días referente al arraigo domiciliario y 60 días respecto al arraigo geográfico; en lo concerniente a la forma de apelarlo será en efecto devolutivo tanto en Chile como en México; nuestro ordenamiento subjetivo penal señala que la facultad de solicitar el arraigo de un indiciado corresponde solo al Ministerio Público, en Chile

⁴¹ www.todoelderecho.com (Código de Procedimientos Penales vigente en Chile).

encontramos que dicha facultad podrá decretarse de oficio, a petición del Ministerio Público o del querellante particular. Por otro lado (Chile) encontramos que en caso que el querellante solicite una medida de arraigo de forma dolosa este será responsable de todos los daños que cause con ella.

4.2- URUGUAY

En el Código del Proceso Penal del Uruguay, encontramos en el artículo 73, contemplada la figura judicial del arraigo de la siguiente forma:

“Artículo 73. (Medidas sustitutivas).- De acuerdo con las circunstancias del caso, el Juez podrá imponer al procesado:

A).- Prohibición de salir de su domicilio durante determinados días en forma de que no perjudique, en lo posible, el cumplimiento de sus obligaciones ordinarias.

B).- La prohibición podrá extenderse hasta cuarenta días como máximo;

C).- Prohibición de ausentarse de determinada circunscripción territorial de domiciliarse en otra u otras, de concurrir a determinados sitios o de practicar otras actividades, así como, las obligaciones de comunicar sus cambios de domicilios y de presentarse periódicamente a la autoridad;

D).- En caso de delitos culposos cometidos por medio de un vehículo, el autor podrá ser privado del permiso de conducir por tiempo de uno a doce meses, sin perjuicio de lo que se disponga al respecto en la sentencia definitiva.

Esta medida podrá imponerse también en los casos en que hubiere mediado prisión preventiva (Artículo 72), para hacerse efectiva después del cese de ésta.

La violación de los deberes impuestos de acuerdo con las disposiciones de este artículo podrá ser causa suficiente para decretar la prisión preventiva del imputado”.⁴²

Del anterior artículo transcrito encontramos que en Uruguay se encuentra establecido el arraigo domiciliario, igual que en México; pero en Uruguay es muy importante recalcar que la autoridad judicial tiene la obligación de cuidar que dicha medida judicial no interfiera de forma absoluta en el desarrollo de las obligaciones cotidianas del inculpado; cosa que no ocurre en México; En lo referente al termino del arraigo domiciliario en Uruguay, se establece que la duración del arraigo domiciliario será hasta por 40 días como máximo; en México se establece un termino el cual no podrá exceder de 30 treinta días; Por otro lado es muy importante señalar que también en Uruguay se encuentra establecido el arraigo geográfico (igual que en México) así como la prohibición de concurrir a determinados sitios o de realizar ciertas actividades.

En lo que respecta al recurso de cómo combatir el arraigo domiciliario y sus demás modalidades, el Código Sustantivo Penal de Uruguay establece la forma en el artículo 74 el cual se transcribe a continuación :

⁴² www.todoelderecho.com(Código del Proceso Penal vigente en Uruguay)

*“Artículo 74. (Recurso de reposición).- Las decisiones judiciales que se dicten en aplicación de los tres artículos precedentes sólo serán susceptibles del recurso de reposición.”*⁴³

4.3.- BOLIVIA

El Código de Procedimiento Penal y El Código de Procedimiento Penal Militar de Bolivia, ambos ordenamientos respectivamente establecen la figura prejudicial de Arraigo en los artículos 193 y 65 los cuales se transcriben a continuación:

Código de Procedimiento Penal .

*“Artículo 193.- (Arraigo) .- El juez podrá ordenar, según la gravedad del delito, el arraigo del imputado cuando existieran razones fundadas de que no permanecerá en el lugar donde fuere procesado”.*⁴⁴

Código de Procedimiento Penal Militar de Bolivia.

*“Artículo 65.- (Arraigo) .- El juez podrá ordenar, según la gravedad del delito, el arraigo del imputado cuando existieran razones fundadas de que no permanecerá en el lugar donde fuere procesado”.*⁴⁵

En los Artículo anteriormente transcritos se encuentra muy someramente establecida la figura judicial del arraigo; ya que no se establece las modalidades

⁴³ www.todoelderecho.com(Código del Proceso Penal vigente en Uruguay)

⁴⁴ www.todoelderecho.com(Código de Procedimiento Penal vigente en Bolivia)

⁴⁵ www.todoelderecho.com(Código de Procedimiento Penal Militar vigente en(Bolivia)

del arraigo; por lo que deja abierto que puede ser domiciliario, en algún cuarto de hotel o geográfico, así mismo no determina el termino de duración del arraigo, ni la forma en como combatirse; por lo que si bien es cierto que la figura del arraigo judicial contemplada en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimiento Penales en México es inconstitucional, también lo es que dicho ordenamiento establecen de forma clara y precisa las modalidades del arraigo judicial, su termino de duración así como la forma en como combatirlo, sin embargo, con lo anteriormente expuesto, se quiere distinguir que ambos ordenamientos secundarios vigentes en Chile, como la Ley Adjetiva Penal en México, son ordenamientos que atentan en contra de los derechos fundamentales de todo hombre o del ciudadano.

En síntesis, es evidente que el Código Federal de Procedimientos Penales, es mas amplio en reglamentar el arraigo judicial, pero también lo es, que no deja de ir en contra de las garantías de seguridad jurídica de todo gobernado estipuladas en la Constitución.

4.4.- REPUBLICA DOMINICANA

En el artículo 226 del Código Procesal Penal de la Republica Dominicana en la fracción 2, encontramos la medida cautelas denominada arraigo geográfico, el cual se encuentra estipulado de la siguiente manera: *“La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad de la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez”*⁴⁶, dicha medida cautelar es producto de la solicitud del Ministerio Público o del querellante hecha al Órgano Jurisdiccional (Lo anterior es similar a lo estipulado por el Artículo 133 bis del Código Federal

⁴⁶ www.todoelderecho.com(Código Procesal Penal vigente en la Republica Dominicana)

de Procedimientos Penales, en relación al arraigo geográfico, la diferencia estriba en la facultad para solicitar la medida cautelar de arraigo); por otra parte el artículo 227 del Código Sustantivo Penal de la Republica Dominicana señala: *Procede aplicar medida de coerción, cuando concurran todas las circunstancias siguientes: 1.- Existen elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de una infracción; 2.- Existe peligro de fuga basado en una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso en particular, acerca de que el imputado podría no someterse al procedimiento; 3.- La infracción que se le atribuye este reprimida con pena privativa de la libertad”* ⁴⁷; del artículo anteriormente transcrito se observa que concuerda con el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en lo referente al elemento esencial para que proceda la solicitud del arraigo judicial en contra de un indiciado, que es el llamado Peligro de Fuga.

Por otra parte y algo muy importante que no se encuentra en los Códigos Sustantivos Penales tanto de Chile, Uruguay, Bolivia y México; es lo referente a la obligación del Estado a pagar una indemnización a favor del indiciado por los daños ocasionados por la aplicación de alguna medida cautelar de forma dolosa, que se encuentra estipulada en el artículo 258 del Código Procesal Penal de la Republica Dominicana, el cual refiere de la siguiente forma: *“El Estado esta siempre obligado al pago de la indemnización, sin perjuicio de su derecho a repetir contra algún otro obligado. A tales fines, el juez o tribunal impone la obligación solidaria, total o parcial, a quienes hayan contribuido dolosamente o por culpa grave al error judicial. En caso de medidas de coerción sufrida injustamente, el juez o tribunal podrá imponer la obligación total o parcial, al*

⁴⁷ www.todoelderecho.com(Código Procesal Penal vigente en la Republica Dominicana)

*denunciante o al querellante que haya falseado los hechos o litigado con temeridad”.*⁴⁸

4.5.- OPINIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

4.5.1.- CRITERIO QUE SOSTIENE LA POSTURA DE QUE EL ARRAIGO NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.

Es pertinente precisar que existen dos criterios opuestos en relación con el arraigo domiciliario controvertidos en el punto específico de que sí afecta o nó la libertad personal de los indiciados, por lo que debo aclarar que el Tribunal específicamente sostiene el criterio de que el arraigo no afecta la multicitada libertad personal, tal Tribunal es El Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Este Tribunal sustenta cinco tesis derivadas de sentencias ejecutorias que integraron la Jurisprudencia publicada en la Pág. 610 del tomo IX, correspondiente al mes de enero de 1999, de la novena época del semanario Judicial de la Federación y su gaceta, que a la letra dice:

"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

⁴⁸ www.todoelderecho.com(Código Procesal Penal vigente en la Republica Dominicana)

destinatario de la misma, regulada por el artículo 11 de la Constitución General de la República.” ⁴⁹

De la anterior publicación Jurisprudencial se derivan datos de vital relevancia en lo que respecta concretamente al artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, ya que como se desprende este criterio asevera que el arraigo contemplado en tal precepto no afecta la libertad personal propiamente dicha, sino que sólo afecta la libertad de tránsito regulada por otro artículo, como lo es el artículo 11 de nuestra Carta Magna que también será punto de discusión para la demostración de nuestra hipótesis. Pero para hacer las precisiones conducentes hablaremos en el punto siguiente de los razonamientos más relevantes de las tesis que integraron a esta Jurisprudencia

4.5.2.-RAZONAMIENTOS LÓGICO - JURÍDICOS, MÁS RELEVANTES DE LAS EJECUTORIAS QUE INTEGRAN LA CITADA JURISPRUDENCIA.

Desde luego no se va a profundizar ni a tocar puntos muy particulares de los casos concretos que integran las ejecutorias de esta jurisprudencia, pero si se señalaran los puntos medulares que llevaron al Tribunal Colegiado a formar este criterio. Es el caso que el citado Tribunal Colegiado conoció de las quejas que ahora integran las ejecutorias en razón a que en la primera de ellas con el número 33/97, interpuesto por Víctor Manuel Salazar Huerta cuando al haber interpuesto Juicio de Amparo con incidente de suspensión ante el Juez Segundo de Distrito en materia penal, contra actos del Juez Noveno Penal del DF. y la PGR y otras autoridades. En lo que a resumidas cuentas el citado Juez de Distrito negó al quejoso la suspensión provisional de los actos reclamados,

⁴⁹ www.scj.com.mx

por lo que al conocer la queja el Tribunal Colegiado confirmó la resolución de haber negado la suspensión provisional declarando infundados los agravios del quejoso apoyándose en el razonamiento de que el arraigo conforme al artículo 133 bis del Código federal de Procedimientos Penales, procura la debida integración previa por el Ministerio Público y su suspensión entrañaría la contravención de disposiciones de orden público con apego a lo dispuesto por los artículos 130 y 124 de la Ley de Amparo. Y concluye razonando por último que a mayor abundamiento, debe decirse que una orden de arraigo no afecta la libertad personal propiamente dicha, a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan solo la libertad de tránsito del destinatario regulada por el artículo 11 Constitucional.

La segunda ejecutoria a la cual le correspondió la queja número 61/98 promovida por José Fernando Peña Garavito inconformándose por la resolución del Juez Duodécimo de Distrito en Materia Penal, ante el cual interpuso juicio de amparo con incidente de suspensión de diversos actos consistentes en órdenes de aprehensión por un lado y órdenes de arraigo decretadas por el Tribunal Superior de Justicia en diversas salas y otras autoridades. En lo cual por un lado el Juez de Distrito concedió la suspensión provisional en lo que hace a las órdenes de aprehensión, pero por otra parte decretó negar la suspensión provisional de las órdenes de arraigo y su ejecución.

Por su parte el Tribunal Colegiado al conocer de la queja dada su competencia estimó correcto confirmar el auto del Juez de Distrito recurrido en la citada queja apoyado en los razonamientos de declarar infundados los agravios del recurrente, debido a que tal acto va encaminado a la debida integración de la averiguación previa por parte del Ministerio Público

apoyándose en los mismos fundamentos legales de la ejecutoria anterior y concluyendo que el arraigo no afecta la libertad personal.

La tercera ejecutoria devengó de la queja número 73/98 interpuesto por Salvador Giorgano Gómez inconformándose por la resolución del Juez Quinto de Distrito en materia penal del D.F. al cual solicitó amparo y protección de la Justicia Federal y la suspensión de los actos del Juez Segundo de Distrito en materia penal y la PGR. En tal resolución del Juez de Distrito negó, en los casos anteriores la suspensión provisional y por su parte el Tribunal Colegiado al resolver la queja confirmó la resolución de negar dicha suspensión provisional quien similarmente invocó los mismos preceptos de la Ley de Amparo y declaró que la orden de arraigo no afecta la libertad personal del indiciado quien además invocó una variable importante, considerando que tiene aplicación la tesis que establece:

*"Suspensión, improcedencia de la. Cuando se impide la continuación del procedimiento en una averiguación previa, aún cuando quede sin materia el Juicio de Amparo."*⁵⁰

Pues cabe aclarar que dentro de un Juicio de Amparo al negarse la suspensión y ejecutarse el acto reclamado el fondo del citado juicio quedaría sin materia por haberse consumado.

La cuarta ejecutoria se deriva del recurso de queja número 85/98, promovido por Francisco García González, quien al pedir el amparo y protección de la Justicia de la Unión ante el Juez Noveno de distrito en materia

⁵⁰ www.scj.com.mx

penal del D.F. contra actos de Jueces Diversos de Distrito en materia penal como ordenadoras y contra la PGR y otras, ejecutoras, con respectivo incidente de suspensión, para el efecto de que no fuera ejecutada la orden de arraigo pretendida en su contra. El Juez de Distrito que conoció el asunto decretó conceder al quejoso la libertad provisional condicionada a que esta no proviniera por motivo de la comisión de delitos considerados como graves y no permitieran la libertad bajo caución. Inconforme con la resolución el quejoso interpuso el Recurso de Queja que el Tribunal Colegiado a su vez conoció, apuntando el quejoso que se sentía agraviado en virtud de que la suspensión no iba a surtir efectos con la condición que el Juez de Distrito expuso en el acto concesorio de la suspensión, pues el arraigo era motivado por delitos graves arguyendo el quejoso que el citado Juez de Distrito debió conceder la suspensión provisional del acto reclamado también por delitos considerados como graves evocando diversos razonamientos que a su interés convenían. Por su parte, el Tribunal Colegiado al resolver la queja se pronunció en el sentido de declarar infundados los agravios del quejoso, razonando que la concesión del Juez de Distrito decretando la suspensión en desde un principio incorrecta, en virtud de que la suspensión provisional no es procedente para delitos graves ni los considerados como no graves, sosteniendo que el arraigo es una disposición de orden público y de interés social, que busca la debida integración de la averiguación previa. Invocó los mismos preceptos de la Ley de Amparo referidos en las ejecutorias anteriores y la tesis cuyo rubro dice:

"SUSPENSIÓN, IMPROCEDENCIA DE LA, CUANDO SE IMPIDE LA CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN UNA AVERIGUACIÓN PREVIA, AUN CUANDO QUEDE SIN MATERIA EL JUICIO DE AMPARO."

Motivando su resolución esencialmente también la multicitada tesis que al rubro dice:

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

Declarando infundado el recurso de queja por los razonamientos antes expuestos.

La quinta y última ejecutoria que dio lugar a la jurisprudencia citada y especificada con anterioridad, fue consecuencia de la resolución de la queja número 89/98, interpuesta por el Agente del Ministerio Público Federal adscrito al Juzgado Noveno de Distrito en materia penal, dentro del juicio de amparo que solicitó Francisco García González el cual solicitó amparo y protección ante el citado Juzgado de Distrito contra actos de diversos Jueces de Distrito en materia penal y otras autoridades, con incidente de suspensión contra la orden u órdenes de arraigo. Para tal efecto el Juzgado de Distrito que conoció el asunto conoció el asunto concedió la suspensión provisional sin ninguna reserva contra dichas órdenes. Por tal motivo, el Ministerio Público Federal adscrito a ese Juzgado interpuso la presente queja ante el Tribunal Colegiado de Circuito cuyo número ha quedado establecido, arguyendo el citado representante social, que su intervención se debía a que la indebida concesión de la suspensión provisional del arraigo contravenía disposiciones de orden público. Por lo que el Tribunal Colegiado revocó el auto dictado por el Juez de Distrito, ahora negando la suspensión provisional al quejoso contra las órdenes de arraigo consolidando el criterio de que el arraigo, no afecta la libertad personal. Dando pie el conjunto de estas ejecutorias a la formación de la

Jurisprudencia cuyo tomo y publicación ha quedado establecida al principio de la exposición de este criterio.

4.5.3.- CRITERIO QUE SOSTIENE LA POSTURA QUE EL ARRAIGO AFECTA A LA LIBERTAD PERSONAL.

Como ya se había dicho existen dos criterios opuestos en cuanto al arraigo, específicamente en si afecta o no la libertad personal, para lo cual las ejecutorias del punto anterior integraron en su momento la Jurisprudencia que ya dejamos plasmada en un principio. Pero luego sobrevino la formación de una tesis que en un principio no adquiriría la categoría de Jurisprudencia, puesto que estaba formada por tres ejecutorias, sin embargo fueron suficientes para sustentar contradicción al criterio anterior dado que estas ejecutorias sostienen que la libertad personal sí es afectada por el arraigo, tal es el caso que dio origen a una contradicción de tesis resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; que más adelante citaremos para dejar claro cuál es el criterio que debe prevalecer. Por lo pronto, nos ocupa analizar este segundo criterio de la afectación del arraigo domiciliario, por nombrarle de algún modo, por lo que invocaremos textualmente la tesis que es consultable en la página 828, del tomo IX, correspondiente al mes de enero de 1999 de la novena época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que a la letra dice:

"ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRANSITO.- 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 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."*⁵¹

La citada tesis como ya lo había dicho es sustentada por tres ejecutorias, una pronunciada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y las otras dos por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, las cuales en el siguiente punto analizaré.

4.5.4.-RAZONAMIENTOS LÓGICO – JURÍDICOS, MÁS RELEVANTES DE LAS EJECUTORIAS, QUE INTEGRAN LA CITADA TESIS.

Es necesario hacer ver que se tratara de efectuar la misma mecánica para puntualizar los razonamientos esenciales que llevaron a estos Tribunales a resolver las ejecutorias que a continuación exponemos:

La primera ejecutoria que forma esta tesis, se debe al recurso de queja resuelto por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y que le corresponde el número 88/98 interpuesto por Francisco García González, en el cual se inconformó por la resolución dictada por el Tercer Tribunal Unitario del Primer Circuito, ante el cual solicitó amparo y protección contra actos del Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Primer Circuito y otras Autoridades, tramitando incidente de suspensión contra órdenes de arraigo negándole el citado Tribunal la suspensión provisional, siguiendo el criterio que en puntos anteriores ya quedó analizado, por su parte el quejoso arguyó en sus agravios que la orden de arraigo afectaba su libertad personal además de la libertad de tránsito, y por tanto eran aplicables los artículos 124,

⁵¹ www.scj.com.mx

130 y 136 de la Ley de Amparo, en virtud de que la concesión de la suspensión provisional contra el arraigo, no afecta disposiciones de orden público ni se sigue perjuicio al interés social, en cambio causaría su ejecución daños y perjuicios de difícil reparación al quejoso. Por su parte, el Tribunal que conoce la queja resuelve que son fundados parcialmente los agravios del quejoso en cuanto a que sí debe concederse la medida de suspensión por los artículos de la Ley de Amparo invocados, pues es cierto que la orden de arraigo afecta generalmente la libertad personal. Caso contrario sería que se impusiera como ámbito territorial una determinada demarcación, con lo cual no se afectaría al quejoso de modo irreparable por lo que se le concede al quejoso la suspensión para efectos de no ser privados de su libertad, pero lo aludido a su libertad de tránsito debe permanecer en el lugar de la investigación para la debida integración de la averiguación previa debiendo presentarse determinados días para corroborar su estancia en el territorio correspondiente.

La segunda Ejecutoria que integra la tesis en cuestión fue pronunciada por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, al resolver la queja número 19/98, promovida por Jesús Miyazawa Álvarez, mismo que solicitó el amparo y protección ante el Juez Tercero de Distrito en el Estado de Morelos, solicitando también la suspensión provisional contra actos del Juez Quinto de Distrito en Materia Penal en México, D.F. y otras autoridades, negándose al quejoso la suspensión provisional contra el acto que reclama consistente en una orden de arraigo domiciliario. Al interponer el recurso de queja ante el Tribunal Colegiado que ya quedó asentado, el quejoso expresó sus agravios en el sentido de alegar inobservancia a lo dispuesto por el artículo 124 fracción II de la Ley de Amparo, sosteniendo que la suspensión provisional en su favor, no contravienen disposiciones de orden público e interés social, sin

embargo su ejecución significaría arraigarlo en un domicilio o cualquier otro inmueble, afectándose la libertad personal del quejoso además de impugnar la imposición de un arraigo apoyándose en el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que según el quejoso transgrede su garantía de audiencia, y que independientemente de su inconstitucionalidad, pasa también por alto lo que regulan los artículos 14 y 16 de nuestra norma superior, artículos constitucionales analizados en el capítulo II del presente trabajo de investigación. Por lo que el Tribunal Colegiado que conoció el Recurso de Queja determinó fundados parcialmente los agravios del recurrente en lo que hace a que sí debe concederse la suspensión provisional contra el acto reclamado consistente en el arraigo por afectar la libertad personal, pero ineficaces los argumentos sobre la inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, ya que el Recurso de Queja sólo va en el sentido de resolver la inconformidad sobre la negación de la suspensión provisional. Resolviendo fundadamente que sí debe concederse tal suspensión en virtud que el arraigo domiciliario sí afecta la libertad personal.

La tercera Ejecutoria fue pronunciada por el mismo Tribunal Colegiado que conoció de la queja señalada en el punto anterior, y que consistió en una aclaración de sentencia derivada del mismo expediente número 19/98 que expuse en el párrafo anterior, con el fin de precisar ciertos puntos de sentencia que ya había emitido, y para tal caso volvió a precisar que su Tribunal estima que la orden de arraigo sí es un acto restrictivo de la libertad personal y por consecuencia lo relativo a la suspensión, debe ventilarse conforme a los artículos 130 y 136 de la Ley de Amparo.

La anterior tesis de la cual invoqué los razonamientos más relevantes de los Magistrados que resolvieron las quejas que los conforman, es evidentemente contradictoria a la jurisprudencia analizada en un principio, para lo cual tal contradicción fue denunciada por el Tribunal Cuarto Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de lo cual se hablara en el siguiente punto.

4.5.5.- CONTRADICCIÓN DE TESIS RESUELTA POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, DE LOS CRITERIOS OPUESTOS EN RELACIÓN AL ARRAIGO.

Una vez que se consolidó la contradicción de tesis, el Presidente del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, denunció la mencionada contradicción con arreglo al artículo 197 A de la Ley de Amparo que le confiere tal derecho de hacerlo como lo confiere a otras autoridades susceptibles de hacerlo, tocando conocer de tal demanda a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien acordó su entrada el día 20 de octubre de 1999, declarándose competente para conocer de la contradicción entre las tesis que afirman que el arraigo domiciliario sí afecta la libertad personal, cuyos números han quedado señalados en puntos anteriores y por otro lado la tesis Jurisprudencial que sostiene que el arraigo domiciliario no afecta la libertad personal cuyos números de queja también obran en el cuerpo de la presente investigación. Entre sus razonamientos más relevantes se determinaron en síntesis los puntos siguientes:

a) La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró procedente la denuncia de contradicción de tesis, por ser evidente tal contradicción.

b) Tal órgano Jurisdiccional precisó específicamente resolver sólo en lo que hace respecto a la orden de arraigo domiciliario, en tomo al artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

c) Decretó resolver en el punto preciso de si afecta o no la libertad personal.

d) Otro punto en el que decidió resolver por considerar que es materia de la presente contradicción fue sobre la procedencia o improcedencia de la suspensión provisional del arraigo domiciliario.

e) Por último decidió abstenerse de resolver sobre la Constitucionalidad del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, por no ser tema de contradicción entre las tesis sustentadas por los Tribunales contradictorios.

De la síntesis de los anteriores razonamientos esenciales, y con fundamento en los artículo 192 y 195 de la Ley de Amparo así como los demás relativos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la Ejecutoria pronunciándose en que la Jurisprudencia que debe prevalecer es la del siguiente texto:

*"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 8 de febrero de 1999, 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."*⁵²

Así lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por unanimidad de cuatro votos de los Señores Ministros, Juventino V. Castro y Castro (ponente), José de Jesús Gudiño Pelayo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Humberto Román Palacios. Ausente el Señor Ministro Juan N. Silva Meza.

El 20 de octubre de 1999, al resolverles la contradicción de tesis que le correspondió el número 3/99 y se remitió al Semanario Judicial de la Federación para efecto de su publicación.

Este análisis exhaustivo de los criterios en contradicción y el pronunciamiento que se acaba de transcribir de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un paso trascendental que demuestra una parte importante de la

⁵² www.s.c.j.com.mx

hipótesis, en lo que hace a que queda legalmente establecido que el arraigo sí afecta la libertad personal lo que nos permite demostrar los puntos inconstitucionales referidos en el Capítulo Segundo del presente trabajo de investigación.

CAPITULO V

LA NECESIDAD DE DEROGAR LA FIGURA JURÍDICA DEL ARRAIGO JUDICIAL EN SU MODALIDAD DE DOMICILIARIO DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

5.1.- BREVES COMENTARIOS.

Hoy en día existe un amplio consenso en cuanto que hay dos valores que están íntimamente relacionados entre si; La democracia y el respeto a los derechos fundamentales. Difícilmente podrán prevalecer por separados. Este es un riesgo que enfrentamos, donde hemos presenciado un creciente movimiento de la sociedad que ha empezado a dar frutos en cuanto al proceso político; en el que innegablemente se registra un avance; respecto a la legitimidad de origen de la autoridad, en el sentido que los procedimientos mediante los cuales lo gobernantes son llevados al poder se encuentran conforme a los procedimientos que marca la ley, y que bueno, pero no se percibe el mismo interés en cuanto a la legitimidad en el ejercicio mismo de la autoridad.

La falta de legitimidad en el ejercicio de la autoridad se manifiesta en una ausencia de respeto a los derechos fundamentales y, entre estos a la libertad personal. La detención arbitraria, la violación al respeto de la libertad personal, es una de las violaciones mas frecuente a los derechos humanos y es también una de las violaciones mas graves. Organismos Internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala al respecto: *“..... A menos que los ciudadanos estén garantizados en el ejercicio de este derecho a la libertad personal, todos los demás derechos quedan en entredicho. Mientras*

exista la posibilidad de las detenciones arbitrarias, las demás barreras a la acción gubernamental se convierten en esperanzas vacías y la democracia no se puede beneficiar con el juicio libre y espontáneo de un pueblo del que debe depender para dirigir su propia conducta.” ⁵³ .

La detención sin normas preexistentes que la justifiquen dentro de nuestra ley fundamental y la falta de sometimiento del detenido al juez, y de su libertad inmediata en caso de inculpabilidad, son hechos que se realizan con frecuencia y hace evidente la necesidad de derogar del Código Federal de Procedimientos Penales, la figura jurídica del arraigo en su modalidad de domiciliario, en virtud que, es un arma muy peligrosa para cometer un sin número de atropellos dado el índice tan alto de corrupción en las autoridades del país, como lo demuestra el reporte anual de Transparencia Internacional, una Organización no Gubernamental y sin fines de lucro con base en Berlín, Alemania que presenta una lista de 102 cientos dos países catalogados por lo que llaman “*el índice de corrupción*”⁵⁴, en dicha lista México ocupa el lugar 57 junto con Colombia, aunado a este problema tan preocupante, como ya se ha señalado anteriormente dentro del presente trabajo de investigación, que el órgano Investigador no responde a su naturaleza como una institución altamente especializada, la cual debe de estar integrada por juristas y técnicos conocedores de la materia penal .

En síntesis, la figura del arraigo judicial en su modalidad de domiciliario debe desaparecer del Código Federal de Procedimientos Penales, por ser una figura que atenta contra las garantías individuales consagradas en la

⁵³ O'DONNELL, DANIEL, Protección internacional de los derechos humanos. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989. p 144-145

⁵⁴ www.transparency.org

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por el alto índice de corrupción así como la falta de preparación de los juristas que integran el Órgano Investigador en nuestro País.

PROPUESTA

Se derogue la figura jurídica del Arraigo Judicial en su modalidad de domiciliario del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en los siguientes términos:

<u>TEXTO VIGENTE</u>	<u>TEXTO PROPUESTO</u>
<p style="text-align: center;"><u>ARTICULO 133 BIS C.F.P.P.</u></p> <p>La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia.</p> <p style="text-align: center;">Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.</p> <p>El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se</p>	<p style="text-align: center;"><u>ARTICULO 133 BIS C.F.P.P.</u></p> <p>La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia.</p> <p style="text-align: center;">Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.</p> <p>La prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no</p>

<p>prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales, en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.</p> <p>Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse.</p>	<p>debiendo exceder de sesenta días naturales.</p> <p>Cuando el afectado pida que la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse.</p> <p>El Estado estará siempre obligado al pago de la indemnización al indiciado, en caso que el Ministerio Publico haya actuado en su contra de manera dolosa o por error judicial.</p>
--	---

FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRAFÍA

BAZDRESCH, LUIS ,Garantías Constitucionales, Editorial Trillas, Edición, México Distrito Federal 1999.

BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, EL Juicio De Amparo. Editorial Porrúa, México D.F., 1998.

BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa, México D.F. 2000.

MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO, Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. Estudio Constitucional del Proceso Penal, Editorial Porrúa, México, D. F. 1998.

O'DONNELL, DANIEL Protección Internacional de los Derechos Humanos. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.

PETIT, EUGENE, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Porrúa, México D. F. , 1999.

SILVA, JORGE ALBERTO, Derecho Procesal Mexicano, Editorial Porrúa, México D. F., 1998.

DICCIONARIOS

COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LA U.N.A.M, Diccionario Jurídico Temático, Volumen 4, Editorial Harla, México DF. 2001.

COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, Facultad de Derecho de la U.N.A.M., Derecho Procesal 4, Biblioteca Diccionarios Jurídico Temático, Volumen 4, México D.F. 1997.

DE PINA VARA, RAFAEL, Diccionario de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, México, D. F.1999.

DE PINA VARA, RAFAEL.- Diccionario de Derecho, Porrúa, México DF., 1999.

DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO, Diccionario de Derecho Procesal Penal y de términos usuales en el proceso penal, Editorial Porrúa, tercera edición, México 1997.

ESCRICHE, JOAQUÍN, Diccionario Razonado de legislación y Jurisprudencia Civil, Penal, Comercial y Forense 1993-1995.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario De Derecho Mexicano, Editorial Porrúa UNAM, México D. F. 2000.

PALLARES, EDUARDO, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, México D.F., 1999.

PALOMAR DE, MIGUEL, Diccionario para Juristas, Mayo ediciones, México, 1996.

LEGISLATIVAS

Código Federal de Procedimientos Penales (México)

Código Penal Federal (México)

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM.-
Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos..- Tomo I. Editorial
Porrúa.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM.-
Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos..- Tomo II. Editorial
Porrúa.

ELECTRÓNICAS

www.todoelderecho.com

www.tepantlaso.com.mx

www.scj.com.mx

www.juridicasunam.com

Opinión Consultiva, Corte Internacional de Derechos Humanos (OC-6786)

Artículo 8.1.- De la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Constitucionalidad o Inconstitucionalidad del Arraigo Domiciliario como forma de detención en la fase de la Averiguación Previa, México, Congreso Nacional de Magistrados de Circuito, 1999