



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

**EL ARRAIGO PENAL UNA ACCIÓN EN LA QUE
EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL LESIONA
GARANTÍAS INDIVIDUALES**

T E S I S

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

**P R E S E N T A :
MARIO ALBERTO GALINDO MIRANDA**

**ASESOR:
MTRO. EDUARDO TEPALT ALARCÓN**



ES Aragón

MÉXICO

2005

DEDICATORIAS

A MIS PADRES.

A quienes me han heredado el tesoro más valioso que se le puede dar a un hijo: Amor.

A quienes han sacrificado gran parte de su vida para formarme y educarme.

De quienes recibí los mejores ejemplos como el esfuerzo, la constancia, la honradez y la humildad.

A quienes nunca podré pagar todos sus desvelos ni aún con las riquezas más grandes del mundo.

A quienes son lo más valioso que tengo en la vida y a quienes les dedico este triunfo como la más mínima muestra de mi profundo amor, cariño y respeto.

Por esto y más... Gracias.

Con afecto y respeto.

A MIS AMIGOS.

Con gratitud y respeto a todos aquellos que de alguna forma me brindaron su apoyo y amistad durante mis estudios y fuera de ellos.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, EN ESPECIAL A LA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN.

De la cual me siento simplemente honrado y privilegiado de pertenecer a esta gran institución y de la que siempre hablare con orgullo por todo lo que me ha a ofrecido.

A MIS PROFESORES.

Por haber compartido todos sus conocimientos que formaran parte tanto en mi vida personal como profesional.

A MI ASESOR.

Por su apoyo y asesoramiento en el presente trabajo; y agradecido de igual manera, por su paciencia y amistad.

AL SÍNODO.

A quienes de antemano les doy las gracias por las atenciones prestadas y por haber dedicado algo de su valioso tiempo hacia este trabajo, sin lo cual no hubiera podido llegar a la culminación de mi carrera profesional.

En general a todas aquellas personas que contribuyeron para que este sueño se hiciera realidad. Gracias.

EL ARRAIGO PENAL UNA ACCIÓN EN LA QUE EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL LESIONA GARANTÍAS INDIVIDUALES

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

EL MINISTERIO PÚBLICO

1.1 Antecedentes del Ministerio Público en México	1
1.2 Concepto del Ministerio Público	11
1.3 Fase Investigadora del Ministerio Público	19
1.4 Fase Persecutora del Ministerio Público de los Delitos	23
1.5 Facultades del Ministerio Público	24
1.5.1 En el Fuero Local	25
1.5.2 En el Fuero Federal	33

CAPÍTULO SEGUNDO

DETENCIONES LEGALES

2.1 La Acción Penal	40
2.2 El Cuerpo del Delito	51
2.3 La Probable Responsabilidad	57
2.4 La Orden de Aprehensión	62
2.5 Detención en Flagrancia	66
2.6 Caso Urgente o Retención	71

CAPÍTULO TERCERO

GENERALIDADES DEL ARRAIGO PENAL

3.1 Concepto de Domicilio	74
3.2 Concepto de Arraigo Penal	84
3.3 El Arraigo Domiciliario Penal como una Medida Cautelar	86
3.4 Características del Arraigo	89

CAPÍTULO CUARTO

GARANTÍAS INDIVIDUALES VULNERADAS EN EL ARRAIGO PENAL

4.1 Estudio del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales	91
4.2 Garantía de Libre Tránsito	94
4.3 Problema de Aplicación del Arraigo en México	104
4.4 Criterios Jurisprudenciales respecto del Arraigo	106
4.5 La Inconstitucionalidad del Arraigo en Proceso Penal Mexicano	111
4.6 Propuesta de Reforma al Artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales	114
Conclusiones	120
Bibliografía	123

INTRODUCCIÓN

Al momento de la realización de una tesis se debe contar con un propósito específico y definido, evitando así perder el objetivo y la aportación que se pretende, dando así una mayor claridad y coherencia en lo que se expresa.

El tema que en lo particular llevaremos a cabo, tiene varias finalidades como lo son el evitar el abuso de autoridad en el que se ven envueltos las personas a quienes se les aplica esta medida precautoria que es el arraigo, demostrando para esto que las actuaciones de todas las autoridades que llegan a intervenir, se deben llevar a cabo únicamente conforme a lo que la ley les estable.

Otra de estas finalidades es el exponer la manera en como se le están vulnerando las garantías individuales a toda persona que es arraigada, como lo es su libertad personal, pero en específico su libertad de tránsito, manifestando que al estar nosotros gobernados bajo un estado de derecho, en donde desde la persona más decente hasta el criminal más cruel cuenta con derechos y que muchas veces no siendo del todo objetivos o nublados por lo que haya llevado a cabo esa persona queremos hacerlos omisos; pero que si como sociedad queremos avanzar y más en pedir la aplicación de la justicia no debemos olvidarlos.

En los últimos años ha tenido un crecimiento el índice de criminalidad en el país, cada vez existen más asaltos, secuestros, más narcotráfico más corrupción etcétera; por lo que los legisladores de hace algunos años con el propósito de tratar de detener esta situación introdujeron a nuestras leyes la figura del arraigo, no dudando que fuera con la mejor intención, pero como toda sociedad la nuestra ha ido evolucionando y por lo tanto teniendo diferentes necesidades, del mismo

modo nuestras leyes han avanzado aunque no a la par de lo que el país requiere, de igual manera la gente cada vez va conociendo más sus derechos al igual que sus obligaciones, convirtiéndose esto en una forma para poder exigir que se les respeten.

En cuanto a la forma de como se encontrara integrada la tesis en mención estará compuesta, por cuatro capítulos, el primero de ellos nombrado "El Ministerio Público", en el cual se expondrán los antecedentes que se tienen en México de esta figura jurídica, sus conceptos dentro de la doctrina; al igual que sus facultades. En lo referente al segundo capítulo que es el denominado "Detenciones Legales", se atenderá a la facultad que tiene el Ministerio Público de poner en movimiento a todo el aparato jurisdiccional en los casos que la ley permite y cuando se encuentren reunidos los elementos exigidos por esta. En razón del tercer capítulo que conforma esta tesis llamado "Generalidades", se analizarán conceptos básicos relacionados con en el trabajo de investigación a estudio. Finalmente el cuarto capítulo intitulado "Garantías Individuales Vulneradas en el Arraigo Penal", que consiste en el estudio del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales y la propuesta de reforma al artículo 133 Bis del código apuntado.

Podemos indicar que como objetivo de este trabajo es exteriorizar la problemática en la que se ven afectadas las personas a quienes se les aplica la medida cautelar que es el arraigo, en la que estimamos que existe un abuso de por parte de la autoridad, quienes solamente a partir de una mera suposición lesionan las garantías individuales del individuo y por tal razón es nuestra intención que las autoridades tomen conciencia, de que si va a realizar un arraigo tengan conocimiento de que les puede traer consecuencias legales, dándole la oportunidad a quien fue arraigado de solicitar el pago de los daños y perjuicios si este comprueba que le fueron causados por tal imposición.

CAPÍTULO PRIMERO

EL MINISTERIO PÚBLICO.

1.1 ANTECEDENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO.

En toda investigación es sumamente importante y trascendental contar con los antecedentes del tema y siendo que en esta ocasión nos referiremos a la figura del Ministerio Público, es necesario e inexcusable que tengamos que estudiar su aspecto histórico.

Citado lo anterior hemos de señalar que el Estado ha comprendido que la persecución de los delitos es una función social de particular importancia, que debe ser ejercida por él, y no por el particular.

El procedimiento inquisitivo inaugura este paso decisivo en la historia del procedimiento penal: la persecución de los delitos es misión del Estado.

Parece haber uniformidad en que la institución no existió en Roma, ni se conoció por los pueblos Germánicos.

Históricamente se buscan los orígenes del Ministerio Público, en Grecia, donde existió la acusación privada, en la que, el directamente ofendido por el delito deducía su acción contra el agresor, ante el tribunal de los Heliastas.

Sus orígenes siguen siendo objeto de especulaciones su naturaleza y funciones aún provocan constantes discusiones; entre los estudiosos de la materia, algunos pretenden encontrar sus antecedentes y le otorgan al derecho Francés su paternidad.

Dejando para mejores estudios el tema histórico del Ministerio Público en otros países de Europa, acotaremos nuestra investigación exclusivamente a lo concerniente en nuestro país.

Con referencia a la progresión histórica del Ministerio Público, en México, es conveniente atender a la evolución política y social de la cultura prehispánica en el territorio nacional, destacando la organización de los aztecas desprendiéndose que la fuente de las instituciones jurídicas no debe buscarse únicamente en el antiguo Derecho Romano y en el Derecho Español, sino también en la organización jurídica de los Aztecas.

DERECHO AZTECA.

Entre los Aztecas, imperaba un sistema de normas para regular el orden y sancionar toda conducta hostil, a las costumbres y los usos sociales.

El derecho no era escrito, sino más bien, de carácter tradicional y consuetudinario; en todo se ajustaba al régimen absolutista, adoptado en el pueblo Azteca.

Tal es el caso que el poder del monarca, se delegaba, en sus distintas atribuciones, a funcionarios especiales, y en materia de justicia, el Chihuacoatl es fiel reflejo de tal afirmación.

El Chihuacoatl, desempeñaba funciones muy particulares: auxiliaba al Hueytlatoni, este vigilaba la recaudación de los tributos; y por otra parte, presidía el Tribunal de Apelación; además era una especie de consejero del monarca, a quien representaba en algunas actividades, como la preservación del orden social y militar.

Otro funcionario, de gran relevancia, fue el Tlatoani, quien representaba a la divinidad y gozaba de libertad para disponer de la vida humana a su arbitrio. Entre sus facultades, reviste importancia: acusar y perseguir a los delincuentes, aunque generalmente la delegaba en los jueces, mismos que auxiliados por los alguaciles y otros funcionarios aprehendían a los delincuentes

EPÓCA COLONIAL

En la época colonial las instituciones del Derecho Azteca, sufrieron una profunda transformación al realizarse la Conquista y, poco a poco fueron desplazadas por los nuevos ordenamientos jurídicos traídos de España.

El choque natural que se produjo al realizarse la Conquista, trajo como consecuencias desmanes y abusos de funcionarios y particulares y también de quienes escudándose en la prédica de la doctrina cristiana abusaban de su investidura para cometer atropellos.

En cuanto a lo que se refería a la investigación del delito imperaba una absoluta anarquía; ya que autoridades civiles, militares y religiosas invadían “jurisdicciones”, fijaban multas y privaban de la libertad a las personas, sin más limitación que su capricho.

Tal estado de las cosas, se pretendió remediar con la aplicación de lo dispuesto en las Leyes de las Indias y otros ordenamientos jurídicos.

Una medida importante fue la obligación de respetar las normas de los “indios”, su gobierno, policía, usos y costumbres, siempre y cuando no contravinieran al Derecho Hispano.

Tal es el caso que para la investigación del delito no se encomendó a un funcionario en particular; el Virrey, los gobernadores, los capitanes generales, los corregidores y muchas otras autoridades, tuvieron atribuciones para ello.

Como en la vida jurídica, todas las esferas de la administración pública estaban a cargo de personas designadas por los Reyes de España o por los Virreyes, corregidores, etc, estos nombramientos, siempre recaían en sujetos que los obtenían mediante la compra o influencias políticas, no dándose así ninguna injerencia a los “indios”, para actuar en ese ramo.

El nueve de octubre de 1549, a través de una Cédula Real, se ordeno hacer una selección para que los “indios” desempeñaran los puestos de jueces, regidores, alguaciles, escribanos y ministros de justicia; especificándose que la justicia se administraría de acuerdo con los usos y costumbres que habían regido.

De acuerdo con lo anterior, al designarse “alcaldes indios”, estos aprehendían a los delincuentes y los caciques ejercían jurisdicción criminal en sus pueblos, salvo en aquellas causas sancionadas con pena de muerte por ser facultad exclusiva de las Audiencias y gobernadores.

Factores religiosos, económicos, sociales y políticos, fueron la causa determinante de la creación de la Real Audiencia , del Tribunal Acordada y otros Tribunales especiales, a cuyo personal incumbía la investigación de los delitos.

Antes de proclamarse la Independencia en las funciones de justicia, destaca el Fiscal funcionario procedente del Derecho Español, quien se encargaba de promover la justicia y perseguir a los delincuentes; aunque en tales funciones, representaba "a la sociedad ofendida por los delitos"; sin embargo el Ministerio Público aún no existía con los fines y caracteres conocidos en la actualidad.

Ya para el año de 1527, el Fiscal formo parte de la Real Audiencia, la cual se integró, entre otros funcionarios por dos fiscales: uno para lo civil y otro para lo criminal; y por oidores, cuyas funciones eran, realizar las investigaciones desde su inicio hasta la sentencia.

España, que impuso en el México Colonial su legislación estableció su organización por lo que respecta al Ministerio Público. La Recopilación de Indias, en Ley dada el 5 de octubre de 1626 y 1632, ordenaba: "Es nuestra merced y voluntad que en cada una de las Reales audiencias de Lima y México haya dos fiscales; que el más antiguo sirva la plaza, en todo lo civil y el otro en lo criminal".

Ya nacido México a la vida independiente, se siguió sin embargo rigiendo con relación al Ministerio Público a lo que establecía el citado Decreto de 9 de octubre de 1812, ya que en el Tratado de Córdoba se declaro que las leyes vigentes continuarían rigiendo en todo lo que no se opusiera al Plan de Iguala, mientras las Cortes Mexicanas formaban la Constitución del Estado.

En Apatzingán el 22 de octubre de 1814, se reconoció la existencia de los fiscales auxiliares de la administración de justicia, uno en el ramo civil y otro en el ramo criminal; su designación, estaría cargo del Poder Legislativo a propuesta del Ejecutivo, durando en su cargo cuatro años.

La Ley de 14 de febrero de 1826, reconoció como necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, en todas las causas criminales que se interese a la Federación, y en los conflictos de jurisdicción para entablar o no el recurso de competencia; haciendo por último, necesaria la presencia de este funcionario en las visitas semanarias de las cárceles.

Con el Decreto de 20 de mayo de 1826, es el que más pormenorizadamente hablaba del Ministerio Público, si bien nada decía de los agentes ya en la Ley de 22 de mayo de 1834, fue cuando se menciona la existencia de un Promotor Fiscal en cada Juzgado de Distrito nombrado como el de Circuito y con las mismas funciones.

Debe entenderse que la primera organización sistematizada del ministerio Fiscal en México independiente, se introduce en nuestro país en la Ley para el Arreglo para la Administración de Justicia (conocida quizá en mejor forma bajo la denominación de Ley Lares), dictada el 6 de diciembre de 1853, bajo el régimen de Antonio López de Santa-Anna.

En dicha ley bajo términos del artículo 264, le corresponde al Ministerio Público Fiscal promover la observancia de las leyes; de defender a la nación cuando por razón de sus bienes, derechos o acciones, sea parte en los juicios civiles; interponer su oficio en los pleitos y causas que interesen a las demarcaciones, pueblos y establecimientos públicos dependientes del gobierno, así como en las causas criminales y en las civiles en que se interese la causa pública o la jurisdicción ordinaria; promover cuando crea necesario u oportuno la pronta administración de justicia; acusar con arreglo a las leyes a los delincuentes; averiguar con particular solicitud las detenciones arbitrarias; e intervenir en todos los demás negocios y casos en que dispongan o dispusieren las leyes.

El 23 de noviembre de 1855, durante el gobierno del Presidente Comonfort, se dictó la Ley de en la cual se dio injerencia a los Fiscales para que intervinieran en los asuntos Federales.

El 29 de julio de 1862, el Presidente de la República, Lic. Benito Juárez, expidió el Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde estableció que, el Fiscal Adscrito a la Suprema Corte, fuera oído en todas las causas criminales o de responsabilidad, en los negocios relativos a jurisdicción y competencia de los tribunales y en las consultas sobre dudas de la Ley, siempre que el lo pidiera o la Corte lo estimara oportuno; también se alude a un Procurador General, que sería oído por la Corte para aquellos problemas en los que resultara afectada la Hacienda Pública, ya sea porque se cometiera un delito en contra de los intereses de esta o resultaran afectados, por algún otro concepto los fondos de los establecimientos públicos.

La Ley de Jurados expedida en 1869, por el Lic. Benito Juárez previno que se establecieran promotores o Procuradores Fiscales, a los que por primera vez se les llama Representantes del Ministerio Público, independientes entre sí, los cuales no constituían una organización, sus funciones eran acusatorias ante el Jurado aunque desvinculadas de la parte civil, simplemente, acusaban en nombre de la sociedad por el daño causado por el delincuente

El 15 de septiembre de 1880, se promulga el primer Código de Procedimientos Penales en donde se establece una organización completa del Ministerio Público, concibiéndose este como una magistratura, instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia, en nombre de la sociedad y para defender ante los Tribunales los intereses de esta en sus diferentes ramas sin reconocer el ejercicio privado de la acción penal. También se mencionó a la Policía Judicial, para abocarse a la investigación del delito y a la obtención de las pruebas.

El segundo Código de Procedimientos Penales, 22 de mayo de 1894, mejora la Institución del Ministerio Público, ampliando su intervención en el proceso, estableciéndose este con las características y finalidades del Ministerio Público Francés, como miembro de la Policía Judicial y como mero auxiliar de la administración de justicia.

Con fecha 6 de noviembre de 1896, propuso el Ejecutivo al Congreso un proyecto de Reforma Constitucional, a fin de que se estructurara en forma más eficiente el Ministerio Público en el ámbito Federal, señalando la orbita de sus atribuciones en cada uno de sus miembros, requisitos y responsabilidades sustentadas en una sólida base Constitucional.

En el año de 1903, el General Porfirio Díaz expide la primera Ley Orgánica del Ministerio Público, se le imprime al Ministerio Público relevancia considerable y se le establece ya no como auxiliar de la administración de justicia, sino como parte en el juicio interviniendo en los asuntos en el que se afecta el interés público y el de los incapacitados y en el ejercicio de la acción penal de la que es titular, estableciéndose así como institución a cuya cabeza esta el Procurador de Justicia.

Para el 16 de diciembre de 1908, se expide la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, fijando con mayor claridad sus atribuciones y sus límites, sujetándola a la dependencia del Poder Ejecutivo, como en la actualidad.

Terminada la Revolución, se reúne en la ciudad de Querétaro el Congreso Constituyente que expide la Constitución de 1917 ahí se discutieron en su seno ampliamente los artículos 21 y 102 constitucionales, que se refieren al Ministerio Público. En el informe a esa asamblea del C. Primer Jefe Venustiano Carranza, explica como la investigación de los delitos por parte de los jueces había creado la llamada "confesión de cargos", estableciendo una situación insostenible, ya que estos funcionarios judiciales en su afán de notoriedad ejercían verdaderas arbitrariedades, y en cambio el Ministerio Público era una figura decorativa que no

ejercía la función para la que fue creado, pugnaba por situar a cada quien en el lugar que le correspondía, quitándole al juez la facultad de policía judicial y de acusador que hacia los cargos para arrancar la confesión a los reos.

El Ministerio Público, a partir de lo que se estableció en la nueva Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del año 1917 adquirió importancia mayúscula, de simple "figura decorativa", mágicamente pasa a ser el *Factórum*, de la administración de la justicia penal y de los demás intereses que le encomiendan las leyes.

En el año de 1919 se expiden las Leyes Orgánicas del Ministerio Público, Federal y del Distrito y territorios Federales, primeras que se ajustan a las disposiciones de la Constitución de 1917, que estableció un giro destacado en la Institución.

Si bien dichas leyes establecen al Ministerio Público como único depositario de la acción penal, en la práctica siguió imperando el antiguo sistema con el cual quiso terminar la Constitución de 1917.

En el orden Federal esto último se obtiene y se ratifica en la Ley Orgánica del artículo 102 Constitucional de Ministerio Público Federal publicada el 31 de agosto de 1934, quedando a la cabeza de la Institución el Procurador General de la República.

A partir de 1971, en el Distrito Federal, y de 1974 en el aspecto Federal, las leyes correspondientes no se refieren ya al Ministerio Público, como Institución que lleva a cabo la función persecutoria, sino a las Procuradurías que desempeñan el papel de órganos administrativos con funciones múltiples, una de las cuales es la persecución de los delitos.

A fines de 1983, y por iniciativas presidenciales, se proponen y aprueban nuevas leyes orgánicas en el ámbito federal y del distrito, que cambien en el sentido de hacer mención en su articulado solamente a las atribuciones de las Procuradurías, las bases de su organización y las disposiciones generales que rigen fundamentalmente su quehacer, reservando para un reglamento interior el precisar de sus órganos concretos con sus facultades, y algunas disposiciones conteniendo regulaciones y menciones que resulta necesario tener en cuenta en el funcionamiento de tales Procuradurías.

Juventino V. Castro, “refiere que nacionalmente el Ministerio Público Federal, se desarrollo más que como un persecutor de los delitos, como un factor determinante en la vigilancia de la constitucionalidad y de la legalidad, muy especialmente en nuestro proceso de amparo, instituido para anular los abusos de las autoridades que integran el poder público¹”.

Al respecto, en la actualidad el despacho de los asuntos que al Ministerio Público de la Federación y al Procurador General de la República le atribuyen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentran señalados en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, expedida el 12 de diciembre de 2002 y su reglamento que fue expedido el 24 de junio de dos mil tres.

¹ JUVENTINO V. Castro, “El Ministerio Público, funciones y disfunciones”, Décima Edición, Editorial Porrúa, México 1998, Pág. 17.

1.2 CONCEPTO DE MINISTERIO PÚBLICO.

En este trabajo en forma general y en este capítulo de manera muy particular, resulta conveniente y de vital importancia tener un concepto de lo que es la figura del Ministerio Público, señalando para tal efecto donde encuentra su fundamento en nuestro marco legal y la forma en la que algunos doctrinarios definen a esta figura.

En primer lugar habremos de mencionar que el Ministerio Público, tiene como fundamento el artículo 21 de nuestra Carta Magna, mismo que establece lo siguiente:

“Artículo 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliara con un policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”.

En siguiente lugar señalaremos que el Ministerio Público, representa uno de los sujetos indispensables de la relación procesal penal, en tanto que esta no se concibe en su ausencia.

Ahora bien, el Ministerio Público también es denominado de varias formas, como por ejemplo una de ellas es Representante Social, (por su papel de defensor de los intereses sociales) o igualmente como Fiscal.

En el diccionario jurídico mexicano, Fix-Zamudio da la siguiente definición acerca de Ministerio Público:

“Es la institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores incapacitados y, finalmente como consultor y asesor de los jueces y tribunales²ⁿ .

Para Guillermo Colín, el Ministerio Público “es una función del Estado, que ejerce por conducto del Procurador de Justicia, y busca la aplicación de las normas jurídicas emitidas por el propio Estado para la persecución de los presuntos delincuentes y en los demás previstos en aquellas en las que expresamente se determina su intervención a los casos correctosⁿ³ .

Según Machorro Narváez Paulino el Ministerio Público es “una rama del poder Ejecutivo y su función es de carácter administrativo y no tiene más facultades que pueden concordar con su naturaleza administrativa, carece de poderes de instrucción, o sea de facultad coactiva sobre las personas para fines de instrucción procesal, que únicamente corresponden a la autoridad Jurisdiccionalⁿ⁴ .

Ahora bien Rodolfo Monarque opina que el Ministerio Público, es “el órgano del esta encargado de perseguir e investigar los delitos, y de ejercitar la acción penal ante la autoridad judicialⁿ⁵ .

² Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VI, Pág. 185

³ COLÍN, SÁNCHEZ Guillermo. “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”, Decimoquinta Edición, Editorial Porrúa, México 1995, Pág. 103.

⁴ MACHORRO, NARVÁEZ Paulino. “El Ministerio Público, la Intervención del Tercero en el Procedimiento Penal y la Obligación de Consignar Según la Constitución”. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Serie Folletos, México 1991/14, Pág. 32.

⁵ MONARQUE, UREÑA Rodolfo, “Derecho Procesal Esquemático” ,Primera Edición, Editorial Porrúa México 2002 Pág. 1.

En este sentido Sergio García Ramírez dice el Ministerio Público, "es persecutor de los delitos, en la averiguación previa y en el proceso; consejero jurídico del gobierno, representante jurídico de la nación vigilante de la legalidad, denunciante de las irregularidades de los juzgadores, poseedor de voz (aunque no de voto) en la elección de funcionarios judiciales y denunciante de leyes y jurisprudencia contrarias a la Constitución"⁶.

Por lo tanto nosotros definiremos a la institución del Ministerio Público, como un representante de la sociedad, encargada de la investigación y persecución de los delitos; facultada para la valoración de los elementos de convicción y así poder ejercer la acción penal de la cual es el único titular.

PRINCIPIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Es oportuno señalar al estar hablando del Ministerio Público en México, los principios esenciales que a este le caracterizan.

De la doctrina y la ley se desprenden los siguientes principios fundamentales que al Ministerio Público le definen:

- a) Jerarquía.

- b) Indivisibilidad.

⁶ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, "Curso de Derecho Procesal Penal", Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1989, Pág. 210.

c) Independencia.

d) Irrecusabilidad.

Para mayor abundamiento a continuación se procederá desarrollaran a dichos principios.

a) *Jerarquía*.- El Ministerio Público, esta organizado jerárquicamente, bajo la dirección y estricta responsabilidad del Procurador General de Justicia, en quien residen las funciones.

Las personas que lo integran, no son más que colaboradores del titular, motivo por el cual, reciben y acatan las ordenes de éste, porque la acción en el mando en esa materia es de competencia exclusiva del Procurador.

Sin embargo en la práctica, esto es distinto, recuérdese que en el medio mexicano el Procurador General de la República, el del Distrito Federal y los de las entidades federativas, son nombrados y removidos libremente, por el titular del Poder Ejecutivo correspondiente, razón por la cual el Procurador y todo el personal están subordinados totalmente a dicho titular.

b) *Indivisibilidad*.- Esto es nota sobresaliente de los funcionarios del Ministerio Público porque al actuar, no lo hacen a nombre propio, de tal manera que, aun cuando varios de ellos intervengan en un asunto determinado, lo hacen en cumplimiento de lo ordenado en la ley, y el hecho de separar, a la persona física de la función específica que le esta encomendada, no afecta ni menoscaba lo actuado.

c) *Independencia*.- La independencia, es en cuanto a la competencia asignada a los integrantes del Poder Judicial, porque si bien es cierto que estos

reciben ordenes del superior jerárquico, no sucederá lo mismo en relación a los jueces.

Para aclarar esta característica Guillermo Colín explica, sin mayores complicaciones haciendo notar la división de Poderes existentes en los Estados Unidos Mexicanos, de tal manera que concretamente "las funciones señaladas por el legislador al personal integrante del Ministerio Público corresponden al Ejecutivo, por ende no es admisible la injerencia de los integrantes de los otros poderes en su actuación"⁷.

d) *Irrecusabilidad*.- Porque dentro de un proceso no puede recusarse al Ministerio Público como Institución aunque nada se opone a que sean recusados sus agentes, en cuanto a personas individuales en el caso de estar impedidos para intervenir en un caso concreto.

Esta característica tiene que ver en que muchas ocasiones, la persona o personas que intervienen en los actos procedimentales encomendados al Ministerio Público, deben ser sustituidos por otros para que continúen actuando, ya sea porque en el momento en que tenga lugar la relación jurídico-material de derecho penal o bien la relación jurídica-procesal.

Ya que resultaría insólito que Procurador, el Subprocurador o el Agente del Ministerio Público practicase o dirigiese una averiguación previa o interviniese en un proceso en el cual el probable autor del delito tuviese vínculos sanguíneos, afectivos o de otra naturaleza, con los encargados de la esfera de atribuciones señaladas por el legislador a los funcionarios mencionados, por eso se explica la Irrecusabilidad de determinados funcionarios aunque no de la función.

⁷ COLÍN SÁNCHEZ Guillermo, Ob. Cit., Pág. 125.

Ahora bien el fundamento jurídico sobre la irrecusabilidad de los servidores públicos que integran el Ministerio Público esta indicada en el artículo 464 del Código Federal de Procedimientos Penales que a la letra dice:

“Artículo 464. Los jurados, funcionarios del Ministerio Público y defensores de oficio deben excusarse en los asuntos en que intervengan, por cualquiera de las causas de impedimento que se señalen en las leyes orgánicas o reglamentarias respectivas”.

Para resumir, aunque no existieran esos preceptos, dado el espíritu que prevalece en todas nuestras instituciones jurídicas, es un deber ineludible excusarse, cuando se den las hipótesis del caso, hasta por un mínimo de sentido ético.

FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Al estar analizando la figura jurídica del Ministerio Público, es importante conocer cuales son sus funciones, para lo que Jorge Alberto Silva Silva, nos anuncia que las funciones procesales penales que se le asignan al Ministerio Público en México son: de “instrucción o preventiva, de auxilio a víctimas, aplicadora de medidas cautelares, de requirente o accionante, cuasijurisdiccional,

dictaminadora, de opinión o de consultoría, de vigilancia o fiscalizadora, y de elección del tribunal competente⁸.

A continuación y para mayor entendimiento se desarrollarán estas funciones:

a) Función instructora o preventiva.- Tradicionalmente la función instructora de un proceso la posee el tribunal. No obstante, en el procedimiento penal mexicano la función instructora no corresponde en exclusividad al tribunal, sino también al Ministerio Público.

Esta función que lleva a cabo el Ministerio Público, tiene dos fases: la investigadora y la fase persecutoria de los delitos; mismas que más adelante se abordaran con más detalle.

b) El auxilio a víctimas.- El auxilio a las víctimas del delito también es una de las funciones que se le encomiendan al Ministerio Público, esto no se trata de un auxilio definitivo debido a la urgencia dictando así éste las medidas y providencias necesarias, es decir, evitar que se siga cometiendo el delito o en el otro caso evitar que se cometa un delito, proporcionando seguridad a las víctimas.

c) Aplicación de medidas cautelares.- Entre las funciones de que esta dotado el Ministerio Público, se cuenta con la de aplicar y adoptar medidas cautelares o preventivas, estas medidas son tanto reales (aseguramientos) como personales (arraigo, detenciones).

d) Accionante o requirente.- En esta función explica Silva Silva Jorge, que "el Ministerio Público, adquiere la calidad de parte en el proceso y se convierte

⁸ SILVA SILVA Jorge Alberto, "Derecho Procesal Penal", Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Harla México 1990, Pág. 157.

en un órgano requirente, compareciendo en el juicio principal, acusando con base en pretensiones concretas⁹, es decir se despoja de la autoridad con la que cuenta y queda sujeto a las determinaciones que dicta el tribunal.

e) La cuasijurisdiccional.- Esta función el Ministerio Público al lado del tribunal realiza cierta función que implica decisión y ha de mencionarse por ejemplo en la averiguación previa la ley le confiere al Ministerio Público, la decisión para ejercer o no la acción penal; y ya en el proceso posee funciones que lo pueden dar por concluido, tal es caso del sobreseimiento del proceso o el de ofrecer conclusiones no acusatorias.

f) De consultor u opinador.- Aquí en ciertos casos el tribunal recurre al Ministerio Público, no en su calidad de parte sino como órgano de opinión y como ejemplos de esta función podemos citar el dictaminar si un tribunal debe o no cumplimentar un exhorto (Art. 54 CFPP), o en cualquier controversia competencial (Art. 443 CFPP).

g) De vigilancia o fiscalización.- En este caso iniciada la ejecución de sentencia, tanto el sentenciado como el Ministerio Público, dejan de ser parte en el proceso debido precisamente a la conclusión de este dicha ejecución queda a cargo del ejecutivo pero no por conducto del Ministerio Público; pero este continúa con una función de vigilancia sobre la ejecución, realizando las diligencias necesarias para que se cumpla la sentencia gestionando lo necesario para ello (Art. 529 y 530 CFPP).

h) Elector del Tribunal Competente.- Normalmente al promover la acción el Ministerio Público, debe recurrir al tribunal que la ley le asigna y a función de elector del tribunal competente tiene su aplicación cuando existe duda de que tribunal es competente, siendo aquí cuando entra el Ministerio Público y lo decide (Art. 479 CFPP).

⁹ Ídem, Pág. 159.

1.3 FASE INVESTIGADORA DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Como se señaló en el inciso anterior una de las funciones que lleva acabo el Ministerio Público, es la llamada de instrucción o preventiva, misma que consta de dos fases la investigadora y la persecutora.

En este caso el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nos hace la mención a estas funciones y señala:

“Artículo 21. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato”.

En cuanto al ámbito federal, de igual manera la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 102 apartado A, párrafo segundo establece lo siguiente:

“Artículo 102. Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución ante los tribunales de todos los delitos del orden federal; y por lo mismo a el le corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de estos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine”.

Es decir el Ministerio Público, tiene la facultad y la responsabilidad de investigar y perseguir personas involucradas en la comisión de algún delito.

Señala Raúl Guillén López, que "en México, el Ministerio Público, que además de función de investigador de los delitos y persecutor de los delincuentes, también esta encargado de velar por el respeto a la legalidad"¹⁰.

Por otro lado Juventino V. Castro, afirma que "el Ministerio Público debe actuar de más meticuloso y empeñado en que brille la inocencia del acusado que su propio defensor, y más severo en el castigo del culpable que la víctima del delito. En resumen el más severo guardián del cumplimiento de las leyes"¹¹.

Estudiando por separado cada una de estas actividades, en este instante hablaremos de la Fase Investigadora que este realiza.

La Función Investigadora de los delitos consiste en que, en el momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento o noticia de un hecho que puede ser delictivo esto ya sea a través de una denuncia o de una querrela; este pueda optar por el ejercicio de la acción penal o la abstención de la acción penal, todo esto con base en el conocimiento de la verdad histórica, dejando claro que no necesariamente siempre deba ejercer la acción penal.

Durante la fase investigadora menciona Benjamín A. Pineda, "el Ministerio Público es parte ante el juez del conocimiento de la causa penal, ya que es el encargado de aportar las pruebas, con el objeto de que la investigación se perfeccione y solicitar la práctica de las diligencias tendiente a dejar comprobados los requisitos de artículo 16 Constitucional"¹².

¹⁰ GUILLÉN LÓPEZ Raúl, "Las Garantías Individuales en la Etapa de Averiguación Previa", Primera Edición, Editorial Porrúa, México 2003, Pág. 104.

¹¹ JUVENTINO V. Castro, "El Ministerio Público", Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1992, Pág. 22.

¹² PINEDA PÉREZ Benjamín A., "El Ministerio Público como Institución Jurídico Federal y como Institución del Distrito Federal", Primera Edición, Editorial Porrúa, México 1991, Pág. 110.

Por su parte Rivera Silva Manuel nos dice que "la actividad investigadora entraña una labor auténtica de averiguación; de búsqueda constante de las pruebas que acreditan la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan y que durante esta actividad trata de proveerse de las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante los Tribunales y pedir la aplicación de la ley"¹³.

De la función investigadora podemos mencionar que se rige por tres principios:

a) El Principio de Requisito de Iniciación.- En cuanto no se deja a la iniciativa del órgano investigador el comienzo de la investigación;

b) El Principio de la Oficiosidad.- En lo que respecta a que la búsqueda de pruebas hecha por el órgano encargado de la investigación no se necesita la solicitud de parte, inclusive en los delitos que se persiguen por querrela; es decir, que iniciada la investigación, el órgano investigador oficiosamente, lleva a cabo la búsqueda que hemos mencionado;

c) El Principio de Legalidad.- En este caso habremos de referirnos a que si bien es cierto que el órgano investigador de oficio práctica su averiguación, también lo es que no queda a su arbitrio la forma de llevar a cabo dicha investigación.

Debemos de mencionar que la Función Investigadora que le es otorgada por el artículo 21 Constitucional establece también, que para el cumplimiento de esa función se auxiliará de una policía la cual estará bajo su autoridad y mando inmediato.

¹³ RIVERA SILVA Manuel, "El Procedimiento Penal", Vigésimo Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1993, Pág. 42.

Respecto a lo anterior el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 3 fracción I, nos menciona que:

“Artículo 3. Corresponde al Ministerio Público:

I.- Dirigir a la Policía Judicial en la investigación que esta haga para comprobar el cuerpo del delito ordenándole la práctica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o practicando el mismo aquellas diligencias”.

En el mismo orden de ideas, es decir el auxilio con el que cuenta el Ministerio Público en la fase investigadora pero ahora refiriéndonos a la esfera Federal tenemos que el artículo 3º párrafo primero del Código Federal de Procedimientos Penales, determina que:

“Artículo 3. La policía Judicial Federal actuara bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público Federal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

De igual manera este artículo 3 en su último párrafo señala que:

“...en el ejercicio de la función investigadora queda estrictamente prohibido a la Policía Judicial Federal recibir declaraciones del indiciado o detener a alguna persona, fuera de los casos de flagrancia, sin que medien instrucciones escritas del Ministerio Público, del Juez o del Tribunal”.

En ese sentido en el momento que el Ministerio Público este ejerciendo esa función investigadora se esta otorgando al mismo tiempo una garantía a los gobernados, ya que al cumplir con esta atribución como facultad debe de estar fundada y motivada toda su actuación, pues de no ser así, se sustentaría la investigación en una base endeble, frágil y que podría tener graves consecuencias

en la esfera de las garantías individuales que jurídicamente se encuentran tuteladas y que este como representante de la sociedad debe velar por ellas y dar el ejemplo de siempre respetarlas.

De lo antes señalado podemos concluir que la función investigadora que realiza el Ministerio Público en relación a los delitos consiste y esta encaminada a reunir todos los elementos y pruebas que estén a su alcance para tener la opción de ejercitar o no la acción penal, de un hecho posiblemente ilícito y del cual tuvo conocimiento por denuncia o querrela y auxiliado por la Policía Judicial.

1.4 FASE PERSECUTORA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LOS DELITOS.

En este capítulo nos abocaremos a hacer referencia a lo que podemos mencionar como la parte complementaria de la función investigadora que realiza el Ministerio Público, es decir la persecución de los delitos.

La función persecutora como su nombre lo indica, consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, una vez que el Ministerio Público ya ha buscado y reunido todos los elementos necesarios a los que se refiere la fase investigadora y ha considerado que el hecho sea posiblemente delictivo; estima que es merecedor al ejercicio de la acción penal.

Por su parte Raúl Guillén establece "que esta persecución no es ilimitada en cuanto a su forma, pues debe respetar los derechos públicos subjetivos del indiciado contenidos en el artículo 20 Constitucional"¹⁴.

Ahora bien si dentro de la investigación del delito el Ministerio Público forma parte ante el Juez de la causa penal y es el encargado de aportar pruebas para que se perfeccione la investigación, por otra parte en la fase persecutora es autoridad, en la medida de que tiene una potestad legítima que ha recibido de la Constitución y que no es otra que la de ejercitar la acción penal.

Dentro de la Función Persecutora según Rivera Silva Manuel, se vislumbra un contenido y una finalidad íntimamente entrelazados: "...el contenido que es el realizar la actividades necesarias para que el autor del delito no evada la acción de la justicia y la finalidad que es que se aplique a los delincuentes las consecuencias fijadas por la ley (sanciones)"¹⁵.

Para resumir en este momento el Ministerio Público al ejercitar la acción penal, esta haciendo las gestiones pertinentes para procurar que los autores de los delitos se les apliquen las consecuencias establecidas por la ley.

1.5 FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Para que una persona ya sea en el ámbito personal pero inevitablemente en la vida profesional y como lo es en nuestro caso en la materia del derecho,

¹⁴ GUILLÉN LÓPEZ Raúl, Ob. Cit. Pág. 104.

¹⁵ RIVERA SILVA Manuel, Ob. Cit. Pág. 41.

sepa cual puede ser su actuar sin que sin transgredir o invadir esferas que no le pertenecen o por otro lado que no se cometan en contra de uno. ilegalidades o arbitrariedades, es menester conocer cuales son las facultades en este caso de la figura jurídica tan importante como lo es el Ministerio Público; por tal motivo siendo que para el tema que nos ocupa no podemos dejar de hacer de mención de algunas de las facultades que tanto en el fuero común como en el federal se le atribuyen al Ministerio Público.

1.5.1 FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL FUERO LOCAL.

Dentro del ámbito local refiriéndonos específicamente el en Distrito Federal, y en virtud del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al Ministerio Público le corresponde lo siguiente:

“Artículo 2. Al Ministerio Público, le corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto:

- I.- Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales;
- II.- Pedir la libertad de los procesados, en la forma y términos que prevé la ley; y
- III.- Pedir la reparación del daño, en los términos especificados en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal”.

“Artículo 3. Corresponde al Ministerio Público:

I.- Dirigir a la Policía Judicial en la investigación que esta haga para comprobar el cuerpo del delito ordenándole la práctica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, ó practicando el mismo las diligencias;

II.- Pedir al juez a quien se consigne el asunto, la practica de todas aquellas diligencias que, a su juicio sean necesarias para comprobar la existencia del delito y de sus modalidades;

III.- Ordenar, en los casos a que se refiere el artículo 266 del Código Penal la detención o retención según sea el caso, y solicitar cuando proceda la orden de aprehensión;

IV.- Interponer los recursos que señala la ley y seguir los incidentes que la misma admite;

V.- Pedir al juez la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado;

VI.- Pedir al juez la aplicación de la sanción que en el caso concreto estime aplicable; y

VII.- Pedir la libertad del detenido, cuando esta procesada”.

“Artículo 3 Bis. En las averiguaciones previas en las que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, previo acuerdo del Procurador de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público lo pondrá en libertad y no ejercitara acción penal”.

“Artículo 4. Cuando de la averiguación previa no aparezca detención de persona alguna, el Ministerio Público practicara todas las diligencias necesarias hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 Constitucional, para obtener la orden de aprehensión”.

“Artículo 6. El Ministerio Público, pedirá al juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate o la libertad del procesado, sea porque el delito no haya existido, sea porque, existiendo no sea imputable al procesado o porque exista a favor de este alguna de las causas de exclusión del delito previstas en el Capítulo V, Título Segundo, Libro Primero del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal o algunas de las causas de extinción de la pretensión punitiva a que se refiere el Título Quinto del Libro Primero de dicho ordenamiento”.

“Artículo 7. En el primer caso del artículo anterior el Ministerio Público, presentara sus conclusiones, en las que, después de hacer un resumen de los hechos que aparezcan comprobados en el proceso, fijara con precisión las disposiciones penales que, a su juicio sean aplicables”.

“Artículo 8. En el segundo caso del artículo 6., el agente del Ministerio Público, presentara al juez de los autos su promoción, en los que expresara los hechos y preceptos de derecho en que se funde para pedir la libertad del acusado”.

Abundando un poco más la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, menciona que:

“Artículo 2º. La Institución de Ministerio Público en el Distrito Federal, estará a cargo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, y tendrá las

siguientes atribuciones que ejercerá por conducto de su titular o de sus agentes y auxiliares, conforme a lo establecido en la ley y demás disposiciones aplicables:

I.- Perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal;

II.- Velar por la legalidad y el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia, así como promover la pronta, completa y debida impartición de justicia;

III.- Proteger los derechos e intereses de los menores, incapaces, ausentes, ancianos y otros de carácter individual y social, en general, en los términos que determinen las leyes;

IV.- Realizar estudios, formular y ejecutar lineamientos de política criminal y promover reformas que tengan por objeto hacer más eficiente la función de seguridad pública y contribuir al mejoramiento de la procuración e impartición de justicia;

V.- Las que en materia de seguridad pública le confiere la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal;

VI.- Participar en la instancia de coordinación del Distrito Federal, en el Sistema Nacional de Seguridad Pública, de acuerdo con la Ley y demás normas que regulen la integración, organización y funcionamiento de dicho Sistema;

VII.- Desarrollar estudios y desarrollar programas de prevención del delito en el ámbito de su competencia;

VIII.- Proporcionar atención a las víctimas o los ofendidos por el delito y facilitar su coadyuvancia;

IX.- Promover la participación de la comunidad en los programas de su competencia, en los términos que los mismos señalen;

X.- Auxiliar a otras autoridades en la persecución de los delitos de la competencia de éstas en los términos de los convenios, bases y demás instrumentos de colaboración celebrados al efecto; y

XI.- Las demás que señalen otras disposiciones legales”.

“Artículo 3º. Las atribuciones a que refiere la fracción primera del artículo segundo de esta ley respecto de la averiguación previa, comprenden:

I.- Recibir denuncias o querellas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito;

II.- Investigar los delitos del orden común con la ayuda de los auxiliares a que se refiere el artículo 23 de esta ley, otras autoridades competentes, tanto federales como de las entidades federativas, en los términos de los convenios de colaboración;

III.- Practicar las diligencias necesarias para la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad que corresponda, así como para la reparación de los daños y perjuicios causados;

IV.- Ordenar la detención y, en su caso, la retención de los probables responsables de la comisión de delitos en los términos previstos por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

V.- Asegurar los instrumentos, huellas, objetos y productos del delito en los términos que señalen las normas aplicables;

VI.- Restituir provisionalmente y de inmediato al ofendido en el goce de sus derechos, siempre y cuando no se afecte a terceros y este acreditado el cuerpo del delito del que se trate y, en caso de considerarse necesario ordenara que el bien se mantenga a disposición del Ministerio Público, exigiendo el otorgamiento de garantías que, de ejercitarse la acción penal se pondrán a disposición del órgano jurisdiccional;

VII.- Conceder la libertad provisional a los indiciados, en los términos previstos por la fracción I y el penúltimo párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

VIII.- Solicitar al órgano jurisdiccional las ordenes de cateo y las medidas precautorias de arraigo y otras que fueran procedentes, en los términos de lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

IX.- Promover la conciliación en los delitos perseguibles por querrela;

X.- Determinar el no ejercicio de la acción penal, cuando:

a) Los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito;

b) Una vez agotadas todas las diligencias y los medios y los medios de prueba correspondientes, no se acredite la probable responsabilidad del enjuiciado;

c) La acción penal se hubiese extinguido en los términos de las normas aplicables;

d) De las diligencias practicadas se desprenda plenamente la existencia de una causa de exclusión del delito, en los términos que establecen las normas aplicables;

e) Resulte imposible la prueba de la existencia de los hechos constitutivos de delito, por obstáculo material insuperable;

f) En los demás casos que determinen las normas aplicables.

Para los efectos de esta fracción, el Procurador y Subprocuradores que autorice el reglamento de esta ley, resolverán en definitiva los casos en que el agente del Ministerio Público proponga en no ejercicio de la acción penal;

XI.- Poner a disposición del Consejo de menores, a los menores de edad que hubieren cometido infracciones correspondientes a ilícitos tipificados por las leyes penales;

XII.- Poner a los inimputables mayores de edad, a disposición del órgano jurisdiccional, cuando de deban aplicar medidas de seguridad, ejercitando las acciones correspondientes, en los términos establecidos en la normas aplicables;
y

XII.- Las demás que establezcan las normas aplicables”.

“Artículo 4º. Las atribuciones a que se refiere la fracción I, del artículo segundo de esta Ley, respecto de la consignación y durante el proceso, comprenden:

I.- Ejercer acción penal ante el órgano jurisdiccional competente por los delitos del orden común, cuando exista denuncia o querrela, este acreditado el cuerpo del delito de que se trate y al probable responsabilidad de quien o quienes en el hubieran intervenido, solicitando las ordenes de aprehensión, comparecencia o de presentación, en su caso;

II.- Solicitar al órgano jurisdiccional las ordenes de cateo, las medidas precautorias de arraigo y otras que fueren procedentes en los términos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

III.- Poner a disposición de la autoridad judicial, a las personas detenidas y aprehendidas, dentro de los plazos establecidos por la Ley;

IV.- Solicitar el aseguramiento precautorio de bienes o la constitución de garantías para los efectos de la reparación de los daños y perjuicios, salvo que el inculpado los hubiese garantizado previamente;

V.- Aportar los elementos pertinentes y promover las diligencias conducentes para la debida acreditación del cuerpo del delito del que se trate, de la responsabilidad penal, de la existencia de los daños y perjuicios y para la reparación del monto de la reparación;

VI.- Formular las conclusiones en los términos señalados por la Ley, y solicitar la imposición de las penas y medidas de seguridad que correspondan y el pago de la reparación de los daños y perjuicios, o en su caso, plantear las causas del exclusión del delito o de las que extinguen la acción penal.

La formulación de conclusiones no acusatorias o de cualquier acto cuya consecuencia sea el sobreseimiento del proceso o la libertad absoluta del inculpado antes de que se pronuncie sentencia requerirá la autorización previa del Procurador o de los Subprocuradores que autorice el reglamento de esta Ley;

VII.- Impugnar, en lo términos previstos por la ley, las resoluciones judiciales que, a su juicio causen agravio a las personas cuya representación corresponda al Ministerio Público; y

VIII.- En general, promover lo conducente al desarrollo de los procesos y realizar las demás atribuciones que le señalen las normas aplicables.

1.5.2 FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL FUERO FEDERAL.

Al hablar de las facultades del Ministerio Público, es necesario hacer mención que en cuanto a lo que se refiere en la materia federal y el Código Federal de Procedimientos Penales, nos cita lo siguiente:

“Artículo 2. Compete al Ministerio Público Federal llevar acabo la averiguación previa y ejercer, en su caso la acción penal ante los tribunales.

En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público:

I.- Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito;

II.- Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como a la reparación del daño;

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

IV.- Acordar la detención o retención de los indiciados cuando así proceda;

V.- Dictar todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas;

VI.- Asegurar o restituir al ofendido en sus derechos en los términos del artículo 38;

VII.- Determinar la reserva o el ejercicio de la acción penal;

VIII.- Acordar o notificar al ofendido o víctima el no ejercicio de la acción penal, y en su caso, resolver sobre la inconformidad que aquellos formulen;

IX.- Conceder o revocar, cuando proceda, la libertad provisional del indiciado;

X.- En caso procedente promover la conciliación de las partes; y

XI.- Las demás que las leyes señalen.

Con el objeto de especificar más las actuaciones del Ministerio Público Federal la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, indica que le corresponde lo siguiente:

"Artículo 4º. Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

I.- Investigar y perseguir los delitos del orden federal. El ejercicio de esta atribución comprende:

A) En la averiguación previa:

a) Recibir denuncias o querellas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito;

b) Investigar los delitos del orden federal, así como los delitos del fuero común respecto de los cuales ejercite la facultad de atracción, con forme a las normas aplicables con la ayuda de los auxiliares a que se refiere el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y otras autoridades, tanto federales como del Distrito Federal y de los Estados integrantes de la Federación, en los términos de las disposiciones aplicables y de los convenios de colaboración e instrumentos que al efecto se celebren;

c) Practicar las diligencias necesarias para la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, así como la reparación de los daños y perjuicios causados;

d) Ordenar la detención y, en su caso, la retención de los probables responsables de la comisión de delitos en los términos previstos por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

e) Realizar el aseguramiento de bienes de conformidad con las disposiciones aplicables;

f) Restituir al ofendido en el goce de sus derechos en los términos del Código Federal de Procedimientos Penales y demás disposiciones aplicables;

g) Conceder la libertad provisional a los indiciados en los términos previstos en el artículo 20, Apartado A, fracción I y último párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

h) Solicitar al órgano jurisdiccional las ordenes de cateo, las medidas precautorias de arraigo, el aseguramiento o el embargo precautorio de bienes que resulten indispensables para los fines de la averiguación previa, así como en su caso y oportunidad, para el debido cumplimiento de la sentencia que se dicte;

i) En aquellos casos en que la ley lo permita el Ministerio Público de la Federación propiciara conciliar los intereses en conflicto, proponiendo vías de solución que logren la avenencia;

j) Determinar la incompetencia y remitir el asunto a la autoridad que deba conocer, así como la acumulación de las averiguaciones previas cuando sea procedente;

k) Determinar la reserva de la averiguación previa, conforme a las disposiciones aplicables;

l) Determinar el no ejercicio de la acción penal, cuando:

1.- Los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito;

2.- Una vez agotadas todas las diligencias y los medios de prueba correspondientes, no se acredite el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del indiciado;

3.- La acción penal se hubiese extinguido en los términos de las normas aplicables;

4.- De las diligencias practicadas se desprenda plenamente la existencia de una causa de exclusión del delito, en los términos que establecen las normas aplicables;

5.- Resulte imposible la prueba de la existencia de los hechos constitutivos de delito por obstáculo material insuperable

6.- En los demás casos que determinen las normas aplicables

m) Poner a disposición de la autoridad competente a los menores de edad que hubieren incurrido en acciones u omisiones correspondientes a ilícitos tipificados por las leyes penales federales;

n) Poner a los inimputables mayores de edad a disposición del órgano jurisdiccional, cuando deban aplicar medidas de seguridad, ejerciendo las acciones correspondientes en los términos establecidos en las normas aplicables;
y

ñ) las demás que determinen las normas aplicables.

Cuando el Ministerio Público de la Federación, tenga conocimiento por sí o por conducto de sus auxiliares de la probable comisión de un delito cuya persecución dependa de querrela o de cualquier otro acto equivalente, que deba formular alguna autoridad, lo comunicara por escrito y de inmediato a la autoridad competente, a fin de que resuelva con el debido conocimiento de los hechos lo que a sus facultades o atribuciones corresponda. Las autoridades harán saber por escrito al Ministerio Público de la Federación de la determinación que adopten.

En los casos de detenciones o de delito fragante, en los que se inicie averiguación previa con detenido el Agente del Ministerio Público de la Federación, solicitara por escrito y de inmediato a la autoridad competente que presente la querrela o cumpla el requisito equivalente, dentro del plazo de

retención que establece el artículo 16 párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

B) Ante los órganos jurisdiccionales:

a) Ejercer la acción penal ante el órgano jurisdiccional competente por los delitos del orden federal cuando exista denuncia o querrela, este acreditado el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad de quien o quienes en el hubieren intervenido, solicitando las ordenes de aprehensión o de comparecencia

b) Solicitar al órgano jurisdiccional las ordenes de cateo, las medidas precautorias de arraigo, de aseguramiento o embargo precautorio de bienes, los exhortos o la constitución de garantías para los efectos de reparación de los daños y perjuicios, salvo que el inculpado los hubiese garantizado previamente

c) Poner a disposición de la autoridad judicial a las personas detenida y aprehendidas dentro de los plazos establecidos por la ley;

d) Aportar las pruebas y promover las diligencias conducentes para la debida comprobación de la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiaridades del inculpado, de la responsabilidad penal, de la existencia de los daños y perjuicios así como de fijación del monto para su reparación;

e) Formular las conclusiones en los términos señalados por la ley y solicitar la imposición de las penas y medidas de seguridad que correspondan y el pago de la reparación de los daños y perjuicios y en su caso, plantear las causas de exclusión del delito o las que extinguen la acción penal;

f) Impugnar, en los términos previstos por la ley, las resoluciones judiciales;

y

g) En general, promover lo conducente al desarrollo de los procesos y realizar las demás atribuciones que le señalen las normas aplicables”.

CAPÍTULO SEGUNDO

DETENCIONES LEGALES.

La Constitución General de la República, permite tres tipos de detención legal, y que son a través de la Orden de Aprehensión, la Flagrancia y el Caso Urgente o Retención; mismas que se abordaran más adelante.

2.1 LA ACCIÓN PENAL.

Uno de los puntos medulares que debemos exponer y el cual es importante tratar de asimilarlo lo mejor que se pueda, es precisamente el de la acción penal; ya que en la materia penal, esta actividad podría llegar a ser la diferencia para la aplicación de la ley al caso concreto, por la imputación que se le haga a una persona de un hecho considerado como delito, una vez satisfechos los requisitos legales conforme al artículo 16 Constitucional.

Primeramente habrá de mencionar que Acción proviene del latín *actio-onis*, hacer, en acepción gramatical, significa toda actividad o movimiento que se encamina a determinado fin.

No adentrándonos en la historia de lo que es la Acción Penal solo haremos mención que en etapas rudimentarias, el ofendido por el delito se encargaba de la reparación del agravio ante el jefe de la tribu; más tarde se acudía a la autoridad para que administrara la justicia.

Posteriormente no solo el ofendido, también los ciudadanos lo solicitaban a la autoridad. Finalmente el Estado, en representación del ofendido ejercita la acción penal, provocando la intervención del juez para que sustanciados los actos correspondientes a un proceso resuelva la situación planteada.

Es conveniente recordar la importancia que tiene el Estado en la acción penal, es decir la gran facultad que nadie discute de su derecho de castigar una vez que ha determinado que conductas constituyen un delito y cuales son las penas o medidas de seguridad aplicables a quienes los cometan, y por tal motivo es momento de determinar a que órgano se encomienda su persecución, cuando estos son realizados en el mundo real.

De esta forma el Estado al órgano que le ha otorgado esta facultad es al Ministerio Público, y que encuentra su fundamento principal en el artículo 21 de nuestra Constitución Política, la cual es la investigación y persecución de los delitos y al estar cumpliendo con esa obligación consecuentemente es el único facultado para resolver sobre el ejercicio de la Acción Penal.

De manera secundaria el artículo 2º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala de forma más detallada esta facultad y que a la letra dice:

“Artículo 2. Al Ministerio Público, le corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto:

- I.- Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales;

II.- Pedir la libertad de los procesados, en la forma y términos que prevé la ley; y

III.- Pedir la reparación del daño, en los términos especificados en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal”.

Del mismo modo el Código Federal de Procedimientos Penales, al respecto indica lo siguiente:

“Artículo 2. Compete al Ministerio Público Federal llevar acabo la averiguación previa y ejercer, en su caso la acción penal ante los tribunales”.

A continuación resulta conveniente proporcionar algunos conceptos que diversos doctrinarios han proporcionado sobre la acción penal.

Florián la define y manifiesta lo siguiente: “la acción penal, se puede considerar como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional respecto a una determinada relación de derecho penal”¹⁶.

De la misma manera Guillermo Colín Sánchez, opina “que el poder jurídico al que refiere Florián, es el que se desprende en lo dispuesto en la ley y que se justifica cuando se infringe una disposición de las que integra el derecho penal y que con la finalidad de que sea definida esa pretensión y una vez satisfechos determinados requisitos, el juez intervenga y se convierta precisamente en una declaración de culpabilidad o no del acusado. Y define este entonces a la acción penal como: pública, que surge al nacer el delito, que su ejercicio esta encomendado al Estado por conducto de uno de sus subórganos, el Procurador de Justicia y los Agentes del Ministerio Público y que tiene por objeto definir la

¹⁶ FLORIÁN Eugenio, “Elementos del Derecho Procesal Penal”, Serie Clásicos del Derecho Procesa Penal, Volumen I; Editorial Jurídico Universitaria, México 2001, Pág. 91.

pretensión punitiva estatal, ya sea absolviendo al inocente o imponiendo al culpable una pena”¹⁷.

Por su parte Osorio y Nieto, señala que “la acción penal es la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público por la cual pide al órgano jurisdiccional competente aplique la ley penal a un caso concreto”¹⁸.

Para Pineda Pérez Benjamín, la acción penal se debe entender como “un derecho que le asiste al afectado para ocurrir ante el órgano jurisdiccional a solicitarle su intervención, para que al aplicar la ley, sea respetado el derecho violado que corresponde al afectado, ya que este derecho no es reconocido por la parte contraria, derecho que no es otorgado por el artículo 17 de nuestra Carta Magna”¹⁹.

En este orden de ideas Hernández Pliego, define a la acción penal como “el poder-deber que el Estado encomienda constitucionalmente al Ministerio Público, y que se manifiesta cuando este excita al órgano de la jurisdicción para que, en un caso concreto, resuelva el conflicto de intereses que se le plantea, mediante la aplicación de la ley, con la finalidad de lograr la permanencia del orden social”²⁰.

Como podemos apreciar el ejercicio de la acción penal solo puede ser ejercida cuando sean reunidos los elementos señalados en el artículo 16 Constitucional y por lo tanto si no son satisfechos dicho requisitos, el Ministerio Público puede optar por el no ejercicio de la acción penal y para mayor comprensión a lo antes referido podemos apoyarnos en la jurisprudencia de la Octava Época. Instancia: Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito en

¹⁷ Cf. COLÍN SÁNCHEZ Guillermo, Ob. Cit. Pág. 305.

¹⁸ OSORIO Y NIETO César Augusto, “La Averiguación Previa”, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 2000, Pág. 27.

¹⁹ PINEDA PÉREZ Benjamín, Ob. Cit. Pág. 116.

²⁰ HERNÁNDEZ PLIEGO Julio, “Programa de Derecho Procesal Penal”, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 2001, Pág. 134.

Materia Penal. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, cuyo rubro y texto invocan:

ACCION PENAL. *Su ejercicio corresponde exclusivamente al Ministerio Público; de manera que, cuando él no ejerce esa acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido por el Ministerio Público, importa una violación de las garantías consagradas en el artículo 21 constitucional.*

Ahora bien el artículo 137 del Código Federal de Procedimientos Penales nos establece cuando no el Ministerio Público, ejercitara la acción penal y será cuando ocurra lo siguiente:

“Artículo 137. El Ministerio Público no ejercitara la acción penal:

I.-Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal;

II.-Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y solo por lo que respecta a aquel;

III.-Cuando, aun pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable;

IV.-Cuando la responsabilidad penal se haya extinguida, legalmente en los términos del Código Penal; y

V.-Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal”.

Para complementar el concepto y definición de la acción penal cabe citar la siguiente tesis de la Octava Época. Instancia: Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Penal. Fuente : Semanario Judicial de la Federación. Tomo: I, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1988. Página: 40:

ACCION PENAL, PROCEDENCIA DE LA. El ejercicio de la acción penal, como facultad exclusiva del Ministerio Público, se apoya en supuestos definidos como la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, por lo que si en esa fase indagatoria falta alguno de los elementos en mención, es obvio que no la ejerza el representante social o también porque aparecieran algunas de las consecuencias, tales como ausencia de conducta o hecho delictuoso; falta de intervención delictuosa por parte de una persona determinada a quien se ha tenido como indiciado; imposibilidad de recabar pruebas, por obstáculo material insuperable; extinción de la responsabilidad penal; o, existencia de una circunstancia excluyente de responsabilidad penal; por consiguiente, al existir algunas de estas consecuencias, es obvio que el Ministerio Público está imposibilitado para ejercer la acción penal, siendo evidente que el juicio de amparo no pueda analizar tales cuestiones ni obligar al Ministerio Público a que ejerza la acción penal, porque ello contravendría el contenido del artículo 21 de la Constitución General de la República.

Asimismo en correlación con lo anterior tiene aplicación la siguiente tesis jurisprudencial de la Novena Época. Instancia: Pleno En materia Constitucional,

Penal. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tesis: P. CLXVI/97. Página: 111 cuyo encabezado y contenido dicen:

ACCIÓN PENAL. LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA, SON SUSCEPTIBLES DE VIOLAR GARANTÍAS INDIVIDUALES Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO. *La acción penal es el poder de que está dotado el Ministerio Público para solicitar la actuación del órgano jurisdiccional y la instauración del proceso penal en contra de persona determinada, con el propósito de que se aplique la pena o medida de seguridad correspondiente, mientras que el desistimiento de tal acción es la renuncia a esa solicitud o el abandono del derecho respectivo, que la representación social expresa dentro del proceso para evitar que éste continúe o que culmine. Por consiguiente, si la acción penal es el elemento que todo proceso penal necesita para activarse, funcionar y producir sus efectos, su no ejercicio da lugar a que no se inicie y su desistimiento a que, ya iniciado, se sobresea. En términos del artículo 21, párrafo primero, constitucional, el Ministerio Público, en su carácter de representante social, es el que se encuentra legitimado para ejercer la acción penal; sin embargo, no constituye un poder o prerrogativa que pueda ejercer a su libre arbitrio, toda vez que ésta nace y se desarrolla con el propósito de castigar a los sujetos que hubieren afectado a la sociedad con la comisión de un hecho delictuoso, de donde deriva que el ejercicio de la acción penal es obligatorio, siempre y cuando se reúnan los requisitos necesarios para su procedencia, los que se encuentran previstos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos*

Mexicanos. La finalidad de la reforma al artículo 21 constitucional, que entró en vigor el 1o. de enero de 1995, es que tales determinaciones se hallen reguladas por normas y criterios objetivos, a fin de que el no ejercicio de la acción penal sea regido dentro de un Estado de derecho. En ese orden de ideas, la negativa sobre el ejercicio de la acción penal o el desistimiento de ésta, cuando resultan injustificados, violan en perjuicio del denunciante, querellante, víctima del delito o de los familiares de ésta, o del interesado legalmente en la persecución del delito, la garantía de seguridad jurídica consagrada en la reforma al artículo 21, párrafo cuarto, de la Constitución Política. Además, es patente que tales determinaciones afectan los intereses jurídicos de la sociedad y, por ende, del ofendido, persona que ha resentido directa o indirectamente la conducta calificada como delito, en especial, al privarle de la posibilidad de obtener la reparación del daño, por lo que es éste, por sí, por medio de sus representantes o, en su caso, sus sucesores, el legitimado para ejercer al respecto la acción de garantías. Conforme a lo anterior, si las determinaciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal pueden resultar directamente violatorias de las garantías individuales del ofendido, el juicio de amparo es plenamente procedente para reclamarlas.

Aunado a lo anterior señalare que la única excepción que contempla nuestra legislación al actual monopolio del Ministerio Público, en cuanto al ejercicio de la acción penal, se encuentra consignada en el artículo 107 Constitucional, refiriéndose a que en un proceso de amparo la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o eludiere la sentencia a que le fue condenado por la reparación del daño, por parte de la autoridad federal y no tuviera una causa de excusa justificable, dicha autoridad será

inmediatamente separada de su cargo y consignada al juez de distrito que le corresponda; no siendo consignada al Ministerio Público.

Doctrinariamente se atribuyen varias características a la acción penal y que son las siguientes:

a) Pública.- No solo de la doctrina, sino de lo indicado en las leyes se desprende dicho carácter, puesto que su ejercicio esta a cargo del Estado por conducto de uno sus subórganos, para provocar la intervención del juez que resolverá la situación jurídica planteada. Se considera así porque persigue un fin de carácter público, que es el castigo de los ilícitos por parte del Estado. Es decir se encargara de aplicar un castigo al delincuente, protegiendo los intereses de toda la colectividad. González Bustamante dice que la acción penal es pública porque "sirve para la realización de una exigencia, que es el poder punitivo del Estado"²¹.

b).- Única.- Ya que en el conocimiento del o de los delitos que se hubiesen cometido, el Ministerio Público, se encargara de reunir todas las pruebas y vestigios que encierren en estos en forma general y nunca en forma especial para cada delito por lo tanto se estima que única porque se utiliza una acción penal para todos los ilícitos, sin importar las características de este; es decir no existe una acción penal especial para cada delito cometido.

c).- Indivisible.- Se considera que es indivisible porque se ejerce la misma acción penal para todos los participantes de un hecho delictivo y no determinada acción para cada indiciado y es indivisible porque el perdón o desistimiento también beneficia a todos. Barragán Salvatierra, afirma al respecto que "es indivisible debido a que produce efectos para todos los que toman parte en la

²¹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE Juan José, "Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano", Octava Edición, Editorial Porrúa, México 1959, Pág. 41.

concepción, preparación y ejecución de los delitos, o para quienes les auxilien por concierto previo o posterior²².

d).- Irrevocable.- Porque una vez que interviene el Ministerio Público, no esta facultado para desistirse de ella, como si se tratara de un derecho propio, si existe delito y se obtienen las pruebas, se deberá ejercitar la acción penal. En cuanto inicia el proceso debe continuarse hasta su finalización y hasta que el juez determine una sentencia. González Bustamante señala que "la irrevocabilidad debemos entenderla en el sentido de que, deducida la acción ante el órgano jurisdiccional no se le puede poner fin de manera arbitraria. El desistimiento de la acción penal mina en la base en que se sustenta el proceso y, en estricto derecho, debe rechazársele"²³.

e).- Intrascendente.- La intrascendencia se refiere a que la acción penal esta limitada al presunto responsable del delito, solo se dirige al indiciado y de ninguna manera podrá alcanzar a sus pariente o a terceros.

f).- Autónoma.- Es autónoma porque no depende del derecho abstracto de castigar del Estado, ni del derecho concreto de sancionar al delincuente por parte del juez. En este sentido, Hernández Pliego señala que "la acción penal puede ser ejercida, hipotéticamente, en forma caprichosa por el Estado, aun cuando no exista el derecho de castigar a una persona en concreto, pues una absolución no resta, sino reafirma independencia y legitimidad a la acción penal"²⁴.

Habrà que mencionar también que la acción penal se puede extinguir y son varias las formas que nuestro Código Penal Federal contempla y las causas que extinguen la acción penal son las siguientes:

²² BARRAGÁN SALVATIERRA Carlos, "Derecho Procesal Penal", Primera Edición, Editorial McGraw-Hill Interamericana, México 1999, Pág. 54.

²³ GONZÁLEZ BUSTAMANTE Juan José, Ob. Cit., Pág. 41.

²⁴ HERNÁNDEZ PLIEGO Julio, Ob. Cit. Pág. 136.

- a) **Muerte del delincuente.**- El artículo 91 del Código Penal Federal expresa: "La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él".
- b) **Amnistía.**- Esta extinción de la acción encuentra su fundamento en el artículo 92 del Código Penal Federal y dicho precepto establece: "la amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola, y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito".
- c) **Perdón del ofendido o legitimado.**- Al respecto de esta extinción el artículo 93 del citado código dice lo siguiente: "El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si este no ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón este no podrá revocarse".
- d) **Prescripción.**- Esta tiene su sustento legal en el artículo 100 "Por La prescripción se extingue la acción penal y las sanciones...".
- e) **Vigencia y aplicación de una ley más favorable.**- En este sentido el artículo 117 expresa lo siguiente "La ley que suprime al tipo penal o lo modifique extingue, en su caso la acción penal o la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 56".

Por último podemos concluir que la acción penal es una determinación que realiza el Ministerio Público, y que esta obligado a ejercer siempre y cuando se acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, dando así lugar a que el órgano jurisdiccional realice un juicio valorativo, y si lo estima conveniente ejercitar esta para después llevar todo el proceso y concluir con una absolución o imponiendo una pena al culpable.

2.2 EL CUERPO DEL DELITO.

El cuerpo del delito es un concepto de vital importancia ya que es la base en que se sustenta junto con la probable responsabilidad el hecho punible; sin estos no habría posibilidad alguna de dictar una consignación, una orden de aprehensión o un auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Antes de poder dar un concepto de lo que es el cuerpo del delito diremos como ha evolucionado en el medio mexicano. En un principio resaltaremos que la expresión “cuerpo del delito”, alcanzo por primera vez rango constitucional en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, de 15 de mayo de 1856, que al respecto establecía:

“Artículo 44. La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por más de cinco días, sin dictar el auto motivado de prisión, del que se dará copia al reo y a su custodio, y para el cual se requiere: que esté averiguado el cuerpo del delito; que haya datos suficientes según las leyes para creer que el detenido es

responsable, y que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador, si lo hubiere”.

Aun cuando la parcial vigencia territorial del Estatuto del 15 de mayo y la negativa implícita de los constituyentes de 1856 de incluir el concepto en la entonces próxima Constitución, se aprecian ya en él las exigencias probatorias base de nuestro moderno artículo 19; es decir la certeza del cuerpo del delito y al menos duda positiva respecto a la responsabilidad.

En el Código de Procedimientos Penales de 1894, se indicaba: “Todos los delitos que por este código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán comprobando todos los elementos que lo constituyen , según la clasificación que de ellos haga el Código Penal...”.

En el artículo 9º del Código Penal , de 1871, se establecía: “Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo, a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que halla delito”.

En 1894 los redactores del Código de Procedimientos Penales, identificaban el delito con el cuerpo del delito.

En relación con lo anterior los ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pretendieron aclarar la confusión, y al respecto manifestaron: “por cuerpo del delito, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo”

Otro antecedente directo del artículo 19 es el que con igual número figura en el proyecto de Reformas Constitucionales, de la Secretaría de Justicia de 1916, el cual preceptuaba lo siguiente:

“Ninguna detención podrá exceder del termino de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión que tendrá como base la comprobación del cuerpo del delito, el indicio, cuando menos de culpabilidad del acusado y los demás requisitos que establezcan la Ley...”.

De lo anterior se desprende que a fin de que el Ministerio Público, no pueda de manera indiscriminada, señalar con el dedo a quien deba consignarse, el legislador ha establecido en la ley una serie de requisitos para garantizar que dichos actos de molestia en contra del ciudadano, no queden al arbitrio de la autoridad.

Así pues el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo segundo señala lo siguiente:

“Artículo 16. No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existen datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del enjuiciado”.

Según García Ramírez Sergio, “la tendencia moderna se pronuncia de plano, en el sentido de referir el cuerpo del delito a los elementos a los elementos plenarios del tipo”²⁵.

Por otro lado Colín Sánchez Guillermo opina que “el cuerpo del delito corresponde en la mayoría de los casos, a lo que generalmente se admite como tipo y en casos menos generales a los que corresponde como figura delictiva, o sea el total del delito”²⁶.

²⁵ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, Ob. Cit., Pág. 435.

²⁶ COLÍN SÁNCHEZ Guillermo, “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”, Decimocuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1993, Pág. 331.

Por su parte Alejandro Sosa Ortiz es de la idea de "que el cuerpo del delito es la actualización en el mundo fáctico de la conducta (descrita en la ley penal como prohibida), considerando:

a) solo sus elementos materiales u objetivos, en su caso de que los contenga;

b) también los normativos (legislación federal) o ;

c) los dos anteriores y además los subjetivos específicos (legislación distrital), es decir todos²⁷.

En ese orden López Betancourt, entiende "que el cuerpo del delito, es en sí el delito con sus complementos como los instrumentos, los modos, las condiciones y las circunstancias en que se cometió y que se combina tanto el hecho delictivo en sí, cuanto los instrumentos del propio ilícito; sin embargo hay que tomar en cuenta que el cuerpo del delito es todo, en el cual están insertos tanto el ilícito como tal y las circunstancias o modos por los cuales se cometió"²⁸.

Es preciso señalar que sobre la definición del cuerpo del delito la doctrina no se ha puesto muy de acuerdo y sigue siendo un problema muy discutido para los autores.

Motivo de y discusión sobre el concepto en estudio tomaremos como base para su entendimiento el artículo 168 en su segundo párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales, tomando en consideración que normativamente es la única norma que lo determina:

²⁷ SOSA ORTIZ Alejandro, "El Cuerpo del Delito la Problemática en su Acreditación", Primera Edición, Editorial Porrúa, México 2003, Pág. 34.

²⁸ LÓPEZ BETANCOURT Eduardo, "Derecho Procesal Penal", Primera Edición, Editorial IURE, México 2002, Pág.102

“Artículo 168. El Ministerio Público, acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examina si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por el cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos en el caso de que la descripción típica lo requiera”.

Habrà que recordar que los tipos suelen estar contruidos por elementos subjetivos normativos y objetivos.

En los tipos penales siempre existen elementos objetivos y normativos; los subjetivos suelen estar o no en el tipo penal.

De lo antepuesto a someramente diremos que los elementos del tipo penal son todos y cada uno de los elementos que se advierten de la descripción legal delictiva; es decir elementos objetivos, subjetivos y normativos.

Así pues los elementos del tipo son objetivos, cuando pueden apreciarse a través de los sentidos; por ello constituyen la regla general. Por lo tanto en estos se incluyen al sujeto activo que es aquel que despliega la conducta criminosa y el sujeto pasivo que es el titular del bien jurídicamente protegido.

En sentido estricto Rodolfo Monarque Ureña opina que el elemento objetivo “es el verbo del tipo; implica un hacer o un no hacer(privar, apoderarse traficar, etcétera)”²⁹.

Y por otro lado los elementos normativos son los que implican un juicio de valor, ya que existen conceptos en el tipo penal que tienen que comprenderse

²⁹ MONARQUE UREÑA Rodolfo, Ob. Cit. Pág. 41.

normativos, subjetivos o internos, en caso de que la hipótesis legal lo requiera; por lo que si de la conducta desplegada por el sujeto activo no se acredita alguno de estos elementos, como consecuencia, la hipótesis legal no se actualiza y, por tanto, no podrá efectuarse juicio de reproche alguno.

Por último nosotros podemos considerar al cuerpo de delito en base a lo expuesto son los elementos objetivos o externos y normativos cuando es requerido y que una vez reunidos dan como resultado lo que en la vida real es considerado como ilícito.

2.3 LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

Ahora nos corresponde hablar de la probable responsabilidad, el cual es otro de los requisitos de fondo que junto con el del cuerpo del delito sirven justificar una consignación, una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.

Probable viene del latín "*probabilis*", y Jorge Alberto Silva citando a Borja Osorno dice "que probable es aquello de que hay buenas razones para creer lo que es verosímil, lo que se funda en razón prudente, lo que se puede probar. Lo probable es un posible, que tiene más posibilidades de ser, que no de ser. Es probable lo que posible y merece ser más creído que la opinión contraria"³⁰.

³⁰ SILVA SILVA Jorge Alberto, Ob. Cit. Pág. 320.

Si el cumplimiento del tipo es el indicio de que una conducta fue antijurídica y que violó la prohibición o mandato contenidos en la norma; es precisamente lo que nos hace pensar en una presunta responsabilidad.

Por su parte Osorio y Nieto apunta que por probable responsabilidad entiende “la posibilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos fundados para considerar que es factible que un individuo haya intervenido en la realización de un delito en cualquier forma de autoría”³¹.

Es decir una vez comprobado el cuerpo del delito y que el hecho se produjo como lo describe el tipo, se puede ya tener la posibilidad de que el Ministerio Público o el juez pueda atribuirlo a una persona y así acreditar la probable responsabilidad porque si el cuerpo del delito se refiere al hecho; la probable responsabilidad se enfoca a un individuo.

Ahora bien el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, nos describe no solo como tener acreditado el cuerpo del delito, sino también como tener por acreditada la responsabilidad penal y su párrafo tercero nos menciona lo siguiente:

“Artículo 168. El Ministerio Público, acreditara el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examina si ambos requisitos están acreditados en autos.

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

³¹ OSORIO Y NIETO, Ob. Cit. Pág. 30.

mediante un proceso intelectual por parte ya sea del Ministerio Público o del juez, en su caso. Es decir son conceptos que se desprenden de la ley misma como por ejemplo, “cosa mueble” o “apoderamiento” en el robo.

Hablando en este momento en lo relativo sobre el cuerpo del delito y en lo personal afin con las ideas del doctrinario Rodolfo Monarque, considero que la primera fase en la que se debe de tener plenamente por acreditado el cuerpo del delito es desde la consignación ya que para que se pueda continuar con el proceso y poder dictar una sentencia este se obliga a tenerlo por acreditado y para que esto suceda inicialmente el juez debe de conocer del asunto y solo podrá avocarse al mismo, si el Ministerio Público lo hace de su conocimiento es decir, si le consigna a una persona por un determinado delito, resaltando nuevamente que solo se le puede consignar a una persona si esta comprobado uno de los dos requisitos, refiriéndonos en este a el cuerpo del delito.

En relación con lo anterior que es el cuerpo del delito y en particular sobre el tema de este trabajo, en el aspecto de que las determinaciones del Ministerio Público, no afecten las garantías individuales nos sirve de apoyo la siguiente tesis de la Novena Época. Instancia: Primer Tribunal Colegiado En Materia Penal Del Sexto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIV, Diciembre de 2001. Tesis: VI.1o.P.169 P. Página: 1707 cuyo rubro y texto señalan:

CUERPO DEL DELITO. CUANDO FALTA ALGUNO DE SUS ELEMENTOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). De acuerdo con el contenido de los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, y del diverso 83 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado, se entiende como cuerpo del delito al conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho descrito por la ley, así como a los

No esta por de demás señalar que el legislador en el Código Penal Federal nos establece quienes son las personas responsables en los delitos; considerando a los siguientes:

“Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen dolosamente a otro cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para la comisión;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo”.

En relación a lo anterior Guillermo Colín comenta “que ante semejante multiplicidad de formas puede afirmarse que habrá, presunta responsabilidad, cuando pruebas o elementos, cuyo análisis de conjunto permitan colegir, a través de una inferencia lógica, que uno o más sujetos pudieron ubicarse en algunas de las situaciones antes mencionadas, en relación con los hechos constitutivos del delito”³².

³² COLÍN SÁNCHEZ Guillermo, Ob. Cit., Pág. 386.

Luego entonces la responsabilidad penal nace exclusivamente para quien ha cometido el delito; entendiéndose por tal a quien ha cabido en alguna de las formas de intervención punible previstas por la ley y a diferencia de otras formas de responsabilidad jurídica, esta responsabilidad no trasciende a otras personas, por ello la muerte del delincuente extingue la acción penal y la pena impuesta, pero en cuanto a la reparación del daño si quedan obligados los herederos en cuanto a lo civilmente.

Para mayor comprensión se cita la jurisprudencia de la Novena Época. Instancia: Pleno. En Materia: Constitucional, Penal Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XVI, Agosto de 2002 Tesis: P. XXXV/2002 Página: 14 cuyo encabezado y contenido son:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculcado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten

la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Podemos concluir que la responsabilidad de un individuo se da cuando primeramente se ha acreditado el cuerpo del delito y luego entonces, de las pruebas que el Ministerio Público o en su caso el juez aporten, se concluya a partir de un razonamiento lógico esta persona participo en algunas de las formas que señala el artículo 13 del Código Penal Federal y no existan a su favor alguna de las causas de imputabilidad.

2.4 LA ORDEN DE APREHENSIÓN.

Como mencionamos al principio de este capítulo la orden de aprehensión, es una de los únicos tres tipos de detenciones legales que nuestra constitución como norma máxima contempla y misma que a continuación abordaremos.

Primeramente diremos que Orden de Aprehensión, proviene del latín *apprehensio*, derivado del verbo *apprehendere*, de *ad*, a y *prenderé*.

En cuanto al caso del derecho procesal penal expresaremos que el vocablo aprehensión significa asir o apoderamiento de una persona aún contra su voluntad, y llevarla ante un tribunal judicial que le reclama.

La orden de aprehensión en opinión de Jorge Alberto Silva, "es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal (juzgado penal federal o local), para que por conducto de un ejecutor (policía judicial o ministerial), sea presentada físicamente una o más personas con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de la libertad implican"³³.

Para López Betancourt "es la medida cautelar que lleva a cabo el tribunal, con la cual se priva de la libertad al indiciado, con el objetivo de evitar que pueda sustraerse a la acción de la justicia, asegurando que esté presente en el proceso y que, en el caso respectivo cumpla con su condena"³⁴.

³³ SILVA SILVA Jorge Alberto Ob. Cit. Pág. 498.

³⁴ LÓPEZ BETANCOURT Eduardo Ob. Cit. Pág. 108.

Por su parte Guillermo Sánchez Colín, señala que la orden de aprehensión desde el punto de vista dogmático "es una situación jurídica, un estado, un modo de lograr la presencia del imputado en el proceso y desde el punto de vista procesal, es una resolución judicial en la que con base en el pedimento del agente del Ministerio Público y satisfechos los requisitos indicados en el artículo 16 Constitucional se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye"³⁵.

A continuación señalaremos algo referente respecto de los antecedentes históricos constitucionalmente hablando y que van desde la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, hasta los reconocidos y no suficientemente elogiados Mensaje y Proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza , fechados en Querétaro, el primero de diciembre de 1916, que en su artículo 16 expresaban:

"No podrán librarse ordenes de arresto contra una persona, sino por la autoridad judicial y siempre que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y que este, además, apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable su responsabilidad, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona pueda aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata...".

Casi todas las normas de más elevada jerarquía en nuestro país, se han ocupado de regular esta institución procesal:

Un importante antecedente más es el artículo 16 de la Constitución de 1857, que decía:

³⁵ COLÍN SÁNCHEZ Guillermo, Ob. Cit. Pág. 362.

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”;y, el artículo 60 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano del 10 de abril de 1865, que textualmente indicaba:

“Ninguno será detenido sino por mandamiento de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y solo cuando obren contra el indicios suficientes para presumirle autor de un delito. Se exceptúa el caso de delito in flagranti, en que cualquiera puede aprehender al reo para conducirlo a la presencia judicial o de la autoridad competente..”.

En nuestra Constitución Política de 1917, el artículo 16 fue aprobado en su concepción original de la siguiente manera:

“No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado...”.

En el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de septiembre de 1993, apareció publicada una trascendental reforma del artículo 16 Constitucional, para quedar como actualmente le conocemos en los siguientes términos:

“Artículo 16 No podrá librarse orden de aprehensión, sino por autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado”.

“...exceptuando los casos de flagrante delito o de urgencia”.

Del precepto anterior podemos destacar lo que al principio mencionamos, que la libertad personal únicamente puede ser restringida mediante una orden de aprehensión y decretada por una autoridad judicial además que la Flagrancia y la Urgencia son las dos excepciones al principio general.

Congruentes a nuestra Constitución las leyes procesales penales secundarias, son afín con el perfil de la norma suprema.

A este respecto el artículo 195 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone:

“Artículo 195. Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional el tribunal librara orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, según el caso, contra el inculpado, a pedimento del Ministerio Público”.

Por su parte, el artículo 132 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dice:

“Artículo 132. Para que un juez pueda librar orden de aprehensión, se requiere:

I.- Que el Ministerio Público, la haya solicitado; y

II.- Que se reúnan los requisitos fijados por el artículo 16 de la Constitución Federal”.

Así pues de las disposiciones procesales transcritas existen ciertos requisitos o prerrequisitos como algunos doctrinarios los sustentan, que se deben cubrir mismos que son:

- a) Que se hayan reunido los requisitos de procedibilidad, es decir la existencia de una denuncia o querrela;
- b) Que esta denuncia o querrela, se refieran a hechos señalados en la ley como delitos;
- c) Que la pena con la que se sancionen, sea cuando menos privativa de la libertad;
- d) Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito; y
- e) Que existan elementos que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Para concluir con respecto a la orden de aprehensión nosotros señalaremos que es una de las formas de privar la libertad de la persona para que se le presente ante el órgano que le requiere; esta solo puede ser librada por autoridad competente que seria que seria el juez y solo cuando se cumplan los requisitos del artículo 16 Constitucional ya que como cualquier acto de molestia debe ser fundado y motivado; además si ya se cumplieron con estos requisitos será porque el Ministerio Público la solicito la ordenen un principio y el delito este sancionado con pena corporal.

2.5 DETENCIÓN EN FLAGRANCIA.

Primeramente diremos que el vocablo de flagrancia proviene del latín *Flagare*, que significa arder o resplandecer como fuego o llama; de manera que

etimológicamente el término de delito flagrante en palabras de Jesús Zamora, "se refiere al hecho vivo y palpitante, resplandeciente cuya observación convence al testigo de que esta presenciando la comisión de un delito"³⁶.

En consideración del profesor Jorge Alberto Silva, al ver de donde proviene etimológicamente la palabra flagrancia y pasar metafóricamente al derecho y aplicándose al delito, significa "delito resplandeciente o actualidad del delito"³⁷.

Al respecto Zamora Pierce opina que "la flagrancia nos impone de tal forma la evidente culpabilidad del sujeto, que autoriza al rompimiento de la regla general y, sin esperar la orden judicial, permite que lo detenga cualquier persona quedando comprendidos desde luego el Ministerio Público y los funcionarios encargados de practicar diligencias de policía judicial; pero también cualquier otra autoridad e incluso los particulares"³⁸.

En palabras del doctrinario Vincenzo Mazini indica Jorge Alberto Silva, "el arresto en flagrancia, es el acto con el una persona es sorprendida mientras está cometiendo un delito o en un estado declarado equivalente por la ley, la priva provisionalmente de su libertad personal un sujeto autorizado, para ponerla a disposición de esa misma autoridad"³⁹.

La detención en flagrancia reconoce los siguientes antecedentes en el orden constitucional:

Habremos que mencionar la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz, el 19 de marzo de 1812, que en su artículo 292 establecía: "In fraganti, todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez".

³⁶ ZAMORA PIERCE Jesús, "Garantías y Proceso Penal", Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1991, Pág. 26.

³⁷ SILVA SILVA Jorge Alberto, Ob. Cit. Pág. 502.

³⁸ ZAMORA PIERCE Jesús, Ob. Cit., Pág. 26.

³⁹ SILVA SILVA Jorge Alberto, Ob. Cit. Pág. 503.

En el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, de 1822, encontramos en el artículo 73 que en su parte final expresa: "En fraganti todo delincuente debe ser preso y todos pueden arrestarle conduciéndole a la presencia del juez".

Otro antecedente lo constituye el artículo 2º, fracción I, de la primera de las leyes Constitucionales de la República Mexicana, de 1836, del tenor literal siguiente:

"Son derechos del mexicano:

No poder ser preso sino mediante mandamiento de juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de la autoridades a quienes corresponda según la ley.

Exceptuase el caso de delito in fraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido, y cualquiera puede aprehenderlo, presentándole desde luego a su juez o a otra autoridad pública.

Un antecedente más, es el Mensaje y Proyecto de la Constitución, del Presidente Venustiano Carranza, fechado en Querétaro el 1º de diciembre de 1916, expresa en el artículo 16:

"No podrán librarse ordenes de arresto contra una persona, sino por la autoridad judicial siempre que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal y que esté, además, apoyada por declaración bajo protesta, de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable su responsabilidad, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata".

Para finalmente ser reformado y quedar como lo conocemos todos:

“Artículo 16. En los casos de delito flagrante cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y está, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público”.

Como podemos apreciar la regla general que establece el multicitado artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme a la cual solo puede privarse de su libertad a una persona por autoridad judicial, encuentra su primera excepción en el párrafo cuarto y que es precisamente la flagrancia.

Sabemos que la flagrancia no la define la ley suprema, ni debería hacerlo y para eso son los códigos adjetivos los que se han ocupado de regularla y tal es el caso del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, puntualiza que:

“Artículo 193. Se entiende que existe flagrancia cuando:

I.- El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;

II.- Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente; o

III.- El inculpado es señalado como el responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito, siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la

averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.

En esos casos, el Ministerio Público decretara la detención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de la libertad, o bien ordenara la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o alternativa”.

A todo lo anterior nos sirve de apoyo la Tesis de la Novena Época Instancia: Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito. Materia(s):Penal Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: I, Mayo de 1995 Tesis: VI.2o.1 P Página: 360 a cuyo rubro y texto dice lo siguiente:

DETENCION EN FLAGRANTE DELITO. INTRASCENDENCIA DE LA GRAVEDAD DEL HECHO DELICTIVO. *Cuando se surte la flagrancia, la detención del inculpado no está condicionada a que el hecho delictuoso sea de los legalmente considerados como graves, pues esta característica sólo es atendible en los casos de urgencia en que el Ministerio Público goza de la facultad de ordenar, bajo su responsabilidad y mediante escrito en el que funde y motive su determinación, la detención de una persona respecto de la que exista riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia y no pueda el representante social ocurrir ante un juez por razón de la hora, del lugar u otras circunstancias, a solicitar el libramiento de una orden de aprehensión.*

Así pues concluimos que la detención en flagrancia es una de las dos excepciones a la regla general en la que solo se le puede privar de su libertad a una persona por una autoridad judicial; la flagrancia podemos decir que no solo es

el instante mismo en que una persona comete un ilícito y es detenido; sino que a esto se le equiparan otras formas como lo son que se persiga a este seguidamente después de cometer el ilícito o que el inculpado sea señalado por el inculpado entre otras.

2.6 CASO URGENTE O RETENCIÓN.

Nombrado así por nuestra Ley fundamental en su artículo 16 párrafo quinto, viene a constituir junto con la flagrancia el segundo caso de excepción constitucional, a la regla general conforme a la cual nadie puede ser privado de su libertad, sino por orden escrita de autoridad judicial competente.

Habrá que mencionar que se entenderá que existe caso urgente cuando ocurran los siguientes supuestos:

- a) Se trate de delito grave, así calificado por la ley penal vigente;
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia;
- c) Que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia;

- d) Que es facultad exclusiva de la autoridad administrativa en este caso representada por el Ministerio Público ya sea local o federal; y
- e) Que dicha autoridad debe fundar y motivar, expresando los indicios de su proceder.

Haciendo una paréntesis en cuanto a lo que se refiere sobre el delito grave el numeral 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, enlista de manera muy específica estos como por ejemplo: el homicidio, la traición a la patria, el terrorismo, el sabotaje, el genocidio, la evasión de presos, contra la salud etcétera.

En cuanto a como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, describe en su párrafo cuarto, fracción tercera del artículo 268 cuales son los delitos graves e indica lo siguiente:

“Artículo 268. Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados cuyo término medio aritmético exceda de cinco años”.

Para explicar mejor lo relativo a que solo el Ministerio Público, puede detener a una persona en el caso de urgencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene entre otros criterios la siguiente tesis de la Novena Época Instancia: Primer Tribunal Colegiado Del Décimo Segundo Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: IX, Febrero de 1999 Tesis: XII.1o.12 P Página: 496 cuyo encabezado y contenido dicen:

DETENCIÓN MINISTERIAL. REQUISITOS. *El artículo 16 constitucional, párrafo quinto permite al Ministerio Público, bajo su responsabilidad, efectuar detenciones, fundando y expresando los indicios que lo motiven a ello; los cuales deben comprender dos aspectos; el primero, relativo a determinar con qué datos se apoya*

para presumir que el sujeto que se pretende detener es el autor de un ilícito; y en segundo término, cuáles son los elementos que le sirvieron de base para considerar que existe el riesgo fundado de que el indiciado se pueda sustraer a la acción de la justicia. Ahora bien, si el Ministerio Público ordena la detención de un sujeto teniendo como único indicio el parte informativo rendido por la Policía Judicial, en el que cumple con la investigación ordenada por éste, informando que un sujeto es el autor de un hecho, pero no indica cuáles son las fuentes de donde proviene dicha información, y menos cuál fue el método o pasos que siguió para arribar a esa conclusión, es incuestionable que tal actuación no puede servir de base para sostener una orden de detención ministerial.

Podemos concluir que la anterior excepción a la regla, prácticamente nunca podría actualizarse ya que al ser congruentes con lo dispuesto por los artículos 15 del Código Federal de Procedimientos Penales y 12 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, las actuaciones penales podrían practicarse a todas horas, aun en días feriados y sin necesidad de habilitación alguna.

CAPÍTULO TERCERO

GENERALIDADES DEL ARRAIGO PENAL.

3.1 CONCEPTO DE DOMICILIO.

Domicilio, aunque por regla general se considera como sinónimo de hogar, en estricto sentido jurídico del término alude al lugar que el Derecho considera como residencia de la persona, que puede ser o no el lugar en el que reside en realidad. Toda persona ha de hallarse ubicada dentro de una jurisdicción para que los derechos y obligaciones tengan así un punto concreto de referencia o atribución, de tal modo que su estatus público y privado quede determinado y se conozca dónde ejercerá sus derechos y le serán exigibles sus obligaciones.

Según la Enciclopedia Jurídica OMEBA, "a pesar que desde tiempos inmemoriales, el ser humano se desplaza bajo la acción de fuerzas irresistibles o de factores exteriores y probablemente muy pocas veces termina sus días en el mismo lugar que le vio nacer, siempre se ha cuidado de localizarle, real o ficticiamente, de fijar un punto cualquiera donde verdaderamente o presuntamente pueda ser hallado, cuando la mano de la ley o el negocio jurídico lo requieran"⁴⁰.

El domicilio del gobernado es uno de los atributos de la persona en la que históricamente la mayoría de las instituciones jurídicas han tenido el compromiso de proteger de una manera tal que no pueda ser afectado de una modo arbitrario.

⁴⁰ OMEBA, Ob. Cit. Tomo IX, Pág.265.

Por lo general, el domicilio de la persona física será el lugar de su residencia habitual.

Al respecto Ignacio Burgoa manifiesta que con vista al artículo 16 Constitucional, "el domicilio del gobernado equivale a su propio hogar, es decir a su casa o habitación particular donde convive con su familia"⁴¹.

El concepto jurídico de domicilio comprende dos elementos uno objetivo y otro subjetivo. El primero constituido por la residencia de una persona en un lugar determinado, y el segundo, por el propósito de dicha persona de radicarse en ese lugar

Utilizado la mayoría de las veces a manera de sinónimo los conceptos de domicilio y población lo que puede llegar a aportar cierta confusión y tratando de evitar es desconcierto se puede decir, que cuando se esta hablando de domicilio como la casa habitación de una persona, es que se esta refiriendo a la población en donde se encuentra ubicada esa casa.

El Código Civil Federal, nos indica un concepto del domicilio al señalar en su artículo 29 que:

"Artículo 29. El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de este, el lugar del centro principal de sus negocios, en ausencia de éstos el lugar donde simplemente residan y, en su defecto el lugar en donde se encontraren.

Se presume que una persona reside un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses"

⁴¹ BURGOA, Oribuela Ignacio. "Diccionario de Derecho Constitucional Garantías y Amparo", Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 2002, Pág.127.

Este atributo de las personas tiene por objeto: "a) determinar el lugar para recibir todo tipo de notificaciones y emplazamientos; b) precisar el lugar donde debe de cumplir sus obligaciones; c) fijar la competencia del juez; d) establecer el lugar en donde deban realizarse determinados actos del estado civil y e) realizar la centralización de los bienes en caso de juicios universales"⁴².

Existen varios tipos de domicilio y el Código Civil Federal dentro de su Título Tercero los clasifica de la siguiente manera:

- a) Real.
- b) Legal.
- c) Convencional.
- d) Conyugal.

Ahora bien para mayor abundamiento y una vez indicados los tipos de domicilio se procederá a dar una definición de cada uno de ellos conforme a lo que la norma nos establece.

"Artículo 29. Real, es aquel en que radica una persona con el propósito de establecerse en él".

Para el mejor entendimiento de este artículo se cita la siguiente jurisprudencia de la Novena Época. Instancia: Tercer Tribunal en materia Civil del Tercer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Octubre de 2002. Tesis: VII.3o.C.32 C. Página: 1371 cuyo encabezado y contenido dicen:

⁴² Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM., Ob. Cit., Pág. 628.

EMPLAZAMIENTO. LUGAR EN DONDE DEBE LLEVARSE A CABO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). La interpretación armónica y sistemática de los artículos 37 del Código Civil y 76 del Código de Procedimientos Civiles, ambos del Estado de Veracruz, permite concluir que el domicilio de una persona física lo constituye el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él, que a falta de éste, será aquel en el que tiene el principal asiento de sus negocios y a falta de cualquiera de ellos, el lugar en que se halle; asimismo, que tratándose de emplazamiento, el funcionario a quien se encomiende debe constituirse preferentemente en el lugar en que viva el buscado, cerciorándose de esta circunstancia, y de no encontrarlo o si está cerrado, podrá dejar el instructivo correspondiente con quien se encuentre, o bien, de no ser posible, con el vecino más próximo o con el gendarme de punto. De no lograrse la localización en el domicilio real, acudirá a emplazarlo en el lugar donde tenga establecido el principal asiento de sus negocios o, en su caso, donde lo encuentre; de ahí que conforme a dichos numerales, para emplazar a alguien es necesario que el notificador se ciña a este orden; lo anterior, con la finalidad de asegurar al demandado el conocimiento de la demanda entablada en su contra con la consabida salvaguarda de su garantía de audiencia, para que esté en posibilidad de producir su defensa. Ello permite concluir que de llevarse a cabo el referido llamamiento a juicio de manera distinta, como por ejemplo que el fedatario se constituya en primer término en el centro de trabajo del demandado, y ahí practique la diligencia dejando el correspondiente instructivo de notificación con un tercero, por no encontrarlo personalmente, sin que antes se haya apersonado en el domicilio particular proporcionado para ese efecto, dicho emplazamiento así realizado es contrario a la ley, por

no ajustarse al orden y a las formalidades que establecen los mencionados numerales.

“Artículo 31 y 32. Legal, es aquel que la ley señala como el lugar para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, aunque no se encuentre allí presente”.

El voluntario que es aquel que surge cuando una persona, a pesar de residir en un lugar durante más de seis meses, desea conservar su domicilio anterior.

En cuanto a este tipo de domicilio es decir el domicilio legal, tenemos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo a interpretado de la siguiente manera y en cuyo rubro y texto señala:

Novena Época. Materia: Civil. Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XV, Marzo de 2002 Tesis: II.2o.C.330 C Página: 1337

EMPLAZAMIENTO AL DEUDOR. NO ES TRANSGRESOR DE GARANTÍAS EL REALIZADO EN EL DOMICILIO LEGAL, CONCORDANTE CON EL CONVENCIONAL, SEÑALADO EN EL DOCUMENTO BASE DE LA ACCIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO: La exigencia de que el actuario se cerciore de que el demandado se encuentra o “vive” en el domicilio en que se practique el emplazamiento, establecida en los artículos 188, 189 y 190 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, constituye una formalidad de la diligencia de citación a juicio con el propósito de salvaguardar los derechos del interesado,

otorgándole seguridad y oportunidad real de defensa al hacerle de su conocimiento ese acto procesal. Ahora bien, si el deudor señala ante un fedatario público, según el documento base de la acción consistente en un contrato de apertura de crédito, un domicilio legal o convencional para todos los efectos judiciales, en cuyo lugar no necesariamente ha de vivir, es entendible, por consiguiente, que si precisamente en tal sitio se realiza la diligencia de emplazamiento, ello resulta correcto, de acuerdo con tal supuesto, pues basta con que el notificador se cerciore de que el domicilio donde se constituye y actúa es aquel en que el demandado tiene su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, lo cual es acorde con el artículo 31 del Código Civil aplicable.

“Artículo 34. Convencional que es el lugar que la persona señala para el cumplimiento de determinadas obligaciones “

Al igual también existe el domicilio de origen, el cual se refiere al lugar en el que la persona ha nacido.

Este tipo de domicilio jurisprudencialmente ha sido definido de la siguiente manera:

Tesis aislada. Materia: Civil. Novena Época. Instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VI, Agosto de 1997 Tesis: III.1o.C.57 C. Página: 714 y la cual indica:

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

DOMICILIO CONVENCIONAL SU SIGNIFICADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Según los artículos 28 del Código Civil para el Estado de Jalisco de mil novecientos treinta y cinco y 76 del código actual, puede designarse un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones; pero uno es el domicilio convencional señalado en el contrato para el cumplimiento de una obligación, y otro que puede ser distinto, es el domicilio en que debe hacerse el emplazamiento y demás notificaciones en caso de juicio. La diferencia se aclara si se precisa lo que debe entenderse por domicilio convencional de acuerdo con las disposiciones mencionadas, ya que la palabra domicilio tiene dos acepciones, una, la que identifica el lugar, ciudad o población de cualquier categoría que sea, y la otra, la casa que la persona habita. Estos dos conceptos están relacionados de manera íntima, mas no es difícil distinguir la acepción en que se usa la palabra, teniendo en cuenta la naturaleza de la relación jurídica en que el domicilio debe producir efectos. Así, los artículos 22 del Código Civil anterior y 72 del vigente, definen el domicilio de una persona, como el lugar donde reside habitualmente o donde tiene el principal asiento de sus negocios y, en último extremo, el lugar en que se encuentra y puede entenderse que al hablar de lugar, esas disposiciones se refieren a la población, ya que en la misma acepción está tomada la palabra domicilio en las disposiciones inmediatas. De manera que cuando el Código Civil autoriza el señalamiento de un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones, se refiere igualmente al lugar o población y no a la casa; en cambio, las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco que atañen a la notificación del emplazamiento, aunque algunas veces se emplea la palabra domicilio, no aluden a la población donde radica la persona con

ánimo de estar establecida o a la en que tiene el principal asiento de sus negocios, sino a la casa en que habita, según se colige de los artículos 107, 109, 111, 112 y 113 de este último ordenamiento.

Del mismo modo debemos referirnos al domicilio conyugal y el artículo del 163 del Código Civil establece:

“Artículo 163. se considera el domicilio conyugal el lugar, establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales”.

En relación con lo anterior tiene aplicación la Tesis aislada en Materia: Civil de la Novena Época. Instancia: Octavo Tribunal Colegiados del Primer Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VI, Septiembre de 1997. Tesis: I.8o.C.146 C. Página: 675 cuyo rubro y texto señalan:

DOMICILIO CONYUGAL. NO EXISTE CUANDO LOS ESPOSOS VIVEN EN LA CASA DE LOS PADRES, DE OTROS PARIENTES O DE TERCERAS PERSONAS. *Cuando los esposos viven en la casa de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en realidad no existe domicilio conyugal, entendiéndose por éste, un lugar donde éstos puedan vivir con autoridad propia, en iguales condiciones y en el que la mujer debe tener a su cargo la dirección y administración del hogar; derechos y prerrogativas que necesariamente se ven limitados por la influencia de la autoridad de las personas a cuyo abrigo viven los cónyuges y a quienes obviamente deben consideración, con perjuicio de la obligación que los cónyuges tienen de contribuir a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.*

De igual manera tiene aplicación la Tesis aislada de la Novena Época. Instancia: Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia(s): Civil. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: III, Mayo de 1996. Tesis: II.1o.C.T.41 C. Página: 621, cuyo rubro y texto señalan:

DOMICILIO CONYUGAL; ES INSUFICIENTE SU SEÑALAMIENTO EN EL ACTA DE MATRIMONIO, PARA TENER POR ACREDITADO EL. *El domicilio conyugal, para ser así considerado, deben escogerlo los cónyuges, como un lugar para residir en forma habitual y hacer vida en común, para estar en aptitud de cumplir con las finalidades del matrimonio y consecuentemente, ello no se comprueba con el acta de matrimonio, en la cual cada uno de los cónyuges hace manifestación del mismo, pues evidentemente sólo demuestra el lugar de su residencia, antes de contraer nupcias.*

Otro tipo de domicilio que en nuestros ordenamientos legales se contempla, es el Domicilio Fiscal.

Con arreglo a el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas, este lo define de la siguiente forma: "Lugar que el legislador señala al contribuyente para todos efectos derivados de la relación tributaria sustantiva; muy especialmente para que la autoridad fiscal lleve a cabo una mejor administración de los ingresos fiscales, bajo el criterio de facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales dentro de la circunscripción territorial que a cada persona contribuyente le corresponda"⁴³.

⁴³ Ídem, Pág. 629.

Tal es el caso que el Código Fiscal de la Federación, en su artículo 10 señala al domicilio fiscal como:

"Artículo 10. Se considera domicilio fiscal:

PERSONAS FÍSICAS.

I.- Tratándose de personas físicas:

a). Cuando realizan actividades empresariales, el local en que se encuentre el principal asiento de sus negocios.

b) Cuando no realicen las actividades señaladas en el inciso anterior y presten servicios personales independientes, el local que utilicen como base fija para el desempeño de sus actividades.

c). En los demás casos, el lugar donde tengan el asiento principal de sus actividades".

Aunque de manera personal consideramos que la propia acción del arraigo lesiona garantías individuales, análisis que se llevara a cabo en el último capítulo de este trabajo de investigación; haciendo una interpretación textual en este caso al referimos en donde se debe de llevar a cabo o aplicar dicha medida cautelar "arraigo domiciliario", el juez debe determinar que el lugar donde corresponde practicarse y cumplirse no debe de ser otro que el domicilio del indiciado y no como usualmente en la practica se lleva a cabo, como por ejemplo en hoteles o casas de seguridad.

En definitiva, el domicilio viene a ser la sede jurídica de la persona.

3.2 CONCEPTO DE ARRAIGO PENAL.

Inicialmente es conveniente señalar que lo que en la actualidad conocemos como el arraigo era ya contemplado en el derecho romano, el cual obligaba a garantizar mediante fianza a fin de asegurar al actor las resueltas del juicio.

Posteriormente en el Derecho Justiniano esa fianza fue sustituida por la obligación de prestar caución juratoria de que el demandado cumpliría con la sentencia si ese fuere el caso.

Igualmente el Fuero Juzgo, las Leyes de Partida y las de Toro, conservaban el sistema de la fianza, autorizando la pena privativa de la libertad para el deudor insolvente.

Así las cosas este instrumento fue introducido en nuestro país en las reformas a los Códigos de Procedimientos Penales, y 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 o administrativa durante el periodo de investigación; pudiendo ser ahora no solo en la etapa de la averiguación previa sino también durante el proceso.

A fin de establecer un concepto propio de "arraigo", empecemos a señalar que de acuerdo con los textos jurídicos especializados el "**ARRAIGO**, significa acción o efecto de arraigar, proviene del Latín, ad y radicare, echar raíces, en sentido figurado se refiere a los bienes raíces, y en opinión del maestro Joaquín

Escríbe, arraigar es asegurar la responsabilidad a las resueltas de un juicio o con motivo de un compromiso cualquiera⁴⁴.

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM., este lo define de la siguiente forma:

“ARRAIGO PENAL.- Es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculcado en la investigación previa o durante el proceso penal, cuando se trate de delitos imprudenciales o de aquellos en los que no procede la prisión preventiva⁴⁵”.

Para Rodolfo Monarque Ureña el arraigo “es una medida cautelar restrictiva de la libertad, que emite el juez a petición del Ministerio Público, y que tiene como finalidad evitar que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia, en tanto el Ministerio Público, integra la averiguación previa, consigna, solicita la orden de aprehensión y en su caso, la ejecuta⁴⁶”.

Ahora bien “en nuestra legislación se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador a petición de parte cuando hubiera temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda⁴⁷”.

⁴⁴ OMEBA, Enciclopedia Jurídica. Tomo I, DRISKIL, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1986. Pág. 779.

⁴⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I, Sexta Edición Editorial Porrúa, México 1993, Pág. 219.

⁴⁶ MONARQUE, UREÑA Rodolfo. Ob. Cit., Pág. 33.

⁴⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ob. Cit., Pág. 218.

3.3 EL ARRAIGO DOMICILIARIO PENAL COMO MEDIDA CAUTELAR.

Para poder entrar al estudio de lo que es el arraigo domiciliario primeramente debemos de definir lo que lo que es una medida cautelar, la cual es una resolución provisional y cuyo objeto es prever algún peligro y garantizar algún derecho, asegurar las responsabilidades civiles y penales que se deriven para las personas y los bienes de la comisión de delitos o faltas administrativas y cuyos efectos provisionales quedan sujetos a las resueltas del procedimiento en donde se practique.

Calificada también como providencia o medida precautoria, es un instrumento que puede decretar la autoridad judicial a petición del Ministerio Público, afectando a nuestro parecer, a la persona física al impedirle su desplazamiento o libre tránsito.

Es incuestionable que desde el primer acto de procedimiento de averiguación previa o judicial, se deban tomar medidas cautelares para que en caso de llegada una sentencia en la que se tenga que imponer a una persona una pena condenatoria se pueda llevar a cabo, pero haciendo valer la garantía de seguridad jurídica y respetando nuestra Constitución.

El arraigo domiciliario como medida precautoria, sirve para preservar la eficacia de la consignación y, en su caso, de la sentencia definitiva condenatoria en tanto permite al Ministerio Público tener a su disposición al inculcado, durante la investigación que realice en la averiguación previa, lo cual a su vez, se traduce

en una forma de garantizar la seguridad jurídica, por lo mismo de que se impide al indiciado se dé a la fuga y con ello se propicie la impunidad⁴⁸.

El Código Penal Federal vigente en su Título Decimooctavo relativo a los "Delitos Contra la Paz y la Integridad Personal", en específico al capítulo Segundo concerniente al Allanamiento de Morada, le otorga al domicilio una protección jurídica, y que a la letra dice:

"Artículo 285. Se impondrán de un mes a dos años de prisión y multa de diez a cien pesos al que, sin motivo justificado sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca, furtivamente o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada".

De la misma manera y como norma principal nuestra Carta Magna en su artículo 16 párrafos primero y octavo le otorga al domicilio protección y nos da una garantía jurídica estableciendo lo siguiente respectivamente:

"Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento".

"Toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe de limitarse la diligencia..."

Al respecto es aplicable a lo acabado de señalar la manera en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado en la Tesis de la

⁴⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Leticia A. Vargas Casillas, "Las Reformas Penales en los Últimos años en México (1993-2000). Primeras Jornadas Sobre Justicia Penal", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica N° 60, 2001, Pág. 85.

Materia: Penal. Novena Época. Instancia: Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIX, Febrero de 2004. Tesis: XXIII.1o.21 P Página: 1052.

DOMICILIO, INVIOLABILIDAD DEL ESTA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, PROTEGE TANTO LA CASA HABITACIÓN COMO LAS NEGOCIACIONES ABIERTAS AL PÚBLICO, POR LO QUE CUALQUIER INTROMISIÓN ARBITRARIA A ÉSTAS ES ILEGAL Y, POR ENDE, CARENTE DE VALOR PROBATORIO. *El artículo 16 constitucional en sus párrafos primero y octavo señala los requisitos que toda autoridad debe observar para allanar y registrar el domicilio, posesiones y propiedades de los particulares; por tanto, cualquier intromisión arbitraria a la vida privada de los hogares u otros sitios privados, inclusive las negociaciones abiertas al público, debe considerarse ilegal y los Jueces deben negarle eficacia probatoria, pues acorde con el dispositivo constitucional en cita, así lo sanciona el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales.*

Es obvio que el servicio que el derecho punitivo le otorga al Estado, por virtud de la protección de bienes jurídicos que con aquél se obtiene, se vería menguado si no pudieran realizarse las consignaciones que requieran ir con detenido al juez penal de parte del representante social, por virtud de que los indiciados se evadieran de la acción de la justicia⁴⁹.

Con el objeto de hacer posible una de las funciones del Ministerio Público, que es la de la persecución de los delitos, nadie duda que desde la averiguación

⁴⁹ Ídem, Pág. 85.

previa, se deben efectuar medidas conducentes para poder integrar el cuerpo del delito, la probable responsabilidad del inculpaado y así poder ejercitar la acción penal.

Para finalizar al hablar de la acción penal y en relación al artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, García Ramírez Sergio y Leticia A. Casillas, señalan la impropiedad que se establece en el primer párrafo de este artículo, "en cuanto a 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 contra quien se prepara el ejercicio de la acción penal porque procesalmente la acción penal no admite preparación alguna, pues esta corresponde al deber jurídico que tiene el Ministerio Público de acudir al tribunal pretendiendo punitivamente en todos los casos donde, por virtud de la averiguación previa, se considere que hay pruebas suficientes que acrediten los requisitos del artículo 16 Constitucional⁵⁰."

3.4 CARACTERÍSTICAS DEL ARRAIGO.

Como característica del arraigo tenemos las siguientes: la primera es la **provisoriedad**, esta se refiere a que sus efectos se limitan a un periodo determinado por la autoridad Judicial, hasta que se decrete la providencia definitiva. Aquí no interesa que la providencia este fundada en la certeza jurídica, esta solo es exigible en la providencia definitiva.

⁵⁰ Ídem Pág. 90.

Otro ejemplo de una medida cautelar provisoria es: una Orden de Aprehensión y Detención que se dicta antes de sentencia en virtud de que tal detención o Privación de la Libertad fenece hasta que se dicta la sentencia definitiva.

La segunda característica, consiste en que **trate de evitar que se agrave el daño marginal**, el cual podría ocurrir de no aplicarse tal medida provisional.

Verbigracia: El arraigo domiciliario penal, no va a impedir que se cometa el o los delitos ya consumados sino evitar que el daño se marginal siga persistiendo.

Considera que además se requiere la idea de **urgencia**, ya que de no imponerse la medida cautelar, el peligro se convertiría en una realidad. La idea de urgencia lleva al Tribunal a ordenar preventivamente la detención, en tanto se resuelva lo definitivo.

CAPÍTULO CUARTO.

GARANTÍAS INDIVIDUALES VULNERADAS.

4.1 ESTUDIO DEL ARTÍCULO 133 BIS DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Como se menciona en el capítulo anterior el arraigo penal introducido en nuestro país en las reformas a los Códigos de Procedimientos Penales, y Código Federal de Procedimientos Penales, en diciembre de 1983. En ese entonces antes de su última reforma la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 8 de Febrero de 1999, el artículo en su redacción contaba con un requisito para decretar el otorgamiento; el cual consistía en que el juez debía "oír al indiciado", con lo que el Ministerio Público al darle vista al indiciado con la petición del arraigo aquel podía darse a la fuga abandonando el lugar o el país; ya que el juez primero tenía la obligación de escucharlo para después saber si lo concedía o no.

Después de la citada reforma de 1983, el legislador federal hizo dos modificaciones al respecto; la primera fue que eliminó de su redacción el requisito de "oír al indiciado" y la segunda con el propósito de evitar que se abandonando el lugar o el país se escaparan, adicionó el precepto con la citada medida cautelar de "no abandonar una demarcación territorial".

Como consecuencia de lo anterior hoy en día el artículo 133 Bis señala, lo siguiente:

***Artículo 133 Bis.** La autoridad judicial podrá a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal; 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 sea debidamente cumplido.

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

Al realizar el estudio del artículo anteriormente citado y sin perder de vista que consideramos que esta medida es inconstitucional es que en primer lugar la única autoridad que puede otorgarlo es el juez con los elementos que el Ministerio Público le otorgue de la averiguación que realizó.

También dentro su primer párrafo podemos observar en específico donde nos indica que “la autoridad judicial podrá decretar el arraigo domiciliario”, es que dicha medida no debe ser aplicada en lugar distinto que el domicilio de la persona; y no podemos dejar de hacer la observación de que en la actualidad la mayoría de los arraigos, sino es que todos, no son llevados en ese lugar sino que son

realizados en hoteles, separos de la policía, casas de seguridad etcétera además de que a las personas se les mantiene prácticamente en un estado total de incomunicación vulnerando así sus garantías individuales.

En cuanto a la frase de que "siempre y cuando exista riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia", solamente encuentro posible sustento en que dicha persona se le encuentre comprando un boleto para salir de viaje o que se este mudando de su lugar de su domicilio y así se adecue tal expresión.

En su segundo párrafo y que creemos el más importante de los puntos, es que el mismo artículo expresa su arbitrariedad e inconstitucionalidad al exponer que "el arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta y de sesenta días naturales"respectivamente; al exceder de manera significativa el término que marca la constitución.

Finalizando con el estudio de este artículo en su último párrafo nos da la impresión de que esta completamente fuera de la realidad, ya que las personas arraigadas la mayoría de las veces están fuera de toda comunicación para pedir que se le suspenda este y además parece haber la consigna por parte del Ministerio Público y por el Poder Judicial, de no dejar sin efecto el arraigo, sino únicamente cuando se han cumplido los plazos señalados pero no antes.

4.2 GARANTÍA DE LIBRE TRÁNSITO.

Para empezar ha desarrollar el presente capítulo no olvidemos nuestro tema central y título del presente trabajo "El Arraigo Penal una Acción el la que el Ministerio Público Federal Lesiona Garantías Individuales",y por lo tanto con el trabajo que hasta el momento hemos desarrollado, en este momento podemos expresar que el arraigo, es una medida cautelar en la que se afecta el libre tránsito de las personas.

Lo anterior es expuesto en virtud de que para poder entender mejor lo que es la garantía de libre tránsito, debemos conocer primero el concepto de lo que es una garantía.

Es necesario mencionar que gran parte de los países del mundo que actúan desde la perspectiva de un régimen jurídico político se basan en el reconocimiento de los llamados derechos del hombre, que desde el punto de vista de una corriente jusnaturalista son aquellos derechos que este recibe de Dios.

Desde el punto de vista de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por la UNESCO en 1948, el concepto de "derecho" es el siguiente, "aquella condición de la vida sin la cual en cualquier fase de la historia los hombres no pueden dar de si lo mejor que hay en ellos, como miembros activos de la comunidad, porque se ven privados de los medios para realizarse plenamente como seres humanos"⁵¹.

⁵¹ UNESCO, Declaración universal de los Derechos Humanos, AG de la ONU, 10 de Diciembre de 1948.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos, define así a los Derechos del Hombre "son inherentes al ser humano, sin los cuales, no se puede vivir y, por tanto, el Estado debe de respetar, proteger y defender"⁵².

En la historia de México el término de garantía se realiza por primera vez en el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano del 18 de diciembre de 1822, en sus artículos 9 y 10.

Más adelante también aparece su utilización en el Primer Proyecto de Constitución de 1842, donde se emplea el término de "Garantías Individuales", como Título al artículo 7º, que en quince fracciones establecía los derechos protegidos por la Constitución.

Después en las Bases de Organización Política de la República Mexicana, promulgadas en 1843 por Santa Anna, desaparece el uso del término "Garantías Individuales" y de nuevo se encuentra, pero ahora con la precisión de que se trata de un medio para asegurar los derechos del hombre.

En este orden de ideas se sabe que los constituyentes del 1856 y 1857 influidos por la corriente jusnaturalista y quienes consideraron que estos derechos del hombre eran muy amplios y variados que no era posible enmarcarlos dentro de un catálogo; dichos constituyentes se dedicaron a instituir las garantías que aseguraran el goce de esos derechos, de tal suerte que al consagrar dichas garantías, en el fondo se reconocía el derecho respectivamente protegido o asegurado por ellos.

También la vigente Constitución de 1917, hace referencia a la garantías individuales e inicia su título I con el capítulo correspondiente.

⁵² Cfr. BURGOA ORIHUELA Ignacio, "Las Garantías Individuales", Décima Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1983, Pág. 153.

Por otro lado se piensa que la palabra garantía proviene del término anglosajón "warranty" o "wuarantie", que significa "acción de asegurar, proteger, defender o salvar guardar", aunque únicamente en México se utiliza esta locución "garantías individuales".

En su sentido amplio el término garantía puede significar aseguramiento o financiamiento, pudiendo expresar también protección, respaldo, defensa salvaguarda o apoyo.

Jurídicamente el vocablo y el concepto de garantía se originaron en el derecho privado, teniendo en cuenta las nociones apuntadas.

Ahora bien en el derecho público el concepto de garantía ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados en un Estado de Derecho.

Doctrinariamente se han elaborado diversos conceptos de lo que son las garantías individuales y los siguientes son algunos de ellos:

Martha Elba Izquierdo opina que las garantías individuales "son los medios que protegen al individuo en sus derechos ya que este puede hacer todo excepto lo que la ley le prohíbe, en cambio las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite; protegiendo así a los individuos contra cualquier acto de autoridad que viole o vulnere algún derecho consagrado en la ley⁵³".

Ariel Alberto Rojas es de la idea que las garantías individuales "son aquellas instituidas contra cualquier poder para tutela sobre todo de los individuos

⁵³ IZQUIERDO MUCIÑO Martha Elba, "Colección de Textos Jurídicos Universitarios", Universidad Autónoma del Estado de México, Editorial Oxford University Press, Pág. 14.

y de las minorías que carecen de poder, y son contra la utilidad general, teniendo como fin exclusivo la tutela de los derechos individuales⁵⁴.

Para Alberto del Castillo señala que las garantías individuales "son los medios jurídicos de protección de los derechos del hombre frente a las autoridades públicas, que están previstas preferentemente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aún cuando en otras normas legales se pueden consagrar concluyendo que los derechos del hombre son el objeto de protección de las garantías individuales"⁵⁵.

Isidro Montiel y Duarte ofrece como definición de las Garantías Individuales la siguiente: "son los derechos cardinales que el hombre por el solo hecho de serlo tiene y ha de tener siempre, así como los medios formulados por la Ley Fundamental para asegurar el goce de estos derechos"⁵⁶.

Por último para Jorge Carpizo considera que las garantías individuales "son en su medida ideas individualizadas y concretas de los derechos del hombre los cuales son ideas generales y abstractas"⁵⁷.

De lo escrito con anterioridad podemos observar que el uso de la voz "garantía" se está haciendo referencia a los derechos humanos.

⁵⁴ Cfr. ROJAS CABALLERO Ariel Alberto, "Garantías Individuales en México, su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación", Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 2003, Pág. 48.

⁵⁵ DEL CASTILLO DEL VALLE Alberto, "Garantías del Gobernado", Primera Edición, Ediciones Jurídicas Alma, México 2003, Pág. 19.

⁵⁶ Cfr. FIX FIERRO Héctor, "Los Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones", Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1994, Tomo I, Pág. 6.

⁵⁷ Cfr. ROJAS CABALLERO Ariel Alberto, Ob. Cit. Pág. 53.

CARACTERÍSTICAS DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.

Como hemos apreciado cada autor formula sus conceptos de acuerdo a los conocimientos que ha adquirido durante sus investigaciones pero la mayoría de las ocasiones cuentan con algo en común.

En este momento al hablar de las características con las que cuentan las garantías individuales, no será la excepción de que algunos doctrinarios se refieran a más o menos características; pero se puede decir que las que a continuación mencionaremos, son las dos principales:

A) Unilateralidad.- Ya que las garantías individuales están exclusivamente a cargo del poder público a través de los organismos y de las dependencias gubernamentales. Luis Bazdrech opina al respecto "que el poder público, es el único encargado de responder de su efectividad, como sujeto pasivo de las garantías individuales"⁵⁸.

B) Irrenunciabilidad.- Esta característica en que no se puede renunciar a estos derechos.

Dentro de esta característica Martha Izquierdo menciona "que cuenta con ciertas cualidades, como son: la permanencia, la generalidad, la supremacía y la imputabilidad"⁵⁹.

A continuación interpretaremos cada una de ellas:

⁵⁸ BAZDRECH Luis, "Garantías Constitucionales", Tercera Edición, Editorial Trillas, México 1986, Pág. 31.

⁵⁹ IZQUIERDO MUCIÑO Martha Elba, Ob. Cit. Pág. 19.

- 1) **La Permanencia.-** Ya que estas duraran mientras exista un derecho para accionar.
- 2) **Generalidad.-** Son generales porque las garantías individuales resguardan a todo ser humano sin ninguna distinción.
- 3) **Supremacía.-** Porque están estas plasmadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A este respecto opina Alberto Rojas Caballero que "al estar insertas en la Constitución participan entonces en el principio de supremacía constitucional consagrado en su artículo 133"⁶⁰.
- 4) **Imputabilidad.-** Es decir que estas deben tener una observancia que la Constitución.

ELEMENTOS DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.

Dentro de las sociedades humanas existen tres tipos de relaciones y que son las de coordinación, las de supraordinación y las relaciones de supra a subordinación.

Sin profundizar mucho en lo que son estas relaciones comentaremos cada una de ellas.

⁶⁰ ROJAS CABALLERO Ariel, Ob. Cit. Pág. 58.

- a) Las de coordinación, son aquellas en las que dos o más sujetos físicos o morales y teniendo la condición de gobernados, estos actúan como particulares y están en un mismo plano.
- b) Las de supraordinación, esta relación existe entre los distintos órganos de poder, normando la actuación de cada uno de ellos.
- c) Las relaciones de supra a subordinación, mismas que surgen entre dos entidades colocadas en distinto plano, es decir, entre el Estado como persona Jurídica Política y sus Órganos de Autoridad, por una parte y el Gobernado por el otro.

Dentro de estas relaciones que hemos mencionado las garantías individuales se manifiestan dentro de las de supra a subordinación y asimismo se desprende que los elementos de las garantías individuales son el sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto de estas.

El Sujeto Activo o Gobernado.- Es la persona que tiene a su favor las "garantías individuales", es decir los derechos públicos subjetivos.

En relación con lo anterior para que una persona pueda tener el carácter de gobernado es necesario que en ella se desplieguen actos de autoridad; generando así relaciones de supra a subordinación y dichos actos que son emanados de tales órganos y solo en ejercicio de sus funciones.

Ignacio Burgoa indica que por gobernado o sujeto activo de Garantías Individuales "es aquella persona en cuya esfera operen o vallan a operar actos de autoridad, es decir actos atribuibles a algún órgano estatal que sean de índole unilateral, imperativo y coercitivo"⁶¹.

⁶¹ BURGOA ORIHUELA Ignacio, "Diccionario de Derecho Constitucional Garantías y Amparo", Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 2003, Pág. 183.

Sujeto Pasivo.- En cuanto a este elemento con que cuenta las garantías individuales podemos decir que son las autoridades, órganos dotados del ejercicio del poder imperio en sus distintas esferas de competencia y que ejercen los actos unilaterales, imperativos y coercitivos hacia los gobernados.

Objeto.- Podemos indicar que es la finalidad de las garantías individuales y el cual nace de la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo es en esencia el respetar los derechos del hombre.

Alberto Caballero es de la idea de “que el objeto de las garantías individuales recae sobre los derechos humanos, ya que los derechos y obligaciones que implica o genera la relación que existe entre los gobernados y el Estado, tienen como esfera de actuación las prerrogativas sustanciales del ser humano, cuyos fundamentos filosóficos se consideran la libertad, la igualdad, seguridad jurídica y la propiedad”⁶².

CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.

Como hemos indicado de las garantías individuales se tienen su acción dentro del campo de las relaciones de supra a subordinación y jurídicamente se han clasificado en garantías de igualdad, libertad, seguridad jurídica y propiedad y se encuentran plasmadas en el Título Primero, Capítulo I dentro de los 29 primeros artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶² ROJAS CABALLERO Ariel, Ob. Cit. Pág. 57.

Interesándonos nosotros en este momento a la garantía de libertad diremos que hay quienes atendiendo a un segundo criterio dividen a esta en: libertades de la persona humana, de la persona cívica y de la persona social.

Habiendo mencionado ya lo que es una garantía, sus características sus elementos y la clasificación de estas; hablaremos ahora en concreto de la garantía libertad de tránsito, que es una de las de las divisiones de la garantía de la libertad.

En México tiene sus primeros antecedentes desde los inicios de nuestra vida independiente. Plasmado así sin mucha precisión el congreso convocado por Morelos, haciendo referencia a los transeúntes en el artículo 17 del Decreto Constitucional para la libertad de América Mexicana de 1814, conocida más comúnmente como la Constitución de Apatzingán.

En el Régimen Centralista de la Constitución de las Siete Leyes de 1836, se estableció con ya precisión la libertad de mudar de residencia al extranjero por primera vez.

Pero fue hasta el proyecto de Constitución de 1842, cuando se consagró a la libertad de tránsito de manera extensa, incluso dentro del país.

Otro antecedente fue el que se plasmó en las Bases Orgánicas de 1843 concretamente en el numeral 9 fracción XVI, mismas que implantaron notoriamente la libertad de tránsito como un derecho de los gobernados oponible al Estado y que se anunciaba de la siguiente manera:

“a ningún mexicano se le podrá impedir la traslación de su persona y bienes a otro país, con tal que no deje descubierta en la República responsabilidad de ningún genero, y satisfaga por la extracción de sus intereses los derechos que establecen las leyes”.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente dispone a la garantía de libre tránsito de la forma siguiente:

“Artículo 11. Todo hombre tiene derecho para entrar a República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de su residencia, sin necesidad de carta seguridad, pasaporte, salvo conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades del poder judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad en general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país”.

Del ordenamiento anterior se desprenden varios aspectos relevantes que considerando oportuno observar.

En primer lugar este artículo comprende cuatro libertades específicas y mismas que se convierten en un derecho como son: el entrar al territorio de la República, el salir del mismo, el viajar dentro del estado mexicano y el de mudar de residencia o domicilio.

En segundo lugar el propio artículo 11 sostiene que la libertad de tránsito a que hace alusión no es absoluta, sino que tiene restricciones anunciando diversos supuestos de limitantes de esta garantía individual y que tienden a regular a esta garantía en el aspecto de responsabilidad civil o penal, y administrativamente en el supuesto de impedir que cualquier persona que no reúna los requisitos que la Ley General de Población exige, entre, salga o permanezca en el territorio nacional.

Para complementar lo que es la garantía individual de libre tránsito a continuación daremos lo que consideran algunos teóricos al respecto.

Alberto Castillo opina que "esta libertad es la posibilidad de todos tenemos al poder movernos y trasladarnos por el territorio nacional, otorgándose ese derecho en términos del artículo 11 Constitucional"⁶³.

Ignacio Burgoa manifiesta que "la libertad de tránsito se refiere al desplazamiento o movilización física del gobernado y que la obligación que a las autoridades impone el artículo 11 Constitucional, consiste en que no impidan a ningún sujeto su desplazamiento o movimiento personal dentro del territorio nacional, excepto con las limitantes que el propio consigna"⁶⁴.

Por su parte Martha Elba Izquierdo dice que la libertad de tránsito es "una libertad automotriz, que se refiere a un desplazamiento o movimiento físico del gobernado, por tanto que no incluye la prestación de ningún servicio para su reglamentación"⁶⁵.

Por último podemos concluir que la libertad de tránsito es el poder desplazarse por todo el territorio nacional entrar o salir del país, sin ningún permiso y que solo se puede restringir en determinados casos y circunstancias.

4.3 PROBLEMA DE APLICACIÓN DEL ARRAIGO EN MÉXICO.

En la lucha para tratar de combatir el considerable índice de la delincuencia que parece ser que cada día va en aumento en nuestro país, aunque para las

⁶³ DEL CASTILLO DEL VALLE Alberto, Ob. Cit. Pág. 281.

⁶⁴ BURGOA ORIHUELA Ignacio, Ob. Cit. Pág. 284.

⁶⁵ IZQUIERDO MUCIÑO Martha Elba, Ob. Cit. Pág. 187.

autoridades no lo parecen notar ya que en cada informe que dan al respecto siempre mencionan que somos una ciudad con más seguridad; se han aplicado diversas iniciativas, medidas y programas a favor de la procuración de justicia; tal es el caso del arraigo, que como anteriormente lo mencionamos fue introducido en nuestro país en las reformas de 1983 y con la mejor intención que es el de combatir el alto nivel de criminalidad que existe, y teniendo como causa y motivo el que los delincuentes no puedan sustraerse a la procuración y a la impartición de justicia.

Pensamos que llega a existir una problemática en la aplicación del arraigo, cuando con el objeto de allegarse de elementos que son necesarios para determinar la situación jurídica de una persona en relación a un posible violación a la ley como lo son la existencia del cuerpo del delito y su probable responsabilidad considerando por lo tanto que es necesario aplicar una medida como el arraigo y así conseguirlos; cuando en nuestros propios códigos existen otras alternativas para cuando se encuentren en estas circunstancias como lo son las penas y mediadas de seguridad que señala el artículo 24 del Código Penal Federal, que sin tener impuesta una sentencia se le puede aplicar alguna de ellas con el objetivo de tener vigilada a la persona evitando que se de a la fuga y el tenerlo incomunicado como con el arraigo y que durante el tiempo señalado para estos casos resulta terminantemente excesivo e injusto y que en bastantes ocasiones le puede ocasionar daños psicológicos a la persona, ya que la autoridad sin tener la certeza de su culpabilidad lo priva de su libertad y aunado a esto es realizado en otros sitios del que la ley señala.

Otra opción que de igual forma nos ofrece el artículo 131 del Código Federal de Procedimientos Penales que es la libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley y que a la letra dice el artículo lo siguiente:

Artículo 131. Si de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que se puedan practicar otras, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación, se reservara el expediente hasta que aparezcan esos datos, entre tanto se ordenara a la policía que haga investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos”.

Considero es la más se adecua a las necesidades y circunstancias, debido a que podría quedar en libertad pero con la opción de ser requerido en cualquier momento; aunque para esto debemos darle nuestro voto de confianza a las autoridades que tanto nos lo piden para que estos tengan vigilado a la persona en todo momento

4.4 CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RESPECTO DEL ARRAIGO.

Respecto de lo que es la figura del arraigo existen diversas interpretaciones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado al respecto, mismas que continuación expondremos inclinados por supuesto a los que más se relacionan con nuestro tema de desarrollo; además de dar seguido de cada uno de ellos, lo que desde nuestro punto de vista apreciamos.

La primera de estas interpretaciones es la tesis de la Novena Época.
Instancia: Primera Sala en Materia: Penal Fuente: Semanario Judicial de la

Federación y su Gaceta Tomo: XIV, Agosto de 2001 Tesis: 1a. LXXXIII Página: 168, cuyo encabezado y contenido dicen:

ARRAIGO. CESAN SUS EFECTOS CUANDO CON MOTIVO DE LA EMISIÓN DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN SE HAYA LEVANTADO DICHA MEDIDA PRECAUTORIA. *Si a través del juicio de amparo se reclamó la orden de arraigo decretada por un Juez de Distrito, pero ésta fue levantada con motivo de la emisión de la orden de aprehensión que se obsequió en contra del quejoso, ello trae como consecuencia que tal acto reclamado deje de surtir sus efectos, pues los mismos sólo rigen hasta el momento en que se integra la averiguación previa por la cual se ejerce la acción penal, feneciendo su vigencia cuando el órgano encargado de la persecución de los delitos concluye su actividad investigadora y es la autoridad jurisdiccional la que decide la situación jurídica del indiciado, esto es, cuando en uso de sus facultades determina si procede o no el libramiento de la orden de aprehensión respectiva, actualizándose así la causal de improcedencia prevista en la fracción XVI del artículo 73 de la Ley de Amparo.*

De la tesis en mención podemos decir que al momento que a una persona se le decreta el arraigo y esta interpone el juicio de amparo por estimar que se le están violentando sus garantías individuales, la persona lo va hacer fundamentándose que el acto de autoridad es el arraigo y al momento en que se le dicta una orden de aprehensión por considerar que existen los elementos para ello, en ese momento estaría cambiando su situación jurídica y el amparo que interpuso contra el acto reclamado que sería el arraigo dejaría de surtir efectos; encuadrándose así en la fracción XVI del artículo 73 de la Ley de Amparo.

Otra interpretación que se ha dado es la que a continuación citaremos que correspondiente a la Novena Época. Instancia: Primera. Sala en Materia: Penal. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: X, Noviembre de 1999. Tesis: 1a./J. 78/99 Página: 55 cuyo y rubro y texto señalan:

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

De la jurisprudencia citada mencionaremos que en el momento que a una persona se le imponga el arraigo domiciliario, obligándosele a permanecer en el bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora; únicamente se le podrá dictar esta determinación si el Ministerio Público acredita que dentro de la investigación que este realiza exista el verdadero riesgo fundado de que la persona contra quien se prepara el ejercicio de la acción penal quiera evadir la justicia, es decir tratando de escaparse u ocultarse de alguna forma. Pero además

a pesar de esto puede otorgársele la suspensión del arraigo, si se el caso en particular se adecua a conforme al artículo 124 de la Ley de Amparo.

Un criterio más que existe en cuanto el arraigo, es el siguiente que pertenece a la Novena Época. Instancia Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito. Materia Penal. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: IX, Enero de 1999. Tesis: 1.1o.P. J/12 Página: 610 que expone lo siguiente:

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

Al respecto del anterior criterio, se entiende que la Suprema Corte lo interpreta en el sentido de que al afectado no se le perturba su libertad personal porque no esta recluso en algún centro penitenciario; y que solo se le afecta la libertad de tránsito porque no puede desplazarse como lo advierte el artículo 11 Constitucional; pero desde otro punto de vista, también se puede decir que cuando se le arraiga a una persona tampoco puede realizar esas mismas actividades y se puede señalar, que sí se le restringe su libertad personal y no solo la libertad de tránsito como se hace alusión.

En la novena época existe otra tesis que también habla en referencia a que el arraigo afecta la libertad de la libertad personal y en el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la

Federación y su Gaceta. Tomo: VIII, Septiembre de 1998 Tesis: XVIII.1o.4 P.
Página: 1142 y cuyo rubro y texto señala:

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

En correlación con lo anterior podemos apuntar que al afectar la libertad personal de la persona se le debe otorgar la suspensión de tal acto si este emana de un procedimiento penal, quedando el quejoso a disposición del juez de distrito quien además tomara todas las medidas que estime pertinentes para su aseguramiento, contando además de que el quejoso tiene el derecho de poder solicitar su libertad caucional y otorgársele esta si es que reúne los requisitos que señala la ley.

Por último continuando con los criterios que se han formulado en cuanto al arraigo tenemos la tesis correspondiente a la Novena Época Instancia: Segundo Tribunal Colegiado Del Décimo Cuarto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VIII, Agosto de 1998. Tesis: XIV.2o.83 P. Página: 871 cuyo rubro y texto se citan:

INTERÉS JURÍDICO. NO LO TIENE EL QUE RECLAMA LA NEGATIVA DEL ARRAIGO DOMICILIARIO DEL PRESUNTO

RESPONSABLE EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. Carece de interés jurídico el impetrante de garantías que reclama del Ministerio Público el acuerdo que niega el arraigo domiciliario del presunto responsable en la averiguación previa, pues tal determinación no le ocasiona daños o perjuicios a sus intereses jurídicos, patrimoniales, o en general personales, dado que las diligencias que practica o acuerda el representante social tendientes a la integración de dicha averiguación previa se encuentran excluidos de la esfera jurídica de los particulares.

De lo antepuesto entendemos que si durante la averiguación previa el Ministerio Público, solicita el arraigo domiciliario del presunto responsable y no se le otorga; la persona que reclame ese acto al Ministerio Público no tiene interés debido a que con ese acuerdo no se le están vulnerando ningún derecho y por otro lado el Ministerio Público los intereses que defiende son los sociales y no particulares.

4.5 LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARRAIGO EN EL PROCESO PENAL MEXICANO.

Para entender mejor el término de inconstitucionalidad, habrá que partir del hecho de que el conjunto de normas que gobiernan nuestra nación está bajo el régimen constitucionalista; es decir, el estado mexicano cuenta con una norma

fundamental que comprende los principios y las reglas, por los que la comunidad esta organizada, gobernada y defendida, que es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De este modo nosotros al gobernarnos por medio de una Constitución y ser considerada como la Ley Suprema del Estado, todos los ordenamientos que de ella se derivan como las Constituciones Políticas de los Estados, Códigos, Leyes, Estatutos, Reglamentos y Tratados que sean celebrados; deben estar dentro de los principios básicos bajo los cuales fue creada la Ley Fundamental.

Sirve de apoyo a lo anterior la siguiente tesis de la Novena Época Instancia: Primera Sala. en Materia: Constitucional. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIII, Marzo de 2001. Tesis: 1a. XVI/2001 Página: 113 cuyo encabezado y contenido dicen:

***SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO
NORMATIVO, PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL
ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE.*** *En el mencionado precepto constitucional no se consagra garantía individual alguna, sino que se establecen los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la Constitución Federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión, debiendo los Jueces de cada Estado arreglarse a dichos ordenamientos, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o en las leyes locales, pues independientemente de que conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Estados que constituyen la*

República son libres y soberanos, dicha libertad y soberanía se refiere a los asuntos concernientes a su régimen interno, en tanto no se vulnere el Pacto Federal, porque deben permanecer en unión con la Federación según los principios de la Ley Fundamental, por lo que deberán sujetar su gobierno, en el ejercicio de sus funciones, a los mandatos de la Carta Magna, de manera que si las leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben predominar las disposiciones del Código Supremo y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de acuerdo con la Constitución Local correspondiente, pero sin que ello entrañe a favor de las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, facultades de control constitucional que les permitan desconocer las leyes emanadas del Congreso Local correspondiente, pues el artículo 133 constitucional debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.

Así las cosas para el desarrollo del presente apartado empezaremos por tomar en cuenta que el término "inconstitucionalidad" será manejado como la mayoría de los autores constitucionalistas lo hacen; es decir, en el sentido de que dicho término expresa que es contrario a la Constitución.

Luego entonces nosotros consideramos que el arraigo es inconstitucional dentro del proceso penal mexicano tomando en cuenta y como antes lo mencionamos nuestra ley fundamental solo permite tres tipos de detención, que legalmente hablando son la Orden de Aprehensión, la Flagrancia o el Caso Urgente o Retención, de las cuales cada una de ellas cuenta con sus requisitos para poder llevarse a cabo.

Por lo tanto cuando se le otorga a una persona el arraigo y en base a lo tratado se esta en la situación de que esa determinación es inconstitucional porque si bien es cierto que el Código Federal de Procedimientos Penales tanto como el Código de Procedimientos Penales par el Distrito Federal manejan esa figura jurídica; también lo es que no se encuentra dentro de los supuestos que establece nuestra Carta Magna; además se observa la inconstitucionalidad del ordenamiento secundario al ser notablemente arbitrario el periodo tan prolongado y fuera de los limites al podersele imponer a una persona una detención por treinta o sesenta días naturales.

Aunado a lo anterior debemos de mencionar que en la aplicación del arraigo dentro del proceso penal, se están contraviniendo además de la garantía de libertad personal al verse esta perturbada al estar en todo momento vigilado por la autoridad ejecutora de dicha medida sin que se le haya llevado el proceso correspondiente; al igual que se ve transgredida su garantía de libre tránsito al no permitírsele circular como tiene derecho con fundamento en el artículo 11 Constitucional; así como también quebrantar otra de las garantías individuales que salvaguarda la constitución como la seguridad jurídica ya que al momento en que la persona es arraigada, este permanece en total estado de incomunicación.

4.6 PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 133 BIS DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Actualmente vivimos en un país en el que desde hace varios años hemos venido arrastrando problemas en el ámbito de la enseñanza y económico, en el

cual que no se han podido dar los pasos que uno desearía en este aspecto; por lo que conlleva a que las personas que cuentan con un bajo nivel de educación no tengan las posibilidades de acceder a un nivel de vida digno.

Esa falta de educación y de preparación para afrontar los problemas que se nos presentan viene a formar un círculo vicioso en la sociedad, que la afecta desde su base que es la familia; ya que desde mi punto de vista la educación y la economía vienen a formar un binomio inseparable, debido a que como sucede la mayoría de las ocasiones cuando una familia no puede darles la educación a sus hijos es porque no cuenta con una capacidad económica que se los permita y no cuentan esa capacidad económica porque no tuvieron una buena educación que se los permitiera.

Esto viene a producir una diferencia cada día más perturbante entre la distribución de las riquezas y el nivel económico de las personas

Lo anterior nos lleva a que la persona que abandono sus estudios tenga que ir en busca de un trabajo para poder ya no vivir de una forma decorosa, sino a sobrevivir de la manera que pueda, pero se vuelve a hacer un círculo, en que como va encontrar trabajo si no tiene una educación; lo que nos lleva a que esta persona busque cualquier modo para sobrevivir y hacen que se vuelvan dramáticas sus condiciones, lo que le va a conllevar hacer lo más fácil y que es, el ir delinquir, que se puede ver reflejado desde el joven que roba en la calle, el que secuestra, el que comete delitos contra la salud o hasta el funcionario que creemos que tiene un cierto nivel cultural y que llega ha corromperse.

Podemos decir nuestras leyes tan solo no han evolucionado en el aspecto educacional o económico como la sociedad lo va requiriendo, sino que también en ciertas ocasiones no se adecuan a la realidad que nuestro país y que sus necesidades requieren.

Debemos decir de una manera objetiva que como estudiante de esta carrera y como integrante de esta sociedad no estamos de ninguna manera en contra de que se castigue a la persona que cometa un delito pero de la misma forma en que pide se aplique la ley, también se debe defender los derechos con que contamos cada uno de nosotros como persona y como parte de un país que se desenvuelve dentro de un estado de derecho.

Así las cosas llega el momento de exponer la situación que guarda actualmente la figura del arraigo y origen del presente trabajo y donde no esta por demás volver a expresar lo que establece y en que encuentra su fundamento en el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, y que apunta lo siguiente:

“Artículo 133 Bis. La autoridad judicial podrá a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal; 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 sea debidamente cumplido.

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

A lo largo del desarrollo de este trabajo se han expuesto los componentes y elementos que intervienen en el, así como la forma y límites en que estos se deben llevar a cabo; pero independientemente de la forma de como se le considere al arraigo penal si es conforme a derecho o no y que al respecto ya dimos nuestro punto de vista y en base a que; es el propio arraigado quien al momento que a su consideración y sentir piense que se le están violentado sus garantías individuales este ya cuenta con los medios legales para su impugnación.

Pero hemos dejado rezagado y un poco o bastante de lado el aspecto que trae como consecuencia el que una persona se encuentre arraigada, ya que literalmente se le paraliza y se le suspende toda su actividad personal, pero también existe otro punto y el cual le puede traer consecuencias legales y que es en el ámbito laboral en el caso de haber contraído una obligación, del cual será responsable por el incumplimiento, ya que ni siquiera puede salir del lugar en donde se encuentre arraigada.

Ahora bien llega el momento de exponer la reforma que se propone hacer al artículo 133 Bis, ya que debido al incumplimiento de una obligación en cualquiera de sus modalidades por la imposición de esa medida, y es que el arraigado pueda contar con la posibilidad de que se le reparen los daños y perjuicios que son producto de la aplicación de dicha medida cautelar llegado el caso de no se le pudiera comprobar su probable responsabilidad dentro del delito que se le imputa y el cual originara la aplicación de esta medida precautoria ; que como lo acabamos de mencionar si es que existía una contraída una obligación antes de la aplicación del arraigo o que pudo haber obtenido y que le representaba una ganancia en su economía y no lo pudo llevar a cabo por estar este privado de su libertad.

Lo aludido anteriormente sobre los daños y perjuicios es atendido sobre la definición que da nuestro Código Civil para el Distrito Federal en materia común y

para toda la república en materia Federal y que expone respectivamente lo siguiente:

“Artículo 2108. Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación”.

“Artículo 2109. Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación”.

Por todo lo antepuesto llegamos a la conclusión de que el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, deberá quedar de la siguiente forma:

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

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

Cuando al afectado por la imposición del arraigo no se le compruebe su probable responsabilidad en la participación del delito el cual diera origen a la imposición de dicha medida y compruebe que se le ocasionaron daños y perjuicio a su persona; este tendrá derecho a la reparación por parte de la autoridad ordenadora”.

En conclusión la propuesta de reforma del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, reside en que se establezca una disposición que tenga como objetivo el detener el abuso de poder y el actuar de una manera arbitraria por parte de las autoridades que sin tener prueba plena de la responsabilidad de las personas apliquen medidas que en la mayoría de los casos llega a terminar en una libertad por falta de elementos y que se traduce en clásico “usted disculpe”, quedando por un lado el ahora inocente con daño económico y social y por otro la autoridad agrandada porque cumplió con sus obligaciones y como si no hubiera pasado nada excusándose en el que su actuar fue conforme a derecho y sin reparo alguno hacia esta persona a la que le ocasiono el daño.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Al estudiar la actuación que realiza el Ministerio Público, es necesario estudiar su aspecto histórico pues nos ayudaría a tener una visión más amplia de cómo ha sido su desarrollo dentro de nuestro marco legal además de la interacción que ha tenido con la sociedad que es a quien representa; ya que la figura del Ministerio Público y todas sus actuaciones como todas nuestras leyes debe ser contemporáneas estando de acuerdo con los problemas y necesidades de la actualidad sirviéndonos la historia para eso y ayudándonos a no cometer los mismos errores.

SEGUNDA.- El Ministerio Público con fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el encargado de la investigación y persecución de los delitos, ya sea en el ámbito federal o local pero independientemente del que estemos hablando, este cuenta con facultades que son las que delimitan su todas sus actuaciones y por donde debe conducirse este en el desempeño de sus funciones, ya que como autoridad este solo puede hacer lo que la ley le señala.

TERCERA.- Como consecuencia de la facultad que tiene el Ministerio Público que es la de la investigación y persecución de los delitos, es el único facultado de ejercitar la acción penal; que consiste en poner en acción o en movimiento al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto y resuelva la situación que le fue planteada y solo ejercitara ese derecho cuando el caso reúna los elementos que pide el artículo 16 constitucional.

CUARTA.- Las garantías individuales deben ser respetados por la autoridad en cualquier actuación que este realice en el desarrollo y actuar de sus facultades y atribuciones, pero cuando se deban restringir deberá ser conforme a las normas y lineamientos que la constitución establezca y solamente en los casos estipulados.

QUINTA.-Atendiendo a la supremacía constitucional, las constituciones locales, las leyes, los códigos, códigos de procedimientos y en general cualquier ley secundaria, deben atender y ser congruentes con los principios que esta establezca además de titular los derechos fundamentales del ser humano.

SEXTA.- En el proceso penal mexicano el único que tiene la facultad de otorgar el arraigo domiciliario de una persona es el Juez a solicitud del Ministerio Público, siendo este último quien provea de los elementos necesarios al juez para realice su valoración y decida obsequiar o no el arraigo.

SÉPTIMA.- El en Código Federal de Procedimientos Penales y en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, podemos apreciar el plazo de duración en la aplicación del arraigo que es de treinta días naturales, lo que va totalmente en contra de lo establecido en la constitución política.

OCTAVA.- El arraigo domiciliario únicamente como su nombre lo dice, solo debería aplicarse en el domicilio de la persona, pero como podemos observar en

la realidad es llevado a cabo en diferentes lugar menos en el domicilio del probable y como mencionamos en el desarrollo del presente trabajo no es otro sino el lugar en donde vive.

NOVENA.- El arraigo penal es violatorio de la garantía de libertad personal pero más en concreto de la libertad de tránsito al no permitirle al arraigado su libre desplazamiento por el territorio de la republica y al cual tiene derecho teniendo como fundamento el artículo 11 Constitucional.

DÉCIMA.- Es necesario la reforma al artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, para evitar el abuso de autoridad en el que se ven involucrados las personas a las que se les aplica esta medida precautoria cuando después de que se le violan sus garantías individuales y los tienen incomunicados por más del tiempo permitido constitucionalmente y terminen diciéndole "perdón nos confundimos de persona", "usted disculpe" o cualquier otra cosa, y queden las cosas como si nada hubiera sucedido; otorgándole el derecho de reparar en algo la ineptitud que en su actuar las autoridades cometieron; siempre y cuando se haya comprobado que se le causaron daños y perjuicios.

BIBLIOGRAFÍA

- 1).- BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Derecho Procesal Penal. Primera Edición. Editorial Mc. Graw. Hill Interamericana, México 1989.
- 2).- BAZDRECH, Luis. Garantías Constitucionales. Primera Edición. Editorial Trillas, México 1986.
- 3).- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Décimo Séptima edición. Editorial Porrúa, México 1983.
- 4).- CASTRO Juventino, V. El Ministerio Público. Cuarta edición. Editorial Porrúa, México 1992.
- 5).- CASTRO Juventino. V. El Ministerio Público Funciones y Disfunciones. Décima edición. Editorial Porrúa, México 1998.
- 6).- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Décimo Cuarta edición. Editorial Porrúa, México 1993.
- 7).- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Décimo Quinta edición. Editorial Porrúa, México 1995.
- 8).- DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. Garantías del Gobernado. Primera edición, Editorial Alma, México 2003.
- 9).- FIX FIERRO, Héctor. Los Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones. Cuarta edición. Editorial Porrúa, Tomo I, México 1994.

- 10).- FLORIAN, Eugenio. Elementos del Derecho Procesal Penal. Serie Clásicos del Derecho Procesal Penal, Volumen I. Editorial Jurídico Universitaria, México 2001.
- 11).- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Leticia A. Vargas Casillas. Las Reformas Penales en los Últimos Años en México (1993-2000), Primeras Jornadas sobre Justicia Penal. Instituto Nacional de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Número 60.
- 12).- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Octava edición. Editorial Porrúa, México 1959.
- 13).- GUILLÉN LÓPEZ, Raúl. Las Garantías Individuales en la Etapa de la Averiguación Previa. Primera edición. Editorial Porrúa, México 2003.
- 14).- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio. Programa de Derecho Procesal Penal. Séptima edición. Editorial Porrúa, México 2001.
- 15).- IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Elba. Colección de Textos Jurídicos Universitarios. Universidad Autónoma del Estado de México. Editorial Oxford University Priese, México 2003.
- 16).- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Derecho Procesal Penal. Primera edición. Editorial IURE, México 2002.
- 17).- MACHORRO NARVÁEZ, Paulino. El Ministerio Público la Intervención del Tercero en el Procedimiento Penal y la Obligación de Consignar Según la Constitución. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Serie Folletos, México 1991/14.

- 18).- MONARQUE UREÑA, Rodolfo. Derecho Procesal Esquemático. Primera edición. Editorial Porrúa, México 1993.
- 20).- OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Quinta edición. Editorial Porrúa, México 2001.
- 21).- PINEDA PÉREZ, Benjamín A. El Ministerio Público como Institución Jurídico Federal y como Institución del Distrito Federal. Primera edición. Editorial Porrúa, México 1991.
- 22).- RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. Vigésimo segunda edición. Editorial Porrúa, México 1993.
- 23).- ROJAS CABALLERO, Ariel. Garantías Individuales en México su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Segunda edición. Editorial Porrúa, México 2003.
- 24).- SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. UNAM, Primera edición. Editorial Harla, México 1990.
- 25).- SOSA ORTIZ, Alejandro. El Cuerpo del Delito la Problemática en su Acreditación. Primera edición. Editorial Porrúa, México 2003.
- 26).- ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Quinta edición. Editorial Porrúa, México 1991.

LEGISLACIÓN

- a).- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- b).- Código Penal Federal.
- c).- Código Federal de Procedimientos Penales.
- d).- Código Penal para el Distrito Federal.
- e).- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- f).- Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal
- g).- Código Fiscal de la Federación.
- h).- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
- i).- Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

OTRAS FUENTES

1).- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la Universidad Nacional Autónoma de México. Sexta edición. Tomo I, Editorial Porrúa, México 1993.

2).- Declaración Universal de los Derechos Humanos. AG. de la Organización de las Naciones Unidas, UNESCO diciembre de 1948.

3).- Enciclopedia Jurídica Omeba. Primera edición. Tomo I y IX. Editorial Driskill, Buenos Aires Argentina 1986.