



UNIVERSIDAD LATINA S.C.
INCORPORADA A LA U.N.A.M.

La procedencia del amparo
indirecto contra el arraigo
domiciliario en el Distrito Federal.

TESIS

Que para obtener el Título de
Licenciado en Derecho

PRESENTA

PILAR KERENA VARGAS MAZA

Asesor de Tesis:
Mtro. José Aurelio Zaldivar Vázquez



México D:F:
2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios:
Por haberme incluido en un plan
perfecto y por que hoy me ha permitido
concluir una parte de él.

A mis Padres:
Por que sin ellos hubiera sido
imposible llegar hasta aquí, gracias
por su esfuerzo, apoyo, confianza e inmenso amor.

Al Maestro José A. Zaldivar:
Quién es mi asesor y a quién le
debo el haber concluido satisfactoriamente
éste trabajo; gracias por su apoyo,
tolerancia y amistad.

Al Lic. Miguel Ángel Cordero:
Quién además de haber sido mi profesor,
se convirtió en un parte aguas en mi
carrera y es una pieza importante de
éste trabajo.

A mi hermana Priscila:
Gracias por ser un ejemplo de esfuerzo,
tolerancia y éxito.

A Natalia y Rebeca:
Por ser dos grandes
lumbreras en mi vida.

A mi Abuelo:
Quien es para mí un ejemplo de honestidad,
de valor y sabiduría.

A mis amigos:
Alejandro, Victoria, Itzel, Jessica,
Rocío, Joana, Daniela, Francisco,
Carlos, Jesús y Ernesto
Gracias por formar parte de mi vida.

Al Lic. Fabricio García Ibarra:
Gracias por su apoyo, por su ejemplo,
tolerancia y sobre todo, gracias por
su amistad.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

Historia y Antecedentes de las garantías Individuales y el amparo.

Pag.

1.1 Concepto de garantías individuales	1
1.2 Origen de las garantías individuales	3
1.3 Garantías individuales y derechos Humanos	7
1.4 Garantías individuales que consagra nuestra Constitución	10
1.5 Análisis de los artículos 14 y 16 constitucionales	20
1.6 Concepto de amparo	32
1.7 Origen del amparo en México	33
1.8 Evolución constitucional del amparo mexicano	34

CAPÍTULO II

El amparo

2.1 La finalidad del amparo	42
2.2 Principios que rigen el juicio de amparo	44
2.3 Partes en el juicio de amparo	51
2.4 Diferencia entre amparo directo y amparo indirecto	57
2.5 Actos contra los que procede el amparo indirecto en materia penal	58
2.6 La acción de amparo	63

CAPÍTULO III

Etapas previas al proceso penal

3.1 Origen del Ministerio Público y la investigación de los delitos	66
3.2 Denuncia y querrela	67
3.3 Averiguación previa	68
3.4 La competencia en la averiguación previa del Ministerio Público en el DF	73
3.5 Figura de la detención	77
3.6 Delitos graves del fuero común	78
3.7 Los mandatos judiciales en materia penal	80

CAPÍTULO IV

El arraigo

4.1 Naturaleza jurídica	86
4.2 El arraigo domiciliario en el Distrito Federal	89
4.3 Análisis constitucional del arraigo domiciliario penal	91
4.4 El arraigo domiciliario penal como medida cautelar	97
4.5 Procedencia del amparo indirecto contra el arraigo domiciliario	98
4.6 Análisis de los criterios jurisprudenciales y legales	104

CONCLUSIONES	115
--------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	120
--------------	-----

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo, es hacer una exposición, lo mas completa del tema que se ha tomado como base por desarrollar. Evidentemente, consideramos de gran interés el estudio y preparación de su contenido, por lo que en éste aparato hacemos una breve explicación de su importancia y desarrollo en la tesis.

En el primer capítulo hemos analizado la historia y los antecedentes de las garantías individuales y el amparo; partimos primeramente del concepto de garantías individuales y teniendo ya ésta idea clara, abordamos su origen y desarrollo; en seguida tratamos de establecer las diferencias que existen entre los derechos humanos y las ya mencionadas garantías individuales así como la consagración de éstas últimas en nuestra Carta Magna, hacemos un estudio especial sobre los artículos 14 y 16 de la Constitución debido a la importancia que simbolizan para éste trabajo; posteriormente hemos realizado un análisis sobre el concepto de amparo, así como su origen y evolución constitucional en nuestro país.

El capítulo II, titulado “El amparo”, es un estudio lo mas detallado sobre ésta figura, partimos de su finalidad, es decir, que se busca obtener con él; abordamos por supuesto, los principios que lo rigen, las partes en un juicio de amparo, la diferencia entre el amparo directo e indirecto y la aplicación de éste último en materia penal.

“La etapa previa al proceso penal” es el título de nuestro tercer capítulo; en él mencionamos como un antecedente el origen del Ministerio Público, así como la facultad de investigación de delitos; establecemos los parámetros y diferencias entre denuncia y querrela; abordamos la competencia del Ministerio Público del Distrito Federal durante la averiguación previa y hacemos alusión sobre la detención, los delitos graves en materia local y concluidos con los mandatos judiciales en materia penal.

Por último, en nuestro capítulo final hemos realizado un estudio sobre el arraigo, analizando en un principio su naturaleza jurídica, estudiamos también ésta

figura en el Distrito Federal y su viabilidad a la luz de nuestra Constitución; realizamos así mismo, una interpretación de el arraigo como una medida cautelar y apoyándonos en el segundo capítulo una argumentación de la procedencia del amparo indirecto contra la orden de ésta figura; finalizamos así con un análisis de los criterios jurisprudenciales y legales.

Por tanto, creemos prudente primeramente, conocer la voluntad del legislador y analizar así, los motivos por los cuales figuras como las garantías individuales, derechos humanos y amparo nacieron en nuestro derecho, su evolución y la razón por la que han perdurado hasta nuestros días.

En la parte media de éste trabajo tratamos de analizar todos los aspectos del amparo en términos generales, sin embargo, por las características peculiares de éste trabajo, hemos enfocado mayor atención al amparo indirecto con apego a lo que establece nuestra Constitución y por su puesto a la ley que lo regula, con esto, pretendemos que exista una apertura para la procedencia del amparo bi- instancial contra el arraigo domiciliario. Para concluir el tratamiento del tema en cuestión, hemos dedicado el último de los capítulos a analizar la naturaleza jurídica del arraigo y retomando algunos aspectos del capítulo anterior, determinando entonces, la procedencia del amparo Indirecto contra el arraigo domiciliario.

Posteriormente, establecer las atribuciones competenciales del Ministerio Público en materia Local de acuerdo con lo que dictan tanto nuestra Carta Magna como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, esto para evitar que al ejercer mayores facultades de las que poseen, transgredan la esfera jurídica del gobernado y cuando eso ocurre, lo que la ley establece al respecto.

Como conclusión principal en el tema, misma que abordaremos oportunamente al finalizar éste trabajo, y que a lo largo del mismo hemos

sustentado, fundamentado y explicado lo mas claro posible acorde con nuestra realidad jurídica, es que en términos de una correcta interpretación de los artículos aplicables de la Ley de Amparo y de la misma Constitución, es procedente el juicio de amparo indirecto contra la orden judicial de arraigo domiciliario en el Distrito Federal, con el objeto de que el quejoso no sea privado de su libertad personal.

. El motivo por el que abordamos éste tema, hemos tratado de resumirlo en unas cuantas líneas, de forma clara, planteando el problema actual de la siguiente manera:

La orden de arraigo afecta también la libertad personal del quejoso, además de la libertad de tránsito. Si bien es cierto que el acto que se reclama, es un acto que atenta contra la garantía contenida en el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se refiere precisamente a la libre circulación de toda persona, también lo es, que la orden judicial de arraigo es un acto que limita la libertad personal del quejoso, y por tanto, en términos de una correcta interpretación de los artículos 124, 130 y 136 de la Ley de Amparo, es procedente se revoque la resolución que se impugna, para conceder la suspensión provisional y en su momento la definitiva del acto reclamado, con el objeto de que el quejoso no sea privado de su libertad personal.

Por tanto, el arraigo al ser una limitante a la libertad personal, es un acto prohibido por los artículos 14 y 16 constitucionales, que establece que solamente ha lugar la privación de la libertad de una persona, cuando exista orden de aprehensión librada por una autoridad judicial competente, o bien, cuando se sorprenda a una persona en flagrante delito o caso urgente, o en todo caso, cuando se refiera a una infracción administrativa que amerite algún arresto. Fuera de esas hipótesis, el arraigo limita notoriamente la libertad personal de un individuo, pues lo constriñe a estar en un lugar determinado bajo la vigilancia de la autoridad solicitante.

Con lo anterior, tenemos confianza, de que con el desarrollo de ésta tesis y su correspondiente estudio, hemos cumplido con el deber que se impone todo estudiante de Derecho, de contribuir al estudio y posible solución a una parte mínima, que corresponde a una gran rama del Derecho.

Capítulo I. Historia y Antecedentes de las garantías individuales y el amparo

1.1 Concepto de garantías individuales

Al parecer y tal como lo refiere el Doctor Burgoa, la palabra “garantía” proviene del término anglosajón “warranty” o “warantie”, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia. “Garantía” equivale, pues, en su sentido lato a “aseguramiento” o “afianzamiento”, pudiendo denotar también “protección”, “respaldo”, “defensa”, “salvaguardia”, o “apoyo”.¹

Debemos analizar ahora, el concepto jurídico; Kelsen habla de éste tema y se refiere a las “garantías de la Constitución” y las identifica como los procedimientos o medios para asegurar el imperio de la Ley Fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, es decir, para “garantizar el que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación o su contenido”.² Ésta definición nos habla no precisamente de las garantías del individuo, sino de los medios o los sistemas para garantizar o asegurar que siempre las normas superiores van a prevalecer sobre las secundarias o las de menor categoría.

Debemos mencionar para una mayor comprensión de éste concepto, todos los elementos que lo componen, y en éste sentido existen sujetos inmediatos y directos de la relación jurídica que implica la garantía individual y están constituidos por el gobernado, por una parte y las autoridades del Estado, por la otra; Éstos sujetos han sido denominados como sujeto activo y sujeto pasivo, nos permitiremos explicar brevemente en que consiste cada uno de ellos. El sujeto activo de la garantía individual es el gobernado, constituido por todo gobernante o individuo que viva en el territorio nacional independientemente de su calidad migratoria, nacionalidad, sexo, condición civil, etc. La mencionada equivalencia está contenida implícitamente en el artículo primero de nuestra Constitución, que

¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Trigésima cuarta edición, Porrúa, México, 2002, Pág. 161

² Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Apud, BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “Las Garantías Individuales”, Op Cit, Pág. 163.

dispone en su parte relativa que: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga ésta Constitución . . .”

Vale la pena mencionar, que el sujeto activo tal y como lo mencionamos lo debemos entender como el gobernado, pero no únicamente nos referimos a la persona física en sentido estricto, sino también abarca a las personas morales y sobre esto nace un criterio certero sin duda alguna elaborado por don Ignacio L. Vallarta donde explica que “a pesar de que las personas morales no son seres humanos, sino ficciones legales, y de que, por ende, no gozan de derechos del hombre, si pueden invocar en su beneficio las garantías individuales cuando éstas se violasen por algún acto de autoridad, lesionando su esfera jurídica”.³

Por tanto, los sujetos como centros de imputación de las normas jurídicas, bajo la vigencia de la Constitución del 17 y hasta la actualidad, son los siguientes: los individuos o personas físicas; las personas morales del derecho privado; las personas morales del derecho social, tales como sindicatos de obreros y patronales o las comunidades agrarias; las empresas de participación estatal y los organismos descentralizados.

Esto debido a que todos estos sujetos son susceptibles de ser afectados en su esfera jurídica por actos de autoridad.

Por otro lado, el sujeto pasivo de la relación jurídica que implica la garantía individual, está integrado por el Estado como entidad jurídica y política en que se constituye el pueblo y por las autoridades del mismo.

El objeto de todo lo anterior es que en la relación jurídica que existe entre los sujetos mencionados, se generan para ambos derechos y obligaciones, por lo que se refiere al sujeto activo, es decir, al gobernado, tiene la potestad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto a las prerrogativas fundamentales del hombre; En efecto, dicha potestad es un derecho, esto es, tiene calificativo de jurídica, por que se impone al Estado y a sus autoridades, o sea, por que estos sujetos pasivos de la relación que implica la garantía individual, están obligados a respetar su contenido, el cual, como ya lo dijimos, se constituye por las prerrogativas fundamentales del ser humano.

³ Ibid Pág. 169

Para finalizar, podemos conceptualizar a las garantías individuales de la siguiente forma:

“Aquellos elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público.”⁴

Si bien, éste concepto es proporcionado por el Doctor Burgoa, podemos enriquecerlo así:

“Las garantías individuales son la consagración formal de los elementos jurídicos traducidos en los medios o sistemas de protección de las prerrogativas fundamentales del ser humano que han sido investidos de obligatoriedad e imperatividad, y que deben ser respetados por las autoridades estatales y por el mismo Estado”.

1.1 Origen de las garantías individuales

Como justamente lo expresa el Doctor Burgoa, no aparece en la época precolombina de lo que actualmente es nuestro país, ninguna institución consuetudinaria (o de derecho escrito), de derechos subjetivos que se asemejen a las garantías que constitucionalmente existen en la época moderna.

Es de alguna forma hasta la aparición de las Leyes de Indias y sus supletorias Las Leyes de Castillas donde éstas son protectoras en alto grado, sin embargo, el absolutismo del régimen español impedía totalmente la fructificación de un sistema de derechos públicos subjetivos que pudiera hacernos pensar en la existencia de garantías constitucionales sui géneris.

Surge posteriormente la llamada Constitución de Cádiz de 1812. Ya en éste documento español, que muy relativamente rigió en México, aparecen disposiciones fundatorias de garantías de carácter constitucional; La mayor trascendencia de éste documento fundamental en lo relativo a nuestro régimen jurídico es el de ser fuente de inspiración de algunas de las disposiciones constitucionales que han llegado hasta nuestros días.

⁴ Ibid Pág. 178

El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, del 22 de Octubre de 1814, no es propiamente un antecedente legislativo franco de las garantías constitucionales que nos rigen, por que como es sabido nunca entró en vigor en el México independiente; Pero en él, ya existía un catálogo de esas garantías.

De entre su articulado debemos destacar el numeral 24, de carácter genérico, que a la letra decía:

La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de éstos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas.

“Pero hay otros artículos que expresamente establecen verdaderas garantías constitucionales, tales como la de audiencia (art. 31), inviolabilidad del domicilio (arts. 32 y 33), derechos de propiedad y posesión (arts. 34 y 35), derecho de defensa (art. 37), libertad ocupacional (art. 38), de instrucción (art. 39), y libertad de palabra y de imprenta (art. 40)”.⁵

La Constitución de 1824, no contiene ningún capítulo especial en la cual se enumeren garantías que se reconozcan a las personas frente al Estado en general y a los funcionarios públicos en lo particular; En su artículo primero, enumeraba en términos generales los derechos de los ciudadanos, en los cuales, se incluían el de libertad, igualdad y propiedad; podemos decir entonces, que en ésta primera Constitución de nuestro país, si existía, aunque vagamente una clara intención de asegurar las libertades de la persona.

La Segunda Constitución que rige a nuestro país, es conocida como las Siete Leyes Constitucionales de 30 de Diciembre de 1836, la cual, como es sabido, dio fin al sistema federal que se estableciera en la Constitución de 1824, creando ahora el régimen centralista.

⁵ CASTRO Y CASTRO, Juventino, V; *Garantías y Amparo*, Décimo primera edición, Porrúa, México, 2000, Pág. 10

Este documento constitucional si enumera de forma especial algunas garantías individuales un poco mejor elaboradas, pero mencionándolas como derechos del mexicano.

En la Ley Primera, artículo 2, se encuentran estos derechos en la siguiente forma: “En la fracción I, la prohibición de apresar sin mandamiento de juez competente. En la fracción II, la detención por mas de tres días por autoridad política, sin poner a disposición de la autoridad judicial al detenido, y a ésta última el no promover dentro de los diez días siguiente el auto motivado de prisión. En la fracción III, la privación de la propiedad, de libre uso y el aprovechamiento de ella, salvo casos de utilidad general y pública. La fracción IV, los cateos ilegales. La fracción V, el juzgamiento y sentencia por tribunales que no se hayan establecido según la Constitución, o aplicando leyes dictadas con posterioridad al hecho. En la fracción VI, se establece la libertad de traslado, y el la fracción VII, la libertad de imprenta”.⁶

El siguiente documento constitucional de carácter fundamental, que aparece en nuestra vida independiente, es la llamada Acta de Reformas de 1847, que restablece le imperio de la Constitución Federal de 1824, pero introduciéndole algunas reformas esenciales, ya que desde entonces se pretendía la expedición de una nueva Constitución mas adecuada a las necesidades de la época.

El Congreso nombró a una Comisión formada por J. Espinosa de los Monteros, Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero, Joaquín Cardoso y Pedro Zubieta. La mayoría de la comisión (formada por todos sus miembros excepto Mariano Otero), presentó al Congreso Constituyente en su sesión de 5 de abril de 1847 un dictamen proponiendo se declarara que el pacto de 1824 era la única Constitución legítima del país, mientras no se publicaran todas las reformas que dictaminara hacerle ese Congreso, ofreciendo presentar a la mayor brevedad posible un dictamen a ese respecto.

Don Mariano Otero, por su parte, formuló un voto particular en sentido diverso, acompañando un Proyecto de Acta de Reformas, que también fue del conocimiento del Congreso en la sesión antes mencionada.

⁶ Ibidem Pág. 12

El Congreso en su sesión del 16 de abril del mismo año, rechazó el dictamen de la mayoría, y discutió el voto particular de Otero que con algunas modificaciones y adiciones fue jurada el 21 de mayo de 1847 y publicada al día siguiente.

El artículo quinto del Acta, que correspondió al artículo cuarto del proyecto de Otero se disponía: “Para asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconoce, una ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República, y establecerá los medios de hacerlas efectivas”.

Ésta disposición tan genérica, que se refiere a los derechos del hombre, debe ser entendida en los términos de los conceptos contenidos en el voto particular de Otero que acompañó al proyecto, y que en alguna de sus partes dice: “Desde 1832 comenzó a observarse que la Constitución Federal debía arreglar el ejercicio de los derechos del ciudadano, y yo he creído que ésta debe ser la primera de las reformas, persuadido como lo estoy que en éste punto es en el que se caracteriza y asegura el principio de la forma de los gobiernos, según que se extiendan o se limiten esos derechos”.⁷

La verdadera novedad del Acta de Reformas de 1847, no es tanto una precisión de las garantías constitucionales, sino una comprensión de que una enumeración de alto nivel de ellas, no produciría ningún resultado concreto si no se crea al mismo tiempo un instrumento práctico y efectivo para que sean respetadas. De ahí, la importancia destacadísima del documento constitucional creado por la inspiración de Don Mariano Otero y que en su momento analizaremos como el mayor antecedente del amparo.

La Constitución Federal de 5 de Febrero de 1857 es la primera que señala un capítulo especial enumerando los derechos del hombre, sin embargo, antes de analizar este antecedente fundamental, resulta pertinente referirnos al Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, expedido el 15 de Mayo de 1856 por el Presidente Ignacio Comonfort.

⁷ Ibidem Pág. 13

“Aunque este Estatuto no parece haber influido en el Proyecto de la Constitución Federal expedido el año siguiente, pero en cualquier forma resulta interesante mencionarlo como ya en el pensamiento de los publicistas mexicanos resultaba obligatorio al momento de elaborar un documento constitucional, precisar un catálogo de garantías individuales. Es así como en dicho estatuto, en la Sección Quinta, bajo el rubro de garantías individuales, se dice en el artículo 30 que la nación garantiza a sus habitantes la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad”.⁸

“Con base en las anteriores consideraciones, El Congreso Constituyente de 1856-1857 conoció del proyecto que le remitió la Comisión y con las modificaciones que juzgó pertinentes, aprobó el catálogo de derechos del hombre que se le propuso en 33 artículos y que formara la Sección Primera, del Título Primero, con un artículo 34 adicional que preveía precisamente la suspensión de las garantías reconocidas en ese documento”.⁹

En su momento, se analizarán las garantías que otorga la Constitución de 1917, vigente hasta nuestros días.

1.2 Garantías Individuales y derechos humanos.

Resulta oportuno establecer la diferencia entre un concepto y el otro, para ello, resulta propicio citar lo que al respecto se reconoce en el inicio del preámbulo y en el artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, promulgada por la Organización de las Naciones Unidas.

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;
[...]

LA ASAMBLEA GENERAL PROCLAMA:

[...]

⁸ Ibidem Pág. 14 y 15

⁹ Ibidem Pág. 16

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.¹⁰

De la declaración que antecede, queda claro lo siguiente:

- a) Todo ser humano, por el sólo hecho de existir es persona y, por tanto, titular de Derechos Humanos.
- b) Los Derechos Humanos tienen su origen en la propia naturaleza del ser humano y son expresión natural de su existencia
- c) Los Derechos Humanos pertenecen a la persona por igual, es decir, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad o condición social
- d) Los Derechos Humanos son preexistentes a la Ley; ésta los reconoce, protege y garantiza, pero no los crea y
- e) Los Derechos Humanos constituyen el conjunto de facultades y prerrogativas de las personas, sin las cuales no se puede existir realmente como ser humano.¹¹

Indistintamente a los Derechos Humanos se les ha llamado derechos del hombre, derechos civiles, garantías individuales, garantías constitucionales, derechos fundamentales, libertades públicas, etc; desde el punto de vista técnico-jurídico, esto no es correcto.

Para el caso de nuestro país, pareciera pertinente diferenciar, sobre todo, los conceptos de Derechos Humanos y Garantías Individuales; La redacción diferente del artículo 1° de la Constitución mexicana de 1857 y la correspondiente al mismo numeral de la Ley Fundamental en vigor, resulta particularmente útil para este propósito. Aquella estableció:

El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.

En cambio, la Constitución mexicana de 1917, en su artículo 1° prevé:

¹⁰ DIAZ MULLER, Luis, *Manual de Derechos Humanos*, Segunda edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1992, Pág. 15

¹¹ MADRAZO, Jorge, *Derechos Humanos: el nuevo enfoque mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993

En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga ésta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

De acuerdo con la Constitución de 1857, queda claro que no es el texto fundamental el que crea los Derechos Humanos, sino que reconoce su existencia y los considera como la base y el objeto de las Instituciones sociales. Lo que la Constitución hace, en éste sentido, es otorgar garantías respecto de esos Derechos Humanos preexistentes.

Lo mismo ocurre cuando el artículo 1° de la Constitución vigente declara que en los “Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga ésta Constitución”.¹²

Lo anterior, ha llevado al Profesor Jorge Carpizo a la consideración de que, aunque con una redacción diferente, las ideas que subyacen en ambos textos son las mismas, sólo en 1857 se hizo referencia a la fuente de las garantías individuales (los Derechos Humanos) y esta referencia se omitió en 1917.

De aquí mismo se colige que mientras los Derechos humanos expresan principios generales y abstractos, las garantías individuales son normas que delimitan y precisan tales principios; “representan la dimensión, límites y modalidades bajo los cuales el Estado reconoce y protege un Derecho Humano determinado”.¹³

Queda entendido que los Derechos Humanos se traducen en “potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios y esenciales de su naturaleza como ser racional; independientemente de la posición jurídico-positiva en la que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la consagración jurídico-positiva de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado”.¹⁴

¹² Ibidem Pág. 12

¹³ CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, Séptima edición, Porrúa, México 1986, Pág. 153, Apud MADRAZO, Jorge, Op Cit.

¹⁴ BURGOA ORIHUELA, Op Cit Pág. 187

Podemos concluir que los Derechos Humanos expresan principios generales y abstractos; que son innatos a la persona humana, han estado presentes a lo largo de toda la evolución social y con independencia de las específicas formas de organización del Estado, desde el mas primario o elemental, hasta las mas complejas formas de la entidad estatal contemporánea.¹⁵

1.3 Garantías Individuales que consagra nuestra Constitución

“Nuestros tratadistas, suelen utilizar un sistema de agrupamiento, que comprende a las garantías constitucionales en los siguientes apartados generales: garantías de igualdad, garantías de libertad, garantías de propiedad y garantías de seguridad jurídica”.¹⁶

“Éstas órbitas o esferas jurídicas conciernen al respeto de sus situación de *igualdad* con sus semejantes, al de su *libertad* en todas sus manifestaciones, y al de su *propiedad* y a la observancia de determinadas formalidades, requisitos, medios, condiciones, etc., por parte del poder público para que la actuación de este sea constitucionalmente válida en la causación de determinada afectación al gobernado, circunstancias que implica una *seguridad jurídica* para éste”.¹⁷

Si bien es cierto que ni la Constitución de 1857 ni la de 1917 consignan expresamente los mencionados cuatro tipos de garantías, todas las que respectivamente se contienen en ambos documentos, se pueden vincular a cada uno de ellos, en atención, al contenido del derecho público subjetivo correspondiente.

De manera breve abordaremos cada una de las clasificaciones de las garantías y comenzaremos con la de igualdad, “jurídicamente se traduce en que varias personas, en número indeterminado, que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y la capacidad de ser titulares cualitativamente de

¹⁵ MADRAZO, Jorge, *Derechos Humanos: el nuevo enfoque mexicano*, Op Cit. Pág. 13

¹⁶ CASTRO Y CASTRO, Juventino, V; *Garantías y Amparo*, Op Cit, Pág. 31

¹⁷ BURGOA ORIHUELA, Op Cit. Pág. 194

los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho estado”.¹⁸

El concepto jurídico de igualdad, como contenido de una garantía individual, se traduce en un elemento eminentemente negativo, la ausencia de distinciones y diferencias entre los hombres.

Las garantías específicas de igualdad que consagra nuestra Constitución, están contenidas en los artículos 1, 2, 4, 12 y 13 respectivamente.

Artículo 1 (párrafo primero):

“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.¹⁹

Consagra una garantía individual específica de igualdad, puesto que considera posibilitados y capaces a todos los hombres, sin excepción de ser titulares de los derechos subjetivos públicos instituidos por la propia Ley Fundamental.

Artículo 1 (párrafo tercero):

“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.²⁰

Ésta adición corrobora pormenorizadamente las garantías de igualdad.

Artículo 2 Constitucional, éste precepto, por virtud de la reforma publicada el 14 de agosto de 2001, se refiere a los pueblos indígenas, cuya normatividad es detallada y abarca varios aspectos de su vida, cultura, costumbres y otras modalidades.

El artículo 4 de la Constitución establece la igualdad entre el hombre y la mujer. “el varón y la mujer son iguales ante la ley”.

Por su parte, el artículo 12 Constitucional consagra otra garantía específica de igualdad al disponer que “en los Estados Unidos Mexicanos no se concederán

¹⁸ Ibidem Pág. 251

¹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

²⁰ Id

títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país.” En México, en atención a tal precepto de nuestra Ley Fundamental, ninguno es noble ni plebeyo; todos los hombres están colocados en una situación de igualdad social.

Por lo que se refiere al artículo 13 de nuestra Carta Magna, contiene varias garantías específicas de igualdad, que son:

- a) nadie puede ser juzgado por leyes privativas
- b) nadie puede ser juzgado por tribunales especiales
- c) ninguna persona o corporación puede tener fuero
- d) ninguna persona o corporación puede gozar de mas emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la Ley.

En relación a la garantía de libertad, ésta se revela como una potestad inseparable de la naturaleza humana, como un elemento esencial de la persona.

Específicamente, dicha garantía comprende la libertad de trabajo, contenida en el artículo 5, concebida como una facultad que tiene el individuo de elegir la ocupación que mas le convenga para conseguir sus fines vitales: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos”

El artículo 6 de la Constitución protege la libre expresión de las ideas y dice:

“La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público.”²¹

Consagrada en el artículo 7 de nuestra Ley Fundamental, encontramos la libertad de imprenta en los siguientes términos:

“Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene mas límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.”²²

²¹ Id

²² Id

En lo que concierne a la libertad de imprenta, nuestra Ley Fundamental establece la garantía individual respectiva que atañe a la emisión, expresión o exteriorización del pensamiento por medios escritos.

Otra garantía específica de libertad es la que se conoce con el nombre de derecho de petición, y que está consagrada en el artículo 8 de la Constitución; ésta garantía da además de una posibilidad, un derecho para que el gobernado pueda solicitar a la autoridad todo aquello que necesite conocer a fin de obtener en breve tiempo lo que a su derecho corresponda.

La Libertad de reunión y asociación, está consagrada a título de garantía individual en el artículo 9 constitucional, bajo los siguientes términos: “No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito”

El artículo 10 de nuestra Carta Magna, establece la libertad de posesión y portación de armas y en la parte primera de dicho artículo se establece que: “Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos, tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, “ La posesión de armas, para que sea un derecho público subjetivo de todo gobernado, debe ejercerse en el domicilio de éste y tener por objeto su seguridad y legítima defensa.

Pongamos especial atención, en la garantía que consagra el artículo 11 de la Constitución, debido a la importancia que en nuestro tema representa; la libertad de tránsito.

“Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de éste derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad penal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.”²³

Como se ve, la libertad de tránsito, tal como está concebida en dicho precepto de la Ley Fundamental, comprende cuatro libertades especiales: la de entrar al territorio de la república, la de salir del mismo, la de viajar dentro del Estado mexicano y la de mudar de residencia o domicilio. El ejercicio de éstas libertades

²³ Id

por parte del gobernado o titular de la garantía individual de que se derivan, es absoluto, o mejor dicho, incondicional.

Cabe advertir que la libertad de tránsito, que como garantía individual instituye el precepto constitucional que comentamos, “únicamente se refiere al desplazamiento o movilización física del gobernado”.²⁴

En nuestra Constitución vigente la libertad religiosa está consagrada como garantía individual en su artículo 24, que establece: “Todo hombre es libre de profesar la creencia religiosa que mas le agrada y para practicar las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, en los templos o domicilio particular, siempre que no se constituya un delito o falta penados por la Ley.”

Este artículo además de declarar la libertad religiosa como profesión de creencias, consagra la libertad cultural, en el sentido de poderse ésta practicar en forma pública o de manera privada.

La garantía consagrada en el artículo 28 constitucional se refiere a la libre concurrencia, y lo debemos entender como un fenómeno económico en virtud del cual todo individuo tiene la libertad de dedicarse a una actividad no importando que otros al igual que él también la desempeñen. Ésta garantía, descarta una exclusividad en una función económica, es decir, impide que una persona o un grupo formado por éstas tengan el privilegio exclusivo de desempeñar una determinada actividad.

Por otro lado, en nuestra Constitución mexicana encontramos también la garantía de propiedad, entendida ésta última en forma general, como la atribución de un bien a una persona.

“El Estado y sus autoridades, ante éste derecho subjetivo público, cuyo contenido es la propiedad privada, tienen a su cargo la obligación correlativa que estriba en una abstención, es decir, en asumir una actitud de respeto, de no vulneración, de no ejecutar acto lesivo alguno”.²⁵

²⁴ BURGOA ORIHUELA, Op Cit. Pág. 399

²⁵ Ibidem Pág. 461

El fundamento constitucional de la propiedad privada inmobiliaria como derecho subjetivo público se contiene en el primer párrafo del artículo 27 de la Ley Suprema, el cual dice:

“La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originalmente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.”

Tal y como lo señalamos al inicio de éste punto, encontramos finalmente la última garantía perteneciente a la clasificación que propiamente mencionamos y es la de seguridad jurídica, misma que podemos entender como “el conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para producir válidamente, desde un punto de vista jurídico, la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones, elementos, etc”.²⁶

El artículo 14 constitucional se señalan cuatro fundamentales garantías individuales y que consisten en la irretroactividad legal (párrafo primero), la de audiencia (párrafo segundo), la legalidad en materia judicial civil (lato sensu) y judicial administrativa (párrafo cuarto), y legalidad en materia judicial penal (párrafo tercero).

La irretroactividad de las leyes, se expresa en el texto constitucional de la siguiente forma: “ A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Esto a grandes rasgos significa, que cuando surge una nueva disposición cuando una persona ya ha iniciado algún proceso o juicio, y la mencionada disposición afecta de alguna forma al sujeto, no deberá aplicarse a éste, a fin de no causarle perjuicio alguno.

La garantía de audiencia implica la principal defensa de que dispone todo gobernado frente a actos del Poder Público que tiendan a privarlo de sus derechos o intereses.

“Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, de sus posesiones, propiedades o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.²⁷

²⁶ Ibidem Pág. 504

²⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional, consagra la garantía de la exacta aplicación de la Ley en materia penal en los siguientes términos:

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.”²⁸

Dicha garantía tiene como campo de aplicación la materia procesal e implica el ya mencionado principio de legalidad que es: *nulla poena, nullum delictum sine lege*.

La garantía de legalidad en materia jurisdiccional civil está contenida en el cuarto párrafo del ya citado artículo 14 de la Constitución mexicana que establece:

“En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho.”²⁹

La garantía contenida en el artículo 15 constitucional trataremos de explicarla de la siguiente manera: “la libertad que tiene el Estado Mexicano, externada por el Presidente de la República y el Senado, para concertar toda clase de tratados o convenios internacionales, se halla restringida por el artículo 15 constitucional, en el sentido de que no se autoriza su celebración cuando se persiga cualquiera de los objetivos que éste precepto limitativamente prevé. Por ende, el quebrantamiento de tal prohibición provoca la nulidad absoluta del convenio o tratado que, mediante éste hecho, se hubiere celebrado; y en el supuesto caso de que su aplicación afecte a cualquier gobernado, éste puede impugnar en vía de amparo”.³⁰

El artículo 16 de la Constitución mexicana es uno de los preceptos que imparten mayor protección a cualquier gobernado, sobre todo a través de la garantía de legalidad que consagra, la cual, dadas su extensión y efectividad jurídicas, “pone a la persona a salvo de todo acto de mera afectación a su esfera de derecho”.³¹

²⁸ Id

²⁹ Id

³⁰ BURGOA ORIHUELA, Op Cit. Pág. 585

³¹ Ibidem Pág. 589

Los bienes jurídicos preservados en éste artículo son la persona, la familia, el domicilio, los papeles y las posesiones.

La garantía de competencia constitucional, es la primera de las garantías de seguridad jurídica que condiciona el acto de molestia y consiste en que éste debe provenir de una autoridad competente.

La garantía de mandamiento escrito, contenida también en el artículo 16 de la Constitución, equivale a la forma del acto de molestia de la autoridad, el cual, sin excepción alguna, se derivará siempre de un mandamiento u orden escrito; por consecuencia, cualquier orden o mandamiento verbal que origine un acto de molestia, es violatorio de ésta garantía.

El artículo 17 constitucional, encierra tres garantías de seguridad jurídica, la primera está concebida en los siguientes términos: “Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil”; la segunda dice: “Ninguna persona puede hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”; y por último, la tercera dispone: “Los Tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley”.

“El artículo 18 de la Constitución mexicana, involucra garantías individuales y garantías sociales en materia penal. Las primeras, protegen al individuo en cuanto a su libertad personal mediante la prohibición de la prisión preventiva por delitos que no merezcan pena corporal; y por lo que atañe a su dignidad y respeto, cuando se trate de reos del sexo femenino, al disponerse que los lugares donde compurguen las penas deben estar separados de los destinados, al mismo efecto, para los reos varones. Las segundas se consignan como potestades y obligaciones de la Federación y de los Estados para procurar a través de sus ejercicio y cumplimiento, la realización de las finalidades de beneficio colectivo, que representan las tendencias de readaptar al delincuente a la sociedad, de regenerarlo y educarlo dentro de un adecuado régimen penitenciario inspirado en la idea, no de segregarlo de la vida social a título de castigo, sino de reincorporarlo a ella como hombre útil; prescribiéndose, además, a cargo de las autoridades administrativas federales y locales el deber social de implantar instituciones

educativas para los menores infractores, con el objeto de evitar su incidencia en el campo de la delincuencia”.³²

En el artículo 19 de nuestra Carta Magna, encontramos un ordenamiento: “Ninguna detención podrá exceder del término de setenta y dos horas sin que se justifique con un auto de formal prisión”. Ésta prevención indica que nadie puede permanecer privado de su libertad, por mas tiempo del indicado anteriormente, y con dicho auto; la falta de éste traería como consecuencia la inmediata liberación del detenido.

Por lo que respecta al artículo 20 constitucional, las garantías individuales que están involucradas en éste precepto, “se refieren al procedimiento penal, comprendido desde el auto judicial inicial hasta la sentencia definitiva que recaiga en el proceso respectivo. Dichas garantías de seguridad jurídica, se imputan evidentemente, al gobernado en su calidad de indiciado o procesado e imponen obligaciones y prohibiciones a título de requisitos constitucionales que debe llevar todo procedimiento judicial”.³³

En el artículo 21 constitucional, encontramos garantías específicas de seguridad jurídica, la primera de ellas consiste en que “la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial”; debemos entender como autoridad judicial la reputada legal o constitucionalmente como integrante del Poder Judicial de la Federación y en ejercicio de su función jurisdiccional. Ahora bien, a ésta disposición encontramos una excepción que sería entonces la siguiente garantía que consiste en que compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones correspondientes y que se establecen en los reglamentos respectivos; La otra garantía de seguridad jurídica que consagra dicho precepto, consiste en que “la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél”. De acuerdo a ésta disposición, el gobernado no puede ser acusado por una autoridad distinta al Ministerio Público.

³² Ibidem Pág.643 y 644

³³ Ibidem Pág. 646

Lo que encontramos en el artículo 22 de nuestra Ley Fundamental, son dos garantías de seguridad jurídica que se conciben de la siguiente manera: la primera de ellas realiza una enumeración de la clase de penas que están prohibidas, así mismo, extiende esa prohibición a cualquier sanción penal inusitada y trascendental; la primera significa que está en desuso, es decir que actualmente ya no se aplica, y la segunda que la pena no afecta únicamente a la persona sancionada, sino que se extiende a los familiares del delincuente.

La segunda garantía se traduce por un lado, en la prohibición absoluta de la imposición de la pena de muerte y, por otro lado, en la exclusión de su aplicación por lo que concierne a los delitos que no estén comprendidos en los enumerados en la Ley.

El artículo 23 constitucional, consagra también garantías de seguridad jurídica y la primera de ellas contenida en dicho precepto se concibe en los siguientes términos: “Ningún juicio criminal deberá tener mas de tres instancias”; ésta disposición impone un cuarto estadio o instancia en un juicio penal, o sea, que la resolución de tercera instancia recaída en ésta, sea a su vez revisable por otro procedimiento ulterior dotados de los mismos elementos subjetivos y objetivos que los anteriores.

La segunda garantía de seguridad jurídica que encontramos en el artículo 23 de nuestra Constitución, se concibe de la siguiente manera: “Nadie puede ser juzgado dos veces del mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene”. Esto es, sólo cuando se haya pronunciado en un juicio penal una sentencia ejecutoriada en los términos establecidos por los ordenamientos penales procesales, o una resolución que tenga su misma eficacia jurídica (auto de sobreseimiento de la causa), no puede ser nuevamente enjuiciado por el delito que haya motivado el acto jurisdiccional ejecutoriado definitivo.

La tercera garantía, también se refiere a la materia penal y consiste en que “queda prohibida la práctica de absolver de la instancia”; en ésta prohibición, “toda autoridad judicial que conozca de un proceso penal tiene la obligación de pronunciar en éste una sentencia absolutoria o condenatoria, según las constancias de autos y los principios jurídico-legales en materia penal,

pronunciando que debe tener lugar dentro de los términos establecidos en la fracción VIII del artículo 20 constitucional”.³⁴

1.5 Análisis del artículo 14 y 16 Constitucional

El Doctor Burgoa, en su libro de las Garantías Individuales, refiere lo siguiente:

“La observancia de la ley, que se traduce esencialmente en la garantía de legalidad, fue uno de los postulados básicos en la vida pública y privada del pueblo hebreo. El Decálogo fue una especie de ley fundamental y suprema en Israel, de la cuál los legisladores de distintas épocas de la historia del pueblo judío, derivaban de las diferentes leyes que dispersamente se encuentran en los libros que integran el Antiguo Testamento, tales como Deuteronomio y el Pentateuco, entre otros.

El artículo 16 Constitucional, por lo que atañe a la Garantía de legalidad, encuentra otro antecedente en la Carta Magna inglesa del rey Juan Sin Tierra del año de 1215, cuya disposición XLVI, establecía que ningún hombre libre debía ser aprehendido, destruido, privado de sus posesiones, etc, sino conforme a la “Ley de la Tierra”, es decir, según el common law, exigencia que proscribía la arbitrariedad de las autoridades.

Dicha garantía de legalidad fue corroborada en Inglaterra por diversos ordenamientos estatutarios, dentro de los que destaca, por su exhaustividad en la enunciación de los derechos del gobernado, el famoso “Bill of Rights”.

Por otra parte, siendo la consabida la garantía de tan amplia extensión, tutelar, puesto que consagra el principio de legalidad, mismo que podemos afirmar, sin hipérbole, que se descubre en todos los ordenamientos escritos o consuetudinarios históricamente dados, mediante los que se haya sujetado al poder público a determinadas normas de observancia obligatoria en beneficio de los gobernados”.³⁵

³⁴ Ibidem Pág. 665-669

³⁵ BURGOA ORIHUELA, Pág. 613, Op Cit.

El artículo 16 de la Constitución de 1917, reconoce los siguientes antecedentes:

PRIMER ANTECEDENTE: Artículos 287 y 292 de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz de 19 de Marzo de 1812.

Artículo 287: Ningún español podrá ser preso sin que proceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley, ser castigado con pena corporal, y así mismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.

Artículo 292: En todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez: presentado o puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los dos artículos precedentes.

SEGUNDO ANTECEDENTE: Artículo 28 y 166 del Derecho Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de Octubre de 1814.

Artículo 28: Son tiranos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la Ley.

Artículo 166: No podrá el Supremo Gobierno; arrestar a ningún ciudadano en ningún caso mas de cuarenta y ocho horas, dentro de cuyo término deberá remitir al detenido al tribunal competente con lo que se hubiere actuado.

TERCER ANTECEDENTE: Artículo 11, 72 y 73 del Reglamento provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la Ciudad de México el 18 de Diciembre de 1822.

Artículo 11: La libertad personal es igualmente respetada. Nadie puede ser preso ni arrestado, sino conforme a lo establecido por la ley anterior, o en los casos señalados en éste reglamento.

Artículo 72: Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o el quejoso se obligue a

probarlo dentro de seis días, y en su defecto a satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que se le sigan de aquella providencia.

Artículo 73: En caso de denuncia, que el que la diere no se ofrezca a probar, el juez pasando atentamente las circunstancias de aquél y del denunciado, la gravedad y trascendencia del delito, y el fundamento de la denuncia formará proceso instructivo, si de ésta resulta semiplena prueba o vehemente sospecha, procederá al arresto; así como si obturando de oficio teme fundadamente que se fugue el presunto reo antes de averiguar el hecho. Entonces, todo delincuente debe ser preso y todos pueden arrestarle conduciéndole a la presencia del juez.

CUARTO ANTECEDENTE: Artículo 112, fracción II y 150 de la Constitución Federal de los Estados Unidos mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de Octubre de 1824.

Artículo 112: Las restricciones de las facultades del Presidente (de la República) son las siguientes:

- II. No podrá el Presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna, pero cuando lo exija el bien y seguridad de la federación, podrá arrestar, debiendo poner a las personas arrestadas en el término de cuarenta y ocho horas a disposición del tribunal o juez competente.

Artículo 150: Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba, o indicio de que es delincuente.

QUINTO ANTECEDENTE: Artículo 2 fracciones I y II, de la Primera, Fracción II de la Cuarta; 41, 42 y 43, fracciones I y II y 44 de la Quinta, de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, suscritas en la Ciudad de México el 29 de Diciembre de 1836.

Artículo 2: Son derechos de los mexicanos:

- I.- No puede ser preso sino por mandamiento del juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido, sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda según la ley . Exceptúase 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.

II.- No poder ser detenido por mas de tres días por autoridad ninguna política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su detención, a la autoridad judicial, ni por ésta mas de diez días sin proveer auto motivado de prisión. Ambas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos.

Artículo 18: No puede el Presidente de la República:

II.- Privar a nadie de su libertad, ni imponerle por si pena alguna, pero cuando lo exijan el bien o la seguridad pública, podrá arrestar a los que fueren sospechosos, debiéndolos poner a disposición del tribunal o del juez competente a los tres días a mas tardar.

Artículo 41: El mandamiento escrito y firmado del juez que debe preceder a la prisión, según el párrafo I del artículo 2 de la primera Ley Constitucional, se hará saber en el acto al interesado; éste y todos deberán obedecer, cumplir y auxiliar estos mandamientos y cualquier resistencia o arbitrio, para embarazarlos o eludirlos, son delitos graves, que deberán castigarse según las circunstancias.

Artículo 42. En caso de resistencia o temor fundado de fuga, podrá usarse de la fuerza.

Artículo 43. Para proceder a la prisión se requiere:

I.- Que proceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal.

II.- Que resulte también algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.

Artículo 44. Para proceder a la simple detención basta alguna pretensión legal o sospecha fundada, que incline al juez contra persona y por delito determinado. Una ley fijará las penas necesarias para reprimir la arbitrariedad de los jueces en ésta materia.

Los siguientes siete antecedentes que referimos, tratan sobre los derechos de todo mexicano, y en esencia, tienen relación estrecha con el transcrito anteriormente.

SEXTO ANTECEDENTE: Artículo 9, fracciones I, II y III, del Proyecto de Reformas de las Leyes Constitucionales de 1836, fechado en la Ciudad de México el 30 de Junio de 1840.

SÉPTIMO ANTECEDENTE: Artículo 7 fracciones VI, VII y IX del Primer proyecto de la Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 25 de Agosto de 1842.

OCTAVO ANTECEDENTE: Artículo 5 fracciones VI y VII del Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842, fechado en la Ciudad de México el 26 de Agosto del mismo año.

NOVENO ANTECEDENTE: Artículo 13, fracción XII, del Segundo Proyecto de la Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 2 de Noviembre de 1842.

DÉCIMO ANTECEDENTE: Artículo 9, fracciones VI y VII, de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la Honorable Junta Legislativa, establecida conforme a los derechos del 19 y 23 de Diciembre de 1842, sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismos decretos el día 12 de Junio de 1843 y publicadas por el Bando Nacional el día 14 del mismo.

DECIMOPRIMER ANTECEDENTE: Artículos 40 al 43 del Estatuto orgánico Provisional de la República Mexicana, dado en el Palacio Nacional de México el 15 de Mayo de 1856.

DECIMOSEGUNDO ANTECEDENTE: Artículos 5 y 27 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 16 de Junio de 1856.

DECIMOTERCER ANTECEDENTE: Artículo 16 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionado por el Congreso General Constituyente el 5 de Febrero de 1857.

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. En el caso de delito in fraganti,

toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

DECIMOCUARTO ANTECEDENTE: Artículo 60 y 61 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el 10 de Abril de 1865.

DECIMOQUINTO ANTECEDENTE: Mensaje y proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la Ciudad de Querétaro el 1 de Diciembre de 1916.

Artículo 16 del Proyecto: 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 o alternativa de pecuniaria y corporal, y en éste, 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 cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Solamente en casos urgentes podrá la autoridad administrativa, decretar, bajo su mas estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

DECIMOSEXTO ANTECEDENTE: Texto original del Artículo 16 de la Constitución de 1917.

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

No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que proceda 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, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persigan de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su mas estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.³⁶

Analicemos mas a detalle éste artículo:

En el Artículo 16 de nuestra Carta Magna, encontramos la garantía de legalidad, considerada por varios tratadistas y doctrinarios como la reina de las garantías, debido a su ámbito de protección a la esfera jurídica de los gobernados. A si mismo, se le ha denominado como garantía de juridicidad.

La garantía de legalidad está compuesta por tres subgarantías, que son:

- 1.- La Subgarantía de mandamiento escrito;
- 2.- La de autoridad Competente; y
- 3.-La fundamentación y motivación del acto de autoridad.

Éstas son las tres subgarantías que conforman a la garantía de legalidad y ante la ausencia de una de ellas, se viola la garantía de seguridad jurídica, por tanto, para que un acto de autoridad sea constitucional, debe reunir forzosamente éstos tres requisitos.

Respecto al sujeto activo de ésta garantía, debemos interpretar la expresión “nadie” en sentido opuesto o contrario y así se tiene que el titular de éste derecho es todo gobernado, en tales condiciones, es permitido decir que ningún gobernado será molestado por las autoridades, en cualquiera de los bienes jurídicos a los que se refiere el artículo 16 constitucional, en su párrafo primero.

Por otro lado, el acto de autoridad también está condicionado por ésta garantía, se entiende que éste es el acto de molestia, entendiendo por molestia para los efectos del artículo 16 constitucional, a toda perturbación o afectación que se actualice en la esfera jurídica de algún gobernado; en otras palabras, se puede encerrar la misma idea diciendo que toda alteración que sufra algún sujeto de derecho a través de un acto de autoridad, proviene de un acto de molestia. En

³⁶ ZAMORA PIERCE, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, novena edición, Porrúa, México 1998 Pág. 5-12

éstas condiciones, todo acto de autoridad es un acto de molestia, que para no ser inconstitucional, requiere la concurrencia de todas las subgarantías que conforman a la garantía de legalidad.

Por lo que hace a los bienes jurídicos tutelados por ésta garantía, debo mencionar que son: la persona, la familia, los papeles, el domicilio y las posesiones. En éstas condiciones, el sujeto activo de ésta garantía está altamente protegido en su esfera jurídica, pudiendo decirse que a través de la garantía de legalidad se salvaguardan todos los bienes jurídicos de los gobernados, evitando así el surgimiento de actos de autoridad arbitrarios.

La primera subgarantía que conforma a la garantía de legalidad, es la existencia de un mandamiento escrito; en otras palabras, para que se de un acto de molestia, es menester que la autoridad lo haga constar por escrito, impidiéndose la emisión de actos de molestia *lato sensu*, en forma oral o verbal.

Todo acto de autoridad debe constar en un escrito, sin importar si se trata de autoridades legislativas, ejecutivas o judiciales.

La causa por la que la Constitución Federal exige que el acto de autoridad conste en un mandamiento escrito, radica en la necesidad de que el sujeto afectado por el acto de referencia tenga conocimiento del propio acto, lo que motiva que las autoridades lo hagan de su conocimiento para cumplir cabalmente con ésta garantía de seguridad jurídica. “Sin el mandamiento escrito ni su conocimiento por parte del gobernado, se estaría en presencia de una serie de arbitrariedades que haría imposible pensar que existe un estado de derecho”.³⁷

La segunda subgarantía es la que se refiere a la autoridad competente, lo que significa que éste debe ser emitido por una autoridad con facultades para darle nacimiento al mismo acto de gobierno; pero tales facultades deben estar previstas legalmente, es decir, solamente cuando la legislación ordinaria o la Constitución den competencia a una autoridad, el acto emitido por ella será un acto constitucional y se habrá cumplido con la garantía de legalidad.

³⁷ DEL VALLE DEL CASTILLO, Alberto, *Ley de Amparo comentada*, Cuarta edición, Duero, México, 2002, Pág. 41

Sobre éste punto específico, la Suprema Corte ha dicho que **las autoridades solamente pueden hacer aquello que la ley les permite, es decir, solamente pueden emitir actos cuando estén legalmente autorizados para realizar tal conducta, de lo contrario, el acto estará viciado de inconstitucionalidad y la sentencia que se dicte en el juicio de amparo que se promueva, será una sentencia protectora del gobernado e invalidatoria del acto reclamado. (Tesis 68, de la Octava parte , Ap. 1917-1985, intitulada “AUTORIDADES”)**

La última subgarantía prevista por el artículo 16 de nuestra Ley Federal Fundamental, en su parte primera, es la fundamentación y motivación legal del procedimiento.

“Por fundamentación legal, se ha comprendido a la conducta que realiza una autoridad al momento de emitir un acto, en el sentido de establecer en el mandamiento escrito, los preceptos legales en que se basa para dar nacimiento al acto de molestia. En otras palabras habrá fundamentación legal únicamente cuando la autoridad indique en el mandamiento escrito exigido por éste artículo, cuales son los preceptos constitucionales o legales en que se apoya para emitir un acto de autoridad determinado, debiendo, en todo caso, hacer la fundamentación de su competencia y de los motivos para que se dé ese acto de molestia”.³⁸

Conjuntamente, debemos hacer mención de lo que se refiere a la motivación legal y con esto, complementaríamos la idea anterior, y lo podemos entender como una serie o un conjunto de razonamientos que emite la autoridad para acreditar la necesidad del nacimiento del acto de molestia que está emitiendo, es decir, la autoridad que está pronunciando el acto en cuestión, tiene la obligación de demostrar que existen causas o razones suficientes legalmente hablando, para que el gobernado deba ser molestado.

Por su parte, el Doctor Burgoa refiere sobre el tema que tratamos una interpretación que a nuestro parecer la podemos entender claramente:

“La motivación legal implica, pues, la necesaria adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma general fundatoria del acto de molestia y el caso

³⁸ Ibidem p. 41 y 42

específico en el que éste va a operar o surtir sus efectos. Sin dicha adecuación, se violaría, por ende, la citada sub-garantía que, con la de fundamentación legal, integra la de legalidad.”³⁹

Podemos decir entonces y de forma general, que éstas subgarantías son las que en su conjunto, conforman la garantía de legalidad, a través de la cuál se puede defender todo el sistema jurídico mexicano, ya que, si un acto de autoridad no está debidamente fundado ni motivado, se habrá violado ésta garantía, y por ende, procede el juicio de amparo.

En lo que respecta al artículo 14 de nuestra Ley Suprema, mencionaremos brevemente sus antecedentes.

“El proyecto de la Constitución presentado al Congreso de 1856 por la Comisión encargada de formarlo, contenía los siguientes artículos:

“4° No se podrá expedir ninguna ley retroactiva, *ex post facto*, o que altere la naturaleza de los contratos”

“21. Nadie puede ser despojado de sus propiedades o derechos, ni proscrito, desterrado o confinado, sino por sentencia judicial pronunciada según las formas y bajo las condiciones establecidas en las leyes del país”.⁴⁰

“Cuando Mariano Otero encontró, buscando en las fuentes de las instituciones norteamericanas, la idea madre de los derechos individuales; cuando encontró la fórmula de esa garantía, consignándola en el Acta de Reformas, en palabras tan precisas que los legisladores del 1857, no pudieron mejorarlas, las copiaron; entonces, el concepto de los derechos individuales se limpió de todo lo que tenía de idealismos filosóficos inútiles, y su expresión tendió a renunciar a los relumbrones literarios”.⁴¹

Soto Pérez analiza y comenta sobre el artículo 14 y señala. "Dentro de este artículo encontramos cuatro garantías: la de irretroactividad de las leyes, la de audiencia, la de legalidad en materia civil y la exacta aplicación de la ley en materia penal".⁴² Al hablar entonces de la garantía de irretroactividad estamos hablando de

³⁹ BURGOA ORIHUELA , Pág. 604, Op Cit.

⁴⁰ RABASA, Emilio, *El artículo 14 y el Juicio Constitucional*, Porrúa, México, 1993, Pág. 3

⁴¹ Ibidem, Pág. 85

⁴² SOTO PÉREZ, Ricardo, *Nociones de derecho positivo Mexicano*, vigésima séptima edición, editorial: Esfinge, Edo. de México, 1999, Pp. 176

que las leyes prohíben que, por virtud de una nueva ley, puedan afectarse situaciones o derechos constituidos conforme a una ley anterior. La garantía de audiencia impide que las personas puedan ser privadas de la vida, de sus propiedades etcétera, sin un previo juicio en el que se les haya dado oportunidad de defenderse, por su parte, la garantía de legalidad en materia civil, impone a las autoridades judiciales la obligación de fundar sus sentencias en la letra de la ley o en la interpretación jurídica de la misma o, en último caso, en los principios generales de Derecho, y la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, dispone que sólo podrán imponerse las penas señaladas por la ley para diversos delitos, debiendo aplicarse precisamente la que esté prevenida para el caso, no otra similar.

Por lo que hace a la segunda parte del artículo 14 de nuestra Ley Fundamental, podemos señalar que es una de las más importantes dentro de cualquier régimen jurídico, ya que implica la principal defensa de que dispone todo gobernado frente a actos del Poder Público que tiendan a privarlo de sus más caros derechos y sus más preciados intereses, está consignada en el segundo párrafo de nuestro artículo 14 de la Constitución el cual dice: "Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, de sus posesiones, propiedades o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho". La garantía de audiencia está contenida en una fórmula compleja e integrada por cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, las cuales son:

- a. La de que en contra de la persona, a quien se pretenda privar de alguno de los bienes jurídicos tutelados por dicha disposición constitucional, se siga un juicio.
- b. Que tal juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos.
- c. Que en el mismo se observen las formalidades esenciales del procedimiento.
- d. Que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio.

La garantía de audiencia en nuestro artículo 14 constitucional se integra, según se ha afirmado mediante cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, las cuales son; el juicio previo al acto de privación; que dicho juicio se haga ante los tribunales previamente establecidos, el cumplimiento de las formalidades procesales esenciales; y la decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio.

Por tanto, el adverbio "previamente", empleado en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, no debe conceptuarse como significativo de mera antelación cronológica, sino como denotativo de la preexistencia de los tribunales al caso que pudiese provocar la privación, dotados de capacidad genérica para dirimir conflictos. Al entender o tener un concepto intuitivo de Tribunales no debe entenderse como su aceptación meramente formal, o sea, considerarse únicamente como tales a los órganos del Estado que estén constitucional o legalmente adscritos al Poder Ejecutivo Federal o Local, sino dentro de dicho concepto se comprende a cualquiera de las autoridades ante las que deben seguirse el juicio" de que habla el segundo párrafo del artículo en comento.

Emilio Rabasa, define: "Las garantías individuales del artículo 14 constitucional se otorgan para evitar que se vulneren los derechos de los ciudadanos sujetos a cualquier proceso y procedimiento bien sea judicial o administrativo, sea civil o sea penal".⁴³

Ahora bien, la privación es la consecuencia o el resultado de un acto de autoridad y se traduce o puede consistir en una merma o menoscabo de la esfera jurídica del gobernado. Se puede decir que el concepto vida, la libertad, la propiedad, la posesión y los derechos del gobernado, es un bien jurídico tutelado por la garantía de audiencia; podemos decir que la vida humana se traduce en el estado existencial del sujeto, así que, la garantía de audiencia tutela la existencia misma del gobernado frente a actos de autoridad que pretendan hacer de ella un objeto de privación; es por ello por lo que todas las libertades públicas individuales, se establecen en nuestra constitución, y es protegida.

⁴³ RABASA, Emilio, Op Cit. 353 Pp.

1.6 Concepto de amparo

La formulación de un concepto se integra mediante la reunión de todos los elementos que lo componen en una proposición lógica. Tratándose del juicio de amparo, su concepto debe comprender, por ende, todas las características que constituyen su esencia jurídica institucional.

Hemos dicho que el amparo es un medio jurídico que preserva las garantías constitucionales del gobernado contra todo acto de autoridad que las viole (fracción I del artículo 103 de la Constitución); que garantiza a favor del particular el sistema competencial existente entre las autoridades federales y las de los Estados (fracciones II y III de dicho precepto) y que, por último, protege toda la Constitución, así como toda la legislación secundaria, con vista a la garantía de legalidad consignada en los artículos 14 y 16 de la Ley Fundamental y en función al interés jurídico particular del gobernado. En éstas condiciones, “el amparo es un medio jurídico de tutela directa de la Constitución y de tutela indirecta de la legislación secundaria, preservando, bajo éste último aspecto y de manera extraordinaria y definitiva, todo el derecho positivo”.⁴⁴

“El amparo es un proceso concentrado de anulación, de naturaleza constitucional, promovido por vía de acción, reclamándose actos de autoridad, y que tiene como finalidad el proteger exclusivamente a los quejosos contra la expedición o aplicación de leyes violatorias de las garantías expresamente reconocidas en la Constitución, contra los actos conculcatorios de dichas garantías; contra la inexacta y definitiva atribución de la Ley al caso concreto; o contra las invasiones recíprocas de las soberanías ya federal ya estatales, que agraven directamente a los quejosos, produciendo la sentencia que conceda la protección para el efecto de restituir las cosas al estado que tenían antes de efectuarse la violación reclamada (si el acto es de carácter positivo), o el de obligar a la autoridad a que respete la garantía violada, cumpliendo con lo que ella exige (si es de carácter negativo)”.⁴⁵

⁴⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de Amparo*, Trigésima novena edición, Porrúa, México, 2002, Pág. 169

⁴⁵ CASTRO Y CASTRO, Juventino, V; *Garantías y Amparo*, Op Cit Pág. 303

Por su parte, Fix Zamudio llega a la conclusión de que “el amparo tiene un doble carácter de proceso y de recurso, de acuerdo a su doble función de control de la constitucionalidad y de la legalidad, toda vez que cuando la materia del juicio está constituida por el examen directo de un precepto de la Ley Suprema, existe un verdadero proceso constitucional, por completo independientemente del procedimiento que motiva el acto reclamado; pero cuando a través del juicio se persigue la correcta aplicación de disposiciones legales ordinarias, sólo configura un recurso, aunque sea de carácter extraordinario”.⁴⁶

De cualquier manera, debemos advertir, que tanto nuestra Constitución, como la Ley de Amparo, al referirse a éste, lo hacen considerándolo como un juicio.

1.7 Origen del Amparo en México

“En México, los antecedentes del amparo, según la mayoría de los doctrinarios, así como el estudio elaborado al respecto por la Cámara de Diputados en la L Legislatura del Congreso de la Unión, coinciden en señalar que los orígenes constitucionales del amparo comienzan a partir de la Constitución de 1812, que si bien fue de origen español, tenía vigencia en México con ciertos antecedentes coloniales como el “recurso de fuerza”⁴⁷ dado en una ley en 1589, así como las audiencias de dicha época; Ignacio López Rayón realizó un proyecto de Constitución llamado “Los elementos Constitucionales”⁴⁸, que ya contenían de manera embrionaria lo que ahora conocemos como Juicio de Amparo”.⁴⁹

Los Doctrinistas, como Jorge F. Gaxiola (autor del libro Mariano Otero, creador del Juicio de Amparo). comentan acerca del origen del amparo, “que en los años de 1824 hasta 1842, las ideas sobre las garantías individuales, la supremacía de la ley fundamental y el juicio constitucional no contenían ninguna

⁴⁶ FIX Zamudio, Héctor, *La Jurisprudencia Constitucional Mexicana*, Pág. 201, Apud CASTRO Y CASTRO, Juventino, V; *Garantías y Amparo*, Op Cit Pág. 304

⁴⁷ Éste podía interponerse por propuesta ante el Tribunal eclesiástico, pero también ante la Audiencia; éstas últimas se limitaban a resolver si había habido fuerza o no; es decir, si el asunto era de jurisdicción civil o de la eclesiástica, cualquier otro punto debería ser materia de juicio aparte.

⁴⁸ Internet, Página www.camaradediputados.gob.mx/historia/index.html 28 de junio de 2005 13:15 hs.

⁴⁹ Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, L legislatura. *Los derechos del pueblo mexicano*. Tomo VII, Porrúa, México 1978. Pág. 902

enumeración de los derechos del hombre, ni la declaración de la supremacía Constitucional, ni organizaban el poder judicial, en forma que haga suponer el propósito de establecer un procedimiento equivalente al amparo”⁵⁰

En otras palabras, lo que conocemos hoy como garantías individuales no se concebían como tales en aquellos tiempos, ya que la base de éstas hoy en día es precisamente los derechos del hombre; por ende, es obvio que no se podía pretender un juicio para defender tales derechos como en la actualidad.

“Los factores de carácter nacional se tradujeron en la convicción de los hombres públicos y en los juristas mexicanos, de la necesidad de crear un instrumento procesal eficaz para la tutela de los derechos fundamentales de los gobernados frente al poder público, incluyendo la impugnación de las leyes inconstitucionales”.⁵¹

Sin duda, la formación de todos éstos avances fue muy lenta y paulatina, por lo que nos limitaremos a señalar las etapas mas destacadas.

1.8 Evolución Constitucional del Amparo Mexicano

“Si bien es cierto, que el proceso constitucional de amparo tuvo también antecedentes coloniales, sobresalían los procedimientos establecidos ante la audiencia: se daba con frecuencia el caso de que una persona que se creía agraviada con una resolución del virrey apelaba de ella ante la audiencia, por juzgar que aquél se extralimitaba por el uso de su jurisdicción y que el hecho era del conocimiento de la justicia, en cuyo caso la audiencia pedía los autos y el virrey tenía que mandarlos, suspendiéndose el curso de los mismos en tanto que aquél tribunal decidía si el negocio era de justicia o de gobierno. Los virreyes resentían éste procedimiento que les mermaba autoridad”.⁵²

⁵⁰ GAXIOLA, Jorge F., *Mariano Otero, creador del Juicio de Amparo*. UNAM, México, 1984, Pág. 333

⁵¹ Internet. Página www.monografias.com/trabajos/mexico.html 28 de Junio de 2005, 14:00 hors.

⁵² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *El Juicio de Amparo y el Poder Judicial de la Federación*, SCJN, México, 2000, Pp. 11,26-29.

En éste sentido, los virreyes ya no podían imponer sanciones a su arbitrio, ya que con la existencia de la audiencia y sus procedimientos, las personas contaban ya con un apoyo en el caso de cualquier exceso por parte del virrey.

Otro Procedimiento igual de importante que el anterior era el “recurso de fuerza” (un caso especial de jurisdicción que se presentaba en la época virreinal), dicho recurso “podía interponerse por propuesta ante el Tribunal eclesiástico, pero también podía interponerse ante la audiencia, en cuyo caso ésta libraba la provisión ordinaria para que el juez eclesiástico otorgara la apelación, repusiera y absolviera llanamente; fue reglamentado en el año de 1589 por Felipe II y por cédula del 16 de Julio de 1792, que agregaba los casos en que por distancia u otra dificultad no fuere fácil acudir a la audiencia, facultaba a los gobernadores de distrito; Puede verse con esto que ya en la época colonial y mediante la supremacía del Poder Judicial se había conocido lo que después se hizo aparecer como una novedad, que es el juicio de amparo que, tuvo influencia anglosajona, española y francesa”.⁵³

A continuación, mencionamos de manera breve los antecedentes constitucionales e históricos del juicio de amparo:

“Principales antecedentes constitucionales e históricos del juicio de amparo”⁵⁴

1.- 1811 Punto número 31 de los elementos constitucionales elaborados por Ignacio López Rayón; enviado a Morelos el 20 de abril de 1812.

Aparecieron por primera vez los elementos esenciales de lo que hoy conocemos como juicio de amparo y decía lo siguiente:

“Cada uno se respetará en su casa como en su asilo sagrado, y se administrará con las ampliaciones y restricciones que ofrezcan las circunstancias, la célebre ley Habeas Corpus de la Inglaterra”.

⁵³ PADILLA ARELLANO, José, *El Amparo mexicano: un estudio exegético y comparativo*, Ed. Esfinge, México, 2004, Pp. 19 y 20

⁵⁴ CONGRESO DE LA UNIÓN, Cámara de Diputados, L Legislatura, Los Derechos del pueblo mexicano, Porrúa, México, 1978, Pág. 902, Apud PADILLA ARELLANO, José, “El Amparo mexicano: un estudio exegético y comparativo”, Ed. Esfinge, México, 2004, Pág. 20 y 21 Op Cit

2.- 1813 Los Sentimientos de la Nación, José María Morelos

Los Sentimientos de la Nación, es uno de los documentos de mayor importancia para la historia constitucional en México. En 1813, Morelos decide convocar al Congreso de Chilpancingo, es ante éste cuerpo Legislativo que el 14 de Septiembre del mismo año, el caudillo insurgente presenta los Sentimientos de la Nación.

“Éste documento consta de 23 puntos, de los cuales, nombraremos a groso modo los que consideramos mas relevantes. En lo político e ideológico, los Sentimientos de la Nación sentaban las bases para el debate legislativo en el Congreso de Chilpancingo, Morelos presenta en el primer punto de su documento, la independencia de América de España y de “toda otra nación”, en los siguientes manifiesta su lealtad ante la religión católica declarándola religión única “sin tolerancia de otra”, ratifica el principio de la soberanía popular, plantea el establecimiento de un régimen de gobierno dividido en tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; propone los primeros esbozos legislativos en materia de justicia social moderando la “riqueza y la indigencia” de tal forma que se aumente el jornal al pobre; anula privilegios; proscribire la esclavitud; se protege el derecho a la propiedad; la inviolabilidad del domicilio, se prohíbe la tortura; y se quitan la infinidad de tributos como la alcabala, el estanco y el tributo, para regular y simplificar el impuesto del cinco por ciento “de semillas y demás efectos u otra carga igual”. En resumen, el documento de las Sentimientos de la Nación contiene los puntos principales característicos de la ideología liberal que dominaba entre la clase burguesa revolucionaria que conducía la lucha por la independencia nacional”.⁵⁵

3.- 1824 Constitución Federal del los Estados Unidos Mexicanos.

En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos del 4 de octubre de 1824 se introdujeron, dos instituciones para la tutela de las normas constitucionales, es decir, lo que atribuyó al Congreso Federal la facultad de reprimir las violaciones a la Carta Federal y que tiene sus antecedentes en la

⁵⁵ <http://www.tlahui.com/libros/sentim.htm> 4 de Octubre de 2005, 7:20 pm

Constitución Española de 1812, y al mismo tiempo se confirmó a la Suprema Corte, la competencia para decidir sobre las infracciones de la Constitución y leyes federales.

4.- 1835 Bases Constitucionales de la República Mexicana.

En el Artículo 4 de las Bases Constitucionales de la República Mexicana, suscritas en la ciudad de México el 23 de Octubre de 1835, dice: *“El ejercicio del supremo poder nacional continuará dividido en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que no podrán reunirse en ningún caso ni por ningún pretexto. Se establecerá además un arbitrio suficiente para que ninguno de los tres pueda traspasar los límites de sus atribuciones”*

Sin duda, éste es un hecho que hasta nuestros días continúa vigente tanto en el texto constitucional como en la práctica.

5.- 1836 Leyes Constitucionales de la República Mexicana.

En las llamadas Siete Leyes Constitucionales de 1836, se efectuó el primer intento para establecer un órgano protector de la Constitución, de carácter político llamado Supremo Poder Conservador, y se inspiró en un sistema similar establecido, de acuerdo con las ideas de abate Sieyes, en la Constitución Francesa del 13 de diciembre de 1799, su vigencia fue efímera.⁵⁶

6.- 1840 Proyecto de reformas a las Leyes Constitucionales de 1836.

En varios proyectos que se elaboraron durante los años de 1840 a 1842, con el propósito de reformar las citadas Leyes Constitucionales de 1836, o bien para sustituirlas con otro documento constitucional, se propuso la supresión del Supremo Poder Conservador, que fue abolido efectivamente en el año de 1841,

⁵⁶ Éste organismo estaba integrado por cinco miembros, cuyas facultades eran desmedidas, tenía una superioridad inconcebible respecto de Poder Judicial, del Ejecutivo y aún del Legislativo, pues estaba autorizado para suspender a la Alta Corte de Justicia, para declarar la incapacidad física y mental del Presidente de la República y hasta para suspender por dos meses las sesiones del Congreso General. Un poder sumamente grande, fue creado con el fin de sostener el equilibrio Constitucional entre los poderes y el de mantener o restablecer el orden constitucional en los casos en que fuere turbado.

para sustituirlo por un instrumento procesal que recibió el nombre de “Reclamo”⁵⁷, el cuál debía ejercerse ante los Tribunales Federales y particularmente ante la Suprema Corte de Justicia con el objeto de proteger tanto las normas constitucionales, en general como a la “Garantías Individuales”, es decir, los derechos del hombre en particular. Si bien éstos proyectos no llegaron a obtener consagración legislativa, es evidente que prepararon el terreno a fin de que pudiera implantarse pocos años mas tarde el juicio de amparo en el ámbito nacional.

7.- 1840 Voto particular del Diputado José Fernando Ramírez.

Éste voto se refiere a la Reforma de la Constitución centralista de 1836, el mencionado jurisconsulto se declara partidario decidido de la división de poderes, el abogaba por que la Suprema Corte, para desempeñar mejor su cometido, estuviese dotada de absoluta autonomía e independencia frente al Ejecutivo y Legislativo, y se declaró al mismo tiempo enemigo e impugnador de la existencia del Supremo Poder Conservador.

8.- 1840 Constitución Política del Estado de Yucatán

Su autor principal fue el jurisconsulto y político don Manuel Crescencio Rejón, ésta constitución podríamos decir es una de los mas grandes adelantos que en materia de Derecho Constitucional ha experimentado el régimen jurídico mexicano.

“Rejón juzgó conveniente y hasta indispensable la inserción en su Carta Política de varios preceptos que instituyeran diversas garantías individuales, consignando por primera vez en México como tal la libertad religiosa y reglamentando los derechos y prerrogativas que el aprehendido debe tener, en forma análoga a lo que establece las disposiciones de los artículos 16, 19 y 20 de la Constitución vigente; mas lo que verdaderamente constituyó un progreso en el Derecho Público mexicano, fue la creación del medio controlador o conservador del régimen constitucional o amparo, como él mismo lo llamó, ejercido o desempeñado

⁵⁷ Se proponía que fuera la Suprema Corte la que conociera de la Constitucionalidad de las leyes o actos de las autoridades, signando el derecho de pedir tal declaración a cierto número de diputados, senadores o juntas departamentales contra alguna Ley o acto del Ejecutivo.

por el Poder Judicial, con la ventaja de que dicho control se hacía extensivo a todo acto (lato sensu) anticonstitucional”.⁵⁸

9.- 1842 Proyectos de la minoría y la mayoría de 1842.

“En el año de 1842 se designa una comisión integrada por siete miembros, cuyo cometido consistía en elaborar un proyecto constitucional para someterlo posteriormente a la consideración del Congreso; Figuraba en dicha comisión don Mariano Otero, quién, en unión de Espinosa de los Monteros y de Muñoz Ledo constituían la minoría.

En dicho proyecto, se le daba competencia a la Suprema Corte para conocer de los “reclamos” de los particulares contra actos de los poderes ejecutivo y legislativo de los Estados, violatorios de las garantías individuales; éste proyecto era de carácter individualista y liberal, ya que declaraba que los derechos del individuo debían ser objeto principal de protección de las instituciones constitucionales, consagrando una especie de medio de control.

Por otro lado, el proyecto elaborado por el grupo mayoritario, en el que figuraba don José F. Ramírez, también consignó un sistema de preservación constitucional, dentro del que se atribuyó al senado la facultad de declarar nulos los actos del Poder Ejecutivo que fuesen contrarios a la Constitución General, a las particulares de los Departamentos o a las leyes generales, teniendo dichas declaraciones efectos *erga omnes*”.⁵⁹

Ambos grupos debido a la presión que tenían por parte del Congreso Constituyente de 1842, elaboraron un proyecto transaccional de Constitución, en éste se consagro en el título tercero las garantías individuales a manera de “Derechos Naturales del Hombre”, se estableció también un sistema de tutela constitucional, atribuyéndole a la Cámara de Diputados la facultad de declarar la nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia o de sus Salas, en caso de usurpación de atribuciones de los otros poderes, o que invadan la competencia de los tribunales departamentales o de otras autoridades; considerando al Senado

⁵⁸ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, El Juicio de Amparo, Op Cit. Pág.111

⁵⁹ Ibidem Pág. 116

como órgano de control para anular los actos del Poder Ejecutivo cuando fuesen contrarios a la Constitución General o a las leyes generales.

10.- Bases Orgánicas de la República Mexicana

Expedidas el 12 de junio de 1843; en éstas Bases se suprimió el desorbitado “Poder Conservador” de la Constitución de 1836; dicho documento constitucional adoptó abiertamente el régimen central.

11.- 1847 Voto Particular de Mariano Otero.

5 de Abril de 1847; es sin duda, un valioso documento en la Historia del Derecho Constitucional de nuestro País.

“En él, don Mariano Otero expone las razones que, en su concepto, fundan el sistema mixto de protección constitucional establecido en el Acta de Reformas, argumentando al respecto que: es indispensable dar al Congreso de la Unión, el derecho de declarar nulas las leyes de los Estados que importen una violación del Pacto Federal, o sean contrarias a las leyes generales”.⁶⁰

12.- 1847 Acta de Reformas. “El 18 de Mayo de 1847 se promulgó el Acta de Reformas que vino a restaurar la vigencia de la Constitución Federal de 1824. Su expedición tuvo como origen el Plan de la Ciudadela de 4 de Agosto de 1846, en el que se desconoció el régimen central, propugnando el restablecimiento del sistema federal y la formación de un nuevo Congreso Constituyente, el cuál quedó instalado el 6 de diciembre del mismo año”.⁶¹

13.- 1857 Constitución Política de la República Mexicana.

Emanada del Plan de Ayutla, implanta el liberalismo e individualismo puros como regímenes entre relaciones de Estado y el Individuo; En la Constitución del 57 desaparece el sistema de control por órgano político que estableció el Acta de Reformas de 1847, los derechos individuales públicos contenidos en la

⁶⁰ Ibidem Pág. 118

⁶¹ Ibidem Pág. 117

Constitución del 57, encierra los mismos establecidos en la Constitución vigente; su artículo 101, corresponde exactamente al artículo 103 de Nuestra Constitución vigente.

14.- 1916.- Mensaje y Proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza.

“El Constituyente dio plena satisfacción a Carranza; por una parte consagro principalmente en los artículos 14,16,19,20 y 23 un sistema de garantías para el procesado penal ante el Poder Judicial y por otra parte, admitió su propuesta y, en el artículo 21 estableció que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”.⁶²

15.- 1917 Constitución Federal.

La Constitución vigente se aparta ya de la doctrina individualista, pues, a diferencia de la del 57, no considera a los derechos del hombre como la base y objeto de las Instituciones sociales, sino que los reputa como un conjunto de garantías individuales que el Estado concede u otorga a los habitantes de su territorio.

⁶² ZAMORA PIERCE, Op Cit, Pág. 444.

Capítulo II. El amparo

2.1 La finalidad del amparo

Para comprender mejor éste tema, podemos partir señalando los objetivos que tiene el juicio de amparo, es decir, para que nos sirve o que pretendemos obtener de forma general con dicho juicio.

Si retomamos lo que mencionan los ya citados artículos 107 y 103 de nuestra Constitución Política, podemos deducir dos grandes objetivos:

Primero: Un control de la Constitución, esto quiere decir que hasta el día de hoy, la Constitución es el mayor medio de protección con el que contamos los gobernados, y a través de su artículo 16 tutela no únicamente los casos que señala el 103, sino a lo que refiere en todas sus disposiciones.

Segundo: La protección del gobernado frente al poder público; Podemos entenderlo entonces de la siguiente manera: El juicio de amparo, tiene como finalidad primordial el proteger todas y cada una de las garantías del gobernado y por ende, vigilar y hacer respetar el ámbito de competencia entre las autoridades Federales y las de los Estados.

Sin duda, es la garantía mas eficaz, la mas importante y la que mas se utiliza en la práctica.

Según Ignacio L. Vallarta, el amparo puede definirse “como el proceso legal para recuperar sumariamente cualquiera de los derechos del hombre consignados en la Constitución y atacados por una autoridad de cualquier categoría, o para eximirse de la obediencia de una ley o mandato de una autoridad que ha invadido la esfera federal o local respectivamente”.⁶³

Por otra parte, y desde nuestro punto de vista, el Jurista Jorge García, hace una definición muy certera del Juicio de Amparo: “Es el recurso judicial extraordinario que se interpone ante los Tribunales de la Federación para obtener

⁶³ VALLARTA, Ignacio I. *El juicio de Amparo y el writ of habeas corpus*, Tercera edición, México, 1980, Pág. 39

la nulidad de un acto de autoridad o la inoperancia de una Ley que viola los derechos constitucionales de los particulares, ya sea por desacato directo a la Constitución o la aplicación indebida de cualquier norma inferior.”⁶⁴

Hacemos referencia a un tercer concepto del juicio de amparo con la finalidad de obtener con esto un panorama mas amplio y entender así el tema que estamos tratando.

Alfonso Noriega Cantú nos da la siguiente definición: “El amparo es un sistema de defensa de la Constitución y de las garantía individuales, de tipo jurisdiccional, por vía de acción, que se tramita en forma de juicio ante el Poder Judicial Federal, que tiene como materia las Leyes o actos de la Autoridad que violen las garantías individuales o impliquen una invasión de la soberanía de la Federación en la de los Estados y viceversa, y que tiene como efectos la nulidad del acto reclamado y la reposición del quejoso en el goce de la garantía violada, con efectos retroactivos al momento de la violación.”⁶⁵

“El objeto de la sentencia de amparo, es amparar y proteger la Institución, tal y como hoy la concebimos, o sea, como un proceso constitucional, la división de órganos y competencias”.⁶⁶

Consideramos que la finalidad del amparo no queda totalmente claro con la anotación anterior, por lo que lo mencionaremos mas a detalle.

“El amparo tiene como finalidad esencial dual, simultánea e inseparable, proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad que infrinja la Constitución y, por ende, todo ordenamiento legal secundario, preserva concomitantemente el orden constitucional y el normativo no constitucional. Por razón de dicha doble finalidad, el amparo es una institución jurídica de índole individual, y social al mismo tiempo, es decir, de orden privado y de orden público y social. De orden privado por que tutela los derechos constitucionales del

⁶⁴ GARCÍA ROJAS, Jorge Gabriel, Apuntes tomados de la Cátedra “Garantías y Amparo” que impartió en la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana en 1967, Apud PADILLA ARELLANO, José, “ El amparo mexicano: un estudio exegético y comparativo” Ed. Esfinge, México, 2004. Pág. 60.

⁶⁵ NORIEGA CANTÚ, Alfonso, “Lecciones de amparo”, Cuarta edición, Porrúa, México, 1993, Pág. 58.

⁶⁶ ARILLA BAS, Fernando, *El Juicio de Amparo*, Kratos, México, 1982, Pág. 16

gobernado en particular; y de orden público y social, debido a que tiende a hacer efectivo el imperio de la Constitución y de la Ley frente a cualquier órgano estatal y en cuya observancia palpita un indiscutible interés social, toda vez que, sin el respeto a las disposiciones constitucionales y legales, se destruiría el régimen de derecho del que deben funcionar todas las autoridades del país”.⁶⁷

En síntesis, podemos decir, que el juicio de amparo tiene como finalidad esencial la protección de las garantías del gobernado y el régimen competencial existente entre las autoridades federales y las de los Estados.

2.2 Principios que rigen el juicio de amparo.

Cómo bien lo menciona el Doctor Burgoa en su libro “El Juicio de Amparo”, los principios fundamentales sobre los cuales descansa la Constitución significan la proclamación jurídica de diversos supuestos y postulados de carácter sociológico y jurídico.⁶⁸ Lo que nos lleva a comprender que para lograr un verdadero estudio del juicio de amparo es sumamente necesario el conocimiento claro de la Constitución.

Éstos principios del juicio de amparo se encuentran en el artículo 107 de nuestra Constitución, que es propiamente el precepto constitucional reglamentario del artículo 103; son aquellos supuestos generales de procedencia del citado juicio de amparo.

I. Principio de la instancia de parte.

Artículo 107 fracción primera.- “El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada”.

Así mismo, el artículo 4 de la Ley de Amparo, señala también que dicho juicio debe promoverse por la parte a quién perjudique la Ley, pudiendo hacerlo por si o por interpósita persona; como su representante, defensor, pariente o persona extraña, pero siempre en los supuestos que la ley permita ese derecho.

⁶⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de Amparo*, Op Cit Pág. 170

⁶⁸ Ibidem P. 139

Siendo éste el principio a nuestro punto de vista el de mayor peso y como lo señala el Doctor Burgoa, “la piedra angular”, podemos partir entonces que el juicio de amparo siempre ha de iniciarse a petición de parte afectada, es decir, que no es una atribución el actuar de oficio; única y exclusivamente cuando exista la iniciativa del afectado por un acto de autoridad tal y como los que señala el artículo 103 de la Constitución vigente.

Sin duda, éste principio también reduce la posibilidad a que cualquier persona o entidad gubernativa pueda iniciarlo y por tanto, los intereses que se tengan en dicho juicio sean incluso distintos a la sustancia misma del juicio de amparo.

II. Principio de la existencia del agravio personal y directo

Retomando un poco el concepto anterior, el juicio de amparo se promueve a instancia de parte agraviada.

El agravio para efectos del amparo, se compone de dos elementos. Un material y un jurídico.

a) elemento material: se manifiesta en cualquier daño, lesión o perjuicio que el gobernado pueda sufrir o sufra de su esfera jurídica, es decir, en sus bienes o derechos en general, incluyendo la libertad personal.

b) elemento jurídico: consiste en que la afectación provenga de algún acto de autoridad o de la ley autoaplicativa.

“La doctrina exige, que el agravio sea personal y directo. Personal, por que ha de afectar el interés jurídico de una persona física o moral. Y directo, osea, de realización presente, pasada o futura”.⁶⁹

Podemos decir entonces, que “no se genera agravio si el elemento material no deriva del elemento jurídico, es decir, si el daño, perjuicio o lesión se originan por actos de particulares, o bien por entidades que no actúan como entidad, entonces no procede el juicio de amparo”.⁷⁰

⁶⁹ Idem

⁷⁰ PADILLA ARELLANO, José, *El amparo mexicano: un estudio exegético y comparativo*, Esfinge, México, 2004 Pág. 96

III. Principio de la prosecución judicial del amparo

Éste principio consiste en que el juicio de amparo sólo se tramita por medio de procedimientos y formas de orden jurídico; esto se traduce a que la controversia constitucional se sujetará no solamente a procedimiento, sino también a formas, éstas formas son lógicamente, las básicas de todo procedimiento, es decir, demanda, contestación, audiencia de pruebas, alegatos y sentencia. Por lo tanto, el desarrollo del juicio de amparo ante y por las autoridades jurisdiccionales Federales, adopta un procedimiento judicial.

IV. Principio de la relatividad de las sentencias de amparo

“Las resoluciones o consideraciones respecto de la inconstitucionalidad de los actos de autoridad, se rigen por el principio “res Inter alios acta nobis nec nocet prodest.” (la sentencia dictada en un juicio no perjudica ni aprovecha a quién no ha sido parte de él.)”⁷¹

Artículo 76 de la Ley de Amparo: “Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos o protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la Ley o acto que la motivare.”

V. Principio de Definitividad del Juicio de Amparo.

Éste Principio se refiere y lleva implícita una obligación a cargo de aquél que ha sido agraviado, consiste en agotar, previamente a la interposición del amparo, los recursos ordinarios que expresamente estén contemplados en la Ley del acto o actos que se impugnan, de lo contrario, al no agotar dichos recursos, resultaría improcedente el juicio de garantías.

Éste principio está consagrado en el artículo 107 fracción III inciso a) y fracción IV constitucional, y en la Ley de Amparo en el artículo 73 fracciones XIII, XIV y XV.

⁷¹BURGOA ORIHUELA, Ignacio, El Juicio de Amparo, Op Cit. Pág. 43

La fracción XIII se refiere a la improcedencia del amparo derivada del hecho de que existan recursos interponibles contra resoluciones judiciales, administrativas o de trabajo reclamados que no se agotaron previamente.

La fracción XIV se refiere a la procedencia cuando se esté tramitando ante los tribunales ordinarios algún recurso o medio de defensa legal propuesto por el quejoso.

La fracción XV se refiere a la improcedencia contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo que deban ser revisados de oficio o contra los cuales proceda algún recurso.

Excepciones al principio de definitividad.

Existen siete excepciones al principio de definitividad que hacen posible que el juicio de amparo proceda, aunque carezca de definitividad el acto reclamado, (no es necesario agotar los recursos):

1.- En materia penal cuando el acto reclamado importe peligro de privación de la vida, deportación o destierro, o cualquiera de los actos prohibidos en el artículo 22 constitucional (artículo 73 fracción XIII, segundo párrafo de la Ley de Amparo)

2.- Cuando se reclama un auto de formal prisión, “no es necesario agotar ningún recurso legal ordinario contra él, antes de acudir al amparo, sino que dicho proveído puede impugnarse directamente en la vía constitucional”.⁷²

Sin embargo, “si el quejoso ha interpuesto contra el auto de formal prisión el recurso ordinario de apelación que establezca la ley adjetiva penal correspondiente, la acción de amparo es improcedente, ya que, según lo ha establecido Jurisprudencialmente la Suprema Corte, pero si el quejoso se desiste de esa apelación, el amparo promovido será procedente”.⁷³

⁷² Así lo ha establecido la Jurisprudencia de la Suprema Corte en la tesis 162 del Apéndice al tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación.

⁷³ Jurisprudencia de la Suprema Corte en la Tesis 157 del Apéndice al Tomo CXVIII, correspondiente a la Tesis 35 de la Compilación 1917-1965. Primera Sala. Tesis 37 del Apéndice 1975, Materia penal. (Tesis 58 del apéndice 1985). Tesis 47 del Apéndice 1995. materia Penal.

3.- Cuando el quejoso no haya sido emplazado legalmente en el procedimiento en que se produjo el acto reclamado; al respecto, la Suprema Corte señala en la jurisprudencia 139, p. 416 Apéndice de 1988 de la Tercera Sala: “Cuando el amparo se pide precisamente por que el quejoso no ha sido oído en el juicio por falta de emplazamiento legal, no procede sobreseer por la razón de que existen recursos ordinarios que no hicieron valer, pues precisamente el hecho de que el quejoso manifieste que no ha sido oído en juicio hace patente que no está en posibilidad de intentar los recursos ordinarios en contra del fallo dictado en su contra”.

4.- Los terceros extraños afectados por determinaciones judiciales dictadas en procedimientos a que son ajenos, no están obligados a agotar los recursos ordinarios o medios de defensa antes de interponer el juicio de amparo (Tesis 400 y 199, Apéndice 1988, Segunda Sala Themis). En éste supuesto tiene 89 días para interponerlo, o 180 días si reside fuera del país (art. 73 fracción XIII de la Ley de Amparo).

5.- No existe obligación de agotar el recurso ordinario cuando un acto autoritario carece de fundamentación y se ignora que Ley se está aplicando. Su fundamentación se encuentra en el artículo 16 Constitucional y 73 fracción XV último párrafo de la Ley de Amparo, pues el gobernado se coloca en un estado de indefensión; si lo hace la autoridad viola dichos preceptos.

6.- Cuando el quejoso se propone reclamar la ley en que se sustenta el acto de autoridad, alegando que es inconstitucional, tampoco está obligado a agotar el recurso que la propia ley establece. Afortunadamente para los promoventes del juicio de garantías que pretenden impugnar la ley mediante el amparo, ya es legalmente posible, sin incurrir en un procedimiento que haga improcedente el juicio constitucional. Pueden interponer, si lo desean, el recurso en cuestión, y resuelto éste, reclamar tanto la resolución pronunciada en tal recurso como la ley

en que se fundamenta la misma. Éste principio está consagrado en la fracción XII del artículo 73 de la Ley de Amparo.

7.-En materia administrativa, si el recurso no prevé la suspensión, o la prevé exigiendo mayores requisitos que los que señala el artículo 124 de la Ley de Amparo (art. 107 fracción IV constitucional y art. 73 fracción XV de la Ley de Amparo).

VI. Principio de estricto Derecho

Éste Principio hace referencia a una forma obligatoria de actuar por parte del órgano de control y consiste en que el Juez que conoce del Amparo, no podrá en ningún caso, abordar cuestiones fuera de aquellas que le han sido planteadas, es decir, únicamente su función se constriñe a analizar los conceptos de violación que le han sido específicamente planteados en la demanda.

Dicho principio, no está contemplado en la Constitución de una forma directa, sin embargo, lo podemos encuadrar en la fracción segunda del artículo 107: “La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la Ley o acto que lo motivare.”

“Si se trata de un recurso, se concreta a examinar la resolución ocurrida con base a los agravios; lo anterior tiene su fundamento en los artículos 107 fracción II constitucional y 76 de la Ley de Amparo interpretados a contrario sensu”.⁷⁴

Lo anterior quiere decir que la autoridad federal debe limitarse a establecer si los conceptos de violación o los agravios son o no fundados.

Las excepciones al principio de estricto derecho están contenidas en el principio de suplencia de la queja.

⁷⁴ PADILLA, José R., sinopsis de amparo, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1997, Pág. 39-44 Apud PADILLA ARELLANO, José, Pág. 98, Op Cit

VII. Principio de Suplencia de la queja.

Éste principio consiste en que la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales Colegiados de Circuito y los Juzgados de Distrito, pueden corregir los errores que adviertan en la cita de preceptos constitucionales y legales que se estimen violados, y podrán examinar en su conjunto los conceptos de violación y los agravios, así como los demás razonamientos de las partes a fin de resolver efectivamente la cuestión planteada, pero sin cambiar los hechos expuestos en la demanda.

Por tanto, “suplir la deficiencia de la queja, implica no ceñirse a los conceptos de violación expuestos en la demanda de amparo, sino que, para conceder al quejoso la protección federal, el órgano de control puede hacer valer oficiosamente cualquier aspecto inconstitucional de los actos reclamados. Por otra parte, la suplencia de la queja no opera cuando el amparo es improcedente por cualquier causa inconstitucional, legal o jurisprudencial, ya que no tiene el alcance de sustituir o de obviar tal improcedencia”.⁷⁵

Dicho principio está reglamentado en el artículo 107 fracción II de la Constitución, y en el 79 y 76 bis de la Ley de Amparo, así como en la Jurisprudencia, tesis 101 y 140 de la Segunda y Tercera Salas del informe de 1984 del Semanario Judicial de la Federación.

La Suplencia de la queja opera bajo dos aspectos: respecto de la demanda y respecto de los recursos procedentes dentro del juicio de amparo.

VIII. Principio de Procedencia del Amparo contra Sentencias Definitivas o Laudos.

Tal y como se establece en Nuestra Constitución en el artículo 107 fracción III, inciso a), es procedente el juicio de amparo directo o uni-instancial para contrarrestar aquellas violaciones que se dan en los procedimientos judiciales, o en su caso, laborales; nos encontramos entonces con las violaciones in procedendo, que son las que mencionamos anteriormente y las violaciones in

⁷⁵ Tesis 140 del informe 1984, Segunda Sala, Apud, BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de Amparo*, Op Cit. Pág. 300

judicando, que se refieren a aquellas que se realicen durante la secuela procesal y las que se cometan en la misma sentencia definitiva, laudos o las que pongan fin al juicio.

IX. Principio de Procedencia del Amparo Indirecto.

El amparo indirecto o también conocido como bi-instancial, encuentra su fundamento constitucional en el artículo 107 fracción III, incisos b) y c).

“Éste se inicia ante los Jueces de Distrito, contra actos formalmente judiciales, es decir, contra aquellos que provengan de cualquier autoridad judicial o que se realicen en ocasión o con motivo de algún procedimiento jurisdiccional en el sentido material del concepto”.⁷⁶

2.3 Partes en el juicio de amparo

Dice Pallares, que “son partes en el juicio de amparo las que figuran en la relación procesal, activa o pasivamente”.⁷⁷

Es la Ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, La Ley de Amparo, en donde se establecen expresamente, cuales son las partes en el juicio de amparo. Efectivamente, el artículo 5° de dicho ordenamiento, reconoce como tales al agraviado, a la autoridad responsable, al tercero perjudicado y al Ministerio Público Federal.

Fracción I. Es el agraviado o agraviados

“Otras disposiciones de la Ley de Amparo aclaran algunas características pertinentes respecto de ésta parte accionante, de conformidad con su naturaleza; por ejemplo, el artículo 6° señala que el menor de edad podrá pedir amparo sin la intervención de su legítimo representante especial para que intervenga en el procedimiento; el artículo 8 establece que las personas morales privadas podrán pedir amparo por medio de sus legítimos representantes; el artículo 213 de la Ley, contiene una disposición, mediante la cual se otorga representación legal para

⁷⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de Amparo*, Pág. 311, Op Cit.

⁷⁷ Diccionario de Amparo, Pág. 176 Apud CASTRO Y CASTRO, Juventino, V; *Garantías y Amparo*, Op Cit Pág. 429

interponer el juicio de amparo en nombre de un núcleo de población, a los comisariados ejidales o de bienes comunales; el artículo 9, permite la petición del amparo por personas morales oficiales, a través de los funcionarios o representantes que designen las leyes, cuando el acto o la Ley que se reclamen afecten los intereses patrimoniales de aquéllas; El artículo 10 se refiere a los ofendidos por el delito, o a las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad proveniente de la comisión de un delito, las cuales están consideradas en la disposición en su calidad de promoventes del juicio de amparo. (No debe confundirse esta calidad de actor en el juicio, con la precisada en el inciso *b*) de la fracción III, del propio artículo 5°, en donde éstos mismos ofendidos por el delito, están procesados como partes, pero en su calidad de terceros perjudicados dentro de un proceso de amparo evidentemente planteado por el reo o penalmente condenado)".⁷⁸ El ofendido, y las personas precisadas en el artículo 10, sólo podrán promover el amparo contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil, agregándose que también podrán hacerlo contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal, relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito, y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil.

La fracción II del artículo 5°, precisa como parte del juicio a la autoridad o autoridades responsables. Nuestra Ley de Amparo en su artículo 11, proporciona un concepto de lo que debe entenderse por autoridad responsable, señalando que es la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la Ley o el acto reclamado.

Encontramos un criterio jurisprudencial sobre éste concepto:

Tesis 75 AUTORIDADES PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. El término "autoridades" para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen.⁷⁹

⁷⁸ CASTRO Y CASTRO, Juventino, V; *Garantías y Amparo*, Op Cit Pág. 436

⁷⁹ Cuando la Jurisprudencia proporciona el concepto de que son autoridades "aquellas personas que disponen de fuerza pública", pretende referirse a una característica primordial de la autoridad que importa mucho en el proceso estructurado para defender las garantías constitucionales, como

Fix Zamudio nos recuerda que “no pueden figurar como autoridades responsables en el juicio de amparo la Suprema Corte de Justicia, ni los Ministros que la integran, y los Tribunales Colegiados de Circuito y sus Magistrados. Tampoco los Jueces de Distrito cuando actúan como Jueces de amparo”.⁸⁰

No pueden ser enjuiciadas las autoridades que ejercen funciones estrictamente políticas, en los términos respectivos del artículo 107 constitucional y 73 de la Ley reglamentaria. En términos generales, no procede el amparo contra organismos públicos descentralizados, aunque provean servicios públicos, si carecen de autoridad para imponer coercitivamente sus resoluciones.

La fracción III, señala como parte en el juicio, al tercero o terceros perjudicados, indicando en sus tres incisos, quienes pueden intervenir en el amparo con éste carácter: a) en juicios o controversias que no sean del orden penal, la contraparte del agraviado, o cualquiera de las partes en el mismo juicio cuando la acción se interponga por persona extraña al procedimiento, b) tratándose de amparos penales, el ofendido o las partes que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil, y c) en los amparos administrativos, la persona o personas que hayan gestionado en su favor el acto contra el que se pida el amparo, o que sin haberlo gestionado tengan interés directo en la subsistencia del acto reclamado.

“El tercero perjudicado es quién, en términos generales, resulta beneficiado con el acto que el quejoso impugna en el juicio de amparo, y por lo mismo tiene interés en que el acto subsista y no sea destruido por la sentencia que, en el mencionado juicio, se pronuncie. Por ello debe ser llamado a dicho juicio y tener en éste la oportunidad de probar y alegar en su favor. Podría decirse que hace causa común con la autoridad responsable, que también se empeña en que el acto que de ella se combate quede en pie”.⁸¹

lo es el *imperium* que permite que ciertos mandatos tengan que ser forzosamente cumplimentados, ya que la oposición contra ellos significará la posibilidad del uso de la fuerza pública, la cuál precisamente está a la disposición de esas personas a las cuales denominamos: autoridades.

⁸⁰ El Juicio de Amparo, Pág. 350, Apud CASTRO Y CASTRO, Juventino, V; *Garantías y Amparo*, Op Cit Pág. 440

⁸¹ PADILLA ARELLANO, Op Cit, Pág. 110.

O cómo lo refiere también el Doctor Burgoa, “el tercero perjudicado es el sujeto que tiene interés jurídico en la subsistencia del acto reclamado, interés que se revela en que no se conceda al quejoso la protección federal o en que se sobresea el juicio de amparo respectivo”.⁸²

El empleo del término “tercero perjudicado” se explica si se toma en cuenta que diversas leyes que en otras épocas preveían el amparo contra sentencias civiles, ignoraban a la contraparte del quejoso y ésta resultaba realmente perjudicada con todo el procedimiento y aún con la sentencia misma referentes al juicio constitucional, sentencia que bien podía pararle perjuicios. Fue la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que en 1872, aunque partiendo de la base de que no era parte, consideró, que por equidad debían admitirse sus alegaciones y pruebas instrumentales.

El Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908 ya reconoció al tercero perjudicado como parte, pero éste podía personarse, sin que se le citara, y llegar al juicio en la etapa en que el mismo se encontrara. Y fue también la jurisprudencia de la Suprema Corte la que inicialmente dio cabida a los terceros en los amparos administrativos.

Ahora todo tercero, interesado directamente en la supervivencia del acto reclamado, tiene el carácter de parte.⁸³

“En su calidad de parte, el tercero perjudicado tiene todos los derechos y obligaciones procesales que incumben al agraviado y a la autoridad responsable, pudiendo, en consecuencia, rendir pruebas, formular alegaciones e interponer recursos”.⁸⁴

El artículo 5° fracción III de la Ley de Amparo establece quién puede intervenir con tal carácter.

Para efectos de éste estudio, analizaremos únicamente el inciso b) de ésta fracción que corresponde al tercero perjudicado en materia penal.

⁸² BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de Amparo*, Op Cit, Pág. 343

⁸³ PADILLA ARELLANO, Op Cit, Pág. 110 y 111.

⁸⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de Amparo*, Op Cit, Pág. 344.

b) “El ofendido o persona que, conforme a la ley, tenga derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, en su caso, en los juicios de amparo promovidos contra actos judiciales del orden penal, siempre que éstos afecten dicha reparación o responsabilidad”.⁸⁵

A éste respecto, el Doctor Burgoa opina los siguiente:

“El tercero perjudicado en la hipótesis que prevé, sólo se contrae a los juicios de amparo promovidos contra actos judiciales del orden penal recaídos en la materia o en el incidente de la reparación del daño o de responsabilidad”.⁸⁶

“La Suprema Corte consideró que los mencionados sujetos deben figurar en un juicio de amparo en materia penal como terceros perjudicados, cuando el acto reclamado consista sobre todo en el auto de formal prisión o en la sentencia definitiva que se pronuncia en un proceso criminal”.⁸⁷

El inciso b) reduce la calidad del tercero perjudicado al beneficiario de la reparación del daño. Empero, “debe entenderse por beneficiario de la reparación, no al simple pretensor, sino al que ya le ha sido reconocida en sentencia”.⁸⁸

Respecto a la capacidad del tercero perjudicado, la Ley de amparo no contiene ninguna regla, así como tampoco consigna excepción alguna en relación a los principios generales que rigen la mencionada materia. Por consiguiente, creemos que son aplicables a la capacidad del tercero perjudicado en el juicio de amparo todas las reglas que norman tal cuestión en Derecho Común procesal y Sustantivo. En tal virtud, “tendrá capacidad para comparecer en el juicio constitucional como tercero perjudicado aquella persona que tenga potestad de intervenir por si misma en cualquier procedimiento judicial, esto es, aquella persona respecto de la cual la ley en general no establece ninguna excepción o salvedad a su posibilidad jurídica de injerencia, por si misma, en un negocio jurisdiccional, proveniente de su minoridad o de su estado de interdicción en general”.⁸⁹

⁸⁵ Ley de Amparo, ISEF, 2006.

⁸⁶ BURGOA ORIHUELA, *El juicio de Amparo*, Op Cit, Pág.. 345

⁸⁷ Ibidem Pág. 346

⁸⁸ ARILLA BAS, Fernando, *El Juicio de Amparo*, Pág. 69, Op Cit

⁸⁹ BURGOA ORIHUELA, *El juicio de Amparo*, Op Cit, Pág. 358

En éste mismo orden de ideas, la Ley de amparo en su artículo 30, expresamente establece que el emplazamiento al tercero perjudicado debe ser personal.

“Desde el auto admisorio de la demanda se ordenará por el Juez de Distrito su emplazamiento, haciéndole saber; mediante notificación personal la interposición de la demanda, la admisión de ella, la fecha de la audiencia constitucional y se le entregará copia de la demanda por conducto del actuario o del secretario del Juzgado de Distrito o de la autoridad que conozca de juicio, en el lugar en que éste se siga; y fuera de él, por conducto de la autoridad responsable, la que deberá remitir la constancia de entrega respectiva, dentro del término de cuarenta y ocho horas (artículo 147 de la Ley de amparo)”⁹⁰

Fracción IV, El Ministerio Público Federal, es igualmente parte en el juicio de amparo.

El Ministerio Público Federal dentro del juicio de amparo es considerado por Fernando Vega como “defensor de los intereses abstractos de la Constitución y de la pureza del juicio de amparo”; por Burgoa como “parte equilibradora”; por León Orantes como “vigilante del cumplimiento de la Ley y representante de la sociedad”; y por Olea y Leyva como “parte *sui generis*, ya que no deduce derechos subjetivos como el agraviado y el tercero perjudicado, ni justifica sus actos como la autoridad responsable”.⁹¹

La Ley lo estructura como el vigilante del cumplimiento de la ley en los procesos de amparo, animador del procedimiento, en los términos del artículo 113, el cual lo obliga a cuidar de que no se archive ningún juicio de amparo sin que quede enteramente cumplida la sentencia en que se haya concedido al agraviado la protección constitucional, o apareciere que ya no hay materia para la ejecución, especialmente tratándose de las sentencias dictadas a favor de los núcleos de población ejidal y comunal; y en el artículo 157, que le fija la obligación de cuidar que los jueces de Distrito vean por que los procesos no queden paralizados, proveyendo éstos lo que corresponda hasta dictar sentencia, principalmente

⁹⁰ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *El Juicio de Amparo*, Sexta edición, México, 2000 Pág. 738

⁹¹ CASTRO Y CASTRO, Juventino, V; *Garantías y Amparo*, Op Cit Pág. 445

cuando el acto reclamado importe peligro de privación de la vida, de la libertad o entrañe deportación, destierro o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional.

2.4 Diferencia entre amparo indirecto y amparo directo.

“El concepto de indirecto o mediato, se determina en razón de la idea contraria. Lo directo o inmediato implica una relación entre dos elementos, un nexo entre cuyos puntos de enlace no existe ningún intermedio; por ende, adoptando un criterio de exclusión, lo indirecto se referirá a aquel vínculo real o ideal que une a dos elementos por conducto de algún o algunos intermedios”.⁹²

El llamado “amparo indirecto” es, pues, el opuesto al denominado “amparo directo”; el punto de vista que se toma en cuenta para establecer ésta clasificación, bien podría ser la instancia jurisdiccional en la que se resuelve definitivamente el juicio de amparo; por tal motivo, siendo la Suprema Corte o los Tribunales Colegiados de Circuito los que, en sus respectivos casos, dictan la última o única palabra en materia de amparo en general, se deduce que los juicios de amparo que se inician ante y se resuelven por un Juez de Distrito, llegan por conducto de éste, al conocimiento de dichos órganos judiciales, a través del recurso de revisión que se imponga en contra de sus resoluciones, es decir, indirecta o mediatamente. Por el contrario, se suele llamar “directos” a los amparos que ante la Suprema Corte o los mencionados Tribunales se promueven en única instancia, debido a que su conocimiento por éstos órganos jurisdiccionales se suscita sin desarrollo previo de otra instancia.

El juicio de amparo que se inicia ante un Juez de Distrito, se le suele llamar “amparo indirecto”, se trata de cualquier acto de autoridad que no consistan en sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio. Éste acto debe realizarse ante el propio Juez de Distrito competente, y por excepción, en el caso de jurisdicción concurrente a la que se refiere el artículo 37 de la Ley de amparo, ante el superior del Tribunal que haya cometido alguna violación a las

⁹² BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de Amparo*, Op Cit Pág. 629

garantías que en materia penal consagran los artículos 16, 19 y 20, fracciones I, VIII y X, párrafo primero y segundo de la Constitución, así como ante las autoridades del fuero común cuando actúen como auxiliares de la Justicia Federal, en los supuestos previstos en los artículos 38, 39 y 40 de la ley invocada.

“El juicio de amparo directo es aquel que se instaura ante los Tribunales Colegiados de Circuito en única instancia; es aquel respecto del cual dichos órganos judiciales federales conocen en jurisdicción originaria, esto es, sin que antes de su injerencia haya habido ninguna otra instancia, a diferencia de lo que sucede tratándose del amparo indirecto, del que conocen en segunda instancia o en jurisdicción apelada o derivada, mediante la interposición del recurso de revisión contra las sentencias constitucionales pronunciadas por los Jueces de Distrito”.⁹³

Pues bien, el artículo 114 de la Ley de amparo, establece los casos de procedencia del amparo indirecto; y por su parte, el artículo 158 del mismo ordenamiento legal prevé los supuestos de procedencia del amparo directo.

2.5 Actos contra los que procede el Amparo Indirecto en materia penal

Debe quedar claro, que no todos los actos excluidos del amparo directo son reclamables en el indirecto, pues hay unos respecto de los cuales no procede el juicio constitucional por ninguna de las dos vías, por ejemplo, contra el ejercicio de la acción penal.

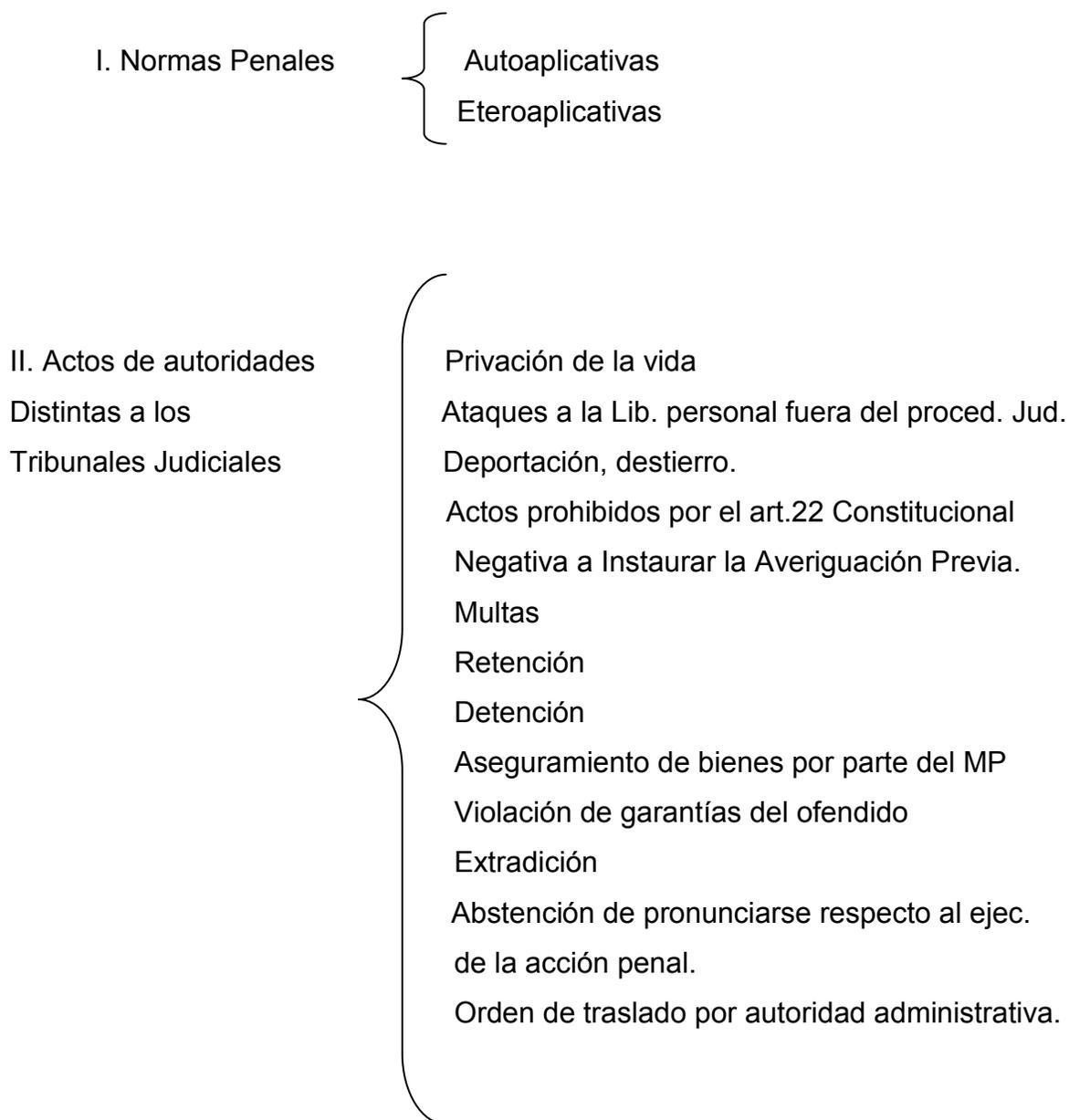
El artículo 107, fracción VII, de la Constitución Federal establece la procedencia del juicio de amparo indirecto, al establecer textualmente lo siguiente:

“El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra leyes o actos de autoridades administrativas, se interpondrá ante el Juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad; a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oírán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia.”

⁹³ Ibidem Pág. 683

Dicho precepto está reglamentado en la Ley de Amparo, la que en forma específica, en su artículo 114, establece los actos en contra de los cuales procede el juicio de amparo bi-instancial.

Con forme a lo establecido en el artículo antes citado, observemos por medio de la siguiente gráfica, los actos penales por los que procede el amparo indirecto:



III. Actos fuera del juicio y
Después de concluido.
(Actos Judiciales)

Antes

- Orden de aprehensión
- Orden de comparecencia
- Orden de cateo
- Orden de arraigo
- Orden de aseguramiento de bienes
- Orden de detención con fines de Extradición.

Después

- Ejecución de la orden de decomiso de bienes.
- Orden de tras. por autor jud.
- Negativa de recon. de inoc.
- Suspender la ejecución de pena Impuesta por la autoridad jud.

IV. Actos dentro del juicio
De imposible reparación.

Ratificación de la detención

Negativa a la libertad provisional bajo caución.

Auto de formal prisión.

Negativa a la libertad por desvanecimiento de datos.

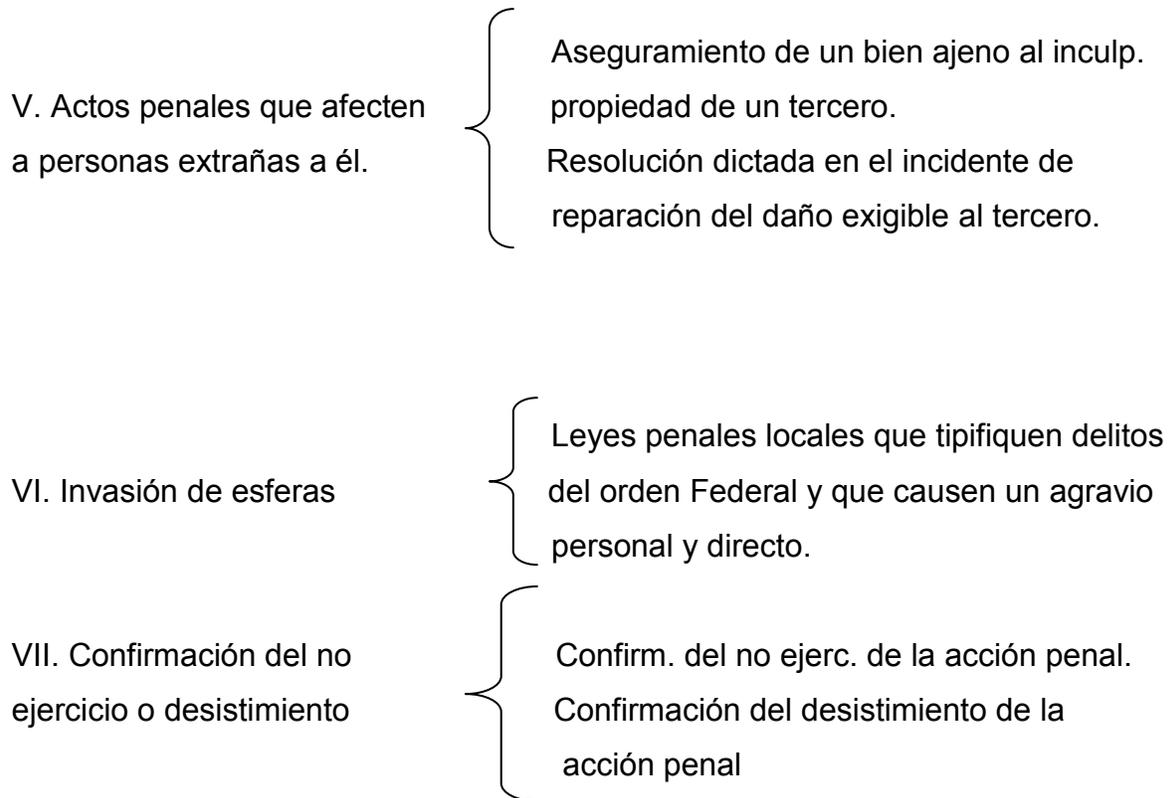
Duración de procesos

Arresto como medida de apremio

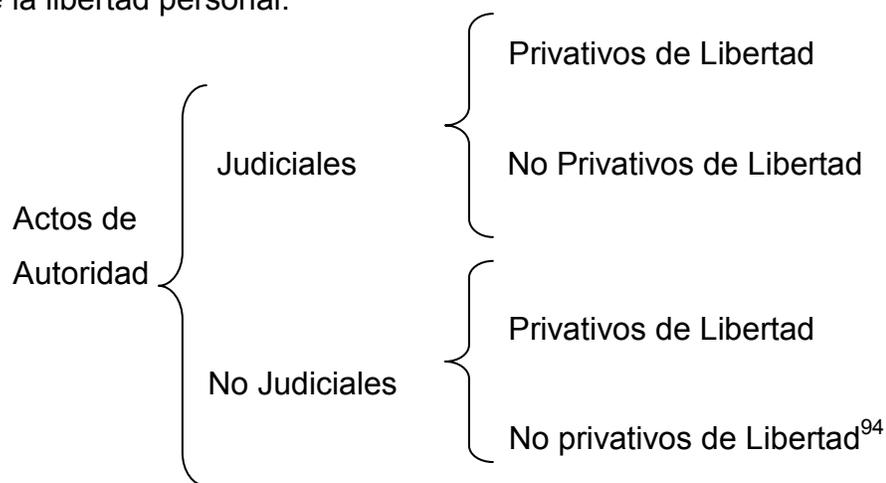
Multa como medida de apremio

Auto que señala forma y monto para el

Disfrute de la libertad provisional bajo caución.



Podemos establecer entonces, que los actos de naturaleza penal para efectos del juicio de amparo se pueden dividir en forma genérica en judiciales y no judiciales, éstos a su vez, en privativos de la libertad personal y no privativos de la libertad personal.



⁹⁴ Ibidem Pág. 152

En éste momento, para abordar el tema principal de éste trabajo, vamos a remitirnos exclusivamente a aquellos actos que afectan a la libertad personal.

“Los actos judiciales privativos de libertad personal : Son aquellos que emanan de la autoridad judicial y que afectan la libertad personal.

*Los Actos no judiciales que afectan la libertad personal: Verbigracia. Peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial (actos del Ministerio Público, Consejo de Menores Infractores y otras autoridades), orden de detención con fines de extradición, deportación por parte del ejecutivo, destierro, actos prohibidos por el artículo 22 constitucional, incomunicación; todos éstos actos realizados por autoridades no judiciales”.*⁹⁵

*“Por privación de la libertad personal debe entenderse el acto tendiente a la detención física del gobernado, el impedirle que no salga de un determinado espacio territorial de poca dimensión; eliminarle su derecho a desplazarse libremente por su comunidad, a realizar las actividades que normalmente realizan las personas para su desenvolvimiento en sociedad y su sobrevivencia. (anteriormente la Constitución Federal hacía referencia a la libertad corporal”.*⁹⁶

El arraigo ha sido considerado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como un acto privativo de libertad por afectar la libertad personal, como podemos ver en la siguiente Tesis:

ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LIBERTAD PERSONAL.

La orden de arraigo domiciliario prevista en 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 de 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

⁹⁵ Ibidem Pág. 152 y 154

⁹⁶ Ibidem Pág. 152

130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma Ley.⁹⁷

2.6 La acción de amparo

Podemos definir a la acción de amparo como “un derecho público subjetivo que tiene como objetivo o fin la reclamación del servicio público jurisdiccional, es decir, la actuación de los órganos jurisdiccionales”.⁹⁸

Para explicarlo mas a detalle, podemos ampliar dicha definición de la forma siguiente: “La acción de amparo es el derecho público subjetivo (característica genérica), que incumbe al gobernado, víctima de cualquier contravención a alguna garantía individual cometida por cualquier autoridad estatal mediante una Ley o un acto (stricto sensu), o a aquel, en cuyo perjuicio tanto la autoridad Federal como la Local, por conducto de un acto concreto o la expedición de una Ley, hayan infringido su respectiva competencia (sujeto activo o actor), derecho que se ejercita en contra de cualquier autoridad de la Federación o de las Autoridades Locales, en sus respectivos casos (sujeto pasivo o demandado), y con el fin de obtener la restitución del goce de las garantías violadas o la anulación concreta del acto (lato sensu) contraventor del régimen de competencia federal o local, por conducto de los órganos jurisdiccionales federales (objeto)”⁹⁹

Sin duda, al hablar de éste tema, es de suma importancia conocer a los sujetos que intervienen en dicha acción, así encontramos al sujeto activo y al sujeto pasivo.

“*Sujeto Activo*: De acuerdo con la fracción primera del artículo 103 de la Ley Suprema, la acción respectiva se da a favor de cualquier gobernado, cuyas garantías constitucionales hayan sido violadas por actos de cualquier autoridad; el titular de la acción de amparo y, por ende, el actor de la relación jurídico-procesal que se forme a consecuencia de su ejercicio, es el sujeto como gobernado víctima

⁹⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Tomo X, noviembre de 1999, tesis 1ª./J. 78/99. Pág. 55

⁹⁸ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “El juicio de Amparo”. Pág.320, Op Cit

⁹⁹ Ibidem Pág. 325

de cualquier contravención a alguna garantía constitucional, cometida por cualquier autoridad del Estado”.¹⁰⁰

Aunque la procedencia constitucional de la acción de amparo, no solamente se da en el aspecto que mencionamos anteriormente, sino que también observa los casos de las fracciones segunda y tercera del mismo artículo 103, en éste momento sólo abordaremos para efectos del tema principal, el supuesto ya mencionado.

“*Sujeto Pasivo:* o demandado, es aquel contra el cual se entabla la demanda; según la fracción primera del mencionado precepto de la Ley Suprema, el sujeto pasivo de la acción de amparo, es decir, aquel contra quien se dirige, está constituido en términos generales por cualquier autoridad estatal, de cualquier naturaleza política o constitucional que sea, que viole las garantías individuales por una ley o un acto en sentido estricto”.¹⁰¹

Otro de los elementos de la acción de amparo son las causas, que a su vez, se divide en causa remota y causa próxima o causa petendi.

Primeramente es necesario enfatizar en un punto importante de éste tema, del mismo artículo 103 Constitucional, de la fracción primera, podemos afirmar, que el objeto jurídico de tutela de la acción de amparo, son las garantías individuales, ahora bien, entendiéndolo así, pasemos a la causa remota.

“La causa remota, según lo podemos interpretar de la fracción I del ya citado artículo 103, es la posición jurídica del gobernado frente al estatuto constitucional que contiene las garantías individuales y que automáticamente lo convierte en su titular individualizado”.¹⁰²

“La causa próxima o causa petendi de la acción de amparo, desde el punto de vista de la fracción primera del artículo mencionado, es *la violación cometida por una Ley o un acto de cualquier autoridad del Estado, contra las garantías individuales que conforman el contenido del status jurídico personal o situación*

¹⁰⁰ Id

¹⁰¹ Ibid Pág. 321

¹⁰² Ibid Pág. 322

*jurídica concreta correspondiente, que es la causa remota de dicha acción, en los términos y bajo el concepto expresados con antelación”.*¹⁰³

Podemos así concluir el presente capítulo, teniendo ya claros los aspectos mas importantes del amparo indirecto, su procedencia y los elementos necesarios del mismo; en éste sentido creemos oportuno retomar en el siguiente capítulo algunos aspectos de éste apartado que consideramos imprescindibles para el correcto estudio del mismo.

¹⁰³ Ibid Pág. 323

Capítulo III. Etapa previa al proceso penal

3.1 Origen del Ministerio Público y la Investigación de los delitos

Con anterioridad a la Constitución Federal de 1917, en México, la investigación de los delitos estaba confiada al Poder Judicial, éste la ejercía por conducto de los llamados Jueces de Instrucción, quienes tenían bajo sus ordenes a la Policía Judicial, existían ya, en aquella época, unos funcionarios denominados Ministerio Público, quienes podían intervenir en la Investigación de los delitos, pero ello únicamente como miembros que eran de la Policía Judicial. En ausencia del Juez de Instrucción, participaban en las funciones Investigatorias los jefes políticos, los presidentes municipales, los comandantes de policía y hasta las autoridades militares, con terminantes instrucciones de remitir al juez de instrucción, sin demora las actas que levantasen. El Juez iniciaba de oficio el procedimiento investigatorio, sin esperar a ser requerido para ello por el Ministerio Público, recogiendo todos los medios de prueba conducentes al esclarecimiento de la verdad.

Los Jueces de Instrucción, en el desempeño de su función investigadora, siguieron prácticas verdaderamente inquisitorias, a las cuales se refirió el General Venustiano Carranza en el Mensaje que dirigió al Congreso Constituyente. El Primer Jefe afirmaba que la solución a los problemas, era la Institución del Ministerio Público, con el que se evitara ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la búsqueda de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes. Por otra parte, el Ministerio Público, con la Policía Judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin mas méritos que su criterio particular.”

“El Constituyente dio plena satisfacción a Carranza. Por una parte consagró, principalmente en los artículos 14, 16, 19, 20 y 23, un sistema de garantías para el

proceso penal ante el Poder Judicial, por otra parte, el Constituyente admitió la propuesta de Carranza, y, en el artículo 21 estableció que: “ la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público . . .” , agregando, en el artículo 102, que, “ Incumbe al Ministerio Público de la Federación la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden Federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculpadados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos . . .:”

La labor del Constituyente de 1917, modificó en forma radical la estructura de los procedimientos penales”.¹⁰⁴

3.2 Denuncia y querrela

El artículo 16 constitucional en su segundo párrafo determina: “No podrá librarse orden de aprehensión, sino por la autoridad judicial sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley señale como delito...”

Se puede afirmar que la denuncia “es el relato de los hechos constitutivos de algún delito de persecución oficiosa que hace cualquier persona ante el Ministerio Público”.¹⁰⁵

La denuncia se podrá hacer verbalmente o por escrito, proporcionando el denunciante en ambos casos todos aquellos datos y elementos de prueba que estén a su disposición a fin de facilitar la averiguación que corresponda, así como sus datos personales que sirvan para tenerlo plenamente identificado para los efectos de que les pueda exigir la responsabilidad penal en la que pudiera incurrir en el caso de que se conduzca con falsedad en sus declaraciones y también con el objeto de dar cumplimiento a lo que establece el artículo 16 constitucional referente a ésta situación de inicio procedimental en la fase procesal denominada Averiguación Previa.

¹⁰⁴ ZAMORA PIERCE, Op Cit, Pág. 443-445

¹⁰⁵ GARDUÑO GARMENDIA, Jorge, *El Ministerio Público en la Investigación de los delitos*, Limusa, México, 1991, Pág. 52

Los artículos 356 y 357 del Código de Procedimientos Penales para el DF., tiene como una de sus finalidades precisamente, el evitar la práctica de denuncias calumniosas, y que éstas se presenten sin existir indicio alguno de la consumación del delito que se pretende imputar al supuesto responsable.

En resumen, debemos considerara la denuncia como la comunicación o la notificación que da cualquier persona a la autoridad competente (MP) sobre determinado hecho, posiblemente constitutivo de algún delito perseguible de oficio; ésta noticia *criminis* puede provenir tanto de la víctima, de un tercero, de un particular, etc, incluso de un menor de edad o del propio autor del delito. “La denuncia es un acto por el cual, cualquier persona, haya resentido o no los efectos del delito, hace del conocimiento del Ministerio Público, la comisión de hechos que pueden llegar a tipificar o configurar un delito”.¹⁰⁶

Se denomina Querrela a la formalidad que debe satisfacerse para que persigue y castigue el delincuente clasificado procesalmente a éstos ilícitos como “delitos a instancia de parte ofendida”

Florian lo define como “una declaración de voluntad de la parte lesionada por el delito por la que ejercita la acción penal”.¹⁰⁷

Para Osorio y Nieto es “una de las manifestaciones de voluntad de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o por el ofendido o por sus representantes, con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso, ejercite la acción penal”.¹⁰⁸

3.3 Averiguación Previa

Existe una conducta del ser humano, que convencionalmente, se ha denominado *averiguar*. Pero “ésta palabra carecería de sentido jurídico penal si no

¹⁰⁶ MARTINEZ GARNELO, Jesús . *La investigación Ministerial Previa*, Quinta edición, Porrúa, México, 2000 Pág. 332

¹⁰⁷ FLORIAN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Editorial Buch, Barcelona. S/f Pág. 194, Apud MARTINEZ GARNELO, Jesús . *La investigación Ministerial Previa*, Op Cit. Pág. 337

¹⁰⁸ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, *Ensayos penales*, México, 1988, Pág. 84 Apud MARTINEZ GARNELO, Jesús . *La investigación Ministerial Previa*, Op Cit. Pág. 337

la interpretáramos dentro del contexto del sistema jurídico penal mexicano; ya que nuestra propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, introducía hasta antes de la Reforma del 93, dicho término en el párrafo primero del artículo 19, agregándole el adjetivo calificativo de “previa”, y hasta la fecha sigue utilizando el verbo que denota aquella actividad”.¹⁰⁹

El artículo 21 de nuestra Carta Magna, en su primer párrafo, establece de manera clara y precisa, que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cuál se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

En éste sentido, habrá que determinar que entendemos por “perseguir los delitos”; Para buscar su significado, antes que recurrir a la connotación lógica, es preferible y de mas utilidad, recurrir al diario de debates de los Constituyentes de 1916 – 1917, en el que quedaron asentadas en las Cartas respectivas , las ideas y las opiniones de aquellos en relación a cada texto constitucional.

Tomando como referencia los textos de los párrafos 27, 28, 29 y 30 del mensaje de Venustiano Carranza, cuyas ideas quedaron plasmadas en los artículos 21 y 102 Constitucionales, la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, quién tendrá bajo su mando a la Policía Judicial, siendo aquel el obligado a buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de los delincuentes, - Los textos de las Constituciones de los Estados y legislaciones secundarias de los mismos, adoptaron textos similares: “buscar y presentar las pruebas que tiendan al esclarecimiento del hecho y las que acrediten la responsabilidad . . .” “ . . .buscar y presentar las pruebas que acrediten el cuerpo del delito y la responsabilidad de los culpables”

Es así como se expresa en el párrafo 30 del citado mensaje: “La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la búsqueda de

¹⁰⁹ BARRITA LÓPEZ, Fernando A., *Averiguación Previa*, Quinta edición, Porrúa, México, 2000, Pág. 7

los elementos de convicción que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes.”¹¹⁰

“Averiguar, como muchas palabras que llevan el prefijo latino *a*, significa tender, ir, caminar hacia algo, en éste caso hacia la verdad, ésto es, que el Ministerio Público debe ir en busca de la verdad desconocida, la “verdad histórica”, para dejar que el juez, posteriormente, verifique lo desconocido y afirmado, es decir, que lo que aquél afirme ante el juez ya debe estar averiguado y así figurar en su “pedimento” en cuanto al hecho delictuoso en sí”.¹¹¹

Debemos dejar claro, que el Ministerio Público es el que averigua, y es precisamente ésta labor la que antecede a la prueba, es decir, tenemos que tomar a la averiguación como un trámite previo a la prueba y es así como se logrará la verificación del juzgador. Si esto es correcto, podemos afirmar entonces que cuando se acuerda iniciar una Averiguación Previa por parte del Ministerio Público, se pretende iniciar una serie de actos indagatorios en relación con determinados hechos o suceso.

Por otro lado, debemos entender de manera correcta el lenguaje de la Constitución, es decir, interpretar certeramente lo que refiere nuestra Carta Magna en cuanto al tema que nos atañe, es decir, “La Averiguación Previa”. Entendámoslo así: “como un periodo que se prolonga hasta que el Juez resuelva si ha lugar o no ha lugar a la sujeción de proceso, con o sin prisión preventiva para el indiciado.” Lo anterior, nos parece mas razonable y congruente con toda la serie de garantías que concede el artículo 20 constitucional, relativas a esa parte del procedimiento que se sigue hasta antes de la emisión del auto.¹¹²

Es necesario realizar un análisis conceptual de ésta primera fase procedimental penal conocida como “Averiguación Previa”.

Averiguación Previa: “Etapa procedimental durante la cuál, el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su

¹¹⁰ Ibid p.8

¹¹¹ Ibid p. 9

¹¹² Ibid p. 19

caso, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o la abstención de la acción penal”.¹¹³

Para el Maestro Juan José González Bustamante, define a la Averiguación Previa como “la fase pre-procesal, en la que tiene por objeto investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal.”¹¹⁴

Para Jorge Garduño Garmendia, la Averiguación Previa, es “el conjunto de actividades de investigación de la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, formadas tanto por las diligencias llevadas a cabo por el Ministerio Público como preparación del ejercicio de la acción penal, tanto como por las practicadas en forma excepcional por la autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público.”¹¹⁵

Desde nuestro punto de vista, concebimos a la Averiguación Previa como una etapa procedimental, durante la cual, el Ministerio Público realiza todas las diligencias necesarias tendientes a investigar y por ende, comprobar en su caso, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del sujeto y optar así por el ejercicio o abstención de la acción penal.

Precisemos entonces, que la Averiguación Previa se inicia con la denuncia o querrela (ya estudiados en el capítulo anterior) y termina con el pliego de la consignación.

La Averiguación Previa es propia del Ministerio Público en su carácter de órgano o de autoridad pública investigadora del delito, dándose en ésta fase procedimental actividades llamadas preprocesales.

La averiguación como concepto *sui generis* representa solamente una etapa, la de persecución en la fase en la que el Ministerio Público es autoridad.

En éste mismo orden de ideas, podemos concluir señalando que la Averiguación previa representa una de las fases mas importantes de la función

¹¹³ OSORIO y NIETO, Cesar Augusto, *La Averiguación Previa*, Porrúa, México, 1994, Pág. 2, Apud MARTINEZ GARNELO, Op Cit, Pág. 306.

¹¹⁴ GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Mexicano*, Porrúa, México, 1967, Pág. 123. Apud, MARTINEZ GARNELO, Jesús, Op Cit.

¹¹⁵ GARDUÑO GARMENDIA, Juerguee, *El Ministerio Público y la investigación de los delitos*, Editorial Limusa, México 1991, Pág. 48 Apud MARTINEZ GARNELO, Jesús, Op Cit.

investigadora del Ministerio Público, dicha Averiguación Previa depende de su titular que es el Ministerio Público, esto se establece, aunque de manera genérica en el artículo 21 de Nuestra Constitución Política, tal y como lo refiere el Maestro Jesús Martínez Garnelo que dicha característica no se establece de manera semántica y literal en la propia Constitución.

Además de lo establecido en el ordenamiento antes citado, existen las disposiciones de las leyes secundarias, es decir, de algunos Códigos de Procedimientos Penales, las Leyes Orgánicas de las Procuradurías y los reglamentos dependientes de las Procuradurías Generales de Justicia.

“Las Reglas generales aplicables en la integración de la Averiguación Previa serán aquellas que normalmente se cumplen sujetándose a las solemnidades de las disposiciones procedimentales y de carácter Constitucional, que quedarán plasmadas en las actas levantadas por los órganos ministeriales y policíacos sujetos a la acción delictiva y a la acreditación de la probable responsabilidad; éstas diligencias que deban realizarse en la investigación criminal constituirán plenamente una guía y una secuencia ordenada de las acciones de investigación mas correlacionadas con el evento delictivo”.¹¹⁶

La Averiguación Previa es de carácter público, por tener la finalidad de llevar acabo la acción de la persecución; “Hace vigente el derecho punitivo del Estado en contra de quién ha infringido la ley penal, pero se cataloga como público, aún en los delitos que se persigue por querrela o a petición de la parte ofendida, pues el contenido y finalidad de tales investigaciones ministeriales, practicadas para ésta clase de ilícitos no cambia ya que el Estado sigue tutelando la protección y el interés público en una sociedad determinada”.¹¹⁷

Consideramos oportuno y necesario señalar de manera breve las garantías que en forma directa la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos establece en la etapa de la Averiguación Previa y las mencionaremos de la siguiente manera :

¹¹⁶ MARTINEZ GARNELO, Op Cit, Pág. 323.

¹¹⁷ Ibidem p. 325

A partir de Septiembre de 1993, con la Reforma al 20 Constitucional, agrega un cuarto párrafo a la fracción X, que al calce dice: “Las garantías previstas en las fracciones V, VII Y IX también serán observadas durante la Averiguación Previa en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan, lo previsto en las fracciones I y II, no estará sujeto a condición alguna.”

Las fracciones I y II, manejan dos aspectos, sin duda, muy importantes y se refieren por un lado, al derecho como garantía que tiene el detenido de gozar de su libertad bajo caución y por el otro al respetar el principio de inocencia.

El párrafo cuarto de la fracción X del artículo 20 constitucional, establece los planteamientos concretos que consagrados como tales se manejan como garantías del indiciado durante la Averiguación Previa y éstos tienen referencia a su derecho de ofrecer y desahogar pruebas, a ser informados y a tener un defensor.

Durante la Averiguación Previa

Garantía de defensa:

Ésta garantía sirve de protección al derecho de no auto incriminarse.

Garantía de información:

El inculpado tendrá la garantía de que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que conste en el proceso.

Garantía Probatoria.

Ésta garantía consiste en otorgar al inculpado el derecho de ofrecer pruebas y además en la obligación de imponérsele a la autoridad el deber de recibirlas.

3.4 La competencia en la Averiguación Previa del Ministerio Público en el Distrito Federal.

La función primordial del Estado es velar por los intereses generales de la sociedad, promover el bienestar de la misma y ejercer los actos de coerción que la ley permite; es decir, el Estado asume los intereses comunes de la sociedad y los preserva, los defiende y promueve.

A través de sus Instituciones, el Estado se organiza para cumplir con las funciones que la Constitución y las leyes le asignan. Así, sus agentes o servidores

públicos, mediante los diferentes órganos del Estado, dictan leyes, administran los asuntos públicos y procuran e imparten justicia. Son servidores públicos en quienes se concretiza y personifica la acción del Estado en sus muy variadas y complejas funciones. De ahí que aquéllos tengan graves responsabilidades.

La justicia es uno de los valores inmanentes del hombre social, y alrededor de él, de ese valor, ha construido reglas, instituciones y culturas que se han forjado desde los tiempos mas remotos de la humanidad.

El Ministerio Público es una de las Instituciones mas discutidas desde su nacimiento e instauración en nuestro sistema jurídico debido a la interpretación de lo que refiere nuestra Constitución y los alcances que en la práctica alcanza ésta figura, es por esto que a continuación exponemos algunos conceptos que consideramos convenientes:

Fenech define al Ministerio Público como “una parte acusadora necesaria, de carácter público, encargada por el Estado a quién representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal”.¹¹⁸

Para Colín Sánchez, “El Ministerio Público es una institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo), que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes”.¹¹⁹

El Doctor Fix Zamudio, por su parte, describe al Ministerio Público cómo:

“[...] el organismo del Estado que realiza funciones judiciales ya sea como parte o como sujeto auxiliar en las diversas ramas procesales, especialmente, en la penal, ya que contemporáneamente efectúa actividades administrativas, pues

¹¹⁸ FENECH, Miguel, *El proceso penal*, Tercera edición, Editorial Agesa, Madrid, 1978, Pág. 64
Apud CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel, *El Monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México*, Segunda edición, UNAM, México, 1993. Pág. 13

¹¹⁹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, décimo novena edición. Ed., México, 2005, Pág. 230.
Apud CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel Op Cit.

como consejero jurídico de las autoridades gubernamentales, realiza la defensa de la legalidad”.¹²⁰

En efecto, El Ministerio Público es, en nuestro actual sistema, un organismo del Estado de muy variadas atribuciones; es un órgano imprescindible, pieza fundamental en el procedimiento penal, en donde goza del llamado “monopolio de la acción penal”.¹²¹

Podemos resumir entonces, que el Ministerio Público es un organismo del Estado, con múltiples atribuciones, tanto administrativamente hablando, cómo dentro ya del proceso penal, éste debe velar por la legalidad y por los intereses de la sociedad en los casos y siempre a través de los medios que le han conferido las leyes.

Texto actual del artículo 21 (reformado en 1983)

Art. 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cuál estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas. Pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas. Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día. Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso.”¹²²

Claramente distinguimos la separación de éstos dos campos de atribuciones entre dos autoridades distintas; en éste caso, la del Juez y la del Ministerio Público. Así, el órgano jurisdiccional no puede entrar en el campo o esfera de la acción del Ministerio Público, del mismo modo, el Ministerio Público no puede invadir la competencia del órgano jurisdiccional, es decir, no puede imponer las penas ni tener imperio para decidir el proceso.

¹²⁰ FIX Zamudio, Héctor, *La función constitucional del Ministerio Público*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1978, Pág. 153. Apud CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel. Op Cit, Pág. 14.

¹²¹ CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel, Op Cit, Pág. 15.

¹²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“Se dice que el Ministerio Público es un órgano creado para defender la legalidad; es un órgano de buena fe y hasta de equidad, encargado de proteger el interés social”.¹²³

Las principales atribuciones de ésta Institución se establecen en los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a éstos le debemos agregar las disposiciones contenidas en las respectivas leyes orgánicas que le dan su estructura y organización.

Colín Sánchez nos dice que, “aunque la atribución fundamental del Ministerio Público deriva del artículo 21 constitucional, en la práctica no sólo investiga y persigue el delito, sino su actuación se extiende a otras esferas de la administración pública, siendo notable su intervención en materia civil en cuestiones de tutela social; representando a los incapaces o ausentes, y en algunas otras situaciones en las que son afectados los intereses del Estado, tanto en materia federal como local de algunas entidades federativas. En términos generales, preserva a la sociedad del delito”.¹²⁴

Aunque cierta es la anotación que hace Colín Sánchez, para efectos del tema que tratamos en éste momento, nos interesaría únicamente la parte primera, ya que se remite sólo al ámbito penal y dejaremos entonces a un lado lo referente a las demás materias en las que también tiene asignadas diversas funciones.

Tomaremos también en cuenta lo que señala por su parte, García Ramírez, él refiere como “atribución fundamental del Ministerio Público, de naturaleza netamente procedimental, la persecución de los delitos que desempeña en la averiguación previa de los mismos y el ejercicio de la acción penal”.¹²⁵

Nos permitiremos concluir éste apartado mencionando brevemente la función del Ministerio Público; partiremos hablando de la llamada “noticia del delito”, es a través de ella como el Ministerio Público tiene conocimiento del delito e

¹²³ CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel, *El Monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México*, Segunda edición, UNAM, México, 1993. Pág. 25

¹²⁴ COLÍN SÁNCHEZ Op Cit, Pág. 105 y 106.

¹²⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, Cuarta edición, Porrúa, México, 1983, Pág. 246-250.
Apud CASTILLO SOBERANES, Op Cit, Pág. 17.

inicia toda una serie de actos preparatorios al ejercicio de la acción penal (que de manera detallada podemos encontrarlos en las seis fracciones que componen el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.) por medio de la averiguación previa, la cuál tiene por objeto investigar los delitos y reunir las pruebas necesarias y suficientes para comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del delincuente. Pero es aquí precisamente donde nos enfrentamos con un problema que es el punto de partida del tema central de éste trabajo, primeramente, tendríamos que analizar si efectivamente el Ministerio Público cumple con su misión de defender los derechos de la sociedad en el ámbito penal; partiendo de ésta premisa, se dice, que el Ministerio Público no dispone de elementos suficientes para poder cumplirlo y mas aun, no dispone del tiempo suficiente para integrar la averiguación (hablamos obviamente con detenido) es aquí cuando por tal motivo se desprende el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, y específicamente el art. 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

3.5 Figura de la detención

Podemos definirla “en sentido lato como la privación de la libertad ambulatoria, locomotriz o de movimientos, de forma que el autor de la privación de libertad impide al sujeto pasivo trasladarse de lugar según su libre voluntad. No basta que se limite el ejercicio de dicha capacidad, sino que es preciso que se sustraiga enteramente al sujeto pasivo. Impedir la permanencia o acceso a un determinado lugar no es un supuesto de detención, ya que lo esencial es impedir a un sujeto el alejarse de un lugar en el que no desea permanecer, siendo sólo entonces cuando se puede afirmar que se ha producido la detención”.¹²⁶

Nos referiremos entonces a la detención en sentido estricto dentro del proceso penal; a la medida que supone la pérdida de la libertad del sujeto, ésta

¹²⁶ VIVES ANTÓN, *Detenciones ilegales*, Pág. 60
Apud SALIDO VALLE, Carlos, *La detención policial*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1997. Pág. 44

tiene la finalidad de garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia, pero no se trata de una medida sancionatoria ni de una pena.

Para la práctica de la detención han de concurrir los siguientes presupuestos: en primer lugar, la existencia de una imputación (condena, procesamiento o indicios racionales que presuman la participación en un hecho constitutivo de delito de una persona), o en segundo término, pretensión de asegurar los fines del proceso en general y, en particular evitar el peligro de ocultación personal del sujeto.

“Tales presupuestos deben ponderarse teniendo en cuenta que la detención supone una de las mas grandes intromisiones que puede ejercer el poder estatal en la esfera de la libertad del individuo, sin mediar todavía una sentencia judicial firme que la justifique, privando absolutamente de su libertad ambulatoria a la persona sometida a ésta medida².¹²⁷

“En sentido extenso supone la existencia de peligro de retardo, retraso u oscurecimiento en el cumplimiento de los fines del proceso penal como consecuencia de la actividad del imputado, que puede realizar acciones encaminadas a desvincularlo del proceso de desaparición de elementos probatorios, confabulación con testigos y con otros coinculpados, etc”.¹²⁸

En éste mismo orden de ideas, debemos mencionar que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su capítulo tercero, menciona todas las circunstancias que deben ser valoradas y que deben existir alrededor de ésta figura, sin olvidar lo que menciona en torno a lo mismo el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.6 Delitos Graves del fuero común

La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la Ley.

¹²⁷ SALIDO VALLE, Op Cit,Pág. 46 y 47

¹²⁸ Ibid Pág. 47

Francisco Carrara, principal exponente de la Escuela Clásica, lo define como “la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.¹²⁹

Para varios autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su sanción; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito.

Para Edmundo Mezger, “el delito es una acción punible; esto es, el conjunto de los presupuestos de la pena”.¹³⁰

El artículo 7 del Código Penal Federal establece: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”¹³¹

Para Cuello Calón, es “la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible”.¹³²

Para efectos de nuestro estudio, nos permitiremos mencionar sólo una de sus clasificaciones, que en éste momento necesitamos abordar específicamente., la que corresponde en función de su gravedad

Con la reforma del 22 de julio de 1994 a los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal, se clasifican algunos delitos como graves por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad.

Si bien es cierto, actualmente existe un catálogo de delitos graves en materia Federal, mismo que se encuentra especificado en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales; en materia local no sucede lo mismo, aunque existen delitos calificados como graves no hay un catálogo expreso, por lo que me permitiré hacer mención de algunos delitos que el Código Local considera graves:

¹²⁹ Programa, vol. I, Núm. 21, pág. 60
Apud CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales del Derecho Penal*, Trigésima novena edición, Porrúa, México, 1998, Pág. 125 y 126

¹³⁰ CASTELLANOS, Op Cit, Pág. 128.

¹³¹ Código Penal Federal

¹³² CASTELLANOS, Op Cit. Pág. 236

- Homicidio artículo 123
- Lesiones calificadas artículo 134
- Secuestro artículo 163
- Desaparición forzada de personas artículo 168
- Violación artículo 174
- Corrupción de menores e incapaces artículo 183
- Pornografía infantil artículo 187
- Lenocinio artículo 189
- Robo artículo 220 fracción IV
- Fraude artículo 230 fracción IV
- Daño a la propiedad artículo 239 fracción IV
- Operaciones con recursos de procedencia ilícita artículo 250
- Pandilla, asociación delictuosa y delincuencia organizada artículo 253
- Intimidación artículo 269
- Cohecho artículo 272 fracción II
- Concusión artículo 274
- Enriquecimiento ilícito artículo 275
- Tortura artículo 294
- Falsedad ante autoridades artículo 312
- Elaboración o alteración y uso de placas, engomados y documentos de identificación de vehículos automotores artículo 338
- Delitos contra el ambiente artículo 343
- Rebelión artículo 361
- Ataques a la paz pública artículo 362
- Sabotaje artículo 363

3.7 Los mandatos judiciales previos al proceso en materia penal.

Una vez que se hayan realizado todas las diligencias conducentes para la integración de la averiguación previa ya sea a nivel de agencia Investigadora o de Mesa de trámite, deberá dictarse una resolución que precise el trámite que

corresponde a la averiguación o que decida, obviamente a nivel de averiguación previa, la situación jurídica planteada en la misma; esto es, la determinación de la averiguación previa

Posibles soluciones:

En la Agencia Investigadora, las resoluciones pueden ser:

- a) Ejercicio de la acción penal.
- b) Envío a Mesa de trámite Desconcentrada;
- c) Envío a Mesa de trámite del Sector Central;
- d) Envío a Agencia Central
- e) Envío a otro Departamento de Averiguaciones Previas o a otra Agencia;
- f) Envío por incompetencia a la Procuraduría General de la República;
- g) Envío por incompetencia al Consejo Tutelar para Menores Infractores en el Distrito Federal; y
- h) Envío por incompetencia a la Dirección de Consignaciones.

Respecto al ejercicio de la acción penal, ésta resolución la toma el Ministerio Público en las averiguaciones previas con detenido, tratándose de delitos conocidos como “desconcentrados”, o sea, aquellos que por Disposición del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, corresponde su conocimiento a las Agencias Investigadoras o a las Mesas de Trámite que no forman parte del Sector Central; cuando el Agente del Ministerio Público adscrito a las Agencias Investigadoras del Ministerio Público en el Distrito Federal conoce de un delito desconcentrado con detenido e integra cuerpo del delito y probable responsabilidad, está en posibilidad de ejercitar acción penal; éste constituye una de las determinaciones que puede dictar el Ministerio Público de Agencia Investigadora.

El envío de la averiguación previa a la Mesa de Trámite del Sector desconcentrado se realiza cuando se inician averiguaciones previas por delitos desconcentrados sin detenido o se deja en libertad al indiciado, a nivel de Agencia

Investigadora y la prosecución de la Averiguación corresponde a la Mesa de Trámite del Departamento de Averiguaciones Previas correspondiente.

Procede remitir averiguaciones previas a las Mesas de Trámite del Sector Central cuando se inician averiguaciones previas sin detenido por delitos concentrados.

A la Agencia Central Investigadora se envían las averiguaciones previas que se inician en las Agencias Investigadoras del Ministerio Público, cuando el conocimiento de los delitos corresponde al sector Central y existe detenido.

Cuando los hechos materia de una averiguación sucedieran en el perímetro de otro Departamento de Averiguaciones Previas o de otra Agencia Investigadora del Ministerio Público, puede remitirse la averiguación previa y al detenido en su caso al Departamento o Agencia que corresponda. No es indispensable hacer éste envío, pues considerando que el Ministerio Público es una unidad, el Agente del Ministerio Público de cualquier Agencia Investigadora en el Distrito Federal, es plenamente competente para conocer de cualquier hecho acontecido en el Distrito Federal, y por tanto, no es imperativo hacer éste traslado y salvo las circunstancias del caso concreto, es deseable que el Agente del Ministerio Público que tomó conocimiento inicial continúe la averiguación previa hasta su resolución.

En el evento de que los hechos que motiven el inicio de una averiguación previa constituyan posibles delitos del orden federal, al agente del Ministerio Público que tomó conocimiento de tales hechos enviará la averiguación previa y en su caso, objetos, instrumentos y personas a la Procuraduría General de la República, observando los lineamientos del artículo 14 inciso A y 23 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Cuando en los hechos que se investigan aparezca como autor de la conducta antisocial un menor, la averiguación previa relativa se enviará al Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, Institución competente para determinar lo relativo a las conductas infractoras de los menores. En el caso de que concurren adultos y menores como posibles autores de la conducta que originó una averiguación previa, se enviará copia de lo actuado al mencionado Consejo y respecto de los adultos, se llevará el trámite ordinario.

A la dirección de Consignaciones se envían la averiguaciones previas sin detenido, cuando se refieran a los hechos sucedidos en entidades federativas.

Los Agentes del Ministerio Público Jefes de Mesa de Trámite del Sector Desconcentrado, podrán dictar las siguientes resoluciones:

- a) Ejercicio de la acción penal;
- b) No ejercicio de la acción penal;
- c) Reserva;
- d) Envío al Sector Central;
- e) Envío a otro Departamento de Averiguaciones Previas;
- f) Envío por incompetencia a la Procuraduría General de la República;
- g) Envío por incompetencia al Consejo Tutelar para Menores Infractores en el Distrito Federal;
- h) Envío por incompetencia a la Dirección de Consignaciones;
- i) Envío a las Agencias Investigadoras del Ministerio Público.

El ejercicio de la acción penal se efectúa, cuando una vez realizadas todas las diligencias pertinentes, se integra cuerpo del delito y la probable responsabilidad y se realiza consignación.

El no ejercicio de la acción penal se consulta en el caso de que agotadas las diligencias de la averiguación se determina que no existe cuerpo del delito de ninguna figura típica y por supuesto no hay probable responsable; o bien que ha operado alguna de las causas extintivas de la acción penal. En éstos casos el Agente del Ministerio Público propone el no ejercicio de la acción penal y el archivo de la averiguación previa, los Agentes del Ministerio Público auxiliares del Procurador opinan sobre la procedencia o improcedencia de autorizar el no ejercicio de la acción penal y los Subprocuradores, cualquiera de ellos, por delegación de atribuciones del Procurador, autorizarán o negarán el no ejercicio de la acción penal.

La reserva de actuaciones tiene lugar cuando existe imposibilidad de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación previa y practicar mas diligencias y no se ha integrado el cuerpo del delito y por ende, la probable

responsabilidad, o bien, cuando habiéndose integrado el cuerpo del delito no es posible atribuir la probable responsabilidad a persona determinada.

Los Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador, autorizarán la ponencia de reserva.

“Las ponencias de no ejercicio de la acción penal y de reserva, en ningún modo significan que la averiguación previa haya concluido o que no pueden efectuarse mas diligencias; pues en el supuesto de que aparecieran nuevos elementos, el Ministerio Público, en tanto no haya operado una causa extintiva de la acción penal, tiene la obligación de realizar nuevas diligencias pues la resolución del no ejercicio de la acción penal es una resolución que no causa ejecutoria. La práctica de nuevas diligencias puede llevar inclusive al ejercicio de la acción penal².¹³³

En cuanto a los incisos que siguen a los mencionados, podemos remitirnos al texto que antecede.

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.

La consignación: Es el acto de Ministerio Público de realización normalmente ordinaria, que se efectúa una vez integrada la averiguación y en virtud del cual se inicia el ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del Juez todo lo actuado en la mencionada averiguación, así como las personas y cosas relacionadas con la averiguación previa, en su caso.

Para que proceda la consignación, es indispensable que en la averiguación previa se hayan practicado todas y cada una de las diligencias necesarias para integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ya sea a nivel de Agencia Investigadora o de Mesa de Trámite, esto es, que en la averiguación, en cada tipo específico se agiote la indagatoria de manera que existan los suficientes elementos y probanzas que sitúen al Ministerio Público en aptitud de integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

¹³³ OSORIO Y NIETO, César Augusto, *La Averiguación Previa*, Porrúa, México, 1989. Pág. 19-22

Orden de arraigo: Es una acción preprocesal, cuyo objeto es la integración de una averiguación motivo por el cual se solicita ante el juez tal medida precautoria con el fin, de que los arraigados no se aparten del lugar en donde permanecen hasta la culminación de la investigación del Ministerio Público.

La petición o promoción de la solicitud del arraigo debe motivarse haciéndose alusión a las causas, condiciones y exigencias del caso particular, manejándose a demás los planteamientos y consideraciones en forma desglosada, pormenorizada y por supuesto, siempre concatenada con el desglose de la averiguación previa, que se está integrando a los probables delincuentes. En éste orden de ideas, la promoción debe manejar considerandos expresos debidamente razonados, lógicos y de trascendencia legal puesto que de ellos dependerá la eficacia para la aceptación, admisión o rechazo de su petición. “Una promoción deficiente en motivación dará como resultado la no entrada de la misma por carecer de los elementos y datos necesarios que exigen para que el juzgador no dude en otorgarlo. Debe fundamentarse, requisito indispensable”.¹³⁴

Encontramos su fundamento legal en el artículo 270 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

A lo largo del presente capítulo, hemos hecho mención de los aspectos que consideramos importantes sobre el Ministerio Público y la Averiguación Previa por mencionar algunos, ya que es precisamente en ésta etapa, es decir, antes de que de inicio el proceso penal, cuando el arraigo tiene posibilidad de surgir y a través de la orden de un Juez, ésta figura se concretiza. Por lo anterior, en el siguiente capítulo hemos tratado de precisar cuando, en que momento y las razones por las cuales ésta figura puede surgir en el ámbito penal.

¹³⁴ MARTINEZ GARNELO, Op Cit, Pág. 277.

Capítulo IV. El Arraigo.

4.1 Naturaleza Jurídica

Constituye una medida de aseguramiento dentro del procedimiento penal para garantizar su desarrollo o en su caso, la efectividad de la sanción privativa de la libertad, el cual se traduce en la obligación impuesta a una persona por la autoridad judicial para que no abandone su jurisdicción.

El Doctor Ignacio Burgoa, en su libro “Las Garantías Individuales”, establece una clara idea de lo que es la libertad humana y la concibe como “una de las condiciones indispensables, sine qua non, para que el individuo realice sus propios fines, desarrollando su personalidad y propendiendo a lograr su felicidad, es precisamente la libertad, concebida no solamente como una mera potestad psicológica de elegir propósitos determinados y excogitar los medios subjetivos de ejecución de los mismos, sino como una actuación externa sin limitaciones o restricciones que hagan imposible o impracticable los conductos necesarios para la actualización de la teleología humana”.¹³⁵

Si tomamos en cuenta lo anterior, podemos deducir que es precisamente la libertad parte de la esencia del hombre, es decir, la libertad es en el hombre una necesidad inherente a él por naturaleza.

Si tenemos entonces una idea clara de lo que es la libertad humana y lo que ella significa para cada individuo, podemos continuar con el tema que nos atañe; Puede suceder que las diligencias practicadas no resulten elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales, pero, existiendo la posibilidad de que con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación, en tal caso el Ministerio Público reservara el expediente; ordenara a la policía judicial que haga las investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos y, pondrá en libertad al inculpado, pero, si estima necesario el arraigo, tomando en cuenta las características de los hechos imputados de las circunstancias personales de aquel, recurrirá al órgano jurisdiccional fundando y motivando su

¹³⁵ BURGOA ORIHUELA Ignacio, (Las Garantías Individuales), Op Cit, Pág. 13.

petición para que este, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerá el Ministerio Público y sus auxiliares.

El Código Federal de Procedimientos Penales al igual que en el cateo, establece que compete al Ministerio Público dentro de la averiguación previa solicitar a la autoridad jurisdiccional entre otras medidas precautorias el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquel, fundando y motivando su petición para que éste resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares.

Concedido el arraigo por el juez, en los términos descritos, se entiende que la regla general de su duración será por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, no pudiendo exceder de treinta días, prorrogables por igual término a petición del Ministerio Público.

Si el Ministerio Público dentro de las diligencias de averiguación considera que no se satisfacen los requisitos para consignar al indiciado, podrá retenerlo ajustándose a lo previsto en los artículos 193, 194 y 194 bis del Código Adjetivo antes mencionado. Si la detención fuere injustificada, ordenará que los detenidos queden en libertad.

Sin perjuicio de solicitar su arraigo en caso necesario, el Ministerio Público fijará la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustraerá de la acción de la justicia, ni al pago de la reparación de daños y perjuicios que pudieren serle exigidos. cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente.

Por lo que respecta al tema en comento la valoración que hace el tratadista Díaz de León acerca del arraigo y su artículo es el siguiente:

133 bis.- cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo

estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, no pudiendo exceder de 30 días, prorrogables por igual término a petición del Ministerio Público. El juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.

Las medidas de aseguramiento en el procedimiento penal pueden ser también de carácter personal, para garantizar el desarrollo del proceso, así como la efectividad de la sanción privativa de libertad, en los casos de sentencias condenatorias de tal pena. Para estos supuestos, nadie duda que desde la averiguación previa se deben efectuar las medidas conducentes a efecto de estar en posibilidad de integrar los elementos del tipo penal del delito relativo, la probable responsabilidad del inculpado, y así, ejercitar la acción penal; asimismo, nadie ignora que los sujetos a averiguación previa son proclives a eludirla, ocultándose o fugándose, por lo cual es manifiesta la dificultad que enfrenta el representante social para integrar los elementos antes señalados. Con objeto de hacer factible la función persecutoria encomendada, el Código Federal de Procedimientos Penales, en el artículo 133 bis, así como el artículo 270 bis de la legislación Local, determina la facultad de dicho ministerio Público Federal para solicitar al órgano jurisdiccional el arraigo del inculpado en los casos que legalmente se estime necesario.

Hay que señalar como requisito para otorgar el arraigo que el juez oiga al indiciado, con ello se desvirtúa su naturaleza de medida precautoria, pues es obvio que al dársele vista a dicho indiciado con la petición del Ministerio Público, éste puede abandonar el lugar o el país, antes de que su juzgador resuelva su arraigo.

Concedido el arraigo por el juez, en los términos descritos, se entiende que la regla general sobre su duración será la del tiempo estrictamente indispensable para determinar en la averiguación previa, si existe o no probable responsabilidad del inculpado. No obstante, la indicada regla general, el legislador dispuso un plazo de treinta días, prorrogables por otros treinta días a petición del Ministerio Público, como máximo en la duración del arraigo.

4.2 El arraigo Domiciliario en el Distrito Federal

Para entrar en materia, el arraigo desde el punto de vista gramatical, se concibe sencillamente como la acción y efecto de arraigar; arraigar significa firmar, afirmar o establecer.

Legalmente, arraigo puede definirse como la determinación judicial que prohíbe a una persona que salga de un lugar determinado. Ahora bien, si a ese concepto se integran los elementos que introduce la Legislación Procesal Penal Federal a través del artículo 133 bis, el arraigo puede definirse jurídicamente en los siguientes términos:

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

Conceptualización, arraigo, afianzar la responsabilidad del juicio.

“Arraigo.- Latín – *ad-a* y radicarse, radicar., int., echar raíces, afianzarse, consolidarse mucho en un vicio, una virtud, un afecto, una costumbre, etc., de manera que ya sea difícil de erradicar o quitar. Derecho mexicano “Imponer jurídicamente a uno la obligación de no salir del lugar de juicio, si no mediante ciertas condiciones.” Actuación judicial en que se consigna la diligencia y la obligación”.¹³⁶

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

1. **ARRAIGO ADMINISTRATIVO O POLICIAL.-** Acatamiento del arraigo decretado por el Ministerio Público a personas a las cuales se les imputa delitos menores.
2. **ARRAIGO JUDICIAL.-** Es decretado por una autoridad jurisdiccional a petición del Ministerio Público, contra aquellas personas

¹³⁶ MARTINEZ GARNELO, Jesús, *La investigación Ministerial Previa*, Quinta edición, Porrúa, México 2000, Pág. 275

que no tengan que permanecer en reclusión preventiva, pero de las cuales se tema se vayan a fugar.

“El primero de ellos, el arraigo administrativo o policial, se aplicó en nuestro país en el año de 1977 por diversos acuerdos del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, es mas conocido como *arraigo domiciliario*”¹³⁷.

“En esa época y a través de una acuerdo, se estableció que en los casos de delitos imprudenciales, cuya pena fuera inferir a cinco años de prisión, los probables responsables podrían quedar arraigados en su domicilio. Conjuntamente a ésta medida precautoria, se obligó al arraigado o arraigados que señalaran domicilio en el Distrito Federal, para que no existiera temor de que se fugaran, que prometieran presentarse cuando se les requiriera y que pagaran o garantizaran por convenio, que repararían el daño civil. Se estipuló como causal de improcedencia, el abandono del lesionado o que se hubiesen consumado los hechos en estado de ebriedad, o bajo el influjo de estupefacientes”¹³⁸.

Después de ese acuerdo siguieron dos mas, el primero, establecido en el año de 1978 que estipulaba: “que el responsable del centro de trabajo del arraigado debería expresar su conformidad para dar facilidades a éste a fin de que cumpliera con sus obligaciones.”¹³⁹

El Segundo en 1981, incorporaron las disposiciones antes mencionadas al Código del Distrito Federal en el Artículo 271, a su vez, se establecieron causas de revocación y, un término no mayor a setenta y dos horas en la duración del arraigo.

En 1973 en la primera reforma del artículo 135 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, se estipuló con mayor claridad.

“EL ARRAIGO JUDICIAL.- En ésta modalidad del arraigo, es decretado por un Tribunal competente, no hay sustitución de cárcel por libertad, aquí el individuo que está gozando ya de libertad, ésta le es restringida”.¹⁴⁰

¹³⁷ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*, segunda edición, Oxford, México, 2001. Pág. 528

¹³⁸ Ibid, Pág. 529

¹³⁹ Idem

¹⁴⁰ Idem

“Es importante mencionar que otra modalidad del arraigo es el que se establece en contra de quién goza de su libertad caucional, ya que opera contra la obligación de “No ausentarse del lugar sin permiso”, que le impone el juez que le concede la libertad bajo fianza”¹⁴¹.

4.3 Análisis Constitucional del Arraigo Domiciliario Penal.

El arraigo no es una figura novedosa, dado que tiene sus antecedentes en el propio Derecho Romano, ello manejando el Derecho Comparado, dentro del capítulo de las obligaciones nacidas en los *ex delicto* mismo, incluso puede ser catalogada como una acción prejudicial, ya que éstos tienen por objeto hacer resolver judicialmente ciertas cuestiones de Derecho o de hecho cuya solución puede ser útil al demandante, en vista de un proceso ulterior.

Ésta figura debe y es considerada como una actividad judicial complementaria de la Averiguación Previa, puesto que puede surgir en el procedimiento penal o bien dentro de la integración de una Averiguación Previa o mediante la conformación, acreditación de uno o varios tipos penales en concreto; acción ésta que debe estar llevando el Ministerio Público. Es una acción procesal, cuyo objeto es la integración de una averiguación motivo por el cuál se solicita ante el juez tal medida precautoria con el fin, que los arraigados no se aparten del lugar en donde permanecen hasta la culminación de la investigación del Ministerio Público.¹⁴²A pesar de que es una medida cautelar muy eficaz para combatir a la delincuencia en general, con el objetivo de que no evadan su responsabilidad penal en la comisión de sus delitos, no existe en Nuestra Carta Magna en ningún artículo, párrafo o fracción de éste, legislación respecto a tan importante figura jurídica.

Esta actividad judicial complementaria de la averiguación previa, debería ser incorporada a nuestra Ley Fundamental, tal y como sucede con la diligencia de la orden de cateo¹⁴³, es decir, que la propia Constitución establezca el imperativo de cómo deban sujetarse las leyes secundarias para la aplicación del arraigo

¹⁴¹ MARTINEZ GARNELO, Op Cit, Pág. 234

¹⁴²Ibidem, Pág. 277

¹⁴³ Diligencia Judicial permitida y regulada por el Artículo 16 fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

domiciliario penal o si va mas allá como es el caso de la “prohibición de abandonar una demarcación geográfica”¹⁴⁴ sin la autorización judicial competente, lo cual terminaría con un sin número de arbitrariedades llevadas a cabo por las Instituciones de procurar y administrar justicia, situación que perjudica directamente a los gobernados que por alguna circunstancia se ven involucrados en un conflicto de tal naturaleza.

Elementos:

- 1.- Es un acto formal y materialmente jurisdiccional; ya que emana de un órgano que constitucionalmente integra el poder judicial y crea situaciones jurídicas individuales, no siendo el órgano del Estado interesado directo en la situación jurídica que se crea.
- 2.- A través de dicho acto se emite una prohibición por tiempo determinado.
- 3.- Esa prohibición consiste en que una persona no salga de un lugar específico.
- 4.- Debe estar integrándose una averiguación previa.
- 5.- Debe existir el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la Justicia.

A fin de obtener un panorama mas amplio sobre el tema que tratamos en éste trabajo, realizamos un visita al Centro Nacional de Arraigo, ubicado entre las Calles de Doctor Ignacio Morones Prieto y Doctor Barragán, Colonia Doctores en México Distrito Federal; en éste lugar nos entrevistamos con dos Agentes que forman parte de la Agencia Federal de Investigaciones, a continuación relatamos los aspectos mas relevantes de ésta entrevista:

Comenzamos preguntando: ¿cuantas personas (refiriéndonos a policías judiciales) se encargaban de vigilar al arraigado?; normalmente son dos policías los encargados. Fue una respuesta concreta.

Continuamos preguntando: ¿normalmente en los lugares asignados para la permanencia del sujeto, ¿es arraigada una sola persona o existe la posibilidad de

¹⁴⁴ Medida cautelar prevista en el Artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales vigente.

que en el mismo lugar se encuentren dos o mas individuos? En principio, se negaron rotundamente a contestar ésta pregunta y enfatizamos en un principio ya que con el desarrollo de la entrevista y dentro de otras tantas preguntas, ellos mismos contestaron que había ocasiones en que en una misma habitación se podían encontrar hasta tres arraigados.

Preguntamos entonces acerca de los tipos de servicios con los que cuenta el arraigado, respondieron que éste cuenta con todos los servicios “normales” que necesita un ser humano, es decir, alimento y atención médica; por lo que concierne al aseo personal de todo esto se hace cargo la familia del individuo.

Llegamos posteriormente a un punto muy importante, ¿el arraigado puede recibir visitas y realizar llamadas telefónicas con la misma libertad que tendría en su casa (por poner un ejemplo)? Así respondieron: claro que pueden recibir visitas, pero éstas deben ser autorizadas previamente por el Ministerio Público, existe un control en relación al horario para ser visitado, a las personas que lo visitan se les realiza una inspección previa y por lo que respecta a las llamadas, si puede realizarlas, pero cumpliendo con las mismas normas que la visita.

Continuamos con la entrevista y cuestionamos por la existencia de una posibilidad en la que el arraigado pudiera salir a un determinado lugar, con la debida vigilancia?. Bajo ninguna circunstancia, aún con vigilancia.

Finalizamos preguntando sobre el abogado del arraigado; concretamente, ¿su defensor tiene acceso libre las 24 horas del día?, su respuesta, el abogado puede entrar en todo momento y el tiempo necesario.

Posteriormente y para complementar ésta investigación, el día 3 de Enero de 2006, logramos contactar a un funcionario de la Procuraduría General de la República quién desarrolla trabajos de inteligencia en ésta Institución, y quién accedió a sostener una conversación con nosotros a fin de conocer de una forma profunda el desarrollo de un arraigo, pero no precisamente del procedimiento jurídico para llegar a él, sino de la vida de un individuo dentro del arraigo y de la postura de la autoridad ante éste.

“Todo parte de las instrucciones o los acuerdos que haya realizado el Ministerio Público dentro de la indagatoria y que le permitirán acreditar los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad; es decir, a una persona se le detiene por que existe una denuncia, no se inicia inmediatamente una averiguación previa, sino que se inicia una acta circunstanciada, dentro de la misma, se le solicita a la policía judicial, quien está bajo las ordenes del agente del Ministerio Público, compruebe la veracidad de la denuncia; una vez que se ha comprobado lo anterior, el individuo es detenido, presentado ante la autoridad quién en el término de cuarenta y ocho horas deberá acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del detenido; si en el desarrollo de la investigación se llegara a presentar algún obstáculo insalvable que no le permitiera acreditar lo anterior en dicho término y existiera el temor fundado que en caso de que éste fuera puesto en libertad pudiera evadir la acción de la justicia, solicita al Juez el arraigo del detenido por un tiempo determinado.

Con el espíritu de no violentar las garantías individuales ni los derechos humanos del individuo, se determina un sitio para el arraigo, que cuente con todos los servicios necesarios para su libre esparcimiento; en el caso de la autoridad federal existe el Centro Nacional de Arraigo, aunque en algunos casos se utilizan casas de seguridad, hoteles y en casos extraordinarios el propio domicilio del individuo tal como sucedió en el caso del exbanquero Jorge Lankeau, en la ciudad de Monterrey; esta determinación la hace el Juez a petición de Ministerio

Público; quién solicita el arraigo y el lugar para hacerlo, y será a criterio del Juez, concederlo y aceptar el lugar solicitado o en su caso, asignar uno diferente.

El individuo es trasladado al lugar asignado para su arraigo; sus familiares le hacen llegar ropa, artículos personales de aseo y en algunos casos, artículos para su distracción mismos que son revisados por la policía; en el caso de los alimentos son proporcionados por el Estado, sin embargo, se permite que los familiares le lleven alimentos; existe también, visita conyugal y visitas comunes de sus familiares.

Ésta medida cautelar es, en muchas ocasiones necesaria y debe ser bien valorada por el Agente del Ministerio Público durante la integración de la averiguación previa por que un abuso de la misma, podría ocasionar una grave lesión a las garantías individuales del sujeto, además que ésta medida implica que las autoridades correspondientes encargadas del cuidado personal del arraigado, únicamente se enfocan a ésta actividad, no pueden realizar una distinta, por lo que al hacerlo, se pudiera dar el caso de que al no resultar culpable, se haya perdido tiempo valioso para otros casos.

Durante su estancia, los individuos, gozan de todas sus garantías, aunque, se restringe la libertad en el sentido de poder desplazarse a un lugar distinto al que se encuentran, esto fundado en el temor de que se sustraiga de la acción de la justicia.

Normalmente no existen horarios establecidos para asearse, dormir, etc, aunque los alimentos tienen intervalos propios como los que normalmente acostumbra un ser humano, es decir, desayuno, comida y cena.

Efectivamente, la vida del individuo en el desarrollo de un arraigo, no puede considerarse normal o igual que cuando se encuentra libre de sospecha y viviendo como cualquier persona en su casa, es cierto que no carece de ninguna cosa, tiene alimento, atención médica, vestido, un lugar donde dormir, pero aun con todo esto, su libertad se encuentra en gran manera restringida”.¹⁴⁵

Debemos enfatizar, que lo anterior ha sido una síntesis de una conversación con un funcionario que ha vivido de cerca la figura que estudiamos en éste trabajo, y todo ello ha sido transcrito exactamente como él lo menciona.

Existe puntos en los que definitivamente no estamos de acuerdo y consideramos oportuno comentarlos en éste momento:

Se habla de un espíritu que busca no violentar las garantías del individuo y que éste goce de un libre esparcimiento, no podemos hablar de un libre esparcimiento, cuando el arraigado se encuentra imposibilitado de ir a cualquier sitio o de realizar una llamada a una determinada persona cuando el sujeto es vigilado las veinticuatro horas del día.

Por otra parte, la visita conyugal es una figura que se da especialmente cuando una persona está compurgando dentro de un reclusorio una sentencia por un delito que se le ha comprobado; la figura de la que hablamos, no se da por ejemplo cuando una persona está detenida en una delegación; entonces, si nos enfocamos a esto, podríamos comparar ambos lugares cuando comparten una misma figura.

Para finalizar, podemos observar que, aunque, se menciona que el individuo dentro del arraigo goza de todas sus garantías, la libertad se encuentra restringida, luego entonces, no se encuentra privado de su libertad, sin embargo, carece de

¹⁴⁵ Por razones de seguridad y respetando la confidencialidad que todo funcionario debe a su Institución, no fue posible mencionar el nombre de quién tuvo a bien concedernos la entrevista, así pues, queda establecido que es un funcionario de la Procuraduría General de la República y coordinador de el área de inteligencia.

ésta para llevar acabo una vida normal, tal y como la garantiza nuestra Constitución.

4.4 El arraigo domiciliario penal como medida cautelar.

Dentro de la clasificación doctrinal de las medidas precautorias o cautelares; el arraigo domiciliario penal pertenece a las de carácter personal, las cuales afectan a la persona física al impedirle su desplazamiento o libertad de tránsito con el propósito de asegurar un resultado que se dé en a medida definitiva.

Es fundamental que desde el primer acto de procedimiento de averiguación previa o judicial deben adoptarse medidas o procedimientos cautelares, asegurativos o precautorios con el fin de proteger la materia u objeto del proceso penal, con la finalidad de hacer factible la imposición de las penas en la sentencia condenatoria.

El arraigo domiciliario penal como medida precautoria, sirve para preservar la eficacia de la consignación y, en algunos casos de la sentencia definitiva, ya que, faculta al Ministerio Público para retener a su disposición al probable responsable de un delito, durante la investigación que realice en la indagatoria respectiva, lo que se convierte en una forma de garantizar la seguridad jurídica, debido a que se impide que el o los indiciados evadan la acción jurisdiccional y se dé como resultado el aumento de la impunidad.

4.5 Procedencia del amparo indirecto contra el arraigo domiciliario

“El Amparo procede por violación a las Garantías Individuales, es decir, a la Constitución que las otorga”.¹⁴⁶

“La existencia substantiva de un derecho, es decir, la consagración jurídico-normativa de una potestad natural del hombre, reclaman por modo imperativo, su tutela adjetiva”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ ARILLA BAS, Fernando. *El Juicio de Amparo*, Pág.6, Op Cit

¹⁴⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*, Pág. 28, Op Cit

De los conceptos establecidos sobre el arraigo, podemos determinar que el arraigo constituye un acto de molestia, por el cual debe entenderse aquel acto de autoridad que afecta la esfera jurídica del gobernado.

A su vez, el acto de autoridad se caracteriza por ser:

Unilateral.- Porque no se requiere para su existencia de la voluntad del gobernado.

Imperativo.- Porque crea una obligación a cargo del gobernado.

Coercitivo.- Porque se impone aun en contra de la voluntad del gobernado.

Ahora bien, se dice que es un acto de molestia porque el fin último y natural del arraigo no es el de privar de la libertad al arraigado, sino mantenerlo a disposición de la autoridad investigadora, para que se integre una averiguación previa.

La garantía de legalidad contenida en el primer párrafo del artículo 16 Constitucional se refiere a los actos de molestia.

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

Por tanto, por mandato constitucional, todo acto de molestia debe cumplir con el primer párrafo del artículo 16.

Ahora bien, el artículo en que se funda la figura jurídica del arraigo, artículo 133 bis, tratándose de la Legislación Procesal Penal Federal, y el 270 bis del el Código de Procedimientos Penales para Distrito Federal resulta inconstitucional, por las razones que en lo subsecuente serán expuestas.

El artículo 1°. Constitucional determina:

Artículo 1°. Párrafo primero: En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ese artículo, en lo que al caso interesa, establece al principio constitucional de que las garantías individuales no pueden ser restringidas sin los casos y con las condiciones que la propia Constitución establece.

En concordancia con lo anterior debe señalarse que la parte dogmática de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comprende cuatro tipos de garantías que son:

- a) De seguridad jurídica.
- b) De igualdad.
- c) De propiedad.
- d) De libertad.

Para el caso, interesan las garantías de libertad, entre las que se encuentra la libertad del individuo como ente psicobiológico, en su más amplia expresión, esto es, su libertad de ser, de pertenecer a y de estar en, y en este último rubro se comprende la de poder desplazarse físicamente de un lugar a otro, libertad que es natural en el hombre, sin más limitaciones que las inherentes a su persona y las que implique el respecto al derecho de terceros.

Esa libertad física o material está prevista como una garantía o prerrogativa del gobernado, en el artículo 11 Constitucional.

Artículo 11.- "Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país."¹⁴⁹

Los casos que constitucionalmente autorizan la restricción parcial o total de la libertad personal como garantía individual, mencionados con antelación en éste trabajo, nos permiten concretizar entonces, que de conformidad con las

¹⁴⁹ Idem

disposiciones constitucionales expresas, los parámetros o lineamientos que constitucionalmente rigen la afectación en forma parcial o total de la libertad personal son:

- Que se encuentre acreditada la infracción a los reglamentos gubernativos y de la policía o bien el cuerpo del delito y la plena responsabilidad penal de alguien en su comisión (sanción administrativa y pena).

- Que se encuentren justificados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad (orden de aprehensión, auto de formal prisión y orden de comparecencia), que si bien la Constitución no se refiere expresamente a la orden de comparecencia, no es inconstitucional, porque su dictado presupone precisamente el que se encuentre acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, por lo que se cumple con los lineamientos constitucionales marcados.

- Cuando se sorprende al inculcado en la comisión del delito (detención por cualquier persona debido a la flagrancia).

- Cuando se trata de casos urgentes, en que el Ministerio Público puede ordenar la detención.

Al efecto, la urgencia se determina bajo la concurrencia de las siguientes circunstancias.

- Que se trate de delito grave así calificado por la ley.

- Que además exista el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.

- Que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial en razón de:

a).- La hora;

b).- Lugar.

c).- o circunstancia.

Cuando un indiciado está detenido a disposición del Ministerio Público, no puede ser retenido por más de cuarenta y ocho horas y este plazo podrá duplicarse sólo en los casos que la ley prevea como delincuencia organizada.

En esta última hipótesis relativa a los casos urgentes, es en la que se puede pensar que existe el fundamento constitucional sobre la existencia del arraigo, sin embargo, a la vez, dicha hipótesis la excluye, precisamente porque la propia Constitución ya proveyó de manera expresa, al referirse a los casos urgentes, qué autoridad está facultada para proveer sobre la detención del inculpado, que es el Ministerio Público y bajo qué circunstancias y limitantes; de manera que cualquier disposición secundaria que rebase esas circunstancias limitantes, es contraria a la Constitución y en el caso el arraigo, en primer término, no es trascendente para su operancia, el que el delito sea grave, de tal forma que queda la puerta abierta para que por cualquier delito por el que se esté integrando averiguación a una persona, pueda ser solicitado su arraigo y declararse procedente en su caso.

Por otro lado el término de detención ante el Ministerio Público, por disposición del mismo artículo 16 Constitucional, párrafo séptimo, no debe rebasar las cuarenta y ocho horas y sólo en casos que la ley prevé como delincuencia organizada, puede ampliarse hasta por noventa y seis horas; sin embargo, en el caso del arraigo, el plazo es hasta de treinta días pudiendo ser prorrogado hasta por un término igual; es decir, hasta por treinta días más, a solicitud del Ministerio Público.

Ese término de hasta treinta días y su prórroga hasta por el doble; implica una restricción a la garantía de libertad personal, bajo condiciones y en un caso no previsto por la Constitución, lo que evidentemente es adverso a lo dispuesto por el invocado artículo 1º. constitucional.

Ahora bien, existe otro punto que no debemos pasar por alto; el que el arraigo se decrete en el domicilio o lugar diverso y la detención ante el Ministerio Público se dé en los separos policíacos correspondiente, ¿existe realmente una diferencia?, en ambas hipótesis existe restricción de la libertad personal, pues incluso el arraigado está bajo la vigilancia del Ministerio Público y sus auxiliares; con la única diferencia de que con motivo de la detención ante el Ministerio Público el inculpado no pueda salir de los separos policíacos en que se encuentre y estando arraigado no puede salir del lugar que se asigne como el del arraigo.

Es cierto que al no estar arraigado en separos policíacos representa que goce de comodidades que no puede tener en los separos; pero lo trascendente es que tanto en uno y en otro caso se le restringe y afecta su libertad personal, lo que en caso del arraigo puede llegar a ser hasta por el término de sesenta días, dependiendo de que a criterio del Ministerio Público, requiera menor o mayor tiempo para integrar la averiguación previa. Cobra aplicación el dicho popular: “aunque la jaula sea de oro, no deja de ser jaula”.

Finalmente, se hace notar que para decretar la orden de arraigo la autoridad judicial prejuzga respecto a extremos que son exigibles para librar una orden de aprehensión o decretar un auto de formal prisión, pero lo hace incluso sin contar con suficientes elementos del juicio, pues la solicitud de arraigo se da cuando aún se está en el período de integración de la averiguación previa, esto es, cuando todavía se están recabando datos que en su caso acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad o incluso, esos datos no pueden llegar a ser recabados o bien recabarse aquellos que excluyan al arraigado de participación alguna en los hechos que motivaron la averiguación previa de que se trate; razón por la que se insiste, el arraigo resulta inconstitucional porque su dictado no obedece a ninguno de los parámetros constitucionales bajo los cuales opera la afectación parcial de la libertad personal, esto es, no parte de que se haya acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ni tampoco a un caso de flagrancia y por otro lado se rebasan las limitantes que operan en los casos de urgencia.

Para concluir éste apartado, tomando en cuenta lo anterior, es procedente el amparo indirecto contra la orden de arraigo domiciliario, por que las autoridades responsables violan en perjuicio del titular las garantías de libertad, legalidad y seguridad consagradas en los artículos 11, 14 y 16 de la Constitución Federal, por que lo mantienen privado de su libertad personal sin que se hayan cumplido las formalidades esenciales del procedimiento y causan molestias a su persona y derechos sin que se funde ni motive la causa legal del procedimiento, toda vez que la solicitud de arraigo solicitada por el Ministerio Público es infundada e inmotivada, en razón de que el representante social solamente se basa en apreciaciones

subjetivas, consistentes en que existe temor fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia, no acreditando su solicitud con ninguna prueba fehaciente.

Por otro lado, la orden de arraigo viola lo dispuesto en el artículo 268 bis párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el que ordena que si para integrar la averiguación previa fuere necesario mayor tiempo que el de las 48 horas establecidas, el detenido será puesto en libertad, sin perjuicio de la indagatoria continúe sin detenido.

4.5.1 Análisis de los criterios jurisprudenciales y legales

La demanda de Amparo Indirecto, “es el escrito con que se da inicio al juicio constitucional, en la que se encuentra inscrita la acción de amparo”.¹⁵⁰.

Es importante que para resolver este problema nos ayudemos de los precedentes existentes en esta materia. Es así que llegamos a la valoración que han hecho los tribunales mexicanos en relación con el problema en cuestión por lo que hacemos la siguiente relación de estos precedentes.

En primer termino el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver con fecha diez de noviembre de mil novecientos noventa y ocho un problema acerca del arraigo resolvió:

CUARTO.- Son fundados en parte los agravios que se hacen valer.- En lo sustancial, afirma el recurrente que la orden de arraigo que reclama afecta, además de la libertad de tránsito del quejoso, su libertad personal, por lo que debe concederse la medida cautelar solicitada en términos de los artículos 124, 130 y 136 de la Ley de Amparo.- Esa apreciación es fundada, pues como lo señala, una orden de arraigo afecta generalmente la libertad personal, contra lo que se afirma en el auto que se recurre, por cuanto que de concederse esa medida jurisdiccional obliga a la parte quejosa a residir durante el tiempo en que se le conceda, en un determinado inmueble, sin que pueda salir de ahí. Caso contrario sería que se impusiera como ámbito territorial de aplicación de la aludida medida, la Ciudad de México, en la que además de restringirse su libertad personal, se le impediría

¹⁵⁰ DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. Práctica Forense de Amparo., Ediciones Jurídicas Alma, cuarta edición, México 2004. Pág. 1

trasladarse a otro punto geográfico del territorio nacional o del extranjero, con lo que se afectaría su libertad de tránsito.- En tales condiciones, en términos de los artículos 133 y 136 de la Ley de Amparo, procede la concesión de la suspensión provisional¹⁵¹ respecto de actos de esa naturaleza, la cual no puede ser arbitraria, sino que en ella deben fijarse las medidas necesarias para salvaguardar los objetivos propios de la investigación de los delitos y la continuación del procedimiento penal, aspecto en que la sociedad está interesada.

Lo que dio origen al criterio transcrito a continuación:

"ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRÁNSITO.-La orden de arraigo no sólo afecta la libertad de tránsito sino también la personal, por lo que en términos de los artículos 133 y 136 de la Ley de Amparo, procede la concesión de la suspensión provisional respecto de actos de esa naturaleza, pues al concederse esa medida, se obliga a la parte quejosa a permanecer durante el tiempo que se le fije, en un determinado inmueble, sin que pueda salir de éste."¹⁵²

Los argumentos que se hicieron valer para tal efecto fueron:

La orden de arraigo, afecta también la libertad personal del quejoso, además de la libertad de tránsito.- Si bien es cierto que el acto que se reclama es un acto que atenta en contra de la garantía contenida en el artículo 11 constitucional, que se refiere precisamente a la libre circulación de toda persona, también lo es que la orden jurisdiccional de arraigo es un acto que limita la libertad personal del quejoso y por tanto, en términos de una correcta interpretación de los artículos 124, 130 y 136 de la Ley de Amparo, es procedente se revoque la resolución que se impugna, para conceder la suspensión provisional del acto reclamado, con el objeto de que el quejoso no sea privado de su libertad personal.'.- 'Lo anterior tomando en cuenta que, conforme a los artículos anteriores, con la concesión de la suspensión provisional en los términos solicitados, no se sigue perjuicio de interés social, ni se contravienen disposiciones de orden público y de no concederse, con la ejecución

¹⁵¹ La suspensión será aquel acontecimiento o aquella situación que generan la paralización o cesación temporalmente limitadas de algo positivo consistente en impedir que los cateos de autoridad surtan los efectos del acto mismo

¹⁵² La ejecutoria de mérito dio origen a la tesis consultable en la página ochocientos veintiocho, del tomo IX, correspondiente al mes de Enero de mil novecientos noventa y nueve de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación

del acto reclamado, se causarían daños y perjuicios de difícil reparación al peticionario de garantías.- Además, en términos del artículo 130 de la invocada ley de la materia, los Jueces de amparo pueden tomar las medidas que estimen pertinentes para asegurar al quejoso, pues dicho artículo concede las más amplias facultades a los juzgadores de amparo tomando las medidas que estimen pertinentes.-Además, la resolución que por esta vía se impugna, agravia al quejoso porque la suspensión, por naturaleza, tiende a preservar la materia del juicio de amparo, dejando las cosas en el estado que guardan al momento de solicitarse la protección constitucional, y de ejecutarse el acto reclamado, contraría el espíritu que rige al juicio de amparo, porque dejaría de existir la litis constitucional al vencer el término del arraigo sin que el juicio de amparo se haya resuelto.- Por tanto, el arraigo al ser una limitante a la libertad personal, es un acto prohibido por los artículos 14 y 16 constitucionales, que establecen que solamente ha lugar a la privación de la libertad de una persona, cuando exista orden de aprehensión librada por autoridad judicial competente, o bien, cuando se sorprenda a una persona en flagrante delito o caso urgente, o en todo caso cuando se refiera a una infracción administrativa que amerite algún arresto.- Fuera de esas hipótesis, el arraigo limita notoriamente la libertad personal de un individuo pues lo constriñe a estar en lugar determinado bajo la vigilancia de la autoridad solicitante.

Partamos de la idea principal de que el individuo tiene la potestad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto a las prerrogativas fundamentales del hombre, en efecto, dicha potestad es un derecho, esto es, tiene el calificativo de jurídica, por que se impone al Estado y a sus autoridades la obligación de respetar el contenido de dichas prerrogativas.

En éste sentido, la potestad del gobernado de exigir a sus autoridades estatales y, por ende, al Estado, el mencionado respeto, la indicada observancia, no es un mero hecho o una simple posibilidad de actuar del titular de la garantía individual y cuyo cumplimiento o acatamiento podrían eludirse. Por el contrario, dicha potestad prevalece contra la voluntad estatal expresada por el conducto de las autoridades, la cual debe acatar las exigencias , los imperativos de aquella, por estar sometida obligatoriamente.

“La Potestad de referencia es un derecho subjetivo, por que implica una facultad de la ley (en éste caso la Constitución) otorga al sujeto activo (gobernado) para reclamar al sujeto pasivo (autoridades y Estado) determinadas exigencias, ciertas obligaciones”¹⁵³.

Por otra parte **El Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito**, al resolver con fecha trece de febrero de mil novecientos noventa y ocho otra controversia sobre esta cuestión dio lugar a la siguiente resolución:

Se niega al quejoso la suspensión provisional en contra del acto que reclama consistente en la orden de arraigo domiciliario, en virtud de que de concederse se contravendrían disposiciones de orden público e interés social, tal como lo estatuye la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo. Lo anterior es así, en virtud de la naturaleza jurídica del acto reclamado según se advierte tiene su origen en la integración de la averiguación previa a que se refiere el propio quejoso en su demanda de amparo, y por tanto la autoridad encargada de esa fase investigadora lo es el Ministerio Público, lo que permite concluir que el acto reclamado forma parte de las diligencias que estimó necesarias la representación social para la adecuada integración de una averiguación previa, entendiéndose por esta última en nuestro derecho procesal mexicano como el conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público con objeto de investigar los hechos posiblemente delictuosos que se le hicieran de su conocimiento a través de los requisitos de procedibilidad y para ello requiere llevar a cabo ciertas diligencias tales como asegurar los objetos e instrumentos del delito, las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración, así como también el arraigo y con ello buscar la posible responsabilidad de quienes hubiesen intervenido en su comisión, por lo que a juicio del suscrito y de conformidad por lo preceptuado por el artículo 124 fracción II de la ley de la materia, de concederse dicha medida cautelar, se estarían contraviniendo disposiciones de orden público así como el interés social, lo cual no puede suceder, pues de prevalecer el interés particular del quejoso se estaría violentando el interés social, ya que la sociedad está interesada del esclarecimiento de las conductas o hechos posiblemente delictuosos, cobra aplicación al caso el criterio sustentado por los Tribunales Colegiados de Circuito, publicado en el Informe de labores de 1978 visible a fojas 351 bajo el rubro siguiente: ‘INTERÉS SOCIAL, NO PROCEDE LA

¹⁵³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “ Las Garantías Individuales” Op Cit, pp. 179 y 180

SUSPENSIÓN CUANDO POR ESTA MEDIDA SE SIGA PERJUICIO AL.’. Así como el criterio del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito a resolver el incidente de revisión 178/1974 en el que se manifestó lo siguiente:

‘INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO (SIC) DE LA LEY DE AMPARO, QUE EXISTE CONTRAVENCIÓN AL ORDEN PÚBLICO Y QUE IMPIDE EL OTORGAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN; TODOS LOS SUPUESTOS QUE MENCIONAN EN DICHO PÁRRAFO REVELAN QUE SU FINALIDAD ES PREVENIR LA ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES NORMALES EN QUE LA SOCIEDAD PUEDA COEXISTIR.’. No pasa desapercibido que el quejoso en su demanda de amparo aduce que con motivo de la orden de arraigo reclamada, tiene como consecuencia la privación de su libertad personal y que en el caso además se ataca su libertad personal fuera de procedimiento judicial, prohibido por el artículo 22 constitucional, en relación con el artículo 17 de la Ley de Amparo, manifestaciones que en el caso son de desestimarse, en atención según quedó señalado por la naturaleza del acto expresamente reclamado, se trata de un acto que no afecta la libertad personal del quejoso

El mismo tribunal hace referencia a la siguiente jurisprudencia:

ARRAIGO, ORDEN DE. NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.-La orden jurisdiccional de arraigo que contempla el artículo 136 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.¹⁵⁴

Por lo que conforme a la ley de Amparo la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer de las contradicciones que se susciten entre los criterios emitidos por los tribunales colegiados de circuito, por lo que esta honorable institución al resolver dicha contradicción dio origen a la siguiente jurisprudencia.

¹⁵⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VI Septiembre de 1997. Tesis 1.1 O. P. 31 página 652

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.

Contradicción de tesis 3/99. Entre las sustentadas por una parte, por los Tribunales Colegiados Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 20 de octubre de 1999. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Óscar Mauricio Maycott Morales.¹⁵⁵

Si bien es cierto que los tribunales colegiados y la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación no han estudiado el problema de fondo, pues las resoluciones antes mencionadas se constriñen a resolver la suspensión provisional y no el problema de fondo que es la de la constitucionalidad o no del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y el 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pero dichas consideraciones nos dan una base para desarrollar el problema a tratar por lo que su inclusión en el presente trabajo es de gran ayuda.

Ahora bien en cuanto el problema a tratar el artículo 133 bis del código adjetivo antes citado señala:

ARTICULO 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

¹⁵⁵ Novena Epoca. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: X, Noviembre de 1999. Tesis: 1a./J. 78/99. Página 55

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

El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, prorrogables por otros treinta días tanto en materia Federal como en la Local.

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.

Por lo que con anterioridad se expuso en este trabajo sabemos que el arraigo es un medida cautelar de imponer como lo cita el artículo en cuestión un prohibición para abandonar una demarcación geográfica. Ahora bien en este primer punto es pertinente señalar que esta es una limitación a la libertad de tránsito establecida en el artículo 11 de nuestra constitución, sin embargo existe la modalidad de que para tal efecto se constriña al individuo a un cierto inmueble, llámese un cuarto de hotel o su propia casa por ejemplo.

Esta situación es violatoria no solo del artículo 11 constitucional que a la letra dice:

“Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de éste derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las autoridades administrativas, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la república, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.”¹⁵⁶

¹⁵⁶ La libertad de tránsito, tal y como está concebida en dicho precepto de la Ley Fundamental, comprende cuatro libertades especiales: la de entrar al territorio de la República, la de salir del mismo, la de viajar dentro del Estado mexicano y la de mudar de residencia o domicilio. El ejercicio de éstas libertades por parte del gobernado o titular de la garantía individual de que se derivan, es absoluto, o mejor dicho, incondicional

Si no también del numeral 16, párrafo séptimo de nuestra Carta Magna que desde su primer párrafo establece lo siguiente:

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

Ahora bien en estricta interpretación de nuestra ley suprema la orden de arraigo por su naturaleza tiene la finalidad de integrar una averiguación previa en el caso de que el término constitucional no le fuere suficiente pero además limita la libertad personal del individuo con ésta acción, por lo que en nuestra opinión esta medida viola este precepto puesto que debemos de entender que la constitución da un termino de cuarenta y ocho horas para ejercer o no acción penal y cualquier acción encaminada a la integración de la averiguación previa con posterioridad a este hecho tendrá que ser con la libertad del indiciado pues la constitución así lo señala y no faculta al MP para privar de la libertad al indiciado.

Por otra parte creemos que en otro sentido contrario a la exposición de motivos de la reforma del artículo 133 bis del CFPP que dice:

“La nueva reglamentación procesal de estas medidas cautelares se justifica constitucionalmente en que se trata de actos de molestia, que para su validez únicamente requieren ser dictados por autoridad competente, fundada y motivadamente.”

No constituyen un acto de molestia sino más bien un acto de privación y es en ese sentido que también violan el artículo 14 y 16 constitucional que señalan. Que primero para ser privado de la libertad se necesita de juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos y conforme a las leyes con anterioridad al hecho.

Y conforme al artículo 16 de la constitución solo se podrá privar de la libertad a un individuo, cuando:

- Medie orden de aprehensión
- Se trate de un delito flagrante
- Orden de retención por parte del Ministerio Publico

Por lo que al ser la libertad uno de los valores fundamentales del ser humano para su restricción necesita adecuarse a estos medios y en ningún momento la autoridad ante sólo una sospecha de que se puede ejercer acción penal sobre cierto individuo, podrá limitar su libertad pues esta acción es contraria al espíritu de nuestra ley Fundamental.

En éste mismo orden de ideas vale la pena mencionar que cuando el arraigo sea consecuencia de la posible comisión de un delito grave, es procedente solicitar en su defecto, la suspensión tal y como lo podemos ver en la siguiente tesis:

ARRAIGO DOMICILIARIO POR LA COMISIÓN DE UN DELITO GRAVE. SI EL ACTO RECLAMADO CONSISTE EN LA ORDEN QUE LO DECRETA, LA SUSPENSIÓN DEBE OTORGARSE PARA EL EFECTO DE QUE EL INculpADO QUEDE A DISPOSICIÓN DEL JUEZ DE DISTRITO EN CUANTO A SU LIBERTAD PERSONAL SE REFIERE Y A DISPOSICIÓN DE LAS AUTORIDADES RESPONSABLES PARA LA CONTINUACIÓN DE LA ORDEN RECLAMADA.

La tesis de jurisprudencia 1a./J. 78/99, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, página 55, de rubro: "ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.", que establece que el arraigo 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, es obligatoria para los tribunales federales y locales, de acuerdo con lo contemplado en el numeral 192 de la misma ley; por tanto, si el acto reclamado en un juicio de amparo indirecto consiste en una orden de arraigo domiciliario por la comisión de un delito considerado grave por la ley, la suspensión debe otorgarse para el efecto de que el quejoso quede a disposición del Juez de Distrito, en cuanto a su libertad personal se refiere y a disposición de las autoridades responsables para la continuación del arraigo reclamado, por lo que de ninguna manera puede otorgarse esa medida cautelar para el efecto de que el peticionario de garantías quede en libertad provisional bajo caución, toda vez que por tratarse de delito grave, la ley no

permite otorgar ese beneficio, de acuerdo a lo previsto en la fracción I del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Incidente de suspensión (revisión) 487/2004. 25 de marzo de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Alfredo Murguía Cámara. Secretaria: Patricia Marcela Diez Cerda.

Por lo que anteriormente expuesto debemos de concluir que el arraigo no tiene un base constitucional y por tanto es contraria a esta, sin embargo creemos que no se ha llevado un estudio detallado de esta cuestión por parte de nuestro máximo tribunal por la razón de que para entonces cuando llegue a ser de su conocimiento dicha controversia la situación jurídica del individuo ha cambiado pues el arraigo tiene una duración de treinta días por lo que la acción que promueven y la que han resuelto los tribunales en cuestión es la de la suspensión provisional de los actos reclamados.

A continuación exponemos brevemente diversos puntos de vista sobre un acontecimiento que tuvo lugar el día lunes 19 de septiembre de 2005, precisamente sobre el tema de estudio que en éste momento estamos tratando, la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Estado de Chihuahua.

Arturo Zaldivar, abogado constitucionalista y experto en materia de amparo, opina acerca de la resolución a la que llegaron ocho ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que declararon inconstitucional el arraigo como medida preventiva en el Estado de Chihuahua: "Se trata de un criterio jurídico que debe ser respetado por cualquier juez de distrito al momento de estudiar una demanda de garantías contra una orden de arraigo. A partir de ahora los jueces deberían otorgar suspensiones a quienes las soliciten (para el efecto de que no proceda temporalmente un arraigo hasta en tanto no concluya el juicio de amparo correspondiente), porque si no ocurre así se hace inoperante el juicio de garantías en esos casos", refirió el jurista.

Por otra parte indicó que actualmente "las procuradurías arraigan para investigar. Lo que deben hacer primero es indagar, y cuando ya cuenten con las pruebas suficientes, que procedan contra un inculgado. No se vale tener a una persona 30, 60 o más días en una prisión disfrazada de arraigo domiciliario, con su reputación hecha pedazos y sin tener la posibilidad de ganarse el sustento, para que a la mera hora, privado de su libertad, se realice una investigación y resulte que no hay pruebas en su contra".¹⁵⁷

A su vez, los abogados Julio Hernández Pliego y José Patiño coincidieron con Zaldívar y refirieron que la determinación de la Corte permitirá que varios inculgados que se encuentran arraigados obtengan un amparo. Opinaron, además, que la Corte evidenció que las procuradurías federal y estatales "han abusado" del uso de esa medida preventiva, "debido a la falta de preparación de las autoridades policiacas y ministeriales encargadas de investigar actos delictivos".

El penalista José Patiño consideró que las autoridades investigadoras que han abusado de la figura del arraigo, entre ellas la PGR, "son procuradurías que fomentan actos injustificables, que dejan huellas psicológicas y sociales imborrables en quienes han sido víctimas de esa medida inconstitucional".

Recordó el caso de su cliente, Nahúm Acosta Lugo, ex coordinador del área de giras de la Presidencia de la República, quien permaneció arraigado 54 días mientras se integraba una averiguación previa en su contra, ya que la PGR lo acusó de dar información de la agenda presidencial a narcotraficantes. No obstante, tras la consignación del expediente a un juez federal, éste exoneró al inculgado y lo dejó en libertad.

El procesalista Julio Hernández indicó que en la forma en que está reglamentado el arraigo "se convierte en un acto de privación de la libertad en el cual no se da audiencia al inculgado".

Por su parte, el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos celebraron la decisión de la Corte de considerar el arraigo domiciliario

¹⁵⁷ MÉNDEZ, Alfredo, Alonso Urrutia, Agustín Salgado y Alma E. Muñoz, periódico: "La Jornada", Miércoles 21 de septiembre de 2005, México.

CONCLUSIONES

1.- Las garantías individuales son la consagración formal de los elementos jurídicos traducidos en los medios o sistemas de protección de las prerrogativas fundamentales del ser humano que han sido investidos de obligatoriedad e imperatividad, y que deben ser respetados por las autoridades estatales y por el mismo Estado, tal como lo son las garantías de libertad, de seguridad jurídica, legalidad e igualdad.

2.- Los Derechos Humanos se traducen en potestades inseparables e inherentes al ser humano; son elementos propios y esenciales de su naturaleza como ser racional; independientemente de la posición jurídico-positiva en la que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; de ésta forma, las garantías individuales equivalen a la consagración formal de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado, por consecuencia, todos los derechos humanos que han sido consagrados en nuestra Constitución Política como garantías individuales son reconocidas por el Estado y deberán ser respetadas por sus autoridades.

3.- El amparo es un medio jurídico que preserva las garantías constitucionales del gobernado contra todo acto de autoridad que las viole; garantiza a favor del particular el sistema competencial existente entre las autoridades federales y las de los Estado; protege toda la Constitución, así como toda la legislación secundaria, con vista a la garantía de legalidad consignada en los artículos 14 y 16 de la Ley Fundamental y en función al interés jurídico particular del gobernado.

4.- la Averiguación Previa es una etapa procedimental, durante la cual, el Ministerio Público realiza todas las diligencias necesarias tendientes a investigar y por ende, comprobar en su caso, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del sujeto y optar así por el ejercicio o abstención de la acción penal; se inicia con la denuncia o querrela y concluye con el pliego de la consignación. La Averiguación Previa es propia y exclusiva del Ministerio Público en su carácter de órgano o de autoridad pública investigadora del delito.

5.- Uno de los fines esenciales del arraigo, es que el individuo del cual, se tiene sólo indicios de que ha cometido un delito o varios delitos según sea el caso, no evada la acción de la justicia; conforme a lo preceptuado por el artículo 268 bis, párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, queda establecido que si para integrar la averiguación previa, fuere necesario mayor tiempo que el de las 48 horas establecidas, el detenido será puesto en libertad, sin perjuicio de que la indagatoria continúe sin detenido; en éste orden de ideas, podemos establecer entonces, que la ley nos da una apertura para llevar la investigación en una situación diferente, y será ahora responsabilidad de las propias autoridades el reunir los elementos necesarios para ejercitar acción penal, si fuere procedente y no exceder ese término constitucional visto como garantía individual.

6.- El arraigo, al ser una limitante a la libertad personal, es un acto prohibido por los artículos 11, 14 y 16 constitucionales, que establecen que solamente ha lugar la privación de la libertad de una persona cuando exista orden de aprehensión librada por autoridad judicial competente, o bien, cuando se sorprenda a una persona en flagrante delito o caso urgente, o en todo caso cuando se refiera a una infracción administrativa que amerite algún arresto, fuera de éstas hipótesis, el arraigo limita notoriamente la libertad de un individuo, pues lo constriñe a estar en un lugar

determinado bajo la vigilancia de la autoridad solicitante y viola garantías individuales

7.- La figura del arraigo domiciliario resulta inconstitucional por que su dictado no obedece a ninguno de los parámetros constitucionales bajo los cuales opera la afectación parcial de la libertad personal, esto es, no parte de que se haya acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ni tampoco a un caso de flagrancia y por otro lado, se rebasan los límites que operan en los casos de urgencia.

8.- La finalidad del amparo primordialmente es un control de la Constitución, esto quiere decir que hasta el día de hoy, la Constitución es el mayor medio de protección con el que contamos los gobernados ante el Poder Público, así mismo, su mayor objetivo es el proteger todas y cada una de las garantías del gobernado y por ende, vigilar y hacer respetar el ámbito de competencia entre las autoridades Federales y las de los Estados.

9.- Es procedente el amparo indirecto contra la orden de arraigo domiciliario, por que las autoridades responsables violan en perjuicio del titular, las garantías de libertad, legalidad y seguridad jurídica, consagradas en los artículos 11, 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que lo mantienen privado de su libertad personal sin que se hayan cumplido las formalidades esenciales del procedimiento, toda vez que la solicitud de arraigo, requerida por el Ministerio Público, es infundada e inmotivada, en razón de que el representante social se basa en apreciaciones subjetivas, consistentes en que existe temor fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia, no acreditando su solicitud con ninguna prueba fehaciente.

10.- Los jueces de amparo, deberían otorgar suspensiones a quienes la soliciten, en virtud de que no proceda de forma temporal el arraigo, hasta en tanto no se concluya el juicio de amparo correspondiente; esto, ya que si el titular de garantías debe esperarse hasta que llegue a su fin dicho juicio, de cualquier modo tendría que acatar la orden y la restricción a su libertad se llevaría acabo.

11.- Consideramos que debe ser procedente en el caso del arraigo domiciliario la suspensión y en su momento, la concesión del amparo por los jueces de la materia; ya que, en términos del artículo 130 de la ley respectiva, se les permite tomar las medidas que estimen pertinentes para asegurar al quejoso, pues dicho artículo concede las mas amplias facultades a los juzgadores de amparo para ordenar que sean llevadas acabo, y de ésta forma no violentan las garantías individuales.

12.- La figura del arraigo, como medida complementaria de la averiguación previa, debería ser incorporada a nuestra Ley Fundamental, tal y como sucede con la diligencia de la orden de cateo, es decir, que la propia Constitución establezca el imperativo de cómo deban sujetarse las leyes secundarias para la aplicación del arraigo domiciliario penal o si va mas allá como en el caso de la “prohibición de abandonar una demarcación geográfica”.

13.- Se propone que el arraigo domiciliario como figura jurídica, sea elevada y regulada a nivel constitucional; únicamente en materia Federal y en relación a los delitos que ésta legislación califica como graves; así mismo, en el supuesto de que el juez le conceda al Ministerio Público la orden de arraigo domiciliario, deberá también exigirle al representante social una garantía, misma que será señalada por el juzgador, a fin de que, si se da el caso, de que, al término de éste no se obtuvieron los elementos necesarios y suficientes para la consignación, el sujeto

sea indemnizado por todos aquellos daños y perjuicios que le fueron causados con la concesión y materialización de dicha orden; por tanto, se propone que dicha figura desaparezca del Código Local.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ARILLA BAS, Fernando, *El Juicio de Amparo*, Kratos, México, 1982.
- 2.- ARELLANO GARCÍA, Carlos. “*El Juicio de Amparo*” Sexta edición, México, 2000
- 3.- BARRITA LÓPEZ, Fernando A., *Averiguación Previa*, Quinta edición, Porrúa, México, 2000.
- 4.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de Amparo*, Trigésima novena edición, Porrúa, México, 2002.
- 5.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Trigésima cuarta edición, Porrúa, México, 2002.
- 6.- CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales del Derecho Penal*, Trigésima novena edición, Porrúa, México, 1998.
- 7.- CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel, *El Monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México*, Segunda edición, UNAM, México, 1993.
- 8.- CASTRO Y CASTRO, Juventino, V, *El Ministerio Público en México*, Décimo primera edición, Porrúa, México, 1999.
- 9.- CASTRO Y CASTRO, Juventino, V; *Garantías y Amparo*, Décimo primera edición, Porrúa, México, 2000.
- 10.- CONGRESO DE LA UNIÓN, CÁMARA DE DIPUTADOS, L LEGISLATURA, *Los derechos del pueblo mexicano*, Tomo VII, Porrúa, México, 1978.
- 11.- DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, *Ley de Amparo Comentada*, Cuarta edición, Duero, México, 2002.
- 12.- DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, *Práctica forense de Amparo*; Cuarta edición, Ediciones Jurídicas Alma, México, 2004.
13. DIAZ MULLER, Luis, *Manual de Derechos Humanos*, Segunda edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1992.
- 14.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El Poder Judicial y el Ministerio Público*, Segunda edición, Porrúa, México, 1997.
- 15.- GARDUÑO GARMENDIA, Juerguee, *El Ministerio Público en la Investigación de los delitos*, Limusa, México, 1991.

16. GAXIOLA, Jorge F., *Mariano Otero, creador del Juicio de Amparo*, UNAM. México, 1984.

17.- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de Derecho Procesal mexicano*, Porrúa, México, 1967.

18.- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, décima edición, Porrúa, México, 2004.

19.- GUZMÁN WOLFFER, Ricardo. *Las Garantías Constitucionales en el juicio de Amparo Indirecto en materia penal*; Porrúa, México, 2004

20.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, Oxford, México, 2003.

21.- MADRAZO, Jorge, *Derechos Humanos: el nuevo enfoque mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993

22.- MARTINEZ GARNELO, Jesús . *La investigación Ministerial Previa*, Quinta edición, Porrúa, México, 2000.

23.- NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Lecciones de amparo*, Cuarta edición, Porrúa, México, 1993.