



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
"ARAGÓN"

"EN LA AVERIGUACION PREVIA, EL ARRAIGO
DOMICILIARIO VIOLATORIO, DE LA GARANTÍA DE
LIBERTAD DE TRÁNSITO."

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MARÍA ANTONIETA RODRÍGUEZ ROJANO.

ASESOR:

MTRA.: MARÍA GRACIELA LEÓN LÓPEZ.

MÉXICO.

2006





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

MIS AGRADECIMIENTOS.

A DIOS.

Por no dejarme derrotar ante los momentos más difíciles, por permitirme lograr esta meta y darme la oportunidad de compartirla con las personas que forman parte de mi vida y Que amo.

A MI MADRE.

Por ser un ejemplo de superación incansable, a quien le debo lo que soy, y quien ha estado incondicionalmente conmigo; por que su apoyo y ejemplo han sido los cimientos para mi vida, por lo que eres y seguirás siendo, mi amor y gratitud por siempre. Te amo.

A LA UNIVERSIDAD.

Por haberme permitido formar parte de esta Honorable Institución educativa, por que gracias a ella, he adquirido los conocimientos de mi carrera.

A FES ARAGÓN.

Por prestarme sus aulas y darme las enseñanzas y conocimientos de mi carrera. Gracias.

A MI HERMANO.

Quien ha estado a mi lado en momentos difíciles y especiales, y con quien he compartido los mejores momentos de mi vida, por su cariño y comprensión que me ofrece para alcanzar mis Metas. Te amo.

A MI SOBRINO IVAN ARIAD.

Quien a su corta edad, me ha enseñado a amar, valorar y disfrutar mi vida, quien me comparte su amor, sin condición o interés. Te amo bebe.

A MI ASESORA LIC. MARIA GRACIELA LEON LOPEZ.

Mi agradecimiento por motivarme y orientarme a realizar las cosas con constancia y esfuerzo para cumplir las metas, mi admiración como Profesionista, ser humano, mujer y amiga.

**A MIS JEFES Y AMIGOS Lics. Rafael Cárdenas,
Mónica Osorio, Lorenzo Contreras, Pedro
Romero, Alfredo Ortega, Lilia González,
Martha E. Macías, Rodolfo Ramos, Juan de Dios Ibarra.-**

Por la amistad, confianza, apoyo, por sus conocimientos y consejos brindados, por el cariño y respeto que siempre les he tenido y por formar parte de mi vida y de mi vida profesional.

**A MIS AMIGAS (OS) Adriana Nájera,
Adriana Alcalá, Lourdes Sánchez, Silvia
Lara, Claudia Solís, Carlos Monroy. - Amigas (os)**

Incondicionales quienes me apoyan y brindan cariño de hermanos, con quienes he compartido momentos memorables que día con día confirman nuestra amistad y que juntos logremos nuestros Ideales. Mi cariño a cada uno de ellos.

**A MIS AMIGOS (AS) Y COMPAÑEROS DE TRABAJO.-
Lics. Blanca Soto, Verónica Jacinto, Nayeli,
P.D. Lupíta, Estela, Aidee, Tania .-**

Por motivarme y apoyarme a realizar este trabajo de investigación,
por su Estimación y cariño.

A OSCAR BENITEZ CABRERA.

Por su amor, apoyo, comprensión, cariño, por formar parte de mi vida. Te amo.

A LOS SÍNODOS.

Gracias por su tiempo dedicado para el perfeccionamiento del presente trabajo de investigación.
GRACIAS.

INDICE.

INTRODUCCIÓN.....I

CAPITULO I.

1.- EVOLUCION E HISTÓRICA DEL ARRAIGO.Antecedentes Históricos de Arraigo en Roma.....	1
1.2. El Arraigo en el derecho Hispánico.....	5
1.3. El Arraigo Introducido en México por primera vez al Código Federal de Procedimientos Penales (1983).....	10
1.4. Noción de Arraigo.....	12
1.5. Concepto de Domicilio.....	13

CAPITULO II.

2.- LA CONSTITUCIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE ESTABLECEN EN SU PARTE DOGMÁTICA.....	21
2.1. Concepto de Constitución.....	23
2.2. Noción y Concepto de garantía individual.....	25
2.3. Noción y Concepto de Libertad.....	28
2.4. Las garantías de Libertad.....	29
2.5. La garantía de libertad de Tránsito.....	33
2.6. La Inconstitucionalidad.....	36
2.7. La inviolabilidad de la Constitución.....	37
2.8. La Supremacía de la Constitución.....	39
2.9. Relación del Derecho Constitucional con el Derecho Procesal Penal.....	42

CAPITULO III.

3.- EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	44
3.1. Caracteres esenciales del Ministerio Público.....	45
3.1.1. Noción y Concepto del Ministerio Público.....	48
3.1.2. Atribuciones del Ministerio Público.....	51
3.1.3. Principios esenciales del Ministerio Público.....	52
3.1.4. Características del Ministerio Público.....	54
3.1.5. Detención realizada por el Ministerio Público.....	54
3.2. Análisis del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	56
3.3. La Averiguación Previa.....	59
3.3.1. Objeto de la Averiguación Previa.....	67
3.3.2. Las garantías del indiciado durante la Averiguación Previa.....	68
3.4. Diligencias básicas en la Averiguación Previa.....	75
3.4.1. Generalidades.....	78
3.4.2. Diligencias básicas con detenido y sin detenido.....	81
3.4.3. El arraigo llevado a cabo por el Ministerio Público en la averiguación previa.....	83
3.5. Cuerpo del delito.....	87
3.6. La Probable Responsabilidad.....	93
3.7. Determinaciones que puede dictar el Ministerio Público en la Averiguación Previa.....	94
3.7.1. No ejercicio de la acción penal.....	95
3.7.2. Reserva.....	96
3.7.3. Ejercicio de la acción penal.....	97

CAPITULO IV.

4.- EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA, EL ARRAIGO DOMICILIARIO VIOLATORIO DE LA GARANTIA DE LIBERTAD DE TRÁNSITO.....	101
4.1. El arraigo Domiciliario.....	102
4.2. Finalidad del arraigo.....	106
4.3. Análisis del artículo 11 Constitucional.....	107
4.4. Análisis en el artículo 16 párrafo séptimo Constitucional.....	110
4.5. El arraigo en el Código Federal de Procedimientos Penales y en el Código de Procedimientos Penales del Estado de México.....	113
4.6. Problemática del arraigo.....	117
4.7. Crítica del arraigo.....	120
4.8. Jurisprudencia.....	121
4.9. Propuestas.....	124
CONCLUSIONES.....	129
BIBLIOGRAFÍA.....	132

INTRODUCCION.

La Libertad es una garantía constitucional que se encuentra fundada en el IUS NATURAL, y es regulada en diversos artículos de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, solo se ve limitada conforme a lo establecida en la misma.

El arraigo domiciliario es un acto inconstitucional que limita la libertad, el libre tránsito de los Ciudadanos (O Extranjeros) que se encuentran en el país. Su regulación no se precisa en la Constitución, y sí en leyes secundarias, por lo que su aplicación se deja al arbitrio de las autoridades locales y federales, trayendo consigo la violación de nuestra garantía de libertad de tránsito, garantía individual que después de la vida, es nuestro máximo bien. Hoy la sociedad reclama con mayor vigor que el Estado lleve a cabo con eficacia las tareas de garante de la seguridad y particularmente las relativas a la procuración e impartición de justicia, todo lo anterior con apego y respeto a las prerrogativas fundamentales que tenemos todos los individuos.

No obstante ser el arraigo una institución necesaria para la persecución de los delitos ésta no debe estar por encima de nuestra Constitución Política, por ello y a fin de dar luz a este tema se ha propuesto el desarrollo del presente trabajo. Es importante mencionar que el arraigo llevado a cabo en la etapa de la averiguación previa, al afectar nuestra libertad de tránsito, por consiguiente repercute en otras esferas indispensables, de nuestra vida diaria, restringiendo nuestros demás derechos fundamentales, como lo es la libertad de trabajo, libertad de recreación, libertades políticas etc. Lo cierto es que la libertad de locomoción es uno de nuestros más preciados e importantes derechos que tenemos los individuos y al ser limitada y restringida esta libertad trae como consecuencia que se vulneren varias de nuestras demás prerrogativas fundamentales de la vida diaria, como las que anteriormente señalamos.

El arraigo en la etapa de Averiguación Previa, afecta nuestra libertad de tránsito, así como afecta también la libertad de trabajo, de recreación y de libertad política, lo cierto es que la libertad es uno de nuestros preciados e

importantes derechos que tenemos y al ser limitada o restringida trae como consecuencia que se vulneren varias de nuestras prerrogativas de la vida diaria.

En nuestro primer capítulo abordaremos todo lo referente a los antecedentes históricos del arraigo, desde el Derecho Romano, el cual literalmente tiene antecedentes desde las LEGIS ACTIONES, asimismo veremos brevemente el arraigo en el Derecho Hispánico, no encontrándose mas antecedentes históricos en la Época Colonial ni en sus precedentes, sino hasta 1977 en que se estableció por acuerdos del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, un tipo de arraigo administrativo. Sin embargo desgraciadamente se encuentran muy pocos antecedentes históricos en relación al arraigo, el cual la doctrina no le mostrado mucho interés.

En el segundo capítulo estudiaremos la importancia supremacía e inviolabilidad que tiene y debe tener nuestra Constitución, así como la garantía de libertad que gozamos todos los individuos que nos encontramos en el territorio nacional la cual debe ser inviolable por cualquier ley secundaria, ya que como lo sabemos la Constitución es y debe ser la Ley Suprema en nuestro País.

En el tercer capítulo, estudiaremos los caracteres esenciales del Ministerio Público, determinaremos al actuar de la mencionada institución en la averiguación previa, explicando en que consisten sus investigaciones como se compone, el cual es el fin que persigue el fundamento legal en la Constitución que le da el carácter de órgano Investigador y persecutor de los delitos, Asimismo se analizaran los acuerdos que dicta el Ministerio Público al decretar el ejercicio de la acción penal, el no ejercicio de la acción penal y la reserva. Se tratara todo lo relacionado a la averiguación previa, el objeto, elementos y sus generales esenciales que la caracterizan. Temas que sin duda son importantes en el desarrollo de este trabajo de investigación.

Por último el cuarto capítulo trataremos como temas a desarrollar, la finalidad del arraigo en la etapa de averiguación previa, las consecuencias negativas que trae consigo al llevarse a cabo tal medida, su aplicación en el Código Federal de Procedimientos Penales y en el Código de Procedimientos

Penales para el Estado de México, por ser de suma importancia en virtud de ser la ley normativa que se aplica en donde nos encontramos viviendo. Veremos que el Código Penal adjetivo federal lo denomina arraigo domiciliario, sobresaltando lo mismo, toda vez que en la mayoría de los Códigos de Procedimientos Penales de Los Estados de la República Mexicana, lo denominan simplemente arraigo, trayendo consigo una particular e importante diferencia.

Se estudiará la facultad del Ministerio Público (conforme a las leyes secundarias) para solicitar el arraigo en la etapa de la averiguación previa, sus requisitos de forma y de fondo que debe reunir el pedimento del arraigo, la procedibilidad los términos y las consecuencias que trae consigo la paliación de la medida precautoria.

De manera de apoyo, veremos la Jurisprudencia que nuestra máxima autoridad Judicial ha emitido en relación a la libertad, mostrándose totalmente ecuánime en que la misma debe ser respetada y sobre todo inviolable.

Es importante hacerles ver a nuestros legisladores, lo trascendental que significa el que sean respetadas nuestras prerrogativas fundamentales consagradas en nuestra Carta magna, las cuales son tan importantes para el desarrollo y bienestar de nuestra vida diaria.

CAPITULO I.

I.-HISTORIA Y EVOLUCIÓN DEL ARRAIGO.

1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARRAIGO EN ROMA.

El arraigo literalmente tiene sus antecedentes en el DERECHO ROMANO el cual pasó por diversas fases como lo son: 1) Derecho antiguo desde la fundación de Roma el 21 de Abril de 753 a.C. hasta el siglo I. a C); 2) Derecho Clásico (Desde el siglo I a. C. Al siglo III d.C.; 3.- Derecho Posclásico (desde el siglo III d.C. hasta Justiniano; 4) Derecho Justiniano o Bizantino.

El sistema procesal romano pasó por tres fases: Las LEGIS ACTIONES, la del PROCESO FORMULARIO y la del PROCESO EXTRAORDINARIO.

“El sistema conocido como de las acciones de la ley (LEGIS ACTIONES) imperó durante toda la Monarquía, invadiendo la República y llegando al Imperio hasta el año 150 antes de J.C.

El sistema formulario (ORDO JUDITIO), llamado también procedimiento ordinario, imperó en la etapa conocida como clásica, durante el Imperio, y su establecimiento se debió a la LEY AEBUTIA, más o menos en el año 2000 antes de J.C., procedimiento que estuvo en vigor aproximadamente hasta el año 300 de nuestra era”¹.

“Época del procedimiento extraordinario, establecido en el siglo III, con desaparición del tradicional ORDO IUDICIORUM PRIVATORUM e instauración de un proceso desarrollado en una sola vía, ante un solo Tribunal”.²

¹ Morales, José Ignacio, Derecho Romano, 4ª. extrillas, México, 1992, pág.271. ² Iglesias, Juan, Derecho Romano, 12ª, ed, Ariel S.A., Barcelona España, 1999, pág.10.

Las LEGIS ACTIONES (acciones de la ley) fue el primer procedimiento en la vida en Roma, la cual consistía en una recitación oral que los litigantes aprendían con un carácter sacramental, y que debía repetir sin alteración alguna ante el Magistrado, ya que la alteración por error en los términos de la recitación traía como consecuencia la pérdida del litigio. En las acciones de la ley y en el formulario, el procedimiento se divide en dos instancias; una que se llevaba a cabo ante el magistrado, denominada IN IURE, y la otra, segunda ante un juez, árbitro o jurado, denominada APUD IUDICEM (delante del Juez).

Las LEGIS ACTIONES, solo podían ser ejercitadas por los Ciudadanos romanos en la Ciudad de ROMA o a una milla a la redonda.

“El procedimiento Formulario, recibe este nombre en virtud del empleo de una formula escrita redactada por el magistrado (pretor) que contiene las pretensiones de las partes y que sirve de base para que el Juez resuelva. Se le denomina también procedimiento ordinario en virtud de que el magistrado no juzga por si mismo más que en casos excepcionales, limitándose desde el inicio a organizar la segunda parte de la instancia, que deba realizarse ante el Juez.”³

El procedimiento extraordinario sustituyó a las LEGIS ACTIONES y al procedimiento formulario, y que en él, la autoridad ya se hacía sentir en la ejecución de la Sentencia, el proceso dejó de ser un convenio entre litigantes, convirtiéndose en una emanación del Poder del Estado, es decir, en función pública. En este procedimiento extraordinario el magistrado y el Juez se identificaban en una sola persona.

“En su inicio, el proceso siempre fue oral; las partes litigantes tenían la obligación de reproducir las formulas preparadas por los pontífices, en latín y en tiempo presente, justo a la medida de la fórmula, ni más estricta ni más lata, y los

³ Saín Gómez, José María, Derecho Romano 1, Limusa, México, 1991, pág.155.
demás actos del magistrado y del juez eran también orales”.⁴

Más aún, en el proceso formulario, continuo prevaleciendo la forma oral, aunque ya la base, es decir, la formula, se redactaba por escrito. La formula escrita era redactada por el magistrado, la cual contenía las pretensiones de las partes.

Una de las características principales del Sistema extraordinario era la influencia de lo escrito sobre lo oral. Ya que desde la demanda hasta la Sentencia, debía ser por escrito.

Volviendo a las LEGIS ACTIONES, estas fueron cinco:

Las tres primeras; las LEGIS ACTIO PER SACRAMENTUM, LEGIS ACTIO PER JUDICIS ARBITRIBE POSTULATIONEM y LEGIS ACTIO PER CONDICIONEM., las cuales tenían por finalidad iniciar el procedimiento con la mira de que se reconociera un derecho, por lo que tenían carácter declarativo.

Las otras dos; la LEGIS ACTIO PER MANUS INJECTIONEM y LEGIS ACTIO PER PIGNORIS CAPTIONEM, las cuales tenían por finalidad en satisfacer un derecho ya declarado, es decir tenían por objeto el que se ejecutara la Sentencia.

Es precisamente en las LEGIS ACTIONES donde aparece el primar antecedente de arraigo, no como lo conocemos ahora, lógicamente pero literalmente así en el MANUS INIECTIO, (recibía este nombre, ya que el actor sujetaba al deudor por el cuello para llevarlo ante el Juez.

Las LEGIS ACTIO PER MANUS INJECTIONEM: “Treinta días después de pronunciada la Sentencia por el JUDEX (Juez); o de hechas por el demandado

⁴ Morales, José Ignacio, op.cit.,pág 272.

una confesión, el acreedor podía coger por el cuello al deudor y conducirlo a la presencia del magistrado, pudiendo utilizar la fuerza en caso de resistencia.⁵

Lo anterior era fundamentalmente un medio de ejecución y se aplicaba a las personas que habían sido condenadas por el Juez en virtud de una deuda y al demandado que a través de la confesión expresa reconociera la legítima pretensión del actor. Una vez en presencia del Magistrado, el acreedor colocaba con mucha solemnidad la mano en la espalda del deudor ahora ejecutado (JUDICATUS) condicionado a pagar (y que por ser insolvente no podían embargarse sus bienes) a la altura del cuello y pronunciaba unas palabras.

El deudor, o pagaba o presentaba un VINDEX (persona amiga del demandado de condición social o económica semejante a la de él, que garantizará su comparecencia fiador o protector); si el no pagaba la deuda, podía impugnar la sentencia que sirvió de base a las MANUS INIECTIO, Ahora sí la impugnación hecha por el VIDEX no prosperaba, el VINDEX, era condenado a pagar el doble de la condena impugnada. Por lo que el primer deudor quedaba libre.

Si no había pagado, ni prosperado la impugnación, la MANUS INIECTIO, seguía delante. Al no pagar el VINDEX la deuda, el Magistrado entregaba al deudor al actor ADICTOS), quien lo hacía su cautivo (de acuerdo a las XII Tablas, el acreedor podía encadenar al deudor para evitar se escapara, pero tenía como requisito que las cadenas no pesaran mas de 15 libras, es decir aproximadamente 6.8 Kilos. Después de permanecer en prisión del acreedor sesenta días, era expuesto al público durante las tres últimas NUNDINAE (Ferias del mercado) con la finalidad de ver si alguien ofrecía el rescate. De no ser así y de no pagar los ADICTOS (deudor) u obtener un aplazamiento de pago, podía ser vendido en el país de los etruscos, matarlo o conservarlo para que satisfaga con su trabajo la deuda que tenía contraída.

⁵ Hernández Tejero, Francisco, Lecciones de Derecho Romano, 6ª ed, España, 1994, pág. 128.

“En caso de haber varios acreedores, cada uno tenía derecho a una parte proporcional del cadáver, si alguno tomaba un poco más de lo que le correspondía estrictamente, esto no debía considerarse como un fraude, según lo dispone la Ley de las XII Tablas con benevolencia.”⁶

Lo anterior, sin duda alguna era muy absurdo, sádico e inhumano, por lo que a partir de la ley POETILLA PAPPIRA del año 326 a.C., se prohíbe el encarcelamiento por deudas de carácter civil, sin embargo, el deudor podía ser obligado a solventar su deuda mediante trabajo, también esta ley, prohibió el encadenamiento de un ciudadano y su venta o muerte, a no ser que su obligación proviniera de un delito.

1.2. ARRAIGO EN EL DERECHO HISPÁNICO.

Como se asevero anteriormente, el arraigo literalmente tiene antecedentes remotos desde el Derecho Romano. Ahora bien en el Derecho Hispánico, el antecedente más preciso del arraigo lo tenemos en el Fuero Real, Las Leyes de Partida y las Leyes de Toro.

🕒 Fuero Real: elaborado bajo Alfonso X, entre 1252 y 1255, Alfonso el Sabio quien continuaba con las ideas de su padre Fernando del Santo. Las obras jurídicas de Alfonso el Sabio comprenden dos ramas; la legislación positiva y las consideraciones moralistas y filosóficas acerca del Derecho. A la primera pertenece el Fuero Real destinado a regir en las tierras directamente dependientes de la corona. El reinado de Alfonso X fue de 1252 a 1284 a él se le atribuyen con mayor o menor grado de certidumbre tres obras fundamentales; el Fuero Real, el Espéculio y las Partidas (cabe mencionar que estas obras fueron creadas después de que España expulsara a los Árabes de su territorio, y que éstos en el año 711 invadieron España). El fuero real se utilizó como Derecho Municipal de las Ciudades o villas en que se estuviera vigente.-

⁶ Floris Margadant S., Guillermo, El Derecho Privado Romano, 21ª ed., Porrúa, México, 1995.

Durante el fuero Real, en el orden procesal surge la pesquisa, ó sea el

procedimiento de oficio, dejando de ser indispensable la acusación para la incoación de los procesos, estos dejan de ser exclusivamente orales y bajo la influencia del Derecho Canónico,

“Las declaraciones de los testigos, las diligencias judiciales, y las actuaciones en general, se hacen constar por escrito formándose verdaderos expedientes o autos”.⁷ .

El fuero real se dividía en 9 libros, subdivididos en 72 Títulos que se componen de Leyes. El derecho Penal está tratado en el libro IV, subsistiendo la crueldad en las penas.

Como característica principal tenemos el Fuero Real, que el procedimiento se organizó bajo formas técnicas y complicadas, las cuales ocasionaban que se hiciera imposible a los litigantes defenderse por sí mismos y exigían la intervención de personeros y voceros (Apoderados y Abogados), desapareciendo las pruebas vulgares del derecho Bárbaro, sustituyéndolas por las de valor lógico que hasta hoy emplean los tribunales de Justicia para averiguar la verdad de los hechos (documentos, testigos, confesión).

“El antecedente del arraigo, lo tenemos en el Libro 2° Título 3°, del Fuero Real, ya que el mismo autorizaba al actor a pedir al Juez que se obligara al demandado a dar fianza, para garantizar las resultas del juicio, ya que si no otorgaba dicha fianza el demandado debería de permanecer en el lugar del juicio, sin poder salir del lugar del mismo, hasta que terminara el asunto”.⁸

⁷ S.Macedo, Miguel, Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano, Cultura, México, 1931, pags. 84-85.

⁸ Pallares, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Porrúa, México, 1973, pág. 103.

⌚ Las Partidas; la obra que actuó en Castilla como principal vehículo de penetración de los Derechos Romanos, Canónicos, y Feudal fue sin duda alguna las Partidas.

Las partidas son una obra generalmente atribuida a Alfonso X, aunque con este nombre se hicieran famosas, en realidad los códigos (textos manuscritos) de las partidas llevan el título de Libro de las Leyes, como sabemos, esta obra está dividida en siete partes, de ahí le vino el nombre de Código de Partidas, o de las Siete Partidas. En Castilla se aplicaron las Partidas.

“Uno de los primeros estudios sobre las Partidas fue el publicado por Martínez Marina en 1808, el cual lo escribió con la intención de que sirviera como introducción a la edición de las partidas, que preparaba la Real Academia de la Historia, desde entonces vino admitiéndose sin discusión que Alfonso X comenzó la redacción de las Partidas en 1256, poco después de terminar el Fuero Real”.⁹

No se sabe a ciencia cierta, la fecha de la elaboración de las Partidas, solo se admite el año 1263 o el 1265.

“En las siete partidas predomina el Derecho Romano”.¹⁰

Lo anterior se debe al régimen de Alfonso el sabio coincidía con el florecimiento de los estudios académicos acerca del Corpus Iuris.

De acuerdo a esto “Las principales ideas defendidas por García Gallo entonces sobre el proceso de redacción de las partidas en afirmar que lo que ya conocemos con este nombre no es obra de Alfonso X ni de su tiempo, sino que juristas anónimos de finales del siglo XIII y principios del XIV y que esta obra es el

⁹ Tomas y Valiente, Francisco Manuel, Manual de Historia del Derecho Español, 4ª., ed. Rei, México, 1988, pág. 237.

¹⁰ Floris Margadan S., Guillermo, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, 12^a. ed., Esfinge, México, 1995, pág. 32.

resultado de un larguísimo y complicado proceso de redacción cuya primera fase estuvo constituida por el Espéculio.”.¹¹

Esta reelaboración doctrinal del Espéculio realizada ya después del reinado de Alfonso X, es lo que se conoció después (finales del siglo XII o comienzos del siglo XIV) con el nombre de Partidas. Se dice sin afirmarlo que en las cortes de Segovia de 1347, Alfonso XI le dio el nombre de Partidas. Cada una de las siete partidas trata de un tema o materia jurídica;

a) La Primera Partida trató de la Fe Católica y de la organización de la Iglesia y demás cuestiones de derecho Canónico. En esta exageraba la autoridad del Papa y menoscababa la del rey.

b) La Segunda Partida, trató del poder político, de los emperadores y los reyes, su poder, sus oficiales y sus obligaciones para con el pueblo, asimismo sobre la lealtad del pueblo al rey, se ocupó aquí también de cuestiones militares y de las tenencias de castillos y fortalezas para los caballeros.

c) La Tercera Partida trata del poder del Derecho Procesal, es decir del desarrollo de los juicios, propiedad, posesión y prescripción.

d) La Cuarta Partida trató del Derecho matrimonial, de la filiación, esclavitud, vallajes, feudos, amistad.

e) La Quinta Partida, trató de los contratos y otras instituciones de Derecho Civil, incluyendo también dos títulos delicados a las relaciones feudovasalláticas.

f) La Sexta Partida se ocupó del Derecho Sucesorio, tutela.

g) La Séptima Partida se ocupó del Derecho Penal, con título dedicado a la tortura judicial (de los tormentos). Una de las características esenciales de las Partidas era considerar al rey vicario de dios en la tierra (es decir, enviado de Dios), afirmando que son muy poderosos y solo ellos pueden hacer leyes. Con relación al arraigo en el Título II de la partida 3^o autorizaban al Juez para obligar al demandado a permanecer en el lugar del juicio sin poder salir, siempre y cuando

la acusación que pesaba contra el demandado no fuera por haber cometido un

¹¹ Tomas y Valiente, Francisco Manuel, op. cit., pág. 238.

delito grave, la cual textualmente decía “ **Sí algún hombre hubiera demandado contra otro que no sea raigado demandole así como dice el fuero; si nó fuera raigado dé fiador que cumpla con fuero o sí fiador no lo diere, vaya con él ante el alcalde ó facerlo derecho**”

Es decir, cuando la acusación no era de delito que mereciera pena de muerte ni perdimiento de miembro, se podía conceder libertad bajo fianza.

2.-Las Leyes del Toro; éstas se promulgaban en las cortes del mismo nombre, las Leyes del Toro fueron promulgadas por la reina dona Juana en 1505, cuando ya había muerto su madre. La primera de las 83 Leyes del Toro es la Ley Primera del título XXVIII del Ordenamiento de Alcalá de 1348. Como se dijo anteriormente, estas leyes fueron redactadas por orden de los reyes católicos, que tuvieron por objeto hacer desaparecer las contradicciones de la legislación, sobre todo en el Derecho Civil.

Tanto estas leyes como otras que constituían la Legislación vigente, formaron parte de la nueva recopilación (1567), obra formada para reunir todo el derecho positivo en un solo Código.

“Las ochenta y tres leyes del Toro de 1505, vinieron a resolver varias dudas, añadiendo otras nuevas. Contienen importantes innovaciones, Inter.-Alía en relación con el derecho de Familia y el Sucesorio”.¹²

Las Leyes Del Toro constituyeron una profunda innovación del derecho de familia en sentido romanista y canónico.

Las materias sobre las que versaban las Leyes del Toro eran;

- I.- Declaración de las leyes aplicables en la decisión de los pleitos (leyes 1 y 2).
- II.- Sucesiones incluyendo importantes reglas sobre filiación leyes 3 a 46).
- III.- Matrimonio (leyes 47 a 62 y 77 a 82).
- IV.- Derecho Procesal (leyes 63 a 67 y 76).

¹² Floris Margadan S. Guillermo. Op. Cit., págs. 44-45.

- V.- Disposiciones aisladas sobre Contratos, en puntos que tienen influencia Sobre el régimen familiar. VI.- Falso testimonio en materia criminal (ley 83).

Como antecedente inmediato de la providencia del arraigo de personas, lo tenemos en la Ley 66 de Toro, dicha ley establece que el demandado debía dejar fianza, si es que quería salir del lugar del juicio.

1.3. EL ARRAIGO INTRODUCIDO EN MÉXICO POR PRIMERA VEZ EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (1983).

El arraigo fue introducido en las reformas a los Códigos de Procedimientos Penales en varios Estados de la República Mexicana y en el Código Federal de Procedimientos Penales en 1983 (publicadas en el Diario Oficial de la Federación el cuatro de Enero de 1983), éste ha tenido un importante desarrollo, recientemente en nuestro ordenamiento Procesales penales. Originalmente fue previsto por el artículo 205 del Código Federal de Procedimientos Penales, durante el proceso; más adelante tuvo su aplicación en el periodo de la averiguación previa, y así mismo se introdujo administrativamente en el orden común del Distrito Federal.

Así mismo, por acuerdos del Procurador General de Justicia del Distrito Federal de fecha 1 al 18 de Julio de 1977 y el 14 de Febrero de 1978, se estableció un sistema de arraigo administrativo que ingresó al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal a través de las adiciones del 26 de Diciembre de 1981 (Diario Oficial de la Federación del 29 de Diciembre) a través del artículo 271.

Esta medida se plantea en la etapa de la Averiguación Previa, y venía al caso cuando se trataba de delitos cuyos conocimientos competían a los Juzgados Mixtos de Paz, o bien, a los penales cuando la pena no excedía de cinco años de prisión. No se hacía distinción entre delitos dolosos o culposos ni se restringía la medida a los cometidos con el motivo de tránsito de vehículos. Esta implicaba una combinación del arraigo, propiamente y la libertad potestatoria en sede administrativa.

La reforma al artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, a que hace referencia el artículo 205 del mismo; establece la modalidad de “imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin previa autorización”, por lo consiguiente concede el término máximo de treinta días para el arraigo domiciliario y el de sesenta días naturales para la prohibición de abandonar una demarcación geográfica. Para esto el Instituto de Ciencias Penales asevera lo siguiente:

“...Se creó el arraigo en sus modalidades, es decir en el período de investigación previa o bien durante el proceso, como una medida precautoria que permite la disponibilidad del inculpado ante el Ministerio Público o el Juzgador, limitando los casos de detención y prisión preventiva...”.¹³

Respecto de la Reforma a éste artículo 133 Bis, se suscitaron en su aprobación distintas discusiones en la Cámara de Senadores, pero existió una discusión muy interesante por parte del Senador Salvador Díaz Rocha, en la que entre otras cosas refirió:

“...Es el caso que el arraigo domiciliario es aún la excepción de la excepción, porque el arraigo domiciliario se decreta cuando la autoridad de la Procuraduría solicita tal medida a un juez, en lo que practica una averiguación.

Ó sea, que sin que sea siquiera responsable de nada simplemente mientras se investiga a ver si resulta de pura casualidad responsable de algún delito.

¹³ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, 13ª ed, Porrúa, México, 1999,

pág.219.

“...No veo, y como vamos a justificar esas privaciones de libertad, plenamente inconstitucionales, pero además porque no se puede quebrantar el arraigo domiciliario...”.

En esta discusión llevada a cabo en la Cámara de Senadores, varios de los mismos, se dijeron inconformes en aceptar la reforma, puesto que manifestaron era totalmente inconstitucional.

1.4. NOCIÓN DEL ARRAIGO.

El término ARRAIGO es amplio sin embargo AD HOC (para esto. Se aplica a lo que se dice o se hace para un fin determinado); Se analizará ampliamente, toda vez que el arraigo es una figura jurídica que existe tanto en la materia procesal civil y en procesal penal.

“...Arraigo proviene del latín ad y radicare, echar raíces, consolidarse mucho en un vicio, una virtud, un afecto, una costumbre, etc., de manera que ya sea difícil de erradicar o quitar...”¹⁴

En nuestro Derecho Mexicano, el arraigo es una imposición judicial, la cual impide a una persona salir o abandonar determinado lugar en tanto se esté llevando el juicio, o las investigaciones pertinentes para el esclarecimiento de determinados hechos, o bien la conclusión de dicho juicio. En la legislación actual se le considera como una medida precautoria, dictada por el Juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda. En materia Procesal Civil el arraigo tiene por objeto impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso responder de las Sentencias que se dicte. Así mismo en materia Procesal Penal,

¹⁴ Martínez Garnelo, Jesús, La Investigación Ministerial Previa, 4ª, ed, Porrúa, México, 1999, pág.233.

el arraigo existe tanto en la Averiguación Previa como en el procedimiento Penal;

en el primer supuesto obligando al presunto responsable a permanecer en determinado lugar con vigilancia de la autoridad en tanto se integra la Averiguación Previa, y en el segundo, como una medida impuesta por el Juez al inculcado, prohibiendo abandonar determinado lugar hasta en tanto no termine el proceso penal.

El arraigo penal, Es la medida precautoria que asegura la disponibilidad del inculcado en la investigación previa o durante el proceso penal, cuando sean delitos imprudenciales o cuando se tenga el temor de que el mismo salga fuera del territorio jurisdiccional.

Este fue introducido en el Código de Procedimientos Penales promulgado en diciembre de 1983, como una innovación respecto a las medidas precautorias en donde solo se establecía la libertad bajo caución o administrativa.

El Arraigo en la esfera federal se prolongara por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa, no pudiendo exceder de treinta días prorrogables por igual plazo a petición del Ministerio Público. El juez resolverá escuchando al Ministerio Público y al arraigado sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.

1.5 CONCEPTO DE DOMICILIO.

Como bien se sabe, el tema motivo de estudio versa sobre el arraigo domiciliario, por lo que es indispensable dejar claro lo que es y se entiende como DOMICILIO. Domicilio (latín domus; casa) indica la idea de permanencia de estabilidad del sujeto en un determinado lugar (residencia habitual).

En el sentido amplio es el lugar de habitación de una persona, es el lugar donde tiene su casa (domus), jurídicamente el domicilio es el lugar en donde una persona física reside habitualmente con el propósito de radicar en él.

De la definición jurídica del domicilio, podemos desprender dos elementos:

A) uno de carácter objetivo constituido por la residencia de una persona en cierto lugar.

B) otro de carácter subjetivo que consiste en el propósito de una persona de radicarse en el lugar donde tiene su residencia.

El artículo 2.17 del Código Civil del Estado de México establece: "...El domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el primer asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro el lugar en que se halle...".

Se hace constar que el domicilio de las personas morales es el lugar en donde se encuentra establecida su administración. Galindo Garfías afirma que cuando la ley alude al domicilio como la casa habitación de una persona, explícitamente se refiere a la población donde se encuentra ubicada esa casa.

"El domicilio en el sentido jurídico se refiere al lugar o población donde una persona reside y Domicilio en el sentido ordinario refiere a la casa habitación (latín domus). En este último sentido la casa en que una persona ha establecido su habitación, presume su habitual residencia".¹⁵

Concepto de Domicilio.

La persona vive en sociedad y debe poder ser hallado en un momento determinado, ya sea para ejercer su derecho o cumplir sus obligaciones; este el lugar donde se encuentra la persona.

¹⁵ Rodríguez Soriano, Gerardo, Código Civil Comentado, 3ª, ed, Porrúa, México, 1993, pág. 34.

Definición de Domicilio

Es el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona, para la producción de efectos jurídicos. Es decir es el asiento territorial que debe tener toda persona para el cumplimiento de sus

deberes y obligaciones y el ejercicio de sus derechos.

Residencia.

Es el lugar donde la persona reside realmente. Una persona puede tener varias residencias. Ejemplo: una residencia en Asunción, y otro de verano en San Bernardino.

Habitación.

Es el lugar donde la persona se encuentra accidental o momentáneamente por un tiempo generalmente breve.

Caracteres del domicilio:

- a. Es necesario: nadie puede dejar de tener domicilio.
- b. Es único: en principio nadie podía tener más de un domicilio pero este principio no siempre tuvo vigencia tanto que ya los romanos admitían que las personas podrían tener varios.
- c. Voluntarios: la voluntad es determinante para la conciliación o cambio del domicilio.
- d. Es inviolable: nadie puede allanar el domicilio. Solo podrá ser allanado por un juez competente, la Constitución Nacional dispone que el domicilio de las personas es inviolable.

Aplicación y efecto del domicilio.

El domicilio es muy importante porque del mismo dependerá la determinación de la ley aplicable, en cuanto a la competencia del juez.

Es el lugar donde el juez debe efectuar las notificaciones judiciales y el cumplimiento de ciertas obligaciones.

Determina la ley aplicable: cuando ocurren conflictos territoriales de leyes, el éstas se establecerá una serie de situaciones en las que el domicilio determina cual es la ley que será aplicable (la nacional o extranjera).

Fija la competencia de los jueces: el código de procedimiento Civiles y el de organización judicial establece una serie de situaciones en las que el domicilio es determinante para la fijación de la competencia del juez. Entre ellas, el cumplimiento de contratos, para el discernimiento de la tutela o la curatela, las de acciones del trabajo, la de los juicios donde sea parte el Estado, etc.

Notificaciones: el lugar donde se debe efectuar la notificación es en el domicilio real, es allí donde se debe liquidar, ya sea para la demanda o un contrato.

Establece el lugar para el cumplimiento de las obligaciones: el pago se realizará en el lugar designado en el contrato, caso contrario será en el domicilio del deudor.

División del domicilio:

El domicilio se divide en dos grandes grupos, generales y especiales, los que a su vez vuelven a dividirse: el primero en real, legal y de origen y el segundo en: de elección y de constitución.

El domicilio general: la persona no puede tener más de un domicilio general, este domicilio será para cualquier relación jurídica.

Domicilio real: es el lugar donde la persona tiene establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios (Art. 52).

Elementos

Objetivo material: es donde el individuo habitualmente vive con su familia o en ciertos casos donde tiene su principal establecimiento.

Subjetivo o intencional: es el elemento voluntario, la intención que tiene la persona de fijar el domicilio en ese lugar.

Habitación alternativa. Necesidad de poseer un domicilio.

Toda persona debe necesariamente tener un domicilio. Este es el principio de la necesidad, consagrado ampliamente en el derecho moderno, y el domicilio legal excluye al real.

Como se determina el domicilio.

Para determinar el domicilio real en el supuesto caso de que la persona resida en lugares diferentes, el Código nos trae la siguiente solución: en caso de habitación alternativa en diferentes

lugares, el domicilio es el lugar donde se tenga la familia, o el principal establecimiento.

Ejemplo: si una persona tiene su familia en el Distrito Federal y reside allí, pero su lugar de trabajo, es decir, su principal establecimiento comercial, está en el Estado de México, el primero de ellos será su domicilio.

Principio de la unidad del domicilio.

Este es un principio que admite excepciones, como por ejemplo, la persona que tiene más de una función pública, o la que reside en distintas localidades con su familia, o las personas jurídicas, o cuando hay domicilio de elección.

Cambio y conservación del domicilio real. ¿Que elementos predominan para el cambio?

El principio es el *ánimus*, es el único elemento predominante para el cambio.

En cuanto a la conservación consiste en la sola intención de no cambiar o de no adoptar otra residencia.

Domicilio legal.

Es cuando la propia ley se encarga de fijar el domicilio y es denominado así en el Art. 53 ; es el lugar donde la ley presume sin admitir pruebas en contra que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y los cumplimientos de sus obligaciones.

Caracteres del domicilio:

Forzoso: es así porque la ley lo establece y no existe la posibilidad de librarse de ella.

Ficticio: generalmente no coincide con el domicilio real de la persona.

Excepcional: funciona solo en los casos o en situaciones previstas en la ley.

Casos de domicilio legal.

El artículo 52 del Código Civil establece los casos de domicilio legal que son los

siguientes:

Función pública: los funcionarios públicos tienen sus domicilios legales donde ellos ejercen sus funciones.

Militares en servicio activo: es donde estos prestan servicios.

Condenados a pena privativa de libertad: tienen sus domicilios en el lugar donde se encuentra cumpliendo la pena.

Personas ambulantes: son los que no poseen domicilio conocido, tienen en

como lugar de residencia actual el lugar que sea.

Personas incapaces: tienen el domicilio que fije su representante.

Domicilio de Origen.

Es el lugar ó domicilio del padre en el día del nacimiento de los hijos y no el lugar de nacimiento de la persona. Se utiliza a falta de domicilio legal y real.

Domicilio de elección.

La ley permite que las personas puedan libremente convenir la constitución de su domicilio que sea diferente al de su domicilio real donde puedan realizar ciertos actos jurídicos, este

domicilio solo podrá ser modificado por la persona.

Caracteres del domicilio.

Voluntariedad: es inminente, depende directamente de las partes.

Contractualidad: siempre se constituye en virtud de un acuerdo voluntario, siguiendo el acuerdo del contrato. **Invariabilidad:** una vez constituido solo puede modificarse por las partes con respecto al contrato.

Ficticio: no siempre el domicilio especial o de elección coincide con el domicilio real, este a veces puede constituirse en la escribanía donde se celebra el acto.

Domicilio procesal.

Este domicilio es aquel que se constituye por expresa disposición del Código de Procedimiento, debe estar ubicado dentro del radio urbano de la ciudad o pueblo (20 cuadras del juzgado). No debe confundirse con el domicilio legal.

Su diferencia del domicilio legal.

El domicilio legal es donde la ley presume que la persona reside permanentemente para el ejercicio de sus derechos y en cumplimiento de sus obligaciones.

Y el domicilio procesal es donde la persona fija domicilio para procedimientos judiciales.

Es importante aclarar que **existen varios tipos de domicilio:**

☞ **REAL.-** Aquel en que radica una persona con el propósito de establecerse en él:

☞ **LEGAL.-** Es aquel que la ley señala como lugar para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones aunque no se encuentre presente;

☞ **VOLUNTARIOS**.- Surge cuando una persona, a pesar de residir en un lugar por más de seis meses, desea conservar su domicilio anterior, claro llevando a cabo los trámites;

☞ **CONVENCIONAL**.- Aquel que la persona señala como un lugar para el cumplimiento de determinadas obligaciones y;

☞ **ORIGEN**.- Se refiere al lugar en donde se ha nacido.

Conclusión

Las personas necesitan tener un lugar específico donde ubicarlas, para así poder ejercer derechos y contraer obligaciones. Notamos que existen varios tipos de domicilios, también existen residencias y habitaciones.

El domicilio se divide en dos grandes grupos, el general y el especial con sus respectivas sub-divisiones.

En el orden general ubicamos el domicilio real, el legal y el de origen que son atributos de la persona y el especial es constituido a efectos de actos jurídicos o procesales.

CAPITULO 2.

2.-LA CONSTITUCIÓN Y SU RELACION CON LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE ESTABLECEN EN SU PARTE DOGMÁTICA.

La definición de la constitución en la Enciclopedia Encarta 98 se encuentra como; "una ley fundamental, escrita o no, de un Estado soberano, establecida o aceptada como guía para su gobernación. La constitución fija los límites y define las relaciones entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial del Estado, estableciendo así las bases para su gobierno. También garantiza al pueblo determinados derechos. La mayoría de los países tienen una constitución escrita.",

La constitución es un código de normas que ayuda a la institución social a lograr y mantener bien estructurado sus objetivos. México es una República representativa, democrática y federal, gobernada bajo las leyes de la Constitución promulgada en 1917. La nueva Constitución de 1917 propició la formulación de un código laboral, prohibió la reelección presidencial, expropió las propiedades de las órdenes religiosas y restableció los terrenos comunales a los indígenas. Muchas de las condiciones de la negociación para el bienestar social y laboral fueron muy avanzadas y radicales para su época. La constitución está compuesta por varias leyes creadas las cuales se puede modificar de acuerdo a situaciones vividas en determinada época o agregar para la mejora de situaciones importante del país, algunas de las más drásticas estaban encaminadas a frenar la injerencia extranjera en la propiedad minera y de la tierra.

Las garantías individuales según la postura ideológica adoptada en las Constituciones que rigieron a nuestro país durante el siglo pasado, se reputaron en términos generales, como medios sustantivos constitucionales para asegurar los derechos del hombre. Así, inclusive, se estimaron por el artículo primero de la constitución de 1857, para cuyo ordenamiento tales derechos implicaron la base y el objeto de las instituciones sociales, es decir, de la teleología

estatal expresada en éstas. Es evidente que dentro de esa concepción, las garantías consignadas constitucionalmente fueron establecidas para tutelar los derechos o la esfera jurídica en general del individuo frente a los actos del poder público. Atendiendo al sujeto que como único centro de imputación de las garantías se consideraba por los preceptos que las instituían, la denominación o el objetivo de "individuales" se justificó plenamente. Las garantías individuales que con el título de individuales instituye nuestra constitución, propiamente se refieren a todo sujeto que tenga o pueda tener el carácter de gobernado en los términos en que expusimos este concepto.

Gurrola define "Las garantías individuales que se atribuye a las garantías debe tener todo gobernado, no corresponde a la verdadera índole jurídica de éstas y sólo se explica por un resabio del individualismo clásico que no tiene razón de subsistencia en la actualidad"

Considerando a la constitución de 1917, en lo que respecta a la consagración de tales garantías, como un trasunto de regímenes político sociales ya liquidados. Por tanto. para evitar dichas críticas, que sólo se basan en un error puramente terminológico consistente en haber denominado a las multicitadas garantías con un adjetivo que únicamente traduce a uno de los sujetos activos de la relación jurídica que implica, es del todo indispensable que el nombre de "garantías individuales" se sustituya por el de garantías del gobernado, el cual se adecúa con justeza a su verdadera titularidad subjetiva.

Para clasificar en términos generales las garantías individuales disponemos de dos criterios fundamentales: uno que parte del punto de vista de la índole formal de la obligación estatal que surge de la relación jurídica que implica la garantía individual, y otro que toma en consideración el contenido mismo de los derecho públicos subjetivos que de la mencionada relación se forman en beneficio del sujeto activo o gobernado, se puede decir que las garantías individuales se dividen en: igualdad, libertad, propiedad y de seguridad jurídica.

Por lo tanto las garantías individuales son de gran importancia para cada uno de nosotros; La constitución como Ley Suprema rige la vida de México, establece derecho tanto individuales como sociales para todos los mexicanos y para toda persona que se encuentra dentro del territorio nacional, son derechos o garantías individuales, los que protegen a las personas como individuos, este concepto se forma, según las aplicaciones que preceden, mediante la concurrencia de la relación jurídica entre el gobernado y el Estado y sus autoridades y se basan en la dignidad del hombre.

Sin garantías individuales no hay seguridad, así como sin derechos humanos no hay democracia. Para garantizar esa seguridad ciudadana que todos los mexicanos anhelamos

2.1. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN.

Sin duda alguna la Constitución como conjunto de disposiciones que regula los derechos fundamentales del hombre y que provee las bases para organizar al Estado, es una parte fundamental e imprescindible en el desenvolvimiento y bienestar tanto de los individuos que integran dicho ámbito social, como del mismo gobierno, toda vez que sienta las bases sobre las cuales se regirá tanto jurídica, económica y socialmente dicho Estado, caracterizando a la Constitución como la norma Suprema de un País, por lo que la violación a sus disposiciones legales traería como consecuencia un mecanismo de defensa que ella misma establece.

EL maestro Rogelio Martínez Vera define a la Constitución como:

“...Un conjunto de normas de derecho básicas y supremas, que dan origen y sustancia a la persona moral de derecho público llamado Estado...”¹

¹ Martínez, Vera, Rogelio, Fundamento de Derecho Público, Mc Graw Hill, México, 1994, pág.54.

Por lo que al ser la Constitución el documento jurídico-político que regula la posibilidad de que una sociedad humana se pueda organizar y por consiguiente pueda autodeterminar y auto limitar sus intereses, toda Constitución se debe caracterizar por ser AJUSTADO A DERECHO (EX JURE).

Es importante recalcar que al determinar la Constitución las bases sobre las cuales un Pueblo o Nación, esto trae en ocasiones como consecuencias (el caso de nuestro país), la creación de normas secundarias emanadas de ésta, que a su vez se subdividen en varios cuerpos legales de diversos índole; sustantivas, adjetivas, orgánicas, reglamentos, etcétera.

Al ser la Constitución la Ley Suprema (artículo 133 Constitucional, en el caso de nuestro País), se debe acatar lo establecido en su ordenamiento legal, por lo que ninguna ley secundaria que emane de aquella debe ir en contra de sus preceptos jurídicos.

En relación a esto el Doctor Ignacio Burgoa Orihuela establece "...es la Constitución la que directa y primordialmente objetiva y actualiza las facultades de autodeterminación de la soberanía popular, por lo que recibe también el nombre de ley fundamental, en vista de que finca las bases de calificación, organización y funcionamiento del gobierno del Estado o del Pueblo (autodeterminación) y establece las normas que encauzan el poder soberano (auto limitación) consignando en primer término, derechos públicos subjetivos que el gobierno pueda oponer al poder público estatal, y en segundo lugar, competencias expresas y determinadas, como condición **SINE QUA NON** (se emplea para referirse a algo que no es posible sin una condición determinada); de la actuación de los Órganos de Gobierno...".²

² Burgoa Orihuela, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano 13 a, ED, Porrúa, México 2000, pág. 323.

Es decir la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la ley Suprema, dividida en su parte Dogmática (en esta se reconocen los derechos fundamentales de los individuos de cierto grupo).

Y parte Orgánica (tiene objeto organizar el poder público).

2.2. NOCIÓN Y CONCEPTO DE GARANTIA INDIVIDUAL.

El sistema jurídico que debe imperar en un Estado de Derecho debe tener como requisito SINE QUE NON (PREVIO), una organización y por consiguiente un funcionamiento que vaya acorde a las necesidades que requiera cada Estado, es decir toda sociedad debe establecer disposiciones jurídicas y senderos normativos constituyendo un orden legal integro emanado de las potestades de autodeterminación y auto limitaciones estatales.

Es decir, al establecer el Estado las normas jurídicas que regirán en su ámbito territorial, éstas deben de tener como objeto adecuarse a las necesidades que tenga dicho Estado, le corresponde a las autoridades legalmente constituidas hacer valer y aplicar dichas normas legales dentro de su concerniente ámbito de competencia, por lo que existe una jerarquía de validez y aplicabilidad normativa, teniendo la Constitución en tal gradación, el sitio preeminente y fundamental. En nuestro Derecho positivo Mexicano la Constitución Federal en su artículo 133 establece: "...Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la Republica, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados..."

Por lo que en todo ambiente de normatividad, la organización y el poder autoritarios establecen deben observar en primer orden la Constitución y en

Segundo lugar, dentro de una jerarquía normativa, las leyes federales y las Constituciones y leyes locales ordinarias, las cuales forman parte de la denominada legislación secundaria, y posteriormente en el mismo orden de ideas, los Tratados Internacionales.

Ahora bien, ya mencionados que la Constitución en todo régimen de derecho debe ser la ley del Estado, estableciéndose en la misma las disposiciones legales que serán acatadas por todos los individuos que se encuentren en dicho Estado y fomentando las bases para su formación y desarrollo del mismo Estado. Por lo que toda Constitución es un régimen democrático como el que impera en nuestro país debe establecerse y estipular, los derechos fundamentales o libertades individuales que conforman la dignidad de la persona, conocidas como garantías individuales constituyen el estatuto personal de los individuos, además de que son inalienables están salvaguardadas en las propias constituciones frente al Estado y sus órganos de gobierno.

En nuestro sistema Constitucional las garantías individuales y más bien los derechos fundamentales garantizados por la Constitución se encuentran establecidos en los primeros 29 artículos de la misma, como también se encuentran estipulados en todos aquellos preceptos constitucionales que vengan a complementar las primeras veintinueve disposiciones, dichas garantías individuales aluden no sólo a las personas físicas, sino que involucran a todo gobernado como es el caso de las personas morales de derecho privado, las entidades de derecho social, las empresas de participación estatal y los organismos descentralizados, dado que todos estos sujetos o gobernados están expuestos a ser afectados en sus esferas jurídicas por actos de autoridad. Con relación a esto, el artículo 1º de Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es decir Nuestra Carta Magna establece: “...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.”.

Es importante hacer mención que las garantías individuales surgieron a partir de la Revolución Francesa, las cuales siempre están protegidas por el Estado, constituyendo el mínimo de seguridad para los gobernados.

Para el maestro Ignacio Burgoa, las garantías individuales “se traducen jurídicamente en una relación de Derecho existente entre el gobernado como persona física o moral y el Estado como entidad jurídica y política con personalidad propia y sus autoridades, cuya actividad en todo caso se desempeñó en ejercicio del poder y en representación de la entidad estatal.”³

La Palabra garantía proviene del término anglosajón “warranty” ó “warrantie”, que significa la acción de ASEGURAR, PROTEGER, DEFENDER, O SALVAGUARDAR (to warrant), por lo que tiene connotación muy amplia. Garantía equivale, pues en su sentido lato a “aseguramiento” o “afianzamiento”, pudiendo denotar también “protección”, “respaldo”, “defensa”, “salvaguardia” o “apoyo”. Jurídicamente, el vocablo y el concepto “garantía” se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas.”⁴

El Doctor en Derecho Saúl Lara Espinosa menciona que las Garantías Individuales “...son el reconocimiento y proclamación de diversos derechos consignados y protegidos bajo ciertas reglas y principios jurídicos a favor del gobernado por la Constitución, leyes y tratados internacionales, que sólo puede ser restringidos o suspendidos por las autoridades competentes, en aquellos casos y con las condiciones que el orden jurídico establece”.⁵

Es necesario señalar que las garantías individuales deben ser ajustado a Derecho, ya que deben ser respetadas, acatadas y por consiguiente ningún individuo o autoridad deben violarlas, toda vez que dichas garantías no son solo un atributo del individuo sino un derecho ineludible, imprescriptible, e inalienable, frente al poder público. Cabe mencionar que en la Constitución Federal dentro de

³ Burgoa Orihuela, Ignacio, Las Garantías Individuales, 27ª, ED. Porrúa, México 1995, pág. 164.

⁴ Ibidem. Pág. 159.

⁵ Lara Espinosa, Saúl, Las Garantías Constitucionales, 2ª. ED. Porrúa, México, 1999, págs.12-13.

algunos de los 29 artículos en los que se encuentran establecidas las garantías individuales, impone a los individuos ciertos deberes que obligatoria y necesariamente deben cumplir, denominándoseles a los mismos Obligaciones Sociales, las cuales tienen como objetivo el desarrollo del país, tanto en lo Social como en lo económico, y en algunas ocasiones también lo político, pero no solamente beneficia al país, sino también a los individuos (como sucede en lo que se refiere al Servicio Militar Nacional, que deben realizar los individuos al cumplir los dieciocho años de edad, tal como lo establece el artículo 5° párrafo IV Constitucional, en el carácter de gobernados.

2.3. NOCIÓN Y CONCEPTO DE LIBERTAD.

Como antecedente de la Libertad, tenemos que no fue sino hasta la Revolución Francesa (1789) cuando se instituyó la libertad universal del individuo, desde ese entonces se dijo que todo hombre por el hecho de ser tal, nace libre, es decir no importa la raza, religión, o posición social, por lo que al ser todo individuo libre y fijarse objetivos que alcanzar para la satisfacción personal y de las personas que lo rodea y por consiguiente poner en práctica dichos objetivos surgen lo que se le denomina la Libertad Social.

Libertad del latín (*libertatis*), *alis*, que indica la condición del hombre no sujeto a esclavitud, es uno de los atributos de todo individuo, entendida ésta como la protesta no sólo de andar libremente en el ámbito territorial, sino también proponer los fines que más le convengan para su desarrollo, así como para elegir los medios que estime apropiados para su consecución.

“Es en la elección de fines vitales y medios para su realización como se ostenta relevantemente la libertad. Esta es en términos genéricos, la cualidad inseparable de la persona humana consistente en la potestad que tiene de concebir los fines y de excogitar los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad particular. Se dice por ende que cada persona es libre para

proponer los fines que más le convengan para el desarrollo de su propia personalidad, así como para seleccionar los medios que estime más apropiados para su consecución.”⁶

El Doctor Ignacio Burgoa, al establecer lo antes descrito, se puede concluir que la libertad es una condición SINE QUA NON, necesaria para el logro de la teleología que cada individuo persigue, esta se traduce como un atributo inseparablemente de la naturaleza humana, es decir como un elemento esencial de la persona.

2.4, LAS GARANTIAS DE LIBERTAD.

Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su parte dogmática tiene establecidos de acuerdo a su clasificación las garantías individuales de: “Libertad, Igualdad, Seguridad y Propiedad y siendo la Garantía de Libertad el motivo de nuestro estudio (en particular la garantía de Libertad de Tránsito) realizaremos una sinopsis en relación a las garantías de libertad, siendo la misma la facultad, que tiene el individuo de elegir propósitos y medios adecuados para ejecutarlos sin restricción o limitación alguna.

Como se mencionó anteriormente, la libertad es el atributo que como personas poseemos, lo que nos permite obtener diferentes beneficios, tanto individuales como colectivos, por lo que una de las condiciones indispensables es SINE QUA NON, (requisito previo), para que el individuo realice y lleve a cabo sus propios fines desarrollando su personalidad y proponiéndose 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 también como una actuación externa sin limitaciones o restricciones que haga imposible o impracticable las conductas necesarias para la actualización de la teleología humana.

⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio, op.cit. pág.304.

De acuerdo a la clasificación las Garantías Individuales son:

a) La potestad que tiene toda persona de decidir de manera libre, responsable, e informada, sobre el número y esparcimiento de los hijos, es decir, ninguna ley, autoridad (judicial o administrativa) o persona tiene por que decidir u obligarnos a tener determinados hijos (artículo 4º párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

b) La libertad de trabajo, toda vez que todos los individuos en México podemos dedicarnos a la profesión o industria que más nos acomode siendo lícitas, a nadie se le obligará a prestar sus servicios sin el pago de un salario, salvo en los casos que las autoridades lo requieran, por ejemplo: cuando haya elecciones, si se nos solicita. Al respecto el Doctor Ignacio Burgoa puntualiza “la libertad de trabajo concebida como la facultad que tiene el individuo de elegir la ocupación que más le convenga para conseguir sus fines vitales, es la manera indispensable, para el logro de su felicidad y bienestar”.⁷

Es decir, dicha garantía implica, que el gobernado puede decidir libremente la profesión, oficio arte u ocupación que mejor le convenga siendo lícita. Por lo que la libertad de trabajo es uno de los más grandes logros obtenidos después de terminada la Revolución de 1910 y plasmada más adelante en la Constitución de 1917 (artículo 5º Constitucional, y 4º de la Ley Federal del Trabajo).

c) La libre expresión de ideas es una manifestación de la voluntad del individuo que significa tener una idea, o pensamiento y expresarlo de manera verbal o material.

Siendo una derivación específica de la libertad en general, la libre manifestación de las ideas contribuye para el cabal desenvolvimiento de la personalidad humana, estimulando su perfeccionamiento y elevaciones culturales.”⁸

⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, op cit. cit., Pág. 311.

⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio.op.cit.pág.348.

Como mencionados anteriormente la libre expresión de ideas se puede presentar de dos maneras, la verbal, la escrita, la primera a través de discursos, ponencias, polémicas, conferencias, conversaciones, etc., y la segunda por cualquier medio escrito como libros, revistas, periódicos, carteles. Por lo que la manifestación de ideas solo será objeto de inquisición judicial o administrativamente en los casos siguientes:

Artículo 6° de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

1. – Cuando se ataque la moral.
2. – Cuando ataque los derechos de terceros.
3. – Cuando provoque algún delito.
4. – Cuando perturbe el orden público.

d) La libertad de Imprenta, consiste en dar a conocer un avance científico, un libro o cualquier otro análogo de manera impresa, la cual es sin lugar a dudas un privilegio que tenemos y del cual gozamos todos los que vivimos en un país democrático, teniendo como únicos limitantes que mediante su ejercicio se ataque o falte al respeto a la vida privada, ataque a la mora, se altere la paz pública (artículo 7° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

e) El derecho de petición, consistente en que toda persona tiene el derecho facultad de ocurrir a cualquier autoridad, redactando una solicitud escrita, o facultad de ocurrir a cualquier autoridad redactando una solicitud escrita o de cualquier otra índole la cual adopta en particular el carácter de simple petición administrativa, acción, recurso, etc., Por lo que los funcionarios públicos que trabajan para el Estado, tienen como obligación el de dar una contestación a dicha petición, consistente en dictar un acuerdo escrito a la solicitud que el gobernado les presentó. Como Se puede dilucidar de lo anterior, el artículo 8° de la Constitución Federal no determina lo que se entiende por breve término, por lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en su jurisprudencia, que dicha disposición se infringe si transcurre cuatro meses desde que la autoridad haya recibido la petición escrita del gobernado sin que se hubiese contestado. Artículo 8° Constitucional.

f) La libertad de reunión o asociación, siempre y cuando sea lícita y pacíficamente, el acto de asociación es por naturaleza más o menos permanente se prologa en el tiempo (como son los sindicatos, sociedades, agrupaciones, confederaciones etc.), en cambio la reunión es de carácter transitoria, momentánea (asambleas, manifestaciones, mítines), y como ya se menciona anteriormente, al congregarse para hacer una petición o bien presentar una protesta por algún acto de autoridad, se respetará por cualquier autoridad, siempre y cuando no se profieran injurias no se hiciere uso de la violencia, o amenazas para intimidar y obligar a resolver algo en el sentido que se desee.

g) Libertad de portación y posesión de armas, consistente en que todo individuo que habite en el territorio nacional, puede tener un arma de fuego ya sea en su domicilio o traerla consigo, según sea el caso, previos los trámites de ley ante la Secretaría de la defensa Nacional, aclarando que al hablar de posesión de armas nuestra Constitución se refiere al hecho material de la tenencia de ellas, no teniendo mas limitaciones éste derecho que la relativa a las armas prohibidas (las cuales son enumeradas en el artículo 160 del Código Penal para el Estado de México y artículo 160 y 161 del Código Penal Federal) así como las armas cuyo uso ha sido reservada para las fuerzas armadas. Por lo que el domicilio de residencia permanente de los individuos para la posesión de armas destinadas a mantener su seguridad y legítima defensa será el que declaren ante las autoridades cuando manifieste la adquisición de un arma (artículo 10 Constitucional).

h) La libertad religiosa consiste en que toda persona puede profesar la fe religiosa que desee o no profesar ninguna si así lo desea. El fenómeno religioso, se ha revelado en sentido amplio como la actitud intelectual, que el hombre ha asumido frente a las dos cuestiones fundamentales que constituyen la problemática toral que afronta su conciencia y que consisten primordialmente en atribuir la causación de todo lo creado a un Ser Supremo, (dios), y en considerar que el destino humano no se agota en la vida terrenal.⁹

⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio, op. cit., pág. 403.

2.5. LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRÁNSITO.

Trataremos en sentido amplio de la libertad de tránsito concebida está como el derecho, o atributo que tiene toda persona de entrar, salir y viajar por el territorio de un país e inclusive mudar el lugar de su residencia, dentro del mismo. Con relación a esto y de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta garantía de libertad sufre muy razonables limitaciones, como lo es verbigracia que un procesado o condenado no puede residir en el lugar en que él desee ni abandonar la República Mexicana, cuando él quiera, toda vez que se encuentra a disposición de las autoridades judiciales, por motivo de algún delito.

Analizando la garantía de libertad de tránsito, a través de la historia mencionaremos que en la antigüedad y durante la Edad Media (siglo IV a XIV a.C.) no solo se concebía la libertad de tránsito como un derecho de individuo, el cual podía ser respetado y por consiguiente pedir su cumplimiento legal a las autoridades, sino que por el contrario, el desplazamiento físico de las personas, en tanto que simple fenómeno fáctico, estaba sometida a severas restricciones. No fue sino hasta la declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 en los que se establece en los artículos 4 y 7 la libertad de ir, venir, y residir, por lo que a partir de ese momento la libertad de tránsito pasaría a formar parte del Derecho Público interno de los países organizados bajo el régimen liberal democrático. Es importante hacer mención que en nuestro País a partir de la lucha de independencia (1810), la libertad de tránsito fue reconocida en varios documentos públicos trascendentales, desde el Derecho Constitucional o mejor conocido como la Constitución de Apatzingan del 22 de Octubre de 1814, hasta la Constitución en vigor del 5 de Febrero de 1917.

Antes de 1914 la libertad de tránsito era común en toda Europa, pero esto habría de cambiar a raíz de las dos Guerras Mundiales. Sin embargo actualmente, el pasaporte es un documento necesario para poder entrar a cualquier país y

además en muchos países se requiere la obtención previa de una visa, en la cual se precisa el tiempo que permanecerá la persona que llega a ese territorio (tratándose de extranjeros)

Volviendo a lo establecido por el artículo 11 Constitucional, éste reconoce a toda persona el derecho de entrar o salir de la República Mexicana, de viajar por su territorio y de establecer o cambiar su lugar de residencia dentro del mismo, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, visa u otras análogos. No obstante, deposita el ejercicio de éste derecho a las facultades que las autoridades judiciales o administrativas pueden desplegar en los casos y circunstancias que la propia Constitución establece. En relación a lo que estipula el artículo en mención es de hacer notar que existen dos tipos de libertad de tránsito, la interna y la externa la primera en que todo individuo puede andar libremente por el territorio, mudar de residencia y en la cual el Estado no puede limitar su ejercicio mediante la exigencia de documentos o de otros requisitos análogos, a cuya obtención y posesión quedase supeditado el traslado o desplazamiento temporal o la elección fijación o variación del lugar de residencia permanente de las personas, dentro del territorio nacional; la segunda que se refiere a la libertad de tránsito que opera en el exterior, en cuyo caso el requerimiento de documentos, trátase de pasaportes, visas, permisos especiales para el tránsito de personas en zonas fronterizas solo serán validos en la medida en que estos documentos sirvan a la autoridad para identificar a las personas que cruzan las fronteras de un país, así como para registrar y controlar los movimientos migratorios, lo que, hace que cualquier persona tenga la obligación de obtener y por consiguiente poseer un pasaporte y también por lo regular una visa para desplazarse hacia el extranjero. Sólo que esta libertad de tránsito será limitada por la autoridad judicial o administrativa toda vez que la autoridad judicial podrá restringir el libre tránsito de los individuos en los casos de responsabilidad penal o civil, restricción que suele concretarse en medidas tales como la prisión impuesta como pena por sentencia judicial, la detención preventiva, el arraigo, el confinamiento, etc., según lo establecido en los Códigos Sustantivos y adjetivos penal y civil.

Quedan también comprendidas las restricciones establecidas por la ley, ya sea en materia de emigración, inmigración o salubridad general; sea en lo que se refiere a los extranjeros perniciosos en el país, (tal como lo establece el artículo 33 Constitucional) ya que inclusive serán expulsados del territorio nacional y no podrán por ningún motivo inmiscuirse en asunto político del país. También el Congreso de la Unión, podrá dictar leyes sobre nacionalidad, inmigración, emigración, salubridad general, condición jurídica de los Extranjeros (artículo 73 fracción XVI de la Constitución Federal). La ley General de Población, establece los casos y las condiciones que debe reunir todo extranjero que se encuentre en nuestro país.

En materia Internacional, en lo referente a los Derechos Humanos, se reconoce el derecho de toda persona de salir libremente por el Territorio del Estado al que haya entrado legalmente, claro que existen gobiernos dictadores y revoltosos que no toman en cuenta todo lo anterior, como lo son algunos países Árabes en los que se encuentra IRAK, IRAN, anteriormente AFGANISTÁN, entre otros más.

Este derecho de libertad de tránsito, lo encontramos estipulado en algunos documentos internacionales en materia de Derecho Humanos de fecha diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1968, vigente a partir del 23 de Marzo de 1976 y ratificado por México el 25 de Marzo de 1981; la convención Americana sobre Derechos Humanos o pacto de San José de Costa Rica del 22 de Noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de Julio de 1978 y ratificado por México el 25 de Marzo de 1981; así como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, del 16 de septiembre de 1963.

Conforme a los términos de las disposiciones de algunos de los instrumentos antes citados, la condición relativa a la legalidad de la estancia en el

territorio de uno de los Estados Partes, descarta de plano el ejercicio de éste Derecho, a todas aquellas personas que no respeten las disposiciones administrativas que rigen la entrada y estancia en el territorio de un Estado y principalmente a los extranjeros que hubiesen ingresado clandestinamente a un país.

2.6. LA INCONSTITUCIONALIDAD.

Se dice que el término Inconstitucionalidad es erróneo, toda vez que lo mismo puede significar dentro de la misma, por lo que muchos autores consideran que el término preciso es anticonstitucionalidad ya que este término no es confuso, toda vez que significa contrario a la Constitución.

Siendo la Constitución la ley suprema de nuestro País tal como lo establece el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las demás disposiciones legales secundarias, no tiene ni deben contradecirla, toda vez que de la Constitución se derivan la legalidad (constitucionalidad) o ilegalidad (inconstitucionalidad) de las leyes ordinarias.

“La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia declara que la Constitucionalidad de una ley puede examinarla el poder judicial federal a través del juicio de amparo...”¹⁰

Este recurso de inconstitucionalidad ha tenido poca aplicación en este, la contraparte de los quejosos es el juez común, que según el afectado, aplicó un precepto anticonstitucional.

El artículo 105 fracción II Constitucional, establece: “La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

¹⁰ Carpizo, Jorge, Estudios Constitucionales, 7ª. Ed. Porrúa.México.1999, pág. 442.

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tenga por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad, podrán ejercitarse dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma por:

a) El equivalente a treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de las leyes federales o del Distrito Federal expedida por el Congreso de la Unión.

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal, expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos Legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano.

e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la asamblea de representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia asamblea.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobados por una mayoría de cuando menos ocho votos...”

Por último la declaración de la inconstitucionalidad de la ley presenta diversos instrumentos o sistemas, unos diferentes y otro semejantes en las constituciones comparadas.

2.7. LA INVOLABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN.

Al hablar de inviolabilidad se entiende todo aquello que no se puede transgredir, traspasar o violar por ningún medio.

Por lo que respecto a la Constitución de cada Nación, podemos afirmar que cada una de estas constituciones prevén medios de control de las mismas, control que en nuestro país, se ejerce fundamentalmente a través del Juicio de Amparo. Al hablar de inviolabilidad de la Constitución, estamos hablando de algo utópico, toda vez que toda Constitución se puede y se tiene que infringir (el caso de una revolución) cuando es necesario.

“Desde el enfoque gramatical violar significa infringir, quebrantar o romper algo, la locución inviolabilidad, ha sido usada comúnmente dentro del derecho, para significar que los contenidos normativos deben ser acatados. Sin embargo, en puridad jurídica podemos afirmar que la Constitución, como toda norma, no puede ser violada, o infringida, el fenómeno que comúnmente conocemos como violación de la Constitución en realidad es la no-aplicación de la Constitución.”¹¹

Ahora bien, como es mencionado el único que puede ejercer coacción para que la Constitución sea abolida o cambiada por otra que se adecue a las necesidades del Estado, es el pueblo, toda vez que el mismo artículo 136 de nuestra Carta Magna, en su Título noveno (de la inviolabilidad de la Constitución) establece “...Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aún cuando por alguna rebelión se interrumpa su observación. En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad sé reestablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta”.

Por lo que el Constituyente al crear el anterior artículo, lo hizo con la finalidad de que la Constitución fuera inviolable, sin embargo algunas normas

¹¹ Sánchez Bringas, Enrique, Derecho Constitucional, 6ª. Ed. Porrúa, México, 2001, pág.195.

jurídicas secundarias establecen preceptos legales que violan las garantías constitucionales. Lo que es dable admitir y como todos los sabemos, es que los órganos dependientes del poder público en ocasiones infringen la Constitución, como ya se mencionó, por lo que ésta misma prevé el Juicio de Amparo (artículo 103 y 107 de la Constitución Federal).

“Se afirma que la Constitución es “inviolable” porque solo puede ser quebrantada, desconocida o reemplazada mediante el ejercicio de dicho poder, cuyo titular es el pueblo, toda vez que no es sino el aspecto teleológico de su soberanía “Inviolabilidad” por ende significa la imposibilidad jurídica de que la Constitución sea desconocida, cambiada, o sustituida por fuerzas que no emanen del poder constituyente o por grupos de personas que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo.”.¹²

Podemos aseverar que nuestra Constitución Federal posee una estructura jurídica, sin embargo en ocasiones existen normas jurídicas que la contrarían, por lo que no debemos permitir se sigan cometiendo este tipo de arbitrariedades que nos perjudiquen enormemente.

2.8. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN.

La Carta Magna, es el primer mandato del orden jurídico al que tienen que apegarse las normas constituidas para que tengan validez, cuando esto no acontece, se deriva un conflicto entre la norma derivada (secundaria) y la Constitución por ser suprema (según lo establece el artículo 133 de nuestra Constitución Federal) prevalece sobre aquella.

“El principio de supremacía constitucional se ha establecido en todas las Constituciones mexicanas, si bien en algunos casos no se estableció en forma muy clara. El artículo 126 de la Constitución de 1857 fue tomado literalmente de La

¹² Burgoa, Orihuela, Ignacio, *op.cit.*pág.386.

Constitución norteamericana y es el que quedó en la actual Constitución Mexicana, con reformas de 1934, a la redacción, no al sentido.”¹³

Se denomina Supremacía de la Constitución porque se hace referencia a la característica principal de fungir como la norma jurídica positiva totalmente superior, que actúa como el medio jurídico-normativo que le da validez y unidad a un Estado. La Supremacía de la Constitución deriva de considerarla como norma primaria de todo orden jurídico, y al hecho de que ninguna autoridad del Estado tenga poderes o facultades más allá de lo establecido por nuestra Carta Magna.

“La Supremacía de la Constitución implica que ésta sea el ordenamiento “cúspide” de todo el derecho positivo del Estado, situación que lo convierte en el índice de validez formal de todas las leyes secundarias u ordinarias que forman el Sistema Jurídico Estatal, en cuanto que ninguno de ellos debe oponerse, violar o simplemente apartarse de las disposiciones constitucionales. Por ende, si esta oposición, violación o dicho apartamiento se registran, la ley, que provoque éstos fenómenos carecen de “validez formal” siendo susceptible de declararse “nula”, “inválida”, “inoperante” o “ineficaz”, por la vía jurisdiccional o política que cada orden constitucional concreto específico establezca.”¹⁴

Sin embargo, lo anteriormente aseverado por el Doctor Ignacio Burgoa, no se lleva a cabo (desgraciadamente) toda vez que las leyes secundarias en ocasiones violan nuestra Carta Magna, al establecer y aplicar normas jurídicas contrarias a lo establecido por nuestra Constitución, tal como sucede en la figura jurídica del arraigo en la averiguación previa. En nuestro sistema jurídico prevalece un órgano y un procedimiento para garantizar que el orden constitucional sea respetado, éste órgano es el Poder Judicial de la Federación, fundamentalmente a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el procedimiento que tutela

¹³ Carpizo, Jorge, *op.cit.* pág.441.

¹⁴ Burgoa, Orihuela, Ignacio, *op.cit.* pág.359.

los derechos de los individuos a los actos arbitrarios de cualquier órgano del Estado es el Juicio de Amparo.

Cabe hacer mención que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en varias ejecutorias, ha sentado jurisprudencia en el sentido de proclamar en forma abierta, y clara la supremacía Constitucional establecida en los preceptos antes mencionados de nuestra carta Magna.

Hans Kelsen considera, en su teoría por del derecho, que el orden jurídico de un país, está estructurado en un sistema de forma piramidal, a la que el Doctor Ignacio Burgoa, establece:

“Es pirámide se integra con las normas primarias, o fundamentales, las normas secundarias o derivadas de carácter general y abstracto (leyes) y las normas establecidas para un caso concreto y particular (decisiones administrativas y sentencias judiciales)”.¹⁵

En lo que respecta al orden de importancia de los rangos normativos del orden jurídico en México, Enrique Sánchez, manifiesta:

- I.-**Primer nivel. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- II.-**Segundo nivel. Resoluciones sobre controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad y jurisprudencia del Poder Judicial Federal.
- III.-**Tercer nivel. Leyes Federales y tratados Internacionales.
- IV.-**Cuarto nivel. Reglamentos Federales.
- V.-**Quinto nivel. Constituciones Estatales.
- VI.-**Sexto nivel. Leyes y convenios estatales.
- VII.-**Séptimo nivel. Reglamentos estatales.¹⁶

“El principio de la Supremacía Constitucional implica que la Constitución tiene en todo caso preferencia applicativa sobre cualquier disposición de índole

¹⁵ Ibidem,pág.358.

¹⁶ Sánchez, Bringas. Op.cit.pág.192.

secundaria, que la contrarié, principio que tiene eficacia y validez absoluta tanto por lo que respecta a todas las autoridades del país como por lo que atañe a todas las leyes no constitucionales.”¹⁷

“Vivimos en un sistema constitucional, en el que sólo es suprema la Constitución; y por consiguiente todos los poderes y autoridades, es decir, los gobernantes y todos los habitantes de la República, ciudadanos o no, nacionales o extranjeros, es decir los gobernados, están sujetos a los mandatos imperativos y soberanos de la Constitución Política que nos rige.”¹⁸

2.9. RELACION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CON EL DERECHO PROCESAL PENAL.

Como mencionados en capítulos anteriores al hablar de la Supremacía de la Constitución vimos que esta tiene tal atribución al ser la ley suprema toda vez que en sus preceptos jurídicos se encuentra estructurado y organizado al poder público (parte orgánica), así como las prerrogativas, fundamentales que tenemos individuales o garantías del gobernado (parte dogmática), en resumen la Constitución innegablemente tiene primacía jerárquicamente y en sus normas legales esta estructurado todo el sistema legal en vigor.

El derecho Constitucional establece los principios básicos que norman el procedimiento e instituye una serie de garantías que regular los actos y formas de investigación del delito, por consiguiente también señala los límites del poder en relación con el individuo y a su libertad, las limitaciones de ésta, el derecho de defensa, las garantías de audiencia y legalidad establecidas en los artículos 14 y 16 Constitucionales, y varios otros preceptos legales que pueden escindirse en las llamadas “garantías del debido proceso legal”. En vista de ello, conviene jerarquizar la ley realizadora es decir la Constitución Política de los Estados Unidos

¹⁷ Burgoa, Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, pág. 366.

¹⁸ Lanz Duret, Miguel, *Derecho Constitucional Mexicano*, 5ª. Ed. Norgis. México, 1982. pág. 4.

Mexicanos, y así aseverar que la misma es, la fuente principal del procedimiento, por que marca las bases fundamentales, sobre las que deberá actuarse para llegar a actualizar la norma penal; es la pauta imperativa de relación a lo anteriormente expuesto, después de acatar lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se deberá realizar lo estipulado en el Código de Procedimientos Penales, las leyes orgánicas del poder judicial, la ley de Extradición. Etc.

Por consiguiente, en nuestra Carta Magna se encuentran establecidos importantes y trascendentales prerrogativas, que tenemos los individuos que nos encontramos en el territorio nacional, tales como la libertad, las formalidades procesales, los requisitos de procedibilidad, el tiempo de duración del proceso, etc., son cuestiones de suma importancia reguladas por la Constitución y su trascendencia puede advertirse del texto de los artículos 13, 14, 16, 19, 20, 21, 22 entre otros.

En tales circunstancias, no debemos permitir que normas secundarias tal como acontece en la averiguación previa, con el arraigo, trasgredían y por consiguiente vaya en contra de lo establecido en nuestra Carta Magna.

Por lo que al ser la Constitución Federal en nuestro País la ley Suprema no debemos permitir que las leyes secundarias establezcan preceptos jurídicos o violen nuestras garantías individuales, por lo que es urgente hacer algo y necesario al respecto, pues no debemos permitir que las leyes secundarias transgredan nuestra Constitución.

Por lo que es importante hacerles ver a nuestros legisladores la necesidad de que sean respetadas nuestras garantías individuales, y por lo consiguiente nuestra Constitución, la cual debe ser inviolable, intransigible y sobre todo suprema.

Ninguna persona, agrupación o autoridad esta por encima de nuestra Carta Magna, la cual es realmente un dogma jurídico que como tal, debe ser respetado y por ningún motivo violado.

CAPÍTULO 3.

3.- EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

El Ministerio Público hasta la fecha es el que se encarga de averiguar los delitos mediante las pruebas, razón por la que se considera con derecho para acusar al inodado.

El Ministerio Público, cuya actuación había sido indefinida y débil, en tiempos pasados a partir de la Constitución vigente adquiere importancia mayúscula, de simple figura decorativa pasa a ser elemento básico en la que ejercita la pcuración de justicia penal y de los demás intereses que le encomiendan las leyes.

Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedaría asegurada porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige. Asimismo todos los artículos que parten desde el artículo 1º al artículo 38, y que se encuentran conformados nuestra Carta Magna están dirigidos a proteger los derechos de los mexicanos y a la clara y expedita impartición de justicia. Por cuanto al Ministerio Público Federal, las bases de organización y funcionamiento quedaron asentadas en el artículo 102, que dice: La Ley Orgánica del Ministerio Público de la Federación , cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva. Debiendo estar presidido por el Procurador General, el que deberá de tener las mismas cualidades requeridas para el Ministerio de la Suprema Corte de Justicia.

Incumbe al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, y por lo mismo, a él corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados, buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de estos, hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita, pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley

determine. El Procurador General de la República intervendrá personalmente en las controversias que se suscitaren entre dos o más estados de unión, entre un estado y la Federación y entre los poderes de un mismo estado.

La Leyes Orgánicas del Ministerio Público en México tanto en el fuero común como Federal, fueron elaboradas siguiendo los lineamientos de la Constitución de 1917.

El presente trabajo comprenderá diversos aspectos de la averiguación previa, desde su concepto como etapa procedimental, como actividad o conjunto de actividades y como documento, su fundamento legal, el contenido y forma de la averiguación previa y en general, las reglas comunes aplicables a toda averiguación previa.

3.1. CARACTERES ESCENCIALES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público es la fiscalía u órgano acusador del estado ante la etapa de averiguación previa así como durante la etapa del proceso penal ante el Órgano Jurisdiccional, el ministerio público, como representante sociedad, monopoliza el ejercicio de la acción penal, en nombre del estado. Suele ser considerado como la parte acusadora, de carácter público, encargada por el estado, de exigir la actuación de la pretensión punitiva y de su resarcimiento, en el proceso penal. Como representante de la sociedad, el ministerio público no persigue ningún interés propio sino que realiza llanamente la voluntad de la ley.

Como la parte pública dentro del proceso, el ministerio público es indispensable para que exista proceso penal, agregando a sus peculiaridades un carácter forzoso, imparcial, de buena fe y privilegiado. Es un órgano jerárquico o único, con poder de mando, radicando en el procurador, por lo que los agentes constituyen solamente una prolongación del titular. Es considerado indivisible, puesto que los funcionarios actúan exclusivamente a nombre de la institución. Es un órgano independiente frente al poder judicial y al poder

ejecutivo. Se le considera irrecusable, con la potestad de conocer de cualquier tipo de asunto sometido a su consideración, amén de que en su actuar esta exento de responsabilidad.

Organizado jerárquicamente, el ministerio público, federal o local, se encuentra encabezado por el procurador general correspondiente, el cual será designado y removido libremente, por el presidente de la República si se trata de los procuradores de la República y del distrito federal, o por los gobernadores estatales, en el resto de los casos. Dentro de las reformas de 31 de diciembre de 1994, el ministerio público se vio afectado en sus funciones de abogado del estado, al privarse al procurador general de la república del carácter de consejero jurídico del gobierno, confirmándole el de representante en los juicios en que la federación sea parte. Con intervención definitiva en el proceso penal, la actuación del Ministerio Público también es muy necesaria en el enjuiciamiento civil. Por ello puede afirmarse que además de su función esencialmente penal, el Ministerio Público tiene tareas importantes en los procesos restantes y principalmente en el civil, el mercantil y el de [amparo](#), cuando llega a controvertirse [normas](#) de orden público o intereses de personas ausentes, menores o incapaces.

El Ministerio Público es una institución dependiente del estado, el cual actúa en representación de la sociedad en el ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos aquellos casos que le asignan las leyes, es un órgano sin [género](#), de naturaleza muy singular, ya que adopta un sin número de fases en su funcionar. Al Ministerio Público también se le considera como fiscal, que viene de "Fiscus" y que significa: "Canasta de mimbre" ya que los romanos la usaban para recolectar los [impuestos](#) cobrados a los pueblos conquistados. Al Ministerio Público también se le llama Representante Social, porque sustituye a la sociedad en el ejercicio de la acción penal, sin embargo, el término de Ministerio Público se reviste de ambigüedad ya que se considera doctrinariamente como órgano [administrador](#) de justicia, también se le considera como órgano judicial, dicha imprecisión al tratar de conceptualizarlo impresionó a **Carnelutti** quien cuestionaba si acaso podía ser el Ministerio Público tan sólo una parte del todo, por lo que tiene las siguientes

características:

I. Constituye un cuerpo orgánico: La Institución del Ministerio Público constituye una entidad colectiva, carácter que principia a apuntarse en un [Código](#) de [Procedimientos](#) Penales de 1880 y se señala con precisión en la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903.

II. Actúa bajo una [dirección](#): A partir de la Ley Orgánica en 1903, el Ministerio Público actúa bajo la dirección de un Procurador de Justicia.

III. Depende del Ejecutivo: El Ministerio Público depende del poder ejecutivo, siendo el Presidente de la República el encargado de hacer el nombramiento de Procurador General de Justicia.

IV. Representa a la sociedad: A partir de la Ley Orgánica de 1903 el Ministerio Público se estima como representante de los intereses sociales y es el encargado de defenderlos ante los Tribunales. Así pues, actúa independientemente de la parte ofendida.

El Ministerio Público aunque tiene pluralidad de miembros, posee indivisibilidad en sus funciones, en cuanto que todas ellas emanan de una sola parte: La sociedad. Uno de sus miembros puede sustituirse en cualquier momento por otro, sin que tal hecho exija cumplimiento de formalidades.

Es parte de los procesos: Desde 1903 el Ministerio Público dejó de ser un simple auxiliar de la administración de la justicia para convertirse en parte.

Tiene a sus órdenes a la Policía Investigadora Ministerial: A partir de la Constitución de 1917 deja de ser miembro de la Policía Judicial y desde ese momento es la Institución a cuyas órdenes se encuentra la propia Policía Investigadora. Tiene el [monopolio](#) de la acción procesal penal: Correspondiendo exclusivamente al Ministerio Público la persecución de los delitos es lógico que dicha Institución tenga el monopolio de la acción procesal penal, por lo que la intervención del Ministerio Público es imprescindible para la existencia de los procesos. Es una Institución Federal: Por estar prevista la Institución del Ministerio Público en la Constitución de 1917 están obligados todos los estados de la Federación a establecer dicha Institución.

3.1.1. NOCION Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público es una institución de buena fe, encargada de conocer, investigar y perseguir a los presuntos responsables, de la comisión de un delito, así como de perseguir e intervenir como órgano investigador adscrito en el procedimiento penal que se lleva a cabo ante el A QUO, (el juez) asimismo interviene en asuntos de carácter civil (divorcios, pensión alimenticia etc), es decir, en la averiguación previa interviene como órgano investigador y en el proceso penal interviene como acusador presentando pruebas, conclusiones acusatorias en contra del inculpado, etc. Como cualidades del Ministerio Publico tenemos que es una institución unitaria y jerárquica, el cual depende del poder ejecutivo, es decir es un órgano administrativo y no judicial, como muchos autores consideran.

El ministerio Público es sin lugar a duda una de las instituciones en la que se han vertido diversas discusiones, ya sea por su “mal desempeño”, o simplemente por monopolizar el ejercicio de la acción penal y haciendo a un lado lo anterior y para nuestro tema estudiaremos a la Representación Social como la autoridad administrativa (que no la única) que durante la fase de investigación, puede restringir la libertad de tránsito de los gobernados, es decir que mediante una medida precautoria los inculpados no podrán salir de su domicilio o algún lugar análogo.

Conceptos (de Ministerio Público).

Para algunos autores el Ministerio Público representa a la sociedad, para otros, representa al Estado. Teniendo éste una personalidad jurídica de la que carece la sociedad- concepto ajeno al orden normativo- responde a mejor técnica concebir al Ministerio Público como representante del gobierno, por más que en términos comunes, frecuentemente incorporados a los usos curiales, se le mencione como representante de la sociedad o representación Social.

“Fenech define al Ministerio Público Fiscal como una parte acusadora necesaria, de carácter público, encargada por el Estado a quien representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal ¹.”

Es importante analizar si el Ministerio Público interviene como autoridad al investigar hechos delictivos o bien como parte o simplemente es un órgano investigador, por lo que primeramente analicemos la siguiente definición de Colin Sánchez:

“El Ministerio Público, es una función del Estado que ejerce por conducto del procurador de justicia y busca la aplicación de las normas jurídicas emitidas por el propio Estado para la persecución de los presuntos delincuentes y en las demás previstas en aquellas en las que expresamente se determinan su intervención a los casos concretos.”²

Con relación a lo anteriormente mencionado, de sí el Ministerio Público es parte o no, algunos autores (entre ellos Cerezo Abad), consideran que el mismo no es parte en el proceso penal, por que no es aquí el adversario forzoso e imprescindible del inculpado.

Rafael de Pina define Al Ministerio Público como “un cuerpo de funcionarios que tiene como actividad característica fundamental, aunque no única, la de promover el ejercicio de la jurisdicción en los casos preestablecidos,

personificando al interés público existente en el cumplimiento de esa función estatal.”³

Considero que el Ministerio Público es autoridad y parte, toda vez que

¹ García Ramírez, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, 5ª. Ed, Porrúa, México, 1989, pág. 252.

² Colin Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 18ª. Ed. Porrúa, MÉXICO, 2001, Pág. 103.

³ De pina, Rafael. Diccionario de Derecho. 11º Ed. Porrúa, México, 1999. pág. 278.

actúa como autoridad en el periodo de averiguación previa, hasta el ejercicio de la acción penal, y actúa como parte en el Proceso penal, asimismo actúa en representación de la sociedad protegiendo intereses de la misma tanto en la averiguación previa como en el procedimiento penal, por ejemplo al intervenir en asuntos civiles como son los divorcios, pensión alimenticia, intestados, protegiendo intereses de menores de edad e incapaces, entre otros.

Corroborando lo anterior, la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene que el Ministerio Público es una autoridad durante la Averiguación previa al realizar sus investigaciones y ejercitar o no el ejercicio de la acción penal y parte en el proceso, desde que realiza el ejercicio de la acción penal

Para finalizar el aspecto referente al Concepto de Ministerio Público, diremos que es una institución dependiente del Poder Ejecutivo sea Federal o Estatal, cuyo objeto es representar al Estado en todos aquellos casos que se le asignen las leyes.

MINISTERIO PUBLICO, CARÁCTER DEL, EN EL PROCESO.

En todo procedimiento criminal se distingue dos fases; una inicial de investigación previa, encomendada al Ministerio Público y una segunda fase, que contiene el perfeccionamiento de la investigación y el juicio criminal, propiamente dicho, encomendado a la autoridad judicial, y en esta fase inicial el Ministerio Público seguramente que tiene el carácter de autoridad, con amplias facultades para dirigir a la policía judicial en la investigación que esta haga para comprobar el cuerpo del delito, ordenando la practica de las diligencias que juzgue necesarias; consignadas esas diligencias, después de practicadas, al Juez que deba conocer del proceso, el Ministerio Público cesa en su carácter de autoridad, para convenir en parte acusadora en el proceso, con las mismas prerrogativas y obligaciones que conceden a la otra, constituida por la parte acusada, el pedimento del Ministerio Público, como la misma palabra lo indica, no es si no una solicitud que hace este funcionario ante el Juez de la causa, e

indudablemente esa solicitud no puede tener el carácter de acto de autoridad, aun cuando haya sido acordada de conformidad, por el Juez.

Amparo penal en revisión 5836/46, Lam Rafael.14 de julio de 1947. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Seminario Judicial de la Federación. Época: quinta época. Tomo XVIII. Tesis: Pagina 607. Tesis aislada.

El ministerio Público tiene su fundamento legal de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 y 102 apartado A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el artículo 97 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

3.1.2. ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Las facultades o atribuciones del Ministerio Público se encuentran establecidas en los artículos 21 y 102 apartado A de la Constitución Federal, asimismo se precisa en dichos artículos aparte de la investigación y persecución de los delitos, la atribución esencial de quien lleva a cabo las funciones que le encomienda el legislador, también el Ministerio Público se auxiliará con una policía la que estará bajo su autoridad y mando inmediato, a l cual en muchos Estados de la Republica Mexicana le denominan policía judicial, en lo cual no estoy de acuerdo, toda vez que el termino correcto es policía ministerial, así mismo todo Ministerio Público estará presidido por un Procurador General de Justicia y en el caso del Ministerio Público Federal por el Procurador General de la Republica.

Cabe hacer mención que en él articulo 21 Constitucional se encuentran establecidas sus atribuciones esenciales de la vida práctica, pero no solo investiga y persigue a los probables autores de delitos, su actuación se manifiesta en otras áreas de la administración publica, es decir, el Ministerio Público posee una esfera de acción la cual se extiende mas allá del ámbito del Derecho Penal.

El Ministerio Público tiene asignadas funciones determinadas en materia penal, civil, constitucional, y procesal penal.

1.- En materia Penal; tiene encomendadas la investigación y persecución de los delitos, asimismo procurará lo concerniente para la aplicación de la sanción de todo hecho delictivo por la cual haya ejercitado la acción penal. El representante Social como función investigadora, antes de ejercitar acción en contra de alguna persona o personas, debe realizar una serie de investigaciones con el sólo objeto de justificar el correcto ejercicio de la acción penal, la que se intentará cuando se llenen todos y cada uno de los requisitos señalados por la Ley.

2.- En materia civil; se realizará esencialmente, una función derivada del contenido de leyes secundarias en algunos asuntos, en las que el interés del Estado debe reflejarse para la protección de intereses colectivos o cuando los mismos necesitan por su naturaleza y trascendencia de una tutela especial.

3.- En materia Constitucional; en la que se refiere en particular al Ministerio Público Federal a través del Procurador de la República, tales como procedimientos de extradición, en materia de amparo, toda vez que el artículo 5º fracción IV de la ley de amparo establece que el Ministerio Público Federal será parte en el juicio de amparo.

4.- En materia procesal penal; la referente a intervenir como parte acusadora en el proceso penal que se lleva a cabo ante él A QUO (JUEZ), desde que ejercita la acción penal y se lleva a cabo la consignación hasta que se dicta sentencia (ya sea condenatoria, absolutoria o mixta) según lo determine el Juez.

3.1.3. PRINCIPIOS ESENCIALES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Varios autores consideran que son cuatro los principios esenciales del Ministerio Público. De este se dice que es único o jerárquico, indivisible, independiente, irrecusable inclusive algunos doctrinarios como el Doctor Sergio

García Ramírez, establece que también posee el principio de irresponsable en lo cual no estoy totalmente de acuerdo, pero es importante mencionarlo.

1.- Único o Jerárquico; tal como lo establece el artículo 102 apartado A de nuestra Carta Magna, el Ministerio Público ya sea el Federal o del Fuero común, está organizado jerárquicamente bajo el mando, dirección y responsabilidad de un procurador, asimismo se integraba de personas que colaborarán con el titular de dicho organismo para su eficaz desempeño.

2.- Indivisibilidad; al ejercer las funciones propias de la institución los funcionarios del Ministerio Público actúan en nombre y representación de dicho organismo por consiguiente el hecho de que una persona se separe o sea sustituida de su cargo, no afecta en lo más mínimo a la institución ya que lo actuado por algún funcionario puede seguir siendo realizada por otro.

3.- Independencia; las actividades atribuidas por el legislador al personal integrante al Ministerio Público, corresponden al ejecutivo; por lo consiguiente no es admisible la intervención de ninguno de los integrantes de los otros poderes en su actuación, es decir el Ministerio Público tiene libertad y autonomía para llevar a cabo su labor.

4. - Irrecusabilidad; los funcionarios del Ministerio Público son recusables, lo que es irrecusable es la función realizada en general por el Ministerio Público.

5. - Irresponsable; el Ministerio Público en su calidad de órgano investigador no incurre en responsabilidad como institución, pero los que sí pueden caer en la misma tanto civil, penal y política son los Procuradores Generales de Justicia y el Procurador General de la República.

Es importante hacer mención que estos principios que caracterizan al Ministerio Público no la facultan ni sustantiva y adjetivamente para transgredir nuestras garantías individuales.

3.1.4. CARACTERÍSTICAS DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público como órgano administrativo, posee las siguientes características:

a).- La unidad en el mando; la cual se encuentra a cargo del Procurador General de la República o bien de los Procuradores Generales de Justicia, claro está dentro de los concernientes ámbitos de competencia constitucional. La pluralidad de funcionarios del organismo, constituye su unidad orgánica.

b).- La dependencia del Poder Ejecutivo; el Ministerio Público como institución administrativa depende del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos por lo que concierne a la Federación, todo lo anterior fue a partir de las reformas al artículo 122 Constitucional (25 de octubre de 1993), en la cual se le otorga autonomía al Distrito Federal, el Ministerio Público depende del Jefe de Gobierno del Distrito Federal, aunque el Presidente de la Republica le concierne el nombramiento o remoción, en su caso que haga el Jefe de Gobierno, del Procurador General de Justicia (inciso b, fracción II), y de los Gobiernos de los estados.

c).- La indivisibilidad; en la acción persecutoria o de investigación los funcionarios del Ministerio Público representan a la institución por lo que no actúan en nombre propio, por eso se dice que es indivisible.

d).- La subordinación; tal como lo establece el artículo 21 Constitucional, el Ministerio Público se auxiliará con una policía la que estará subordinada al Órgano Administrativo, es decir al Ministerio Público le corresponde la investigación de los delitos y se podrán auxiliar de la policía para la persecución e investigación de los mismos.

3.1.5 DETENCIÓN REALIZADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO.

La detención al igual que el arraigo que realiza el Ministerio Público en la averiguación previa, es una medida cautelar con la finalidad de asegurar al

probable responsable de la comisión de un delito en tanto se lleva a cabo la averiguación previa o en su caso el proceso penal.

No debemos confundir la detención con la prisión preventiva, toda vez que la preventiva es permanente que la detención, asimismo podemos aseverar que el arraigo está inmerso dentro de la detención, claro está que el arraigo en la averiguación previa y la detención, como medidas cautelares tienen sus propias características, tal como más adelante lo veremos.

Es importante señalar que la detención y la prisión preventiva solo se practicarán si el delito que se le impute al probable responsable es sancionado con pena privativa de libertad, por lo que es improcedente la detención, cuando el delito solo amerita sanción alternativa (tal como lo establece el artículo 16 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

“Fenech, citado por García Ramírez Sergio define a la detención, como un acto por el que se produce una limitación de la libertad individual de carácter provisional y que tiene por fin ponerla (a la persona inculpada) a disposición, mediata o inmediata del instructor del proceso penal para los fines de este, en la expectativa de su posible prisión provisional.”⁴

En sentido estricto la detención termina cuando el juez dicta el auto de formal prisión al inculcado.

La definición de detención de Fenech que proporciona el Doctor Sergio García Ramírez es un poco incompleta, toda vez que la detención la puede realizar cualquier persona en los casos de delitos flagrante, claro está, poniendo al probable responsable inmediatamente a disposición del Ministerio Público (artículo 16 párrafo cuarto Constitucional), asimismo la detención que realiza el Ministerio Público tratándose de delitos graves y por consiguiente en casos urgentes (artículo 16 párrafo quinto Constitucional), y por último la detención realizada por los agentes de la Policía Judicial y/o Agentes Ministeriales y que realizan ante el juez dentro del término de 72 horas o bien

⁴ García Ramírez, Sergio op.cit., pág.574.

144 según lo solicite el indiciado en el período de preinstrucción.

Como vimos, la detención que lleva cabo el Ministerio Público tiene precisado su fundamento legal en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 16 que a diferencia del arraigo, el cual no tiene ni deber tener fundamento legal en nuestra Carta Magna.

3.2. ANALISIS DEL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Para tener una comprensión mucho mejor de lo establecido en el artículo 21 Constitucional, analizaremos los párrafos del mismo, separadamente.

Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, quien se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de 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 hubiera impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas”.

Hasta el primer punto, establece este artículo la imposición de penas por autoridades judiciales, las cuales desde un punto de vista formal lo deben ser constitucional o legal, cabe aclarar que aunque las autoridades sean administrativas, no están impedidas para imponer pena alguna (ejemplo: Las juntas de conciliación y arbitraje), el carácter de autoridad judicial se otorga cuando una autoridad forma parte ya sea del poder judicial federal o bien del poder judicial de las diferentes entidades federativas. Por poder judicial se entiende aquel que está constituido por los jueces que se encargan de resolver los conflictos que se someten a su competencia y que en unión con los poderes legislativo y ejecutivo forman el supremo poder de la federación, tal como lo establece el artículo 49 de nuestra Carta Magna.

El segundo punto trata lo concerniente al Ministerio Público, pues bien, de acuerdo con esta disposición, el gobernado no puede ser acusado sino por una entidad autoritaria especial, que es el Ministerio Público, el cual tiene como función velar por los intereses de la sociedad, cuidando el debido cumplimiento de las leyes, asimismo aunque el artículo 21 Constitucional, establece que el también estará presente en aquellos procesos de interés social o en aquellos casos que se requiera su protección. Por consiguiente, el Ministerio Público tiene la importante función de representar a la sociedad y es el único órgano que tiene atribución para ejercitar la acción penal, siempre que exista debidamente acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de una persona en la configuración de un delito. El Ministerio Público se auxiliará de una policía, la cual estará a su mando (a la que constitucionalmente se le debería denominar policía ministerial y no policía judicial como algunos Códigos adjetivos la denominan), a esta policía le corresponderá apoyar al esclarecimiento de los hechos delictivos y a la investigación que lleve a cabo el Ministerio Público.

La persecución de los delitos llevaba a cabo por el Órgano Investigador se lleva a cabo en dos períodos: a).- El denominado de averiguaciones o investigaciones previas, que está integrado por diligencias de comprobación de los elementos estipulados en el artículo 16 Constitucional, para el libramiento de la orden de aprehensión, diligencias que se llevan a cabo solo ante el Ministerio Público, en forma secreta, o en su caso, ante las autoridades que tengan facultades legales de policía judicial o ministerial y b).- En el que el Ministerio Público figura como parte en el procedimiento judicial tendiente a la determinación de la pena correspondiente, procedimiento que se inicia con el período de instrucción de proceso penal. En la práctica se denomina Ministerio Público investigador en la averiguación previa y Ministerio Público adscrito en el proceso penal.

En el tercero punto que señala el artículo 21 Constitucional, es la aplicación de sanciones por la autoridad administrativa la cual será aplicada mediante una multa o arresto, el cual no podrá exceder de treinta y seis horas

(hasta antes de las reformas el artículo 21 Constitucional del 3 de Febrero de 1983, establecía que el arresto podía ser hasta de quince días lo cual era totalmente ilógico). Las autoridades administrativas tienen facultad constitucional para “castigar” las infracciones que se cometen a los reglamentos gubernativos o bien municipales (como lo es la Ley de justicia cívica en el Distrito Federal o bien el Bando de policía y buen gobierno tratándose de los Municipios del Estado de México). En el caso del Estado de México, los H. Ayuntamientos de los ciento veinticuatro Municipios que lo integran expiden su bando municipal por tres años, tiempo que dura la administración del Presidente Municipal, asimismo en el Distrito Federal, expiden la Ley de Justicia Cívica, la aplicación de sanciones por actos

administrativos la lleva a cabo en el caso del Estado de México y en el Distrito Federal por el Juez Cívico.

Continuando con el segundo párrafo del artículo 21 Constitucional;

“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”

En las reformas del 3 de Febrero de 1983 al artículo 21 Constitucional, también se redujo la multa máxima en caso de que el infractor fuese jornalero u obrero. Finalmente, se adiciona un párrafo para incluir a los trabajadores no asalariados que incurrir en infracción, en cuyo caso la multa no excederá del equivalente a un día de ingreso, tal como lo establece el siguiente párrafo:

“...Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso...”

Finalmente, analizaremos los tres últimos párrafos juntos:

Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no-ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por la vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.

La Seguridad publica es una funciona cargo de la Federación, del

Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios se coordinarán en los términos que la ley señale para establecer un sistema nacional de seguridad pública”.

Del anterior artículo 21 Constitucional antes mencionado, no tiene mayor problema su entendimiento, solamente aclarando que el Sistema Nacional de Seguridad Pública es una institución, que se encarga de un registro nacional de información sobre delincuentes y cuerpos policíacos y de la coordinación para la prevención de la delincuencia.

3.3. LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público de investigar y perseguir delitos, esta atribución se refiere a dos momentos procedimentales: el preprocesal y el procesal; el preprocesal abarca precisamente la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal; el mencionado artículo 21 Constitucional otorga por una parte una atribución al Ministerio Público, la función investigadora auxiliado por la Policía Judicial; por otra, una garantía para los individuos, pues solo el Ministerio Público puede investigar delitos, de manera que la investigación se inicia a partir del momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo, a través de una denuncia, una acusación o una querrela, y tiene por finalidad optar en sólida base jurídica, por el ejercicio o abstención de la acción penal, no necesariamente ejercitar la acción penal.

De lo expuesto, puede afirmarse que la función investigadora del

Ministerio Público tiene su fundamento en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe atender a lo preceptuado en el artículo 16 del mismo ordenamiento y tiene por finalidad decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal.

En este capítulo trataré inicialmente la averiguación previa puesto que ella da pie a que se inicie el procedimiento penal, y tiene por finalidad que de lo asentado, el Ministerio Público conozca a través de la denuncia y/o la querrela sobre un hecho y/o conducta, que la ley sustantiva sanciona como delito y previo acreditamiento de los elementos del cuerpo del delito, permiten a la Representación Social (MINISTERIO PUBLICO), estar en actitud de ejercitar acción penal ante la autoridad judicial competente, o de lo contrario se archive hasta encontrar nuevos elementos para reanudar la investigación ministerial.

El titular de la averiguación previa es el Ministerio Público quien tiene a su cargo la investigación y persecución de los delitos. A continuación, realizare un profundo estudio de la averiguación previa toda vez que el mismo es piedra regular del presente trabajo de investigación.

a) CONCEPTOS: (DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA).

Averiguación, dice Márquez Piñero, proviene de ad, a y verificare verum, verdadero, y fecere, hacer, cuyo significado sería el de indagar la verdad hasta conseguir descubrirla.

Para García Ramírez⁵: La averiguación Previa es la primera fase del procedimiento penal mexicano y con ella se abre el trámite procesal para después culminar llegando el caso a la sentencia firme⁵.

Osorio y Nieto expresa lo siguiente: “La averiguación previa la etapa procedimental, durante la cual el Órgano Investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la

⁵ García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa México 1977. p.340

probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal”.⁶

Guillermo Colín se manifiesta por la averiguación previa en los siguientes términos: “La preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de los Agentes del Ministerio Público en ejercicio de la facultad de policía judicial practican las diligencias necesarias que les permitieran estar en aptitud de ejercitar en su caso la acción penal, para cuyos fines deben estar acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad”.⁷

La fase de averiguación comprende desde la denuncia o la querrela (que pone en marcha la investigación) hasta el ejercicio de la acción penal con la consignación o en su caso el acuerdo de archivo con la conclusión de la averiguación, o la determinación de reserva, que solo suspende la averiguación.

La averiguación tiene por finalidad que el Ministerio Público lleve a cabo todas las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en definitiva se trata de una preparación para el ejercicio de la acción penal. La Averiguación se compone por consiguiente, de todas las actuaciones indispensables para el descubrimiento de la verdad, tanto material como histórica.

Esta etapa de averiguación previa ha recibido varios nombres por parte de los estudiosos del Derecho como han sido; instrucción administrativa (García Ramírez), preproceso (González Bustamante) averiguación fase A (Código Poblano y Yucateco), fase indagatoria (Briseño Sierra), procedimiento preparatorio gubernativo (Alcalá Zamora), la legislación Argentina la denomina prevención policial.

⁶ Osorio y Nieto, Cesar Augusto, La Averiguación Previa. Ed, Porrúa. México 1999 Pág. 2.

⁷ Colín Sánchez Guillermo, Derecho ob.cit. Pág. 311.

Como antecedentes históricos de la averiguación previa tenemos que con anterioridad a la Constitución de 1917 la investigación de los delitos estaba confiado al Poder Judicial. En aquella época unos funcionarios denominados Ministerio Público, quienes podían intervenir en la investigación de posdelitos, pero ello solo como miembros que eran de la Policía Judicial. Cuando no se encontraba el Juez de instrucción, intervenían en las funciones investigadoras los jefes políticos los presidentes municipales, los comandantes de la 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 de investigación sin esperar a prueba conducente al establecimiento de la verdad de los hechos. Fue hasta la Constitución Mexicana del 5 de Febrero de 1917, que se le dio fundamento legal al Ministerio Público.

Ahora bien, la averiguación previa comprende las diligencias indispensables para que el Ministerio Público resuelva o No el ejercicio de la acción penal. La averiguación previa inicia cuando se hace del conocimiento al Ministerio Público de la comisión de un hecho delictivo lo cual puede hacerse por medio de una denuncia o por querrela, ya sea manera verbal o escrita. Entendiéndose la denuncia (del verbo denunciar, que proviene del latín denuntiare, el cual significa “hacer, saber, remitir un mensaje”) como la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio y la querrela (del latín querella) entendida como una manifestación de voluntad de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo u ofendido, con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio. La denuncia la puede presentar cualquier persona aunque no sea el afectado de la comisión de un delito y la querrela la debe presentar el que fue directamente afectado de un delito cometido en su agravio, existiendo una gran diferencia entre las dos, toda vez que en la querrela el ofendido puede otorgar el perdón al responsable de la comisión del delito y en la denuncia no procede el perdón. El tipo legal expresamente señala si el delito es perseguible de oficio o por querrela.

Algunos otros conceptos de la averiguación previa son:

La preparación del ejercicio de la acción penal, se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de los agentes del Ministerio Público en ejercicio de la facultad de Policía Judicial practica las diligencias necesarias que le permiten estar en aptitud de ejercitar, en su caso la acción penal, para cuyos fines debe estar acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad”.⁸

Al hacer un análisis del concepto que antecede cabe mencionar que de acuerdo a la definición, la averiguación previa no tiene como objetivo la preparación del ejercicio de la acción penal, asimismo el Ministerio Público que se auxilia de la policía, no ejerce facultades de policía judicial, sino que esta bajo su autoridad y mando inmediato, haciendo hincapié que la denominación de policía judicial fue modificada en materia federal, recibiendo el nuevo nombre de Agencia Federal de Investigaciones, todo lo anterior a las reformas que se le hicieron al Código Federal de Procedimientos Penales.

“Como fase del procedimiento penal puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.”⁹

Esta definición es la más completa y clara precisa y aceptable, en la inteligencia de que como se refiere acertadamente su autor, el Ministerio Público en base a sus investigaciones puede ejercitar o no la acción penal.

Después de ver las definiciones anteriores, podemos concluir que la averiguación previa es una etapa previa al proceso penal, compuesta por una autoridad policíaca administrativa, y no judicial, en esta etapa el Ministerio Público interviene como autoridad, la averiguación del Ministerio Público

⁸ Colín Sánchez, Guillermo, op. Cit. Pág. 311.

⁹ Osorio y Nieto, Cesar Augusto, op.citp. Pág. 4

concluyeron una resolución que determina de acuerdo con las diligencias, llevabas a cabo con relación a los hechos delictivos de los que tuvo conocimiento la cual puede ser Reserva, no-ejercicio de la acción penal, Ejercicio de la acción penal.

Generalmente se dice que el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal, en lo que estoy de acuerdo, toda vez que el Ministerio Público es el único órgano estatal que en base a la averiguación previa se encomienda el ejercicio de la acción penal, ya que inclusive los jueces penales pueden conocer de un caso tal sólo a petición del Ministerio Público.

b) FUNDAMENTACION LEGAL.(de la Averiguación Previa).

Por lo que respecta a la fundamentación Jurídica de la averiguación previa, esta se contempla en nuestra Constitución Política que contiene las garantías de seguridad jurídica establecidas en la parte dogmática, concretamente en el primer párrafo del artículo 16 en el Código Federal de Procedimientos Penales, en la Ley adjetiva vigente para el Distrito Federal y en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México.

En este orden jerárquico primeramente atenderemos lo que contiene nuestra Carta Magna, transcribiendo el primer párrafo del artículo 16 y así tener una mejor idea de su contenido y alcance:

“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”.

Como se puede observar el término “molestado” implica un acto de autoridad que consiste en una mera afectación o perturbación a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados en dicho párrafo y en especial al elemento personal puesto que el acto de molestia no solamente afecta la individualidad psico-física del sujeto sino también su personalidad jurídica propiamente dicha, luego entonces puedo decir que el acto de molestia al que me refiero es la

averiguación previa, misma que se traduce en actos administrativos que causan al gobernado una simple afectación o perturbación a cualquiera de sus bienes jurídicos –especialmente a su persona- sin importar un menoscabo, merma o disminución de su esfera subjetiva de derecho ni una impedición para el ejercicio de un derecho.

De lo anterior podemos decir que el acto de molestia que para nuestro tema es la averiguación previa se enfoca a cualquier sujeto, puesto que el término nadie que es de índole subjetiva equivale a ninguna persona que razonada a contrario sensu, resulta todo sujeto o gobernado cuya esfera jurídica sea susceptible de ser objeto de algún acto de autoridad.

En el mismo orden de ideas tenemos que el acto de molestia debe emanar de autoridad competente que en sentido formal es el Ministerio Público, por estar legalmente constituido, esta autoridad administrativa tiene la obligación por mandato constitucional investigar (averiguación previa) y

Siendo que la medida de arraigo puede concederse en la averiguación es que he creído conveniente señalar por que un gobernado puede ser afectado por un acto de molestia contemplado constitucionalmente.

Asimismo este párrafo es el procedente de que nos hable artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puesto que para llegar al juicio, es menester necesario, un primer antecedente procedimental como lo es la averiguación previa.

En materia de procesal Federal, las bases legales para que el Ministerio Público o la Policía Judicial puede iniciar averiguaciones previas y solicitar la medida de arraigo se encuentran en las siguientes normas: Artículo 1 fracción I, 2º fracción I, II, III, 3º, 113, 123, 133 bis, 205 y demás relativos y aplicables.

Por lo que toca al Distrito Federal el Código de Procedimientos Penales vigente en su artículo 262 señala que el Ministerio Público está obligado a proceder de oficio a la averiguación de los delitos de que tenga noticia y referente a los delitos de querrela señala que se procederán cuando se haya

presentado la misma.

El precepto antes mencionado tiene el mismo fin que su predecesor jerárquico del Orden Federal, es decir, en ambos fue la oficiosidad es la misma, y el Ministerio Público tiene la obligación de iniciar las indagatorias correspondientes, con la querrela es necesario que la parte afectada se presenta, si no es así, no se podrá iniciar averiguación alguna.

Por su parte la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal también aporta lo suyo, al dar pie a la averiguación previa en su artículo 2° fracción I, ya que en la referida fracción dice que el Ministerio Público deberá perseguir los delitos – la persecución del delito, es en sentido figurado – que se cometan en nuestra capital, puesto que a cualquier conducta ilícita que se cometa, se le debe iniciar la averiguación previa correspondiente.

Es importante por no decir obligatorio que a toda persona que acude a iniciar una averiguación previa, el Ministerio Público le debe asignar la calidad de denunciante o querellante, - dependiendo de los hechos que pongan de conocimiento al Representante Social – calidad, con la cual se le conocerá a partir de ese momento, lo anterior con atención de que solo la autoridad ministerial puede calificar el delito y asignar la calidad del sujeto o sujetos que acuden ante la Representación, ha iniciar una indagatoria.

También dentro de la averiguación previa se dan los supuestos de que si el inculpado cometió un delito con pena alternativa, podrá obtener su libertad mediante caución administrativa lo cual no quiere decir que sea totalmente libre sino que deberá presentarse cuantas veces sea requerido por la autoridad a la que sea consignada la averiguación previa, dichas libertades administrativas proceden en todas aquellas conductas cuya punibilidad no rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, así también se da la hipótesis de que el sujeto activo no pagará caución alguna y deberá ser dejado en libertad cuando la conducta antijurídica no rebase de una pena de prisión de tres años y se llenen los requisitos previstos por la ley para estos casos.

Por último reitero que en la averiguación previa ya sea en el Orden Federal o para el Distrito Federal, al inculpado se le puede decreta una medida restrictiva de su libertad, por tal motivo a consideración he juzgado conveniente hacer un repaso acerca de lo que es la averiguación previa y el fundamento legal que sobre la misma se establece. En segundo lugar, apunto que la medida de arraigo presenta ciertas características dependiendo de las circunstancias del delito, de las circunstancias personales del indiciado, del lugar que se señale para su cumplimiento así como del tiempo que debe durar.

3.3.1. OBJETO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Dentro de este tema que es: "Las funciones del Ministerio Público, dentro de la Averiguación Previa", sabemos que la averiguación previa ha tenido por objeto que el Ministerio Público practique todas las diligencias necesarias para acreditar tanto el cuerpo del delito, como la presunta responsabilidad del encausado. La Averiguación Previa es el inicio de una indagatoria que lleva todo un procedimiento para esclarecer un delito, ya que todo este proceso de la Averiguación Previa es la base del Ministerio Público, quien es el representante social y quien esta encargado de hacer las investigaciones apoyado por la policía Judicial del Estado y el departamento de [servicios](#) periciales.

Por otra parte para la [integración](#) de la Averiguación Previa, el Agente del Ministerio Público debe de aplicar un criterio imparcial y aportar las mejores pruebas para la aplicación de la Justicia y cerciorarse si los denunciados son efectivamente responsables del delito que se le imputa. Y una vez que se presume la presunta responsabilidad consignarla al Juez Penal de la adscripción para radicar la causa.

Es importante señalar que el objeto de la averiguación previa no-solo es comprobar el cuerpo del delito, ya que además de igual forma el Ministerio Público puede al igual que Juez competente:

- a. Coadyuvar con la víctima o el ofendido, con la finalidad de que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que

cuenta, y a que se desahoguen las diligencias pertinentes (todo lo anterior de acuerdo a las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 21 de Septiembre del año 2000).

- b. Que se le otorgue a la víctima o al ofendido la reparación del daño.
- c. Aplica ciertas medidas cautelares, verbigracia: recoger vestigios, ordenar detenciones o en los casos específicos establecidos, vigilar lugares o cosas, sustituir la detención por caución, etc.
- d. Llevar a cabo la investigación.
- e. Desahogar medios probatorios.
- f. Dictar órdenes de inhumación de cadáveres.
- g. Documentar sus actividades.

Es decir, el Ministerio Público es una institución que tiene una muy amplia función, por ello recibe el nombre de “Representante del pueblo”.

3.3.2. LAS GARANTIAS DEL INDICIADO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentran consagradas garantías del indiciado durante la averiguación previa, su derecho a ofrecer y desahogar pruebas, a ser informado y a tener defensor.

Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de Septiembre de 1993, se reformaron los artículos 16, 19, 20 y 119, se derogó la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Federal. En el mencionado decreto se adicionó a la fracción X del artículo 20 Constitucional un párrafo cuarto, el cual establece que las garantías establecidas en las fracciones V, VII y IX de dicho artículo, también serán observadas, es decir también tendrán aplicación durante la averiguación previa.

Las garantías del indiciado en la averiguación Previa son:

a) La garantía de defensa: el defensor, cuando interviene desde el comienzo la averiguación previa, tiene una función fundamental, la cual es estar presente en todo interrogatorio que realice el Ministerio Público al indiciado, con la finalidad de cerciorarse que sea respetado su derecho a permanecer callado, o bien, que sus declaraciones sean libremente emitidas, es decir sin necesidad de coacción.

Por lo que es indispensable que el abogado o defensor, se encuentre presente en todo momento que se este llevando a cabo la averiguación previa, ya que inclusive si no se protege la libertad del indiciado en el momento de rendir su declaración en el transcurso de la averiguación previa, el proceso que se lleve a cabo ante el Juez puede iniciarse sobre la base de una confesión coaccionada.

En materia Internacional, el Congreso internacional de Derecho Penal reunido en Austria el once de Octubre de mil novecientos ochenta y nueve adopto la conclusión de que:

“Toda persona tiene derecho a la asistencia efectiva de un defensor en todas las fases de los procedimientos penales desde el principio mismo de la investigación”¹⁰

Sin duda alguna, el decreto del 3 de Septiembre de 1993, viene a consagrar en Nuestra Constitución Federal, el derecho del indiciado establecido en el artículo 20 fracción IX, consistente en nombrar un defensor, ya sea abogado o persona de confianza, asimismo, el ordenamiento antes mencionado (Constitución Federal), dispone que si el procesado no quiere o no puede nombrar después de haber sido requerido para hacerlo el juez le designará un defensor de oficio. Todo esto trae a colación, de que esta garantía al aplicarse dentro del periodo de Averiguación Previa debe entenderse en el sentido de imponer al Ministerio Público tal designación, lo que en la práctica muchas de las veces no se lleva a cabo, desgraciadamente, toda vez que los agentes del Ministerio Público o sus Secretarios les piden

¹⁰ Zamora-Pierce, Jesús, Garantías y Proceso Penal; 8° ed. Porrúa, México, 1991, Pág.448.

dinero indiscriminadamente a los familiares, para ayudarlo a salir libre, e inclusive decirle que es lo que debe de declarar para exonerarlo de todo cargo, convirtiendo nuestro sistema penal en un sistema corrupto.

b) La garantía de información: esta garantía consiste en que el inculpado le sean facilitados todos los datos que requiere para su defensa y que conste en el proceso, dicha garantía se encuentra establecida en el artículo 20 fracción VII de nuestra Carta Magna, esta garantía también será aplicada en la averiguación previa a favor del indiciado.

“El indiciado podrá exigir que se le informe y el Ministerio Público esta obligado a informarle del nombre de su acusador, y de la naturaleza causa de la acusación, así como de las pruebas que se aporte en la averiguación por el denunciante, o querellante, o de las que el propio Ministerio Público ordene “. ¹¹

c) La garantía probatoria nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la fracción V del artículo 20 establece que al inculpado obviamente por conducto de su defensor lo serian recibidas las pruebas que ofrezca para su defensa. La fracción X en su párrafo cuarto del artículo 20 Constitucional, también consagra esta garantía probatoria a la averiguación previa.

Es importante mencionar que el derecho concedido al indiciado a ofrecer pruebas durante la averiguación previa no debe impedir al Ministerio Público ejercer la acción penal en el momento en que tenga debidamente acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

En tal sentido es preciso entrar al estudio de la parte dogmática de nuestra Ley Suprema, en los apartados en que garantiza a todo individuo de que gozará de libertad personal además de todas las demás consagradas, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, como lo consagra el artículo 1º. De la

¹¹ Ibidem, pág.450.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Con lo que tenemos por cierto que todo acto que restrinja la garantía de libertad personal a la cual nos referimos en este estudio, tendrá que estar preceptuado de forma tangible en nuestra Carta Magna.

Ahora bien dentro de la hipótesis también aseguramos que el arraigo domiciliario no está fundamentado en la Ley Suprema ya citada, lo cual se demostrara en las siguientes líneas como añadidura al lograr demostrar que el acto del arraigo restringe la libertad personal inconstitucionalmente.

Particularmente los actos restrictivos de libertad deben cumplir las exigencias de los artículos Constitucionales número 14,16,18,19, 20, 21, 22 y 23.

Todos los preceptos antes citados, especifican en distinta forma las formas en que la libertad personal puede ser restringida algunos de manera preventiva, esto es antes de llegar a una sentencia que condene al reo a purgarla, y otros en el sentido de establecer las reglas para restringir la libertad personal de quienes ya han sido sentenciados. Por lo que enseguida a la luz de los que se relacionan se debatirá la Constitucionalidad del arraigo domiciliario, y los conceptos de los transgredidos.

El artículo 14 Constitucional establece lo siguiente:

"A ninguna Ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la LIBERTAD o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforma a la letra o a la interpretación jurídica de la Ley, y a falta de ésta se fundará en los [principios](#) generales del

derecho."

Aunque no todo el artículo antes transcrito es útil para efectos de nuestra discusión, creemos necesario compulsarlo completo para no dar lugar a dudar que en ninguna parte sé su texto se fundamenta el arraigo. Lo que sí es evidente apreciar es que el arraigo domiciliario contraviene el texto en cuanto a que nadie podrá ser privado de su libertad sino mediante juicio seguido, cosa que el arraigo domiciliario no cumple, pues su mandato proviene de una figura precautoria en la que la persona afectada con este acto no ha sido oída ni vencida en juicio afectando su libertad personal de forma contraria a la garantía consagrada en este artículo 14 Constitucional.

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

El artículo 16 establece:

"Nadie puede ser molestado en su persona, [familia](#), domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motiva la causa legal del procedimiento"

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la Ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el CUERPO DEL DELITO Y QUE HAGAN PROBABLE LA RESPONSABILIDAD DEL INDICIADO.

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

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

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

Ningún indiciado PODRÁ SER RETENIDO POR EL MINISTERIO PUBLICO POR MAS DE CUARENTA Y OCHO HORAS PLAZO EN EL QUE DEBERÁ ORDENARSE SU LIBERTAD O PONÉRSELE A DISPOSICIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL, ESTE PLAZO PODRÁ DUPLICARSE EN AQUELLOS CASOS QUE LA LEY PREVEA COMO DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la Ley Penal.

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

Esta transcripción no es la totalidad del artículo 16, sino sólo de sus ocho primeros párrafos, pues a diferencia del 14 que prácticamente todo atañe a la libertad personal propiamente dicha, los párrafos citados del 16 son los que integran el presente análisis.

El artículo 17 establece en su primer párrafo lo siguiente:

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

Correlacionando este texto con la medida del arraigo, queda bastante incongruente que la administración de justicia debe ser expedita y en los términos que fijen las leyes, mientras que el afectado en un arraigo no tiene medio de defensa ni caución y menos aún pensar que una vez transcurrido el plazo habrá estado decidida su situación sino que será apenas cuando de hecho se le empieza a impartir justicia y dar oportunidad a que éste se defienda, con lo que volvemos a caer a la cuenta de que el arraigo tampoco se fundamenta de este artículo.

De un análisis al artículo 18 se aprecia que de ninguna forma la figura del arraigo encuadra en su [redacción](#), pues tal precepto establece las [normas](#) respecto a la restricción de libertad de quien ya ha sido procesado y sentenciado, cuestión muy ajena a las pretensiones del arraigo.

Por otro lado el artículo 19 Constitucional dice en sus dos primeros párrafos:

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

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la Ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la Ley Penal. La autoridad responsable del establecimiento en

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

Se vuelve a reiterar en el texto de la Carta Magna, la importancia de los términos y plazos breves que deben prevalecer cuando se trata de privaciones de la libertad personal, pues dada la jerarquía que ocupa dicha libertad como bien jurídico tutelado o protegido por el constituyente, se pone de manifiesto que una vez que el Ministerio Público ha puesto al indiciado a disposición de un Juez, este no puede exceder del término de setenta y dos horas o su duplicidad si así lo solicita el inculcado, para que determine, LA SITUACIÓN JURÍDICA, pues resultaría injusto e inhumano privar de la libertad personal a un individuo sin que existan en ese momento los datos que se hayan veraces en el cuerpo del delito y por supuesto su probable responsabilidad, o en caso contrario decretar el autor de libertad por falta de elementos. Y como se desprende de la hipótesis del arraigo, este auto priva a la persona en su libertad personal sin que existan ni los datos que acrediten el cuerpo del delito, mucho menos su probable responsabilidad y como si fuera poco no se resuelve su situación jurídica en un plazo congruente como lo establece el artículo 19 impidiendo que el indiciado esté consciente de que sí va a estar sujeto a proceso o simplemente se le deja libres pues el propio artículo 133 bis del Código Federal de procedimientos Penales establece que el arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, y más adelante precisa que no debe exceder 30 días naturales y hasta de 60 días si así se estima conveniente.

3.4. DILIGENCIAS BÁSICAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Existen dos tipos de integrar una averiguación previa que son:

- Con detenido: Esta es cuando una(s) persona (s) se encuentran a

disposición del Ministerio Público por estar involucradas o haber participado en algún hecho probablemente delictuoso y están sujetas a una investigación.

- Sin detenido: Esta es cuando no se conoce al probable responsable o conociéndole no fue detenido en flagrancia por tal motivo este no puede ser detenido, sin que esto sea un impedimento para el Ministerio Público para continuar investigando los hechos probablemente delictuosos. En Materia Local

A. Conocimiento Del Hecho Delictivo

El investigador puede tomar conocimiento del hecho de distintas formas:

1. Conocimiento directo: Por medio de denuncia o querella. [El conocimiento](#) de los hechos delictivos en forma directa, es cuando cualquier ciudadano que ha sido víctima de algún delito se presenta ante la autoridad a solicitar auxilio.
 - a) Denuncia: Es el acto procedimental mediante el cual se pone en conocimiento de la autoridad, la comisión de un delito perseguible de oficio, la palabra denunciar o el verbo denunciar, desde el punto de vista gramatical, significa aviso, poner en conocimiento de la autoridad competente, verbalmente o por escrito, lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser delictivos. La denuncia implica hacer del conocimiento al Ministerio Público la comisión de un hecho presumiblemente constitutivo de un delito que se persigue de oficio.
 - b) Querella: Se define como la manifestación de la voluntad del ofendido, o de su legítimo representante, con el fin de que el ministerio publico tome conocimiento de un hecho posiblemente constitutivo de delito no perseguible de oficio y se inicie la averiguación previa respectiva.
- 2.- Conocimiento indirecto: A través de algún medio de [comunicación](#) como

pueden ser:

- a) Radiocomunicación: Dentro de la procuraduría, es la forma de comunicación mas utilizada por la policía judicial, en virtud de que se cuenta con unidades equipadas con dicho [sistema](#) y es muy útil para entrelazar la [información](#) entre dos o más elementos investigadores, cuando el hecho lo amerita, sirviendo de complemento para el mismo las claves utilizadas en el medio policial. En la institución existe un sistema mediante el cual la ciudadanía puede recibir [atención](#) inmediata y, a su vez, cuando se tiene una llamada de auxilio, es posible informar a las unidades que se encuentren en la zona para dar respuesta oportuna.
- b) Teléfono: Es el medio por el cual se acortan las distancias y se trasmite la información necesaria para el conocimiento de un hecho, teniendo como ventaja que se puede realizar un [diálogo](#) directo y aclarar con ello posibles dudas. se recomienda que el emisor tenga capacidad de [síntesis](#) y claridad para dar la noticia.

A.- Medios masivos de comunicación: Regularmente, por estos [medios](#), se tiene conocimiento de hechos posiblemente delictuosos y perseguibles de oficio ([televisión](#), [radio](#) y [prensa](#)).

Quando el agente del ministerio publico tiene conocimiento de la realización de un hecho probablemente constitutivo de un delito, inmediatamente inicia la averiguación previa correspondiente y da intervención a la policía judicial para que investigue la forma como ocurrieron los hechos, debiendo precisar con exactitud lo que se le requiere para la [integración](#) del cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Declaración de la víctima u ofendido, denunciantes o querellantes y testigos de los hechos. La protesta es la acción y efecto de protestar; promesa de hacer alguna cosa. Mediante la protesta de decir verdad que por disposición de la ley se otorga ante los tribunales, ya sea por las partes individualmente o por otros sujetos procesales como son los testigos, en que la hace se obliga a declarar con verdad acerca de algún hecho o circunstancia y de no hacerlo así el Código Penal determina las penas en que incurrir quienes declaran falsamente. En general el Código de procedimientos Penales para el DF. No distingue en forma expresa la

manera en que se debe protestar en términos de ley a los denunciados, querellantes, víctimas u ofendidos. Sin embargo establece: "Toda persona, cualquiera que sea su edad, [sexo](#), condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda aportar algún dato para la averiguación del delito y el Ministerio Público o el Juez estimen necesario su examen", de donde se desprende que los denunciados, querellantes, víctimas u ofendidos en términos procedimentales tienen el carácter de testigos y por tanto se deben observar formalidades aplicables a los mismos. Declaración Del Probable Responsable probable responsable Dentro de sus garantías que tiene es la de declarar o no declarar sobre los hechos que se le imputan, para hacerlo con posterioridad por escrito, tal y como se desprende del artículo 20 constitucional.

La declaración es un relato sucedieron los hechos que se le imputan al probable responsable así como la realización de preguntas directas hechas por el agente del Ministerio Público.

3.4.1. GENERALIDADES.

La averiguación previa se inicia cuando el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho delictivo a lo que se le ha llamado "notitia criminis", mejor conocida como denuncia o también por querrela.

"El Ministerio Público debe acreditar los extremos que le conducirán en su momento al ejercicio de la acción penal ante los Tribunales y a la obtención de una sentencia condenatoria. La averiguación previa contemplara el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del indiciado."¹²

Para comprobar la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad. El ministerio Público debe realizar actividades que se han llamado diligencias, las que deben ser programadas sistemáticamente en su realización. Son las actividades del Ministerio Público y sus auxiliares como son: Policía Judicial, Peritos, (en todas las ramas). Médicos legistas, etc. dichas

¹² Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Formación profesional, Guía de Estudios para el Curso de Oficiales Secretarios del Ministerio Público, Mayo del 2000, pág. 103.

actividades son dirigidos a comprobar las conjeturas esbozadas respecto de un hecho delictivo.

Caracterizan estas diligencias que solo el Ministerio Público pueden ordenarlas, dirigiendo la investigación, coordinándose con otras personas que intervienen en el cumplimiento del objetivo que es la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal. Cada tipo penal requiere de diligencias específicas encaminadas a su comprobación, sin embargo hay diligencias que son practicadas en lo general. Como lo es en esencial el Procedimiento de la averiguación Previa y su integración consistente en: 1.- CONTENIDO Y FORMA.-

Las actas de averiguación previa deben contener todas y cada una de las actividades desarrolladas por el Ministerio Público y sus auxiliares, siguiendo una [estructura](#) sistemática y coherente, atendiendo una secuencia cronológica, precisa y ordenada, observando en cada caso [concreto](#) las disposiciones legales correspondientes.

INICIO DE LA AVERIGUACION PREVIA.

Toda averiguación previa debe iniciarse con la mención de la delegación, número de la Agencia Investigadora en la que se da principio a la averiguación, así como de la fecha y hora correspondiente, señalando el funcionario que ordena la [integración](#) del acta, responsable del turno y la clave de la averiguación previa.

SINTESIS DE LOS HECHOS EXORDIO

Esta diligencia consiste en una narración breve de los hechos que motivan el levantamiento del acta. Tal diligencia comúnmente conocida como "exordio" puede ser de [utilidad](#) para dar una idea general de los hechos que originan el inicio de la averiguación previa.

NOTICIA DEL DELITO. PARTE POLICIA

Toda averiguación previa se inicia mediante una noticia que hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de delito, tal noticia puede ser proporcionada por un particular, un agente o miembro de una corporación policíaca o cualquier persona que tenga conocimiento de la ejecución de un hecho presumiblemente delictivo, perseguible por denuncia.

Cuando es un particular quien proporciona la noticia del delito, se le interrogará en la forma que más adelante se describirá respecto de los testigos; si es un miembro de una corporación policíaca quien informa al Ministerio Público, además de interrogársele, se le solicitará parte de policía asentando en el acta los [datos](#) que proporcione el parte o [informe](#) de policía y los referentes a su identificación, y fe de persona uniformada en su caso.

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

Los requisitos de procedibilidad son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el responsable de la conducta típica. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos alude en su artículo 16 como requisitos de procedibilidad, la denuncia, la acusación y la querrela.

DENUNCIA. CONCEPTO.

Es [la comunicación](#) que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible por oficio.

ACUSACION. CONCEPTO

Es la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido.

QUERELLA. CONCEPTO.

La querella puede definirse como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal.

CONSIGNACION DE LA AVERIGUACION.

Respecto de la ponencia de consignación, se estima que debe fundamentarse, en su caso, cuando se presenten las circunstancias agravantes, en él o los artículos que se adecuen a las situaciones que se hayan presentado en la ejecución del delito, una consignación que se efectuase sin tomar en cuenta las agravantes sería una consignación incompleta, que además de no contener todas las circunstancias del hecho impediría al Agente del Ministerio Público adscrito al juzgado actuar y perseguir al delito con [eficacia](#) y daría finalmente lugar a una sentencia, en el mejor de los casos, por [homicidio](#) simple doloso, situación evidentemente injusta; por otra parte si se ejercita acción penal tomando en consideración las agravantes se da oportunidad al sujeto activo de que se defienda precisamente por esta acusación, [homicidio](#) o lesiones calificadas y sobre esta base realizar todos los actos de defensa.

Se opina que en todo caso en que se presenten las circunstancias agravantes señaladas deben invocarse éstas en la ponencia de consignación, fundamentándolas debidamente en los artículos del Código Penal aplicables.

3.4.2. DILIGENCIAS BÁSICAS CON DETENIDO Y SIN DETENIDO.

La entrevista es una de las diligencias básicas, consistentes en las declaraciones de denunciantes y querellantes, que pueden ser por escrito o en forma oral. Consistente en la comunicación interpersonal cuyo fin es obtener información respecto del ilícito.

En este rubro también se contempla la figura de testigos, siendo todas para la comprobación del cuerpo del delito o la probable responsabilidad.

La información básica y para la investigación que comprenderá los datos generales del presunto responsable, de los testigos, del denunciante o nacionalidad, domicilio, religión, grado de estudios, tratándose del presunto responsable que no se encuentre a disposición del Ministerio Público; su media situación y el lugar donde cometió el ilícito o en su caso el lugar donde viva o se le pueda encontrar (en caso de saberse), además de los datos hechos del Exorcio (es una narración breve de los hechos que motivan el levantamiento del acta).

CONSIGNACION DE LA AVERIGUACION

Respecto de la ponencia de consignación, se estima que debe fundamentarse, en su caso, cuando se presenten las circunstancias agravantes, en él o los artículos que se adecuen a las situaciones que se hayan presentado en la ejecución del delito, una consignación que se efectuase sin tomar en cuenta las agravantes sería una consignación incompleta, que además de no contener todas las circunstancias del hecho impediría al Agente del Ministerio Público adscrito al juzgado actuar y perseguir al delito con [eficacia](#) y daría finalmente lugar a una sentencia, en el mejor de los casos, por [homicidio](#) simple doloso, situación evidentemente injusta; por otra parte si se ejercita acción penal tomando en consideración las agravantes se da oportunidad al sujeto activo de que se defienda precisamente por esta acusación, [homicidio](#) o lesiones calificadas y sobre esta base realizar todos los actos de defensa.

Se opina que en todo caso en que se presenten las circunstancias agravantes señaladas deben invocarse éstas en la ponencia de consignación, fundamentándolas debidamente en los artículos del Código Penal aplicables.

Respecto de las demás diligencias que lleva a cabo el Ministerio Público con detenido o sin detenido, solo las mencionare brevemente, las cuales son: la revisión que realiza el Médico legista (ya que a este le corresponde revisar al indiciado, a la víctima del delito, con la finalidad de hacer un análisis observación, examen y descripción de personas lugares o cosas que realiza el Ministerio Público, para tener un conocimiento directo de la realidad de una conducta o hecho), teniendo como característica que dicha reconstrucción se deberá hacer a la hora y en el lugar donde se cometió el delito y participar el mismo número de personas que estuvieron cuando realmente se cometió el delito), Confrontación (es la diligencia llevada a cabo por el Ministerio Público en virtud de la cual el sujeto que es mencionado en la averiguación previa como indiciado es identificado plenamente por la persona que hizo alusión a él), Careos (es la aclaración de las contradicciones existentes entre la declaración de dos o más personas). Cateos (es el reconocimiento que realiza el Ministerio Público de un domicilio particular o de otro inmueble, previa orden de autoridad judicial, para buscar objetos, personas relacionadas con la comisión de un delito), Fe ministerial (es la autenticación ministerial dentro de la diligencia de inspección ministerial de personas, cosas o efectos relacionados con los hechos que se investigan) Razón (es un registro que se hace de un documento en casos específicos), entre las más importantes el arraigo del indiciado el cual analizaremos a continuación y que es motivo del presente trabajo de investigación.

3.4.3. EL ARRAIGO LLEVADO A CABO POR EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA AVERIGUACION PREVIA.

Es la medida precautoria para asegurar la disponibilidad del indiciado en la averiguación previa o bien al inculcado en el procedimiento penal.

El aseguramiento del presunto responsable en la comisión de un delito es una figura contemplada en nuestra legislación, cuyo objeto es permitir al Órgano Investigador o bien al juzgador, la seguridad de que aquel no se sustraiga de la acción penal, por una parte en la integración de la averiguación

previa o bien en el proceso penal ante el Juez.

De los artículos que contemplan la figura del arraigo en materia penal, únicamente fue reformado el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, de conformidad el artículo segundo del decreto de 29 del Enero de 1999, publicado en el Diario Oficial de 8 de Febrero del mismo año, y que entro en vigor al día siguiente, para quedar como sigue:

Artículo 133 Bis.- La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre 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 prolongara por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

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

Es importante mencionar que el Código de Procedimientos Penales en vigor para el Estado de México en su artículo 154 establece la figura del arraigo, pero no establece que será domiciliario, ya que el hecho de que el arraigo sea domiciliario o no, implica una gran diferencia, toda vez que no es lo mismo estar arraigado en un hotel de mala muerte o en otro lugar peor, que estar en su domicilio, bueno el caso es que en el domicilio o no, el arraigo no deja de ser violatorio de garantías individuales.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 270 Bis que a la letra dice:

Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado, y las circunstancias personales de aquel, al recrear al órgano jurisdiccional fundado y motivado su petición para que este, oyendo al indiciado resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongara por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días a solicitud del Ministerio Publico.

Del texto anterior se desprende que al ser reformado el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, por primera vez en materia penal, se establece el lugar que la medida precautoria haber de cumplimentarse, pues se habla ya que de la autoridad judicial podrá decretar el “arraigo domiciliario” en contra de alguna persona que se vaya a ejercitar la acción penal correspondiente, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia.

Es decir, a través de la reforma al precepto de referencia marca la pauta a seguir en cuanto a la ejecución del arraigo, pues la medida precautoria adopta una acepción nueva al llamársele domiciliario, sin embargo, no establece lo que debe entenderse por domicilio, y que se trata de una figura procesal del arraigo, pues se debe interpretar y hacer una valoración para saber cual es el sentido que se le dará o cuales serán los efectos que producirá la providencia precautoria.

El artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales establece los requisitos para que se decrete el **ARRAIGO DOMICILIARIO** determina los requisitos de procedibilidad para que el Ministerio Público solicite al Órgano Jurisdiccional se decrete el arraigo domiciliario del indiciado, en aquellos casos en que legalmente se determine, tomando en cuenta las características del presunto y del hecho imputado.

Es importante mencionar que en la misma reforma hecha al artículo en comento se establece una nueva medida precautoria que puede ser solicitada por el Ministerio Público y decretada por el Órgano Jurisdiccional, “la prohibición de abandonar una demarcación geográfica”, que al igual que el arraigo esta se decreten en contra de la persona que se prepare el ejercicio de la acción penal cuando se tuviera el temor fundado se pudiera sustraer a la acción de la justicia. Para ejercitarse el arraigo en la Averiguación Previa se deberán satisfacer los requisitos siguientes:

- 1.- Debe encontrarse iniciada una averiguación Previa.
- 2.- Se debe tomar en cuenta las características personales del indiciado.
- 3.- El ministerio Público tendrá que fundar y motivar su petición ante el Órgano Jurisdiccional a fin de resolver favorable tal petición.
- 4.- La garantía de audiencia del indiciado.
- 5.- El fin del arraigo es la integración de la averiguación misma que no puede exceder de treinta días prorrogables por otros treinta días.

Por tanto los argumentos que debe esgrimir el Ministerio Público en su solicitud que hace ante el Juez, para llevar a cabo el arraigo son:

- a) Circunstancias personales del indiciado.
- b) Gravedad del ilícito que se le imputa.
- c) El no tener aun acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.
- d) Su posible evasión a la acción de la justicia.
- e) La impunidad que provocaría la impunidad del acusado.

Para estos supuestos nadie duda que desde al averiguación previa se deben efectuar las medidas conducentes al efecto de estar en posibilidad de integrar el cuerpo del delito, la presunta responsabilidad y así ejercitar la acción penal. Así mismo nadie ignora que los sujetos a averiguación son proclives a eludirla, ocultándose o fugándose por lo cual es manifiesta la dificultad que enfrenta el representante social para integrar los elementos señalados. Con objeto de hacer factible la función persecutoria encomendada al arraigo en el Código Federal de Procedimientos Penales, en el citado artículo 133 bis, se

determina la facultad de dicho Ministerio Público Federal, para solicitar al órgano jurisdiccional el arraigo del inculpado en los casos en que se estime necesario.

3.5. CUERPO DEL DELITO.

Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mediante reformas y adiciones a los artículos 16 y 19 Constitucionales realizadas mediante decreto de 2 de septiembre de 1993 (publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993) se sustituyó el concepto de cuerpo del delito por “Elementos del tipo penal del delito”, recordemos que este precepto antes de la reforma de 1993, solo aludía a la probable responsabilidad.

Pero más adelante, para ser más preciso el 8 de Marzo de 1999, se registro un nuevo cambio, es decir, se reformaron nuevamente los artículos 16 y 19 Constitucional por lo que, en dichas reformas Constitucionales, encontramos nuevamente el concepto del cuerpo del delito en lugar de elementos del tipo, por consiguiente tuvieron que ser reformados los Códigos Adjetivos penales, para integrar en sus normas jurídicas nuevamente el concepto “CUERPO DEL DELITO”, también conocido por CORPUS DELICTI.

El delito tiene diversos elementos que conforman un todo. Tomando como referencia el concepto de Jiménez de Asúa, podemos decir que es un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre, y sometido a una sanción penal.

Los Elementos del delito, según sus aspectos positivos y negativos son:

POSITIVOS.

- 1.- CONDUCTA
- 2.- TIPICIDAD
- 3.- ANTIJURICIDAD
- 4.- IMPUTABILIDAD
- 5.- CULPABILIDAD
- 6.- CONDICIONALIDAD OBJETIVA.
- 7.- PUNIBILIDAD

NEGATIVOS.

- AUSENCIA DE CONDUCTA.
- ATIPICIDAD
- CAUSAS DE JUSTIFICACION.
- INIMPUTABILIDAD.
- INCULPABILIDAD.
- FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS.
- EXCUSAS ABSOLUTORIAS

De acuerdo a nuestro Derecho Positivo Mexicano, el Código Penal Federal en su artículo 7, define al delito como el “acto u omisión que sancionan las leyes penales, así la conducta o hecho se obtiene de este artículo y del núcleo respectivo de cada tipo o descripción legal.

El delito tiene un gran contenido en cuanto a elementos que lo componen y con relación a estos existen diversas corrientes de la doctrina, las cuales tratan de explicar algunos de ellos, como la teoría causalistas y finalista de la acción, la teoría psicológica y la normativista.

Las teorías causalistas y finalistas de la acción dicen que la acción es un aspecto del delito y para la teoría causalista “es un comportamiento humano dependiente de la voluntad, que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal, como en este movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por él en el mundo exterior”¹³.

Esta teoría trata a la acción ocasionado por él en el mundo exterior (delitos de resultado), esta teoría trata a la acción como factor causal del resultado sin tomar en cuenta la acción que llevo el sujeto a cometerla.

¹³ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal Parte General, Vol.1, 3ª Edición, Editorial Boch, Barcelona 1989, Pág. 292.

“Las teorías psicologista y normativista tratan de explicar a la culpabilidad otro elemento del delito. La primera como su nombre lo indica tiene una base psicológica consistente en un nexo mental entre el sujeto y su conducta o el resultado material según se trata de un delito de mera conducta o de resultado material. En esta teoría psicologista hay imprecisión respecto a los delitos cometidos por culpa o negligencia, pues en estos no existen nexos psicológicos. Para la corriente normativista la culpabilidad no es otra cosa más que un juicio de reproche.

La reprochabilidad tiene existencia en tanto al sujeto se le pueda exigir una conducta distinta a la realizada, es decir, será culpable en tanto no haya actuado en cuanto a Derecho, pudiéndolo hacer. Esta teoría tiene la ventaja de abarcar tanto los delitos dolosos, en los que se tiene la plena intención o propósito de cometer el delito, como a los delitos culposos, que son cometidos por imprudencia o negligencia del sujeto”¹⁴

Para los psicologistas la culpabilidad es el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material. En tanto que para los normativistas, esta será el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material reprochable.

“Se afirma en términos generales que el cuerpo del delito es la concatenación de todos los elementos materiales tales como la conducta desplegada por el sujeto activo, el resultando que se produce en ese actuar ilícito y entre ambos elementos un nexo causal.”¹⁵

Por lo que sin duda alguna el nexo causal va de la mano del cuerpo del delito.

El cuerpo del delito es el contenido de un delito real que encaja perfectamente en la descripción de algún delito, hecho por el legislador en la

¹⁴ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, México D.F. 4ª. Edición, Edit, Porrúa 1997, Pág. 68.

¹⁵ De la Cruz Agüero, Leopoldo, Procedimiento Penal Mexicano, Edit. Porrúa, 1995, Pág. 176.

que muchas veces van elementos de carácter material.”¹⁶

Como lo podemos ver, el cuerpo del delito se integra con el total de los elementos contenidos en el tipo penal objetivos y externos, subjetivos o normativos en su caso.

Al hablar del **elemento objetivo** del tipo penal estamos hablando de la descripción de la conducta antijurídica desde el punto de vista externo, el elemento objetivo se identificara con la manifestación de la voluntad en mundo físico, requerida por el tipo penal.

Generalmente los tipos penales describen estado de naturaleza externa determinable y perceptible por los sentidos.

La ley penal no contiene descripciones con un resultado, hay tipos penales en los que se ha contenido material no solo consisten en la realización de una conducta o de un resultado, sino se tienen que dar en la forma y con las modalidades establecidas en la ley.

Algunas veces se presentan de modo transitivo las figuras típicas, haciéndose mención de las personas o cosas donde recae la conducta, podemos señalar que cuando el objeto material es una persona esta será el sujeto pasivo, pero se presentan otros casos en los que no existe unidad entre la persona sobre la que recae la acción, el sujeto activo y el sujeto pasivo.

Los **elementos nominativos** ofrecen una mayor libertad al juez por que requieren una valoración para ser completados, el legislador no espera que el juez delibere según su criterio sino debe exponer en sus sentencias las evaluaciones que existen en la sociedad.

Los elementos normativos del tipo se refieren a hechos que únicamente pueden pensarse bajo el presupuesto lógico de una norma. Dentro de estos

¹⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco, Manuel de Derecho Penal Mexicano, 3ª. Ed. Porrúa, México 1974, Pág. 188.

quedan excluidos los que se refieren a valor y sentido.

A veces para tipificar una conducta es necesario insertar juicio normativo del hecho, poder efectuar una evaluación especial de la conducta plasmada en el tipo penal.

Estos elementos son una llamada de atención al juez en los que se trata de advertir que debe de confirmar la antijuridicidad de la conducta, ya que con estos elementos, un hecho aparentemente lícito puede pasar a ser un hecho ilícito o puede ocurrir lo contrario.

Elementos **Subjetivos** estos van a atender a la intención que tuvo el sujeto activo en la realización de algún ilícito penal, es decir, que se dan en el mundo interno en la psique del autor. Los elementos subjetivos del tipo penal surgen de la misma naturaleza del hombre, ya que este es un ser pensante, que ante la ejecución de sus actos, siempre va a participar su psique elementos subjetivos del tipo penal, este elemento estará en un determinado deseo, animo o intención del agente en la realización de la conducta típica.

Como lo podemos ver, el cuerpo del delito se integra con el total de los elementos contenidos en el tipo penal objetivos o externos, subjetivos o normativos en su caso.

En conclusión el cuerpo del delito viene a ser la descripción total del delito, el delito realmente cometido, es decir el cuerpo del delito es el contenido de un delito real.

El cuerpo del delito es el conjunto de elementos objetivos, subjetivos y normativos que integran el tipo penal.”¹⁷

El maestro Fernando Castellanos Tena considera que los elementos del delito son:

¹⁷ Díaz de León, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal, 4ª. ed. Porrúa, México, 2000, pág. 547

a) Dentro del concepto de “Conducta” puede comprenderse la acción y la omisión es decir el hacer positivo y el hacer negativo, el actuar y el abstenerse de obrar. La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

b) Entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal, es decir el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva.”¹⁸

Asimismo la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación manifiesta:

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE.

Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley Penal y la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho con todos sus elementos constitutivos, tal y como lo define la ley al considerarlo delictivo y señalar la pena correspondiente.

A.P. 1724/1973. José Suárez Palomares. Octubre 26 de 1973. Primera Sala, Séptima Época, Volumen 58, segunda parte, pág. 27.

Se debe recalcar que en la legislación vigente la comprobación del cuerpo del delito, es una función que corresponde al Ministerio Público (artículo 119 del Código de Procedimientos Penales en el Estado de México) y al Juez (artículo 19 Constitucional). La comprobación esta a cargo del Juez, en varios

¹⁸ De la Cruz Agüero, Leopoldo, op.citp., pág.179.

momentos procedimentales, durante las etapas de Preinstrucción e Instrucción.

3.6. LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

La Probable responsabilidad, es otro de los requisitos que debe acreditar el Ministerio Público y el Juez el primero para llevar a cabo el ejercicio de la acción penal y el segundo para dictar el auto de Formal Prisión y consecuentemente Sentencia condenatoria en la comisión de un hecho delictivo.

“Existe probable responsabilidad, cuando haya elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte, de alguna manera en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable.”¹⁹

La probable responsabilidad no es más que la posibilidad lógica de que un individuo haya cometido un hecho delictivo y existan elementos probables para determinar que una persona intervino o cometió presuntamente un delito.

Por lo que es necesario para la existencia de la probable responsabilidad, indicios de responsabilidad.

“Una vez que se ha tenido por comprobado el cuerpo del delito, o sea, se han reunidos los elementos materiales, subjetivos y normativos del ilícito en cuestión se deben atender sobre la probable responsabilidad penal del acusado; siendo esta probable, por que la responsabilidad penal como tal surge en el momento mismo de la sentencia...”²⁰

Por lo que la probable responsabilidad es: resultado- conducta del individuo= delito.

¹⁹ Colín Sánchez, Guillermo.op.cit., pág.386.

²⁰ M. Oronoz Sentena, Carlos, Manual de Derecho Procesal Penal, Limusa, México 1996, pág. 106.

3.7. DETERMINACIONES QUE PUEDE DICTAR EL MINISTERIO PUBLICO EN LA AVERIGUACION PREVIA.

Una vez que el Ministerio Público ha realizado todas aquellas diligencias Indispensables y necesarias para la integración de averiguación previa, dictara la resolución que proceda, mejor conocida en el ámbito jurídico como determinación.

Alcalá-Zamora, sostiene que esta función que realiza el Ministerio Público de dictar una resolución, es una función cuasi jurisdiccional, por lo que establece:

“El Ministerio Público no es una magistratura jurisdicente, sino únicamente requirente, y sí por si y ante sí se le permite impedir que el Tribunal decida sobre el fondo, se le erigirá, de hecho, en órgano jurisdiccional negativo, ya que no positivo, es decir, no podrá condenar, pero sí evitar que se condene.”²¹

Con relación a lo anterior, no estoy de acuerdo con Alcalá-Zamora, a que el Ministerio Público ejerce una función cuasi jurisdiccional ya que el mismo no castiga, solo investiga, por lo que el Ministerio Publico al realizar sus facultades de Órgano Investigador y persecutor de los delitos, está actuando dentro de lo que establece el artículo 21 Constitucional, la cual es una función totalmente administrativa y no judicial.

Las determinaciones que puede dictar el Ministerio Público al concluir la averiguación previa son:

- a) No-ejercicio de la acción penal.
- b) Reserva.
- c) Ejercicio de la acción penal.

²¹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Legítima Defensa y Proceso, Porrúa, México, 2000, Pág. 615.

3.7.1. NO-EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

Si una vez que el Ministerio Público realizó las investigaciones correspondientes con relación a un presunto hecho delictivo y de esas investigaciones correspondientes con relación a una presunto hecho delictivo y de esas investigaciones llegó a la conclusión de que no se acreditaron el cuerpo del delito y la probable responsabilidad o bien porque no hubo delito alguno e inclusive porque exista una excluyente de responsabilidad para la acción penal, el Ministerio Público consultara el no-ejercicio de la acción penal.

Algunos autores, tales como Alberto Silva considera el no-ejercicio de la acción penal, como un sobreseimiento administrativo, e inclusive como archivo. El maestro García Ramírez crítica el vocablo “archivo”, y que él considera que el no-ejercicio de la acción penal es un verdadero sobreseimiento y el archivo solo es una consecuencia.

“...A ésta resolución de archivo se le ha otorgado el carácter de definitividad, esgrimiéndose para evitar la investigación de los hechos ya examinados en forma indefinida, mediante la reapertura de la averiguación Previa y proporcionar así la seguridad jurídica a los gobernados que pudieran llegar a sufrir las consecuencias de la mala fe de los funcionarios del Ministerio Público.”²²

Cuando el Ministerio Público determina el no-ejercicio de la acción Penal no podrá volver a conocer del mismo asunto, es decir, será cosa Juzgada (administrativamente).

El no-ejercicio de la acción penal, se encuentra establecida en el artículo 117 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, el cual establece: “Cuando en vista de la averiguación Previa, el Ministerio Público estime que no es de ejercitarse la acción penal por los hechos que se hubieren denunciado como delitos o por los que se hubiera presentado querrela, dictara

²² Martínez Gamelo, Jesús, op.citp., pág.478.

determinación haciéndose constar así, y remitirá dentro de las cuarenta y ocho horas, el expediente al Subprocurador que corresponda, quien con la audiencia de los Agentes Auxiliares decidirá, en un termino de diez días, en definitiva si se debe o no ejercitarse la acción penal. Cuando la decisión sea en este último sentido, dentro de los diez días siguientes contados a partir de que tenga conocimiento de la determinación podrá solicitar la revisión de esta y el Procurador General de Justicia del Estado deberá resolver dentro de un plazo de quince días hábiles.

Deberán ser notificadas las resoluciones referidas en este artículo al ofendido o víctima del delito y al inculpado”.

Por lo que el no-ejercicio de la acción penal trae como consecuencia, que el Órgano Investigador que llevo a cabo en relación con el presunto hecho delictivo.

3.7.2. RESERVA.

La reserva es la suspensión temporal en que se encuentra la averiguación previa, en tanto se encuentran nuevos elementos que permiten su perfeccionamiento legal.

“La reserva de actuaciones tiene lugar cuando existe imposibilidad de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación previa y practicar más diligencias, y no se han integrado los elementos del cuerpo del delito y por ende la probable responsabilidad, o bien cuando habiéndose comprobado el cuerpo del delito no es posible atribuir la probable responsabilidad a persona determinada.”²³

Al desaparecer él supuesto que da origen a la suspensión o reserva, el Ministerio Público estará en aptitudes de resolver si promueve o no la acción penal en contra del indiciado.

²³ Osorio y Nieto, Cesar Augusto. op.citp., pág.26.

Con relación a esto, el artículo 116 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, establece: “Si de las diligencias practicadas no se acreditan los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que se puedan practicar otras, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación, se reservará el expediente hasta que aparezcan esos datos y, entre tanto, se ordenara a la Policía y a los Servicios Periciales para que hagan las investigaciones y practiquen los dictámenes respectivos, tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos. En caso de que la averiguación deba proseguirse, el agente del Ministerio Público, notificará a la víctima del delito u ofendido y al inculpado tal circunstancia.

En todo caso, la resolución del Ministerio Público por lo que se reserve será revisada por el Procurador General de Justicia del Estado o el Subprocurador que corresponda, a quienes, dentro del término de cuarenta y ocho horas, remitirá la averiguación. Una vez recibida, determinara lo conducente dentro de los diez días siguientes.”

Por lo que la reserva de la averiguación previa, implica que se deje de actuar con relación a ese expediente en tanto se tengan los suficientes elementos o bien los que falten.

3.7.3. EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

El Ministerio Publico ejercitará la acción penal cuando concluida la averiguación previa, haya acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

A través de la acción penal se hace valer la pretensión punitiva, esto es, el derecho concreto el castigo de un delincuente.

“Se considera a la acción penal como el derecho que incumbe al Ministerio Público en sus funciones como representante de la Sociedad, el cual

ejercita ante los órganos jurisdiccionales, en la primera fase del procedimiento penal, solicitando la radicación de la causa en contra de un presunto responsable, se decreta el auto de formal prisión, en caso de estar detenido, o la correspondiente orden de aprehensión si esta fuera de la acción de la justicia, así como la reparación del daño en caso de que se hayan causado a consecuencia de la comisión del ilícito.”²⁴

El único órgano facultado para ejercitar la acción penal es el Ministerio Público, si el mismo no la lleva a cabo no hay base Constitucional que de validez al proceso, y los actos de autoridad dictados en él, sí otra autoridad o el mismo juez dictarán la acción penal, será inconstitucional.

La acción penal tiene su origen en el artículo 21 Constitucional; ya que nuestra Carta Magna le confiere la calidad de atribución de un Órgano del Estado, toda vez que las atribuciones que de ahí emanen son exclusivas, de donde resulta o trae como consecuencia la existencia del monopolio de la acción penal.

La consignación es el primer acto de ejercicio de la acción penal, el momento de la Consignación, no antes ni después.

“Las características de la acción penal son:

Es intrascendente, atento a que su actividad se limitara únicamente al responsable, o sea que no pasa a su familiar, ni a sus bienes, salvo que estos se hayan empleado para cometer el delito.

Es pública, debido a que la Sociedad la ejercita a través del Ministerio Público. Ya que interesa en primer lugar a la sociedad que no se cometan delitos, y en

²⁴ De la Cruz Agüero, Leopoldo.op.cit.pág.87.

caso de que esto suceda se castigue al infractor.

Es indivisible, pues se despliega en contra de todas y cada una de las personas que intervienen en el hecho delictivo.

Es discrecional, por que el Ministerio Público en base a las investigaciones realizadas, puede o no ejercitar acción penal en contar del indiciado.

De condena, ya que existe para el infractor una sanción.

Es única, por que se circunscribe a la comisión de el o los delitos que haya cometido el delincuente.”²⁵

De todo lo anterior podemos deducir que con la acción penal se busca que el Órgano Jurisdiccional resuelva al final del proceso penal, la aplicación de la condena. Una vez que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal, pasa de ser autoridad a parte.

Ahora bien, el ejercicio de la acción penal se puede llevar a cabo con detenido o sin detenido.

1.- Ejercicio de la acción penal con detenido: cuando se determine el ejercicio de la acción penal con detenido, deberá realizarse dentro de las 48 horas conforme a lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional, mencionándose que el

probable responsable queda a disposición del Juez, en el reclusorio preventivo que corresponda, iniciándose la preinstrucción.

2.- Ejercicio de la acción penal sin detenido: si la determinación de consignación es sin detenido, deberá solicitar el Ministerio Público al Juez que le obsequie una orden de aprehensión contra el probable responsable, si el

²⁵ Martínez Carmelo, Jesús, op.cit.pág.472.

delito es privativo de libertad y, si en el caso es de los que se sancionan con pena alternativa Detención sin restricción de su libertad, se realizará un pedimento de citación de comparecencia al indiciado.

En el ejercicio de la acción penal, es de distinguir, primero, el momento inicial; en el que se promueve la puesta en marcha de la maquinaria judicial. En segundo lugar, las diversas ocasiones en que el Ministerio Público interviene en el proceso con el fin de esclarecer el hecho y la responsabilidad del procesado.

El Ministerio Público debe ejercitar la acción; reconocerle mayores facultades significaría investirle de una facultad de decisión que constitucionalmente no le pertenece.

De otro lado, la obligatoriedad de la acción penal supone la pretensión que toda acción penalmente relevante sea de conocimiento del Ministerio Público Cabe mencionar que el ejercicio de la acción penal es una facultad exclusiva del Ministerio Público y que emana de nuestra Carta Magna, una vez que el Ministerio Público decide ejercerla, comienza el procedimiento ante los juzgados penales de Primera Instancia (delitos que sean ante los Juzgado de Paz en el Distrito Federal ó en su caso ante los Juzgado de Cuantía Menor ante los Juzgado del Estado de México). A este acto se denomina consignación.

CAPITULO IV.

4. EN LA AVERIGUACION PREVIA, EL ARRAIGO DOMICILIARIO VIOLATORIO, DE LA GARANTIA DE LIBERTAD DE TRANSITO.

El Arraigo Domiciliario en la averiguación previa:

¿Constitucional o inconstitucional?

Como punto de partida en este trabajo de investigación, versa el cuerpo de dicha investigación, misma que demostrará aportando todos los elementos de convicción en torno a ésta. Por lo cual me permito redactarla como sigue:

“El arraigo domiciliario en materia penal, es inconstitucional por afectar la libertad de tránsito de los indicados, en oposición a lo consagrado por nuestra carta magna que especifica los casos en que únicamente esta garantía puede ser restringida”

Sobre esta hipótesis general tal y como reza, abunda mi trabajo de investigación, analizando previamente al estudio Constitucional del arraigo, su definición, naturaleza y la realidad jurídica que de dicho acto se desprende así como los sujetos que intervienen en su actualización y las diversas interpretaciones doctrinales, legales y jurisprudenciales con el fin de estar en posibilidad de debatir su Constitucionalidad.

En el arraigo penal la ley exige expresa e incondicionalmente, sin hacer excepciones, la audiencia previa del indiciado.

En efecto, el artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales establece:

*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*

Dicho artículo establece una obligación incondicional para el juez de oír al indiciado para resolver si ordena o no el arraigo. Y obviamente establece también un derecho del indiciado: ser oído, ser escuchado por el juez recibiendo del indiciado o de sus defensores los argumentos que deseen expresar contra el arraigo, e incluso recibirles las pruebas pertinentes que, en su caso, ofrezcan para probar dichos argumentos.

No otra cosa significa *oyendo al indiciado*. Dicha obligación del juez y tal derecho del indiciado son categóricos e incondicionales, de manera que no puede sustituirse el oír al indiciado por un supuesto intento frustrado de notificarle en su domicilio la solicitud de arraigo. Es decir el Juez debe llamar al indiciado y hacer uso, en su caso, de los medios de apremio que la ley le concede para obligar al indiciado a comparecer y así notificarle la solicitud de arraigo, o insistir en hacerle una notificación formal a través de los medios establecidos legalmente.

4.1. EL ARRAIGO DOMICILIARIO.

El arraigo domiciliario llevado a cabo por el Ministerio Público en la etapa de averiguación previa, es a todas luces violatorio de la garantía de libertad de tránsito, por lo consiguiente analizaremos bien esta figura jurídica y las definiciones que existen al respecto.

“En nuestro sistema procesal penal, el arraigo es una medida cautelar que, durante la averiguación previa, se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que éste cumpla con los requerimientos del Ministerio Público en razón de la investigación de un hecho delictivo.”¹

¹ Díaz de León, Marco Antonio. op.citp., pág.172.

El arraigo como medida cautelar o precautoria, tiene como característica el ser una medida preventiva, es decir, para que el indiciado no se dé a la “fuga”, en tanto se esté llevando a cabo la averiguación previa por el Ministerio Público.

Ahora veamos que dice nuestra máxima autoridad judicial al respecto:

ARRAIGO.

El arraigo es un medio precautorio que se concede ante la posibilidad de que el demandado se ausente, y como no se otorga en forma limitada y concreta contar una determinada ausencia, aún en caso de que esta se dé y cese, posteriormente, queda siempre la posibilidad de volver a darse la ausencia, en cuya prevención se solicita y se concede la precautoria.

Amparo Directo 6098/55. Fernando Casares y Casares JR., y otro. 22 de febrero de 1960. 5 votos, Manuel Rivera Silva,

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Sexta Época.

Volumen LX. Cuarta Parte. Tesis: Pagina 164.

Tesis Aislada.

El vocablo arraigar, procesalmente significa someter a una persona en arraigo; si a ésta locución se le une con la palabra domiciliario, se alude a una medida precautoria de carácter personal que tiene como finalidad, según su naturaleza procesal, ubicar al indiciado (de intervenir en un delito) en su domicilio, normalmente en la casa o sitio donde vive, con la finalidad de detener al indiciado localizable en este lugar, disposición del Ministerio Público, respecto de la averiguación previa correspondiente, y no para incomunicarlo,

esconderlo o privarlo de su libertad, en otro lugar distinto al domicilio, pues esto ultimo no corresponde a la teleología del arraigo domiciliario, que únicamente es la de que no se evada a la acción de la justicia.

Definición de arraigo en sentido amplio.

Al hablar de un sentido amplio: "ARRAIGO (acción y efecto de arraigar; del latín ad y radicare, echar raíces). En la legislación actual se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda. Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte.

De la anterior definición puedo inferir de su texto, que estamos hablando de un arraigo susceptible de aplicarse indistintamente en materia civil o penal, sin dejar de creer que pueda ser una figura jurídica aplicable en cualquier otro tipo de proceso. Sin embargo tal texto definitorio es de gran ayuda para definir más adelante el arraigo en materia penal. Definiciones de arraigo en materia penal.

ARRAIGO PENAL. "Es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso, cuando se trate de delitos imprudenciales o de aquellos en los que no proceda la prisión preventiva."

Cabe anotar y precisar que el arraigo en materia penal a su vez está diversificado en nuestra legislación tanto en el fuero común como en el fuero federal, y que para efectos de mi investigación voy a tomar como parte medular el arraigo propiamente dicho en materia federal, en razón de no delimitarlo a una sola entidad federativa y por ser en jerarquía la Ley más próxima en su género después de los Tratados Internacionales a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tal y como lo establece el artículo 133 de la

citada Ley Fundamental. Por lo antes dicho veo congruente citar una definición más del arraigo en materia penal y que reza como sigue:

ARRAIGO.- En nuestro sistema procesal penal, el arraigo es una medida cautelar que durante la averiguación previa se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que este cumpla con los requerimientos del Ministerio Público, en razón de la investigación de un hecho delictivo, (figura establecida en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales).

Es decir, las medidas en los procedimientos penales pueden ser también de carácter personal para garantizar el desarrollo del proceso, así como la efectividad de la sanción privativa de libertad, en los casos de sentencias condenatorias de tal pena.²

Para estos supuestos nadie duda que desde al averiguación previa se deben efectuar las medidas conducentes al efecto de estar en posibilidad de integrar el cuerpo del delito, la presunta responsabilidad y así ejercitar la acción penal. Así mismo nadie ignora que los sujetos a averiguación son proclives a eludirla, ocultándose o fugándose por lo cual es manifiesta la dificultad que enfrenta el representante social para integrar los elementos señalados. Con objeto de hacer factible la función persecutoria encomendada al arraigo.

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

“Artículo 133 bis, Código Federal de Procedimientos Penales.- La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario e imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare para el ejercicio

² Diaz de León, Marco Antonio, op.cit pag548

de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido. El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de 30 días naturales, en el caso del arraigo y de 60 días naturales, en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica. Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse.”

Debo puntualizar que el numeral antes citado hace una clara distinción o mejor dicho induce a la creencia de otras dos modalidades de arraigo como lo es “EL ARRAIGO DOMICILIARIO” Y UN “ARRAIGO EN UNA DEMARCACIÓN GEOGRÁFICA”. Este comentario viene a colación para especificar que el arraigo importante a mi investigación y que someterá a discusión Constitucional es la figura del ARRAIGO DOMICILIARIO.

4.2. FINALIDAD DEL ARRAIGO.

La figura jurídica del arraigo debe ser considerada como una actividad judicial complementaria de la averiguación previa, toda vez 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 esta que debe estar llevando el Ministerio Público. Es una acción pre procesal, cuya finalidad es la integración de una averiguación, motivo por el cual se solicita ante el Juez, tal medida precautoria, con el fin de que él o los indiciados permanezcan en un lugar determinado, bajo vigilancia hasta la culminación de la investigación del Ministerio Público.

Si no existen elementos o datos suficientes para que el Ministerio Público solicite la orden de arraigo al juez de la causa, es decir, aquel que conoce de la averiguación, no podrá expedirse dicho arraigo.

Ahora bien, 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 presunta responsabilidad del indiciado. Por lo que el legislador dispuso de un plazo de treinta días prorrogables por otros treinta días (en el caso de nuestro Código de Procedimientos Penales para el Estado de México).

De forma muy somera referiré el objeto de la medida que no es otra cosa sino lo siguiente, evitar que se ausente y/o mantener en disposición al probable responsable o responsables a efecto de que integrada la indagatoria, se consigne ante la autoridad judicial competente, la conducta ilícita determinada bajo que supuestos es posible arraigar a los sujetos, de forma que el arraigo podrá durar desde tres días hasta sesenta días y solo el Juez en el segundo caso, y previa, audiencia del inculpado y de la representación Social resolverá si la restricción dentro del acto de molestia subsiste o la desecha.

La restricción de la libertad de un gobernado en el acto de molestia trae consigo la violación de la garantía Individual de libertad, que todo sujeto tiene en nuestro territorio ya que en la Constitución se establece que en los casos de responsabilidad criminal o civil se ha de subordinar, dicha libertad a la autoridad judicial, responsabilidad en la averiguación previa no la hay, indicios, probabilidades o acusaciones si, pero, es ante al Juzgador donde se ha de establecer la responsabilidad o no del imputado, por tal motivo aun que el arraigo como medida restrictiva de libertad, acusa una mera y bien intencionada precaución, es inconstitucional.

4.3. ANALISIS DEL ARTÍCULO 11 CONSTITUCIONAL.

“La libertad es uno de los bienes de mayor jerarquía. Solo la vida la supera y dado, que la legislación mexicana no impone ya la pena de muerte, podemos afirmar que la libertad es el bien más valioso y el eje mismo sobre el cual gira la totalidad del drama penal. Ello implica que la garantía de la libertad

sea, entre todas las garantías, una de las que encuentra antecedentes más lejanos, en el derecho romano, en el derecho inglés y en el derecho hispano.”³

Sin duda alguna todos estamos de acuerdo en lo anteriormente expuesto, ahora analizaremos lo que establece el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “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 de las autoridades administrativas, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos en el país.

Este artículo consagra una de las libertades constitucionales de origen liberal: la libertad de tránsito, también conocida como libertad de tránsito o locomoción, e incluye a otra libertad que es la de residencia, ambas con diversas expresiones y contenidos. La autoridad judicial puede restringir esa libertad en los casos de responsabilidad penal o civil, por ejemplo cuando se dicta una sentencia que ordena la privación de la libertad, etc. La autoridad administrativa también tiene posibilidad de limitar ese derecho, aplicando las leyes sobre emigración, inmigración. Además en materia de salubridad general de la República, también se producen restricciones, por ejemplo cuando se declara en cuarentena una región para evitar la transmisión de algún padecimiento infeccioso y una posible epidemia.

“La libertad de tránsito se concreta en los términos del artículo en comentario, en la facultad de que disfruta todo individuo para desplazarse por el territorio del país sin necesidad de autorización o permiso previo de la autoridad, pasaporte o salvoconducto, carta de seguridad o cualquier otro requisito de este tipo, así como la libertad para entrar y salir del país, sin autorización o permiso previo.

³ Zamora-Pierce, Jesús. op.citp.,pág.3

La libertad de residencia se refiere a la facultad de todo individuo para establecer su residencia o morada, permanente o transitoria en cualquier parte del territorio nacional.

El artículo 11 Constitucional, tal como lo conocemos hoy, no ha sufrido ninguna reforma desde la promulgación de nuestra Constitución de 1917, ya que fue tomado del mismo artículo de la Constitución de 1857, que había sido reformado en 1908, para agregar las posibles restricciones con base en las leyes de migración e inmigración y salubridad general de la Republica. La última frase del artículo referida a los extranjeros perniciosos, fue agregada al artículo en el proyecto que Don Venustiano Carranza presento al Congreso de 1916.

En relación a lo anterior, la última frase del artículo 11 Constitucional, establece una limitación a los “extranjeros perniciosos” residentes en el país, la misma se corresponde con el artículo 33 de nuestra constitución, que concede facultad exclusiva al ejecutivo para expulsar a los extranjeros cuya permanencia en el país juzgue inconveniente, de manera inmediata y sin necesidad de previo juicio (un ejemplo de lo anterior, lo tenemos en el conflicto que existió en Chiapas, en donde algunos extranjeros franceses estaban interviniendo, por lo que fueron expulsados del país).

Así pues, nuestro derecho Constitucional, abren las puertas del territorio mexicano a los hombres de todas las nacionalidades, para que sin restricción puedan venir a establecerse entre nosotros.”⁴

Concluyendo, no podemos permitir que se siga violando la garantía de liberta cuando nuestra Constitución lo prohíbe, expresamente, ya que solo se podrá restringir en los casos de responsabilidad criminal, es decir, cuando una sentencia haya cumplido los requisitos legales; ser condenatoria, con pena privativa de libertad y que haya quedado firme.

⁴ Montiel y Duarte, Isidoro, Estudio sobre Garantías Individuales, 2ª. Ed, Porrúa, México, 1983, Pág.149.

4.4. ANALISIS DEL ARTICULO 16 PÁRRAFO VII CONSTITUCIONAL.

El artículo 16 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es uno de los más importantes preceptos que imparten mayor, protección a cualquier gobernado, principalmente a través de la garantía de legalidad, conceptualizado según el Doctor Ignacio Burgoa en norma integrante de las garantías de seguridad jurídica.

Las garantías de seguridad jurídica “...Implican, en consecuencia, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para general una afectación valida de diferente índole en la esfera del gobernado...”⁵

Por lo consiguiente, un acto de autoridad que vulnere los derechos subjetivos públicos de los individuos, estará violando sus garantías individuales, como lo es en el caso del arraigo en la averiguación previa.

Ahora bien, volviendo a nuestro tema de investigación y de forma general, podemos dividir el estudio del artículo 16 Constitucional, en dos grandes partes.

La primera de carácter general, que comprende el análisis de la garantía de legalidad de los actos de autoridad que estipula el párrafo primero; en la segunda, se deben contemplar, las condiciones específicas que los párrafos siguientes señalan para determinar actos de autoridad; las ordenes judiciales de aprehensión y de cateo, la orden ministerial de detención y la visita domiciliaria.

Si bien es cierto, la diversidad de los orígenes del artículo 16 Constitucional, y sus modificaciones le dan un contenido poco homogéneo y dificultan su examen general. Realizando una ramificación del artículo en comento, podemos afirmar que los derechos esenciales que este artículo establece se dirigen a asegurar la legalidad de los actos de autoridad (primer

⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio. op.citp..., pág. 504.

párrafo); a proteger la libertad de los individuos (párrafos primero a octavo); a garantizar la inviolabilidad del domicilio (párrafos primero, octavo, décimo primero y decimotercero) y de las comunicaciones privadas (párrafos noveno, décimo y duodécimo).

Después de haber realizado este breve esbozo del artículo 16 Constitucional analizaremos lo que establece el mismo en su párrafo VII:

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

Este párrafo séptimo fue adicionado a Nuestra Constitución Federal el 3 de Septiembre de 1993, el mismo, incluye el plazo máximo que puede ser retenido el indiciado por el Ministerio Público. En los casos que la ley prevea como delincuencia organizada, que es la que se lleva a cabo por medio de bandas, pandillas dedicadas a la práctica del delito y otros semejantes, el Ministerio Público podrá duplicar dicho plazo, por su elevada peligrosidad y por tratarse de asuntos colectivos que complican la integración de expedientes y la vinculación de todos los detenidos en un sistema organizado. El artículo 194 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales considera como casos de delincuencia organizada; “Aquellos en los que tres o más personas se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento, reiterado o con fines predominantemente lucrativos, algunos de los delitos que se indican en el mismo precepto.

“...Es claro que desde que se inicie la detención, se deberán hacer saber al indiciado los derechos que le confiere la Constitución y los tratados internacionales, facilitándole las condiciones para su ejercicio, particularmente de los señalados en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos

Penales...”⁶

El Constituyente permanente emplea dos verbos a los que atribuye un sentido técnico preciso. En primer lugar el verbo **DETENER** con el que se refiere el acto de realización instantánea, mediante el cual se priva de su libertad a una persona sin que esta privación sea el resultado de una orden judicial, por ejemplo, en los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al presunto responsable poniéndolo a disposición de la autoridad. Y el verbo **RETENER**, mediante el cual se refiere a la prolongación del tiempo de esa privación de la libertad, durante la averiguación previa. Por lo que detenida una persona, bien sea en caso de flagrancia o en caso de urgencia, el Ministerio Público podrá retener al presunto responsable (y continuar su averiguación previa) hasta un máximo de cuarenta y ocho horas. Dentro de éste plazo el Ministerio Público estará obligado a ejercer la acción penal, poniendo al detenido a disposición de la autoridad judicial, o bien a poner en libertad al detenido.

Con lo anteriormente planteado se deduce que hasta ahora, en aras de la procuración de justicia y respecto de la figura del arraigo, se han violado principios fundamentales de legalidad.

Siendo el arraigo domiciliario en la averiguación previa, totalmente violatorio de garantías, por no estar expresamente regulado en nuestra Constitución Política, por consiguiente viola lo expresamente señalado en el artículo 11 y 16 Constitucionales.

⁶ Ovalle Favela, José, Garantías Constitucionales del Proceso, Mc Graw Hill, México 1996, Pág. 216.

4.5. EL ARRAIGO EN EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MEXICO.

En los Códigos adjetivos de Procedimientos Penales de nuestro país, se encuentran, establecidas las normas jurídicas que regirán el proceso, aduciendo que cada Código tiene disposiciones en algunos casos muy diferentes a los demás, por lo que algunos Código adjetivos penales, encierran una serie de incongruencias, que los legisladores de los Estados en vez de solucionar los problemas, creando disposiciones jurídicas justas, lógicas e inconstitucionales, empeoran mas las situaciones y en pocas ocasiones las solucionan.

Por ejemplo, una de estas arbitrariedades en la averiguación previa es el arraigo, siendo este, una medida totalmente violatoria de garantías.

“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 la libertad, en los casos de sentencias. Para estos supuestos, nadie duda que desde la averiguación previa se deben efectuar las medidas conducentes a efecto de estar en posibilidad de integrar el cuerpo del delito la presunta responsabilidad y así ejercitarla acción penal; así mismo nadie ignora que los sujetos a averiguación serán proclives a eludirla, ocultándose o fugándose, por lo cual manifiesta la dificultad que enfrenta el representante Social para integrar los elementos antes señalados.”

Con la finalidad de hacer factible la función persecutoria establecida en el artículo 21 de la Constitución Federal a favor del Ministerio Público se ha autorizado el arraigo, tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en los cuales se determina la facultad del Ministerio Publico para solicitar al Órgano Jurisdiccional el arraigo del indiciado en los casos que se estime necesario.

Ahora veamos, lo que establece el Código Federal de Procedimientos

Penales y el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, con relación al arraigo.

El artículo 133 bis del Código adjetivo federal penal, establece: “La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la obligación de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización a la persona en contra de quien se prepara 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 prolongaran por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

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

Asimismo el artículo 154 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, establece: “Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin autorización de la autoridad judicial, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquel recurrirá al Órgano Jurisdiccional, fundando y motivando su petición para que este resuelva de inmediato sobre la procedencia del arraigo o prohibición con vigilancia de la autoridad que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo o prohibición se notificaran inmediatamente al indiciado y se prolongaran por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días a solicitud del Ministerio Público.

El juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al afectado sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo o prohibición.

Como podemos observar, el arraigo también existe en el proceso penal pero solo examinare lo referente al arraigo en la averiguación previa.

De los artículos en comento, se desprende que el Código Federal de Procedimientos Penales se establece el termino **arraigo domiciliario**, a diferencia del Código adjetivo penal para el Estado de México que solo establece arraigo, en las dos disposiciones penales coinciden en el término que durara el arraigo, es decir de treinta días prorrogables por otros treinta días.

La expresión “arraigo domiciliario”, denota al mismo tiempo la esencia de la medida cautelar de carácter personal (arraigo) que posee y el lugar donde debe cumplirse, que no puede ser otro que el propio domicilio del indiciado, no el que pretenden designar a su criterio el Ministerio Público o el Juez, pues de acuerdo al Artículo 29 del Código Civil Federal, el domicilio de las personas físicas corresponde al lugar donde residen de manera habitual, o sea donde viven con sus familias, con otras personas o aun solos bajo la presunción de que se considerará que una persona reside habitualmente un lugar, cuando permanezca en el por mas de seis meses, situación esta que jurídicamente es la que corresponde a la esencia de la medida cautelar que establece el artículo en comento del Código adjetivo federal, esto es, que permanezca el indiciado en su domicilio a disposición del Ministerio Público para fines de la averiguación previa, mas no al hecho de situarlo en lugar distinto de su domicilio y mucho menos ocultarlos, en algún lugar al de aquel, como podría ser por ejemplo: una casa de seguridad, un hotel, por lo que es violatorio de la ley cualquier arraigo en lugar distinto al domicilio; por el contrario a lo antes manifestado, si los probables responsables afectados pro la medida cautelar no tienen domicilio convencional o legal o simplemente un lugar de residencia, el arraigo podrá efectuarse en lugares que el Juez considere pertinente.

Concedido el arraigo por el Juez, en los términos señalados, se entiende que la regla general sobre su duración será el tiempo estrictamente indispensable para determinar en la averiguación previa si existe o no presunta

responsabilidad.

“Cabe destacar que de la exposición de motivos de decreto de reformas al Código Federal de Procedimientos Penales publicado en el Diario Oficial de la federación el día 27 de Diciembre de mil novecientos ochenta y tres, por medio del cual se adiciono el artículo 133 bis, que previene la orden de arraigo, se desprende que en la iniciativa se consideró que el aseguramiento personal del presunto responsable, fuera de los casos a los que se refiere el artículo 16 Constitucional, tiene la expresa limitante impuesta por el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido que en el derecho de transito esta subordinado únicamente a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad civil y criminal, por ello la referida adición a la ley procesal faculta al Ministerio Público para que fundada y motivadamente y al amparo del artículo 11 de la Constitución Federal acuda al Juzgador para que imponga el arraigo.”

Lo cierto es que la orden de arraigo domiciliario afecta la libertad personal porque obliga al individuo a permanecer en un inmueble de tal manera que su ámbito de acción o deambulatorio se restringe a las dimensiones del domicilio.

Asimismo, los artículos 130 y 136 de la Ley de Amparo señalan las reglas a seguir tratándose de la suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo, cuando afecten ó restrinjan la libertad personal, con la independencia de que se trate de determinaciones emitidas dentro o fuera de un procedimiento judicial, o sean dictadas por el Ministerio Público, autoridades distintas a él o autoridad judicial.

En este orden de ideas, es válido afirmar que la orden de arraigo domiciliario, prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y 154 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, es una medida cautelar que afecta y restringe la libertad personal del indiciado y como tal, es un acto de autoridad que puede, si es el caso, ser susceptible de suspender conforme lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la ley de Amparo, en consecuencia, la procedencia o

no de esa medida y sus afectos de que se conceda, estará sujeta obviamente al cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que la propia ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece.

4.6. PROBLEMÁTICA DEL ARRAIGO.

A continuación analicemos además de los Códigos Federal y de Procedimientos Penales para el Estado de México, los Códigos Procesales Penales del Estado de Hidalgo y de Morelos, los cuales, como veremos, establecen de una manera más intransigente e inaceptable el arraigo llevado a cabo en la averiguación previa. Haciendo mención que en el Estado de Hidalgo es totalmente inconstitucional y a todas luces violatorio de garantías este tipo de arraigo, toda vez que el Ministerio Público sin necesidad de recurrir al Órgano Jurisdiccional procede a realizar el arraigo, lo que es totalmente inaceptable.

ORDENAMIENTO	TERMINO Y FUNDAMENTO LEGAL	AUTORIZA JUEZ.	OBSERVACION.
Código Federal de Procedimientos Penales	30 días prorrogables. Establece que será domiciliario. Artículo 133 bis.	<u>Sí.</u> A solicitud del Ministerio Público, con audiencia del indiciado.	Fue introducido por primera vez, de acuerdo a las reformas a dicho ordenamiento, de fecha 04 de Enero de 1983. Establece que será domiciliario.
Código de Procedimientos Penales para el Estado de México	30 días, prorrogables por otros 30 días en la averiguación previa. Artículo 154.	<u>Sí.</u> A solicitud del Ministerio Público, con audiencia del afectado.	No establece que será domiciliario, sino solo establece que será arraigo.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo.	30 días, prorrogables por otros 30 días. Artículo 132.	<u>No.</u> Solo el mismo Ministerio Público lo decreta.	El indiciado o bien el Ministerio Público, podrá señalar el lugar donde quedara arraigado.
Código de Procedimientos Penales para el Estado de Morelos.	30 días prorrogables por el mismo período.	<u>Sí.</u> Lo solicita el Ministerio Público, con audiencia del indiciado.	El arraigo otorgara garantía patrimonial de sujetarse a las condiciones inherentes a esta medida

No es posible que al imponer arraigo como lo es en el Estado de Morelos, se imponga al indiciado la obligación de otorgar fianza y mucho menos el que se le tenga que sustraer bienes de su propiedad para garantizar la misma, al igual que en el Estado de Hidalgo, en donde al llevar a cabo el arraigo el Ministerio Público de una manera arbitraria.

El arraigo es una forma de limitar la libertad de las personas que se encuentran involucradas en la integración de una averiguación previa o bien en un proceso penal. Hemos mencionado que el arraigo domiciliario (tal como lo establece el Código Federal de Procedimientos Penales) deberá llevarse a cabo necesariamente en el domicilio del indiciado, y cuando no se establece el término domiciliario en los Códigos adjetivos penales (como lo es en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México o bien el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal entre otros) el Ministerio Público podría llevar a cabo dicho arraigo en un hotel, o en cualquier otro lugar distinto, que arbitrariamente determine el Juez o el Ministerio Público.

Cada vez que se decreta un arraigo domiciliario los tres poderes de la Unión en las esferas locales; Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en sus ámbitos locales o federativos, violan la garantía de libertad que se encuentra consagrada en el artículo 11 Constitucional, el primero al legislar sobre una institución que se encuentra prohibida por nuestra Constitución; el segundo

cuando en aras de una representación Social solicita o ejercita una orden de arraigo domiciliario y, el tercero al otorgar el arraigo cuando le es solicitado por el Ministerio Público, todos ellos prejuzgan sobre la culpabilidad del arraigado, violando sobre los principios de legalidad consagrados en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La facultad que se ha dado al Estado para arraigar a las personas ha valido para que un sin numero de personas, presuntas indiciadas o procesadas, les hayan violado sus garantías individuales consagradas en los artículos 11 y como consecuencia 14 de nuestra Constitución Federal. Trayendo consigo graves e irreparables consecuencias como lo es la pérdida de su trabajo, amistades, desprestigió y un sin número de perjuicios irreparables.

Y solo por citar alguno de los últimos casos donde las autoridades tanto locales como federales han decretado el arraigo señalaremos los nombres de Paola Durante Ochoa, Mario Rodríguez Bezares, Erasmo Pérez Garnica, Miguel Ángel Yañez, quien enterado del arraigo que se avecinaba, tramitó un amparo el cual le fue concedido, entre muchos otros que por no ser figuras públicamente conocidas han pasado por la misma situación.

No es valido que en aras de la procuración de justicia se siga vulnerando uno de los derechos más importantes de los ciudadanos, que es la libertad.

4.7. CRITICA AL ARRAIGO.

Siendo el arraigo un tema polémico, ha ocasionado que diversos autores, especialistas en la materia expresen en su doctrina su inconformidad con la mencionada medida precautoria, mencionando que tal medida, esta en desacuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por consiguiente es violatorio de garantías individuales, expresando lo siguiente:

“Si bien es cierto que el artículo 11 Constitucional subordina el ejercicio del derecho de transito y residencia a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal no lo es menos que, debiendo ser dicha responsabilidad, objeto de declaración jurisdiccional que obviamente no concurren en un simple procesado, y menos aun en un simple sujeto de averiguación previa, contra quien ni siquiera se ha ejercitado acción penal, de donde se infiere, lógica y jurídicamente, que el mencionado artículo 11 Constitucional no autoriza ninguna medida restrictiva de la libertad de carácter procesal.”⁷

De lo que se infiere, que al ser el arraigo una medida restrictiva de la libertad no solo viola lo establecido en el artículo 11 Constitucional, sino también lo establecido en el artículo 16 párrafo VII de la misma Constitucional, el cual establece que el Ministerio Público solo podrá retener al indiciado por un término de cuarenta y ocho horas o bien el doble del mismo términos cuando se trate de delincuencia organizada.

“Pallares estima innecesario y anticonstitucional el arraigo.”⁸

El Doctor Colín Sánchez, con relación al tema, manifiesta lo siguiente”: No obstante, aun con los requisitos y lapsos que para el mismo se señalan, no deja de ser violatorio del artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, por introducir una limitación a la libertad que dicho

⁷ Arilla Bas, Fernando, El procedimiento Penal Mexicano, 21ª. Ed.porrúa, México, 2001, pág. 99.

⁸ Becerra Bautista, José, El proceso en México, 16ª. Ed. Porrúa, México, 1999. pág.436.

precepto prohíbe en términos generales y que, solo permiten a las autoridades expresamente señaladas y en términos muy precisos.

La libertad, concretamente de tránsito, solo puede limitarse en los casos de responsabilidad criminal o civil, y tanto en la averiguación previa como en el proceso, no existe aun jurídicamente hablando, ninguna responsabilidad, como base de sustentación de semejante medida.⁹

De lo que se infiere jurídicamente y lógicamente, que al no establecer nuestra Carta Magna semejante medida precautoria como lo es el arraigo, no debemos permitir se siga llevando a cabo tal medida restrictiva de libertad y por consiguiente violatoria de nuestras garantías individuales.

4.8. JURISPRUDENCIA.

Nuestro máximo tribunal judicial, se ha pronunciado respecto del derecho de libertad y el precepto constitucional que lo protege.

ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRÁNSITO.

La orden de **arraigo**, no solo 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.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN

⁹ Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 17ª.ed. porrua, México, 1998.pág.237.

MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 88/98.-Alfonso Jiménez O' Farrill Duran, autorizado del quejoso Francisco García González.- 10 de noviembre 1998.- Unanimidad de votos.- Ponente: Bruno Jaimes Nava.- Secretario: Leopoldo Ceron Tinajero. Instancia Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo IX, Enero de 1999. Tesis: I. 4°.P.18.P Página: 828. Tesis Jurisprudencia.

“ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.

La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de febrero de 1999, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se

cumplen los requisitos exigidos por la misma Ley.”

Contradicción de tesis 3/99.-Entre la sustentada por una parte, por los Tribunales Colegiados Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito y Primero del decimoctavo 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: Oscar Mauricio Maycott Morales.

Tesis de Jurisprudencia 78/99.- Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veinte de octubre de mil novecientos noventa y nueve por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: Presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Tomo X, noviembre de 1999. Tesis la/j. 78/99 página: 55. Tesis de Jurisprudencia.

ARRAIGO, ORDEN DE, AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.

La orden de **arraigo**, si es un acto restrictivo de la libertad personal y por consecuencia el régimen relativo a la suspensión, debe ventilarse conforme a los artículos 130 en sus

dos últimos párrafos y 136 de la Ley de Amparo. En tales condiciones, como el acto reclamado afecta la libertad personal y se trata de un mandamiento dictado por autoridad judicial. La suspensión debe regirse por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 136 de la propia ley.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO OCTAVO CIRCUITO.

Queja 19/98.- Jesús Miyazawa Álvarez.- 13 de Febrero de 1998.-Mayoría de votos.- Disidente: Alejandro Roldan Vázquez.- Ponente: Julio Chávez Ojesto.- Secretaria: Zara Gabriela Martínez Peralta.

Instancia: Tribunal de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo VIII, Septiembre de 1998. Tesis XVIII. 1 o 4 P Página 1142. Tesis Aislada.

4.9. PROPUESTAS.

Se pudiera decir que todos los conceptos de violación que se acaban de expresar, son lo suficientemente contundentes para concluir que el arraigo domiciliario es Inconstitucional. Sin embargo aún cuando los preceptos más importantes en materia Constitucional expresan claramente la Inconstitucionalidad del arraigo domiciliario y su fundamento legal, es necesario además dejar precisado qué alcances tiene el artículo de nuestra Ley Suprema, pues se da el caso de que algunos criterios equivocados señalan que el arraigo domiciliario encuentra su fundamento en el mencionado artículo en razón del criterio jurisprudencial ya sé a analizado, pero que enseguida se debe plantear el verdadero sentido del Fundamento con el numeral once de nuestra Carta Magna.

El artículo 11 Constitucional establece lo siguiente:

“Todo hombre tiene derecho para entrar en la república, salir de ella, viajar por su territorio y anudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad Judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las Leyes sobre Migración, Inmigración y Salubridad General de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.”

Si bien es cierto que el artículo 11 antes transcrito garantiza a todo hombre dentro de nuestra República su LIBERTAD DE TRANSITO y a su vez establece sus limitaciones, condicionadas o subordinadas tal y como lo dice a las facultades la autoridad Judicial, en casos penales y otros, pero que lo que interesa a esta investigación va en el orden criminal, tal garantía y tal restricción no van enfocadas a darle vida al arraigo domiciliario, pues como ha quedado probado el arraigo domiciliario no sólo afecta la libertad de tránsito sino también la libertad personal, pues la prohibición hecha a una persona de no abandonar un inmueble en específico, redundando en afectar el ámbito de acción y de ambulatorio del individuo, **siendo que la restricción de la libertad de tránsito sólo iría encaminada a prohibir al indiciado abandonar Una demarcación geográfica.** El artículo 133 bis del CFPP encuadra ambos supuestos, tanto el del arraigo domiciliario como el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, de manera alternativa o disyuntiva, dejando al criterio de un Juez unitario la elección de uno de otro, lo que deja de manifiesto que el precepto es por demás Inconstitucional pues el legislador al tratar de poner solución a un problema social con una realidad indiscutible, plasmó exceso en tal numeral de Ley Federal Sustantiva en tema, al olvidar las garantías individuales específicamente de libertad personal, reguladas principalmente por los artículos 14, 16 y 19 Constitucionales, convirtiéndolo en su texto y en su aplicación violatorio de garantías individuales, con lo que debe pensarse en derogarlo y adecuar los textos jurídicos a la realidad Constitucional.

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

Uno de los principales reclamos de nuestra sociedad es el mejoramiento y perfeccionamiento de nuestro sistema de Procuración e Impartición de justicia, que hoy en día no se cuestiona que es al Estado, representado en sus tres poderes y ordenes de gobierno, el responsable de la seguridad pública y hacer que la justicia se imparta sin distinción. Esta difícil tarea es compartida por los poderes de la Unión y los de cada Estado, lo que significa que nuestro

Sistema de justicia no se ha integra solo con el Poder Judicial, sino con la aportación en conjunto de los poderes Ejecutivo y Legislativo, los cuales deben actuar con absoluto respeto a la división de poderes y con estricto apego a la Constitución.

La tercera propuesta es adicionar al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo séptimo que regula la garantía de legalidad, a fin de que sirva de marco para que cada una de las legislaciones locales y leyes federales no vulneren los derechos de los gobernados, para tal efecto, la adición que se propone en dicho artículo es para quedar como sigue.

Artículo 16 párrafo séptimo: “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada. **Queda prohibido imponer al indiciado, medida precautoria alguna, que lo prive de su libertad por más tiempo que el anteriormente señalado. Cuando el Ministerio Público no tenga los suficientes elementos para ejercer acción penal en contra del indiciado,**”.

De esta manera, el Ministerio Público, podrá seguir investigando el presunto hecho delictivo sin necesidad de tener al probable responsable arraigado injustamente. Es decir, por que el arraigo se decreta cuando la autoridad de la Procuraduría solicita tal medida de un juez en lo que practica una averiguación. Es decir, que sin que sea ni siquiera responsable de nada, simplemente mientras se investiga, a ver si resulta de pura casualidad responsable de algún delito o si se lo montan, el sujeto esta privado de su libertad.

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

Con la propuesta que planteo, se evitarán se sigan cometiendo detenciones ilegales, inútiles y violatorias de garantías individuales, como lo es el arraigo. Ya que, si bien es cierto, el pretexto de imponer el arraigo en la averiguación previa, es el de que exista el riesgo de que el indiciado se dé a la fuga, debemos recordarles a nuestros señores legisladores, que por eso existe la detención realizada ante el Juez por el término de setenta y dos horas (o el doble de tiempo), tal como lo señala el artículo 19 Constitucional y por consiguiente el proceso penal (de un año o bien cuatro meses, según el delito cometido). Porque suficiente tenemos con procesos penales largos (que inclusive llegan a durar hasta año y medio) para que al final del mismo se decrete una Sentencia Absolutoria, y para que nos digan Se determino que es inocente, Usted disculpe se puede retirar.

No debemos olvidar que las leyes son para todos iguales, y por lo consiguiente deben ser justas, ecuánimes y convincentes y sobre todo no deben estar en contra de lo establecido en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en lo referente a las garantías individuales.

Siendo la Procuración de Justicia, una de las principales acciones que el Estado tiene pendiente con la sociedad, debemos de considerar que los legisladores deben de impulsar las reformas necesarias para que México sea una Nación más justa, donde prevalezca el Estado de Derecho y el respeto irrestricto a la Constitución se ubique por encima de cualquier interés.

CONCLUSIONES.

- ❖ **PRIMERA.-** El Derecho Constitucional, como ciencia, es una disciplina de la cual no se puede decir que se sabe todo, atendiendo a su origen social, ésta se encuentra en constante evolución de acuerdo a las necesidades de la población.

- ❖ **SEGUNDA.-** Resulta importante destacar principios generales de derecho entre otros, el de presunción de inocencia hasta que se demuestre lo contrario; de legalidad y de garantía de audiencia, todos ellos contenidos en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- ❖ **TERCERA.-** Los términos que se aplican en el arraigo domiciliario, varían de acuerdo a cada legislación, pudiendo ser desde tres, hasta noventa días, conforme a la legislación aplicable. Como lo sabemos, existen dos tipos de arraigo en materia procesal penal; el primero es el impuesto por el juez, hasta que termine el proceso, en los casos previstos y el segundo el solicitado por el Ministerio Público al Juez, en tanto se termina de integrar la averiguación previa. Y singularmente existe otro tipo de arraigo establecido en el artículo 271 párrafo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual es llevado a cabo por los Jueces de Paz Penal.

- ❖ **CUARTA.-** Nuestra Constitución Política, siendo un dogma jurídico debe ser aplicada como lo establecen sus mismos preceptos normativos, por lo que no debemos permitir que ninguna norma secundaria la contradiga y menos aun que existan figuras, como lo es el arraigo, violatorio de garantías individuales.

- ❖ **QUINTA.-** El artículo 1º de Nuestra Carta Magna, establece

expresamente que nuestras garantías individuales solo podrán restringirse o suspenderse en los casos y con las condiciones que ella misma establece, por lo que las limitaciones de la libertad solo podrán ser legitimadas por la misma Constitución, la cual no autoriza mas limitaciones a la Libertad Procesal del individuo, que la detención (artículo 16) y la prisión preventiva (artículo 18).

- ❖ **SEXTA.-** El arraigo, no obstante, de ser violatorio de garantías individuales, se ha tomado como medida provisional que limita la libertad de aquellas personas que son presuntas responsables de la comisión de un delito, Siendo así el arraigo, en la etapa de averiguación previa, una medida restrictiva de libertad, no-solo viola lo establecido en el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino también lo preceptuado en el artículo 16 párrafo VII del mismo ordenamiento jurídico.

- ❖ **SÉPTIMA.-** En todo Estado de derecho, la autoridad del rango que sea debe ineludiblemente acatar lo ordenado en la Constitución Federal y en los ordenamientos jurídicos que no la contraríen.

- ❖ **OCTAVA.-** Suficiente tenemos con el procedimiento Penal que es tardío dada la ineficacia que existe en la averiguación previa, al no quedar fehacientemente comprobada la inocencia o presunta responsabilidad del inodado, motivo por el cual que en algunas ocasiones el Juzgador, dicta autos de formal prisión en contra del presunto responsable, para al final del procedimiento, después de haber durado el mismo en ocasiones hasta año y medio, decretar sentencia absolutoria por no haberse comprobado el cuerpo del delito y menos la responsabilidad del procesado, acarreado con ello grandes perjuicios sociales, familiares y económicos al mismo, al que después de haber sido sujeto a un procedimiento criminal denigrante, la justicia lo perdona, no se disculpa,

pero si le deja como patrimonio social, haber perdido su empleo, respeto y amistades entre muchos otros, lo cual se convierte en un resentimiento a todo lo relacionado con la administración de justicia.

- ❖ **NOVENA.-** Si la libertad de las personas es uno de los bienes más valorados por las Instituciones y el arraigo domiciliario es una forma de restringir esa libertad, resulta necesario una reforma constitucional que prohíba imponer cualquier medida precautoria como lo es el arraigo.

- ❖ **DÉCIMA.-** No debemos permitir se sigan violando nuestras prerrogativas fundamentales, creando medidas precautorias como lo es el arraigo llevado a cabo en la averiguación previa, el cual trata de escudar la deficiencia e ineptitud de algunos supuestos agentes del Ministerio Público.

BIBLIOGRAFÍA.

- Alcalá Zamora y Castillo, Nieto Legítima Defensa y Proceso Porrúa, México, 2000.
- Arilla Bas, Fernando, El Procedimiento Penal Mexicano, 21ª. Edición, Porrúa, México, 2001.
- Becerra Bautista, José, El Proceso Civil en México, 3ª. Edición, Porrúa, México, 1999.
- Burgoa Orihuela, Ignacio, Las Garantías Individuales, 27ª. Edición, Porrúa, México, 1996.
- Burgoa Orihuela, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, 13ª. Edición Porrúa, México, 2001.
- Carpizo, Jorge, Estudios Constitucional, 7ª. Edición, Porrúa, México 1999.
- Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 18ª. Edición, Porrúa, México 2001.
- De la Cruz Agüero, Leopoldo, Procedimiento Penal Mexicano, Porrúa, México, 1995.
- De piña, Rafael. Diccionario de Derecho. 11º Edición Porrúa, México, 1999.
- Díaz de León, Marco Antonio, Código Federal de Procedimientos Penales, 3ª. , Edición, Porrúa, México, 1991.
- Díaz de León, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal, 4ª. Edición, Porrúa, México 2000.
- Duran Gómez, Ignacio, Código Federal de Procedimientos Penales Anotado, 1ª. Edición, Porrúa, México, 1989.
- Floris Margadant S. Guillermo, El Derecho Privado Romano, 21ª. Edición, Esfinge, México, 1995.
- Floris Margadant S. Guillermo, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, 21ª. Edición, Esfinge, México, 1995.

- García Ramírez, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, 5ª. Edición Porrúa, México 1989.

- Hernández Tejero, Francisco, Lecciones de Derecho Romano, 6ª. Edición Artes Gráficas, España, 1994.

- Iglesias, Juan, Derecho Romano, 12ª, Edición Ariel, España, 1999.

Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal Parte General, Vol.1, 3ª Edición, Editorial Boch, Barcelona 1989, Pág. 292.

- Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal Parte General, Vol.1, 3ª Edición, Editorial Boch, Barcelona 1989.

- Lara Espinosa, Saúl, Las Garantías Constitucionales, 2ª, Edición Porrúa, México 1999.

- Lanz Duret, Miguel, Derecho Constitucional Mexicano, 5ª, Edición, Porrúa, México 1999.

- López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, México d. C. 4ª. Edición, Edit, Porrúa 1997.

- Martínez Garnelo, Jesús, La Investigación Ministerial Previa, 4ª. Edición, México, Porrúa, 1999.

- Martínez Vera, Rogelio, Fundamento de Derecho Público, México, Mc Graw Hill, 1994.

- M. Oronoz Sentena, Carlos, Manual de Derecho Procesal PENAL, Limusa, México 1996.

- Montiel Duarte, Isidoro, Estudio Sobre Garantías Individuales, 2ª. Edición, Porrúa, México, 1983.

- Morales, José, Ignacio, Derecho Romano, 4ª. Edición, Trillas, México 1992.

- Osorio y Nieto, Cesar Augusto, La Averiguación Previa, 10ª. Edición, Porrúa, México, 1999.

- Ovalle Favela, José, Garantías Constitucionales del Proceso, Mc Graw Hill, México, 1996.

- Pallares, Eduardo, Diccionario de Derecho de Procesal Civil, Porrúa, MÉXICO 1973.
- Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, 3ª. Edición, Porrúa, México 1974.
- Rivera Silva, Manuel, Procedimiento Penal, 4ª. Edición, Porrúa, México, 1967.
- Rodríguez Soriano, Gerardo, Código Civil Comentado, 3ª. Edición Porrúa, México, 1993.
- Sainz Gómez, María, Derecho Romano I, Limusa, México 1991.
- Sánchez Bringas, Enrique, Derecho Constitucional, 6ª. Edición, Porrúa, México, 2001.
- S. Macedo, Miguel, Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano, 2001.
- Tomas y Valiente, Francisco, Manual de Historia del Derecho Español, 4ª. Edición, México, Reí, 1998.
- Zamora Pierce, Jesús, Garantías y Proceso Penal, 9ª. Edición, México, Porrúa, 1998.

LEGISLACIÓN.

Agenda Civil para el Distrito Federal, México, Delma, 2002.

Código Civil para el Estado de MÉXICO, Sista, México, 2002.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Sista, México, 2002.

Compendio de leyes Penales para el Distrito Federal, Delma, México, 2001.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, Sista, 2002.

Código Federal de Procedimientos Penales, Porrúa, México, 2002.

Código Civil para el Estado de México, Sista, México, 2002.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo, Porrúa, México 1999.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Morelos, Sista, México 2002.

Ley de Amparo, Sista, México 2002.

INTERNET

“La barra de abogados de México, rechaza por completo el Arraigo Domiciliario ya que la PGR, abusa de la medida precautoria.”

Página Electrónica:

<http://www.informador.com.mex/Lastest/Nov99/27Nov99/27pr09c.htm>.

“Crítica de Madrazo a Jueces sobre el arraigo domiciliario”

Página Electrónica:

<http://www.informador.com.mex/Lastest/Nov99/27Nov99/27pr09c.htm>.

“El arraigo domiciliario: De la teoría a la practica”

Página Electrónica:

<http://www.informador.com.mex/Lastest/2000/julio/29jul2000/291°02d.htm>.

“Exige Bezarez se suspenda el arraigo”

Página Electrónica:

<http://serpiente.dgsca.unam.mx/universal/net1/1999.../04-ci-a.htm>.

“Recomendación 6/99 de la comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en donde establecen que la Procuraduría General de Justicia del distrito Federal, cometió abusos al ejecutar el arraigo domiciliario en la averiguación Previa.”

Página Electrónica:

<http://www.cd hdf.org.mx/reco9906.htm>