



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARRAIGO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A N:
ANGELICA ALARCÓN CEDILLO
YAZMIN MADRIGAL RUIZ



**ASESOR:
LIC. JUAN JESUS JUÁREZ ROJAS**

MÉXICO

2008



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.

A DIOS Y A LA VIDA

A Dios y la vida, por permitirme seguir con este sueño que comenzó hace mucho tiempo y que ahora es mi realidad. Por haber tenido a la familia y amigos que tengo y por haberme mostrado el camino que me haría sentir viva.

A MI FAMILIA

A mis padre y hermano de los cuales he recibido apoyo durante toda mi vida y me han enseñado que por mas difícil que parezca el reto, siempre se puede llegar a él creyendo. Pero muy en especial a mi mamá quien ha estado siempre a mi lado y me ha apoyado en todas las decisiones que he tomado, a pesar de que en ocasiones no son las correctas, ella no me ha abandonado nunca.

A MIS AMIGOS

A mis amigos, todas esas personas que han sido parte de mi vida y que han compartido todos aquellos momentos que nos han hecho crecer, a quienes siempre recordaré y agradezco su confianza y su amistad..

A LA UNIVERSIDAD

A la Universidad Nacional Autónoma de México, aquella casa de estudios que me abrió sus puertas para ser parte de ella y ser la profesionalista que soy ahora. A mis profesores, quienes han sido mis verdaderos maestros en el difícil camino que ha sido el formar un abogado... espero no haberlos defraudado.

CON CARIÑO...

Claro que no puede faltar a todas aquellas personas que me dieron la oportunidad de colaborar y ser parte de su equipo laboral; gracias a sus enseñanzas y conocimientos, pero sobre todo a su paciencia. A la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal por la oportunidad que me brindo y a todos los que conocí en ese lugar gracias.

A MI MAMA

*Por ser la mujer más admirable,
por ser quien siempre me cuido,
me apoyo y aconsejo para seguir
adelante y cumplir mis metas.
Gracias por ser padre y madre,
Gracias por ser mi amiga y
Confiar en mi.*

A MI MAMA JUANITA Y VIS

*Quienes me cuidaron como su hija,
hoy les agradezco por quererme y
apoyarme en todos los momentos que
lo necesite, gracias por formar parte de
esta meta que hoy veo cristalizada.*

A MIS HERMANOS Y CUÑADOS

*A ustedes, por apoyarme a lo largo de
mi carrera, por confiar en mi
y aconsejarme a seguir adelante.
gracias por ser mis guías y formar
parte importante de mi vida.*

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO.**

*Por ser una escuela de gran valor,
gracias por abrirme sus puertas al
conocimiento gracias por hacer de mi
la profesionalista que hoy soy.
Gracias a mis maestros porque de ellos
aprehendí los conocimientos que hoy tengo,
a ustedes también agradezco los consejos
y valores que me dieron
y que no olvidare jamás.*

A YAZMIN

*Quien no solo es mi mejor amiga,
sino también una hermana,
gracias por ser mi confidente
y estar conmigo en los momentos de
éxito y fracaso, gracias por el apoyo
que siempre he recibido de ti y por ser
mi amiga.*

A MIS AMIGOS

*A ustedes por regalarme los momentos
Mas increíbles y agradables de mi vida,
Gracias por compartir sus sueños
y metas conmigo durante esta etapa,
gracias por ser mis amigos.*

CON CARIÑO...

*A los licenciados Juan, Fernando,
Felipe, Aristóteles, David y Francisco:
quienes me dieron la confianza y
oportunidad de colaborar en su trabajo,
gracias por los conocimientos que me
brindaron y la experiencia maravillosa
de conocerlos.*

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARRAIGO.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	Pág.	I
CAPITULO I:		
I.- DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES		1
1.1.- Definición.		3
1.2.- Elementos.		12
1.3.- Clasificación.		21
CAPITULO II:		
II. SEMBLANZA DE LAS GARANTIAS DE SEGURIDAD JURIDICA Y SU RELACION CON EL PROCEDIMIENTO PENAL.		25
2.1.- ¿Qué es la Seguridad Jurídica y la Legalidad.?		25
2.2.- De las garantías del inculpado en la Averiguación Previa.		39
2.3.- De las garantías del inculpado en el Preproceso.		50
2.4.- De las garantías del inculpado en el Proceso.		55
CAPITULO III:		
III.- DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.		59
3.1.- Hacia las cosas.		71
3.2.- Hacia las personas.		83
3.3.- El Arraigo como Medida Cautelar.		88

CAPITULO IV:

IV.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARRAIGO.

4.1.- Planteamiento del problema.	97
4.2.- De las Formas Legales de Privación de la Libertad en Averiguación Previa.	107
4.2.1- Fragancia.	112
4.2.2.- Cuasiflagrancia.	116
4.2.3.- Flagrancia Equiparada.	118
4.2.4.- Caso urgente.	120
4.3.- Inconstitucionalidad del Arraigo por rebasar los extremos del Artículo 16 Constitucional.	123
4.3.1.- Argumento Legal.	144
4.3.2.- Argumento Jurídico.	162
4.3.3.- Criterios de la Corte.	166
CONCLUSIONES.	179
FUENTES CONSULTADAS.	187
ANEXOS.	190

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación nos avocaremos a estudiar la importancia de la medida cautelar llamada **arraigo** en materia penal, y su trascendencia en lo que es el procedimiento penal, ya que desde los diferentes enfoques que se presentarán permitirá al lector tener un amplio panorama del tema y poder crearse un juicio propio sobre el mismo.

Para comenzar, debemos tener en claro que la Constitución es un texto el cual fue creado por el Estado para que se pueda determinar, la su estructura política, sus funciones, sus poderes quienes se encargaran de hacer cumplirlas, los derechos y obligaciones de los gobernados y todas las garantías necesarias para el mantenimiento de un Estado de derecho que se rige por una legalidad; así pues, todo lo que se encuentre plasmado en la misma debe ser acatado por toda la población, de lo contrario la propia Constitución, a través de sus leyes reglamentarias, decretara las limitantes que deberán ponerse en practica para los casos en concreto.

Siguiendo el orden de ideas, nos encontramos que en ocasiones, dentro de las prácticas de autoridad, se realizan actos en los que se exceden de su facultad dotada por el estado o que van en contra de lo establecido en nuestra Carta Magna haciendo que se violente el principio de supremacía constitucional. De igual modo se transgreden los derechos fundamentales de todos los gobernados al cometer dichas arbitrariedades la autoridad.

Por ello, el mismo Estado a dotado al gobernado de ciertas medidas para su protección, tal es el caso de el juicio de amparo, que se sustanciara cuando se emita un acto o ley de autoridad que vulnera los derechos reconocidos por la propia constitución dentro de su marco contextual.

Aunque en ocasiones, dentro algunos procedimientos judiciales, la autoridad cuenta con ciertas disposiciones que hacen parecer que no se violentan los derechos fundamentales aunque lo hacen y por ello la Suprema Corte de Justicia de la Nación en ocasiones tiene que resolver sobre dichas lagunas.

Ahora entrando al estudio de nuestro tema en cuestión, nos encontramos que la figura del **arraigo** es considerada como una *medida cautelar* la cual tiene como finalidad garantizar el éxito del procedimiento en cuestión. Así nos encontramos que, de acuerdo con la Legislación reglamentaria, uno de los medios con los que cuenta el Ministerio Público para la investigación que realiza es precisamente el arraigo de una persona que se presume ha cometido una conducta delictuosa o que ha participado en ella.

Para que dicha medida se lleve a cabo, esta debe ser solicitada por el Ministerio Público ante la autoridad jurisdiccional competente para que se evite que se evada de la acción penal el probable responsable, ya que no ha sido posible comprobar la participación del sujeto inculpado en el delito cometido.

Pero esta medida es una limitante a la libertad personal y no se encuentra comprendida tal cual dentro de las que hace mención nuestra Ley Fundamental; así nos encontramos que la Constitución permite la detención en ciertos casos, el arresto, la prisión, la prisión preventiva y la aprehensión como medidas de seguridad para la colectividad. Pero en ningún momento se hace mención del arraigo, siendo este una privación de la libertad por un tiempo de 30 a 60 días y en caso de delincuencia organizada de 90 días; es necesaria que se respeten las garantías individuales del arraigado, además que la medida tenga un fundamento legal, ya que si bien es cierto existe tal fundamentación dentro de las Leyes Adjetivas de cada Estado, dichas legislaciones deberán ajustarse a lo marcado por la Constitución Federal.

Entonces que pasa con la figura del arraigo, pues como se podrá observar existen diferentes puntos de vista sobre si dicha medida es o no restrictiva de la libertad persona, aunque la Suprema Corte se ha pronunciado en ambos sentidos a favor y en contra ya que por un lado menciona que no se puede otorgar la suspensión del acto, que este caso seria del arraigo, porque no se esta restringiendo la libertad personal sino solamente la de transito; y por otro lado menciona que al restringirle a una persona su libertad de transito y dejarla recluida en un lugar determinado se esta restringiendo su libertad personal, por lo tanto si seria procedente la suspensión del acto.

Pero a efecto de que pueda prevalecer el estado de derecho y se observen las garantías procesales de todo acusado, es necesario que a nivel Constitucional se realicen reformas para que así no se estén quebrantando las garantías individuales de los gobernados.

Aunque a lo largo de la investigación se estarán proporcionando los conceptos necesarios y los puntos de vista vertidos sobre el particular por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y nuestro punto de vista sobre el tema, a fin de que el lector pueda crearse un panorama sobre el argumento aquí vertido.

La hipótesis que planteamos a lo largo de nuestra tesis es la inconstitucionalidad del arraigo, ya que consideremos que la figura del arraigo esta adquiriendo cada vez mayor auge en virtud de los hechos que han acontecido actualmente, por lo que su aplicación debe estar fundamentada en nuestra constitución, estableciendo los plazos en que debe practicarse, sin embargo, al investigar esta figura en nuestra máxima ley no encontramos expresamente una regulación de la misma y todavía mas observamos que es inconstitucional por exceder los plazos que la ley establece para resolver la situación jurídica de un indiciado.

I.- DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

Un pueblo para que pueda realizar una vida en común, es decir, que pueda tener una sana relación social requieren necesariamente de ciertas libertades, pero también de ciertas restricciones para saber como conducirse sin que propicie perjuicio a terceras personas, por tal motivo es importante que sepa autolimitarse, y esto se lleva a cabo por medio de una figura de autoridad que así lo parezca frente a la población, tal como lo es el Estado a través de todas las normas que erige, tal y como lo menciona el maestro Burgo "...la autolimitación se contiene en el Derecho Positivo que es el que complementa o secunda las garantías individuales concernientes a la libertad, a la igualdad, a la propiedad y a la seguridad, la que propiamente equivale a la de la legalidad , por significar el conjunto de medios jurídicos de preservación de las anterior, dentro de los cuales descuella la existencia de la ley. La autolimitación, que es una de las capacidades propias de la soberanía, implica una restricción a la actividad del Estado introducida por el orden jurídico."¹

Y más adelante, el maestro Burgoa menciona: "Así pues, las garantías individuales denotan esencialmente el principio de seguridad jurídica inherente a todo régimen democrático. Dicho principio no es sino el de juridicidad que implica la obligación ineludible de todas las autoridades del Estado en el sentido de someter sus actos al Derecho."²

Pero, ¿como surgen las garantías individuales?

En la llamada Constitución de Cádiz en 1812 se establece disposiciones fundatorias de garantías de carácter constitucional. La mayor trascendencia de dicho documento es el de ser fuente de inspiración de algunas de las disposiciones constitucionales que han seguido hasta nuestros días.

La primera constitución que rige en nuestro país independiente, es la Constitución Federal de 4 de octubre de 1824. Sin embargo en esa Constitución

¹ BURGOA ORIGUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Ed. Porrúa, México 2004, pág. 160

² Ibidem. pág. 161

Política de la Nación Mexicana, de 28 de mayo de 1823, formulado por un Congreso que se cito como constituyente. En ese plan los diputados señalan, los derechos y deberes de los ciudadanos, y en su artículo 1º se indica que: “Los derechos de los ciudadanos son los elementos que forman los de la nación. El poder de ésta es la suma de los poderes e aquellas...”

El Plan de 1823 influyo en la Constitución definitiva, y en su artículo 1ª enumeraba en términos generales los derechos de los ciudadanos en los cuales se incluían el de libertad, igualdad y propiedad.

La Segunda constitución que rige nuestro país, es conocida como las Siete Leyes Constitucionales de 30 de diciembre de 1836, la cual dio fin al sistema federal que se estableciera en al constitución de 1824, cerrando con ello el régimen centralista. Este documento constitucional si enumera en forma especial algunas garantías individuales un poco mejor elaboradas, pero mencionándolo como derechos del mexicano.

Sigue en orden el Acta de Reforma de 1847, que restablece el imperio de la Constitución Federal de 1824, pero surge para instituir una mejor constitución.

El año de 1846 se citó un Congreso que era a la vez constituyente y ordinario para restaurar la Constitución de 1824; destacando el artículo 5ª del Acta, que menciona “ para asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconoce, una ley fijará la s garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República y establecerá los medios de hacerlas efectivas.”

Con base a las anteriores consideraciones, el Congreso Constituyente de 1856-1857 conoció el proyecto que le remitió la Comisión y con las modificaciones que juzgó pertinentes aprobó el catálogo de derechos del hombre que se le propusiera en treinta y tres artículos y que formara la Sección Primera, del Titulo

Primero, con un artículo 34 que prevé precisamente la suspensión de las garantías.³

Por tanto debemos notar que últimamente se han hecho una serie de reformas a nuestra constitución, que bien pudieran mejor convertirse en una nueva constitución que regulara las necesidades actuales de los gobernados.

1.1.- DEFINICIÓN

Han sido diversos y variados las definiciones que se han tenido en relación a las garantías individuales, así como se hace mención a su acepción gramatical, también se hace referencia a las demás concepciones que les dan los autores, así como la evolución que ha tenido a través del tiempo y por los diversos criterios que han pasado. “Parece ser que la palabra “garantía” proviene del término anglosajón “warranty” o “warantie”, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia. Garantía equivale, pues, en sentido lato, a “aseguramiento” o “afianzamiento”, pudiendo denotar también “protección”, “respaldo”, “defensa”, “salvaguardia” o “apoyo”.⁴ Pero tales acepciones, pudiera bien originarse en una rama del derecho privado, pues a eso se refiere, claro que tal vez en la Roma antigua no se preocuparon por esta figura en lo particular, sino lo manejaron en lo general.

Continuando con el origen gramatical de la palabra encontramos que “La Real Academia Española define garantía como : (de garante) f. Acción y efecto de afianzar lo estipulado. 2. Fianza, prenda. 3. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. El mismo diccionario indica que la palabra proviene del antiguo alto alemán (werento) y representa la acción de asegurara, afianzar, respaldar o apoyar.

Por su parte Martín Alonso en su célebre “Enciclopedia del Idioma” informa del uso del término a partir del siglo XVIII como acción y efecto de afianzar lo

³ CASTRO, Juventino V, “Garantías y Amparo”, ed. Octava, Ed. Porrúa, México 1994, pág. 9-16

⁴ Idem.

estipulado y cosa que asegura o protege contra algún riesgo o necesidad, enseguida indica su uso en nuestra lengua a partir del siglo XIII como fianza o prenda.”⁵

Don Joaquín Escriche define el término en cuestión de la manera siguiente: “La obligación del garante, es decir, del que es o se constituye responsable de alguna cosa a favor de otro, ya sea para asegurarle el goce de una cosa que ofrece un objeto de utilidad, ya para liberarle de una deuda, gravamen o peligro.”⁶

En el derecho público, según afirmación de Sánchez Viamonte, “la palabra garantía y el verbo garantizar son creaciones institucionales de los franceses y de ellos las tomaron los demás pueblos en cuya legislación aparece desde mediados del siglo XIX”.

Jurídicamente el término ha sido tomado del derecho privado, en donde la garantía es un contrato accesorio que tiene como finalidad lograr el cumplimiento efectivo de las obligaciones estipuladas en un pacto principal. Son contratos de garantía: la fianza, la prenda, la hipoteca y el fideicomiso en garantía.⁷

Ya aludiendo a los términos jurídicos, “El concepto “garantía” en derecho público ha significado diversos tipos de seguridad o protecciones a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas pre-establecidas que tiene como base de sustentación el orden constitucional. De esta guisa, se ha estimado, incluso por la doctrina, que el principio de legalidad, el de división o separación de poderes, el de responsabilidad oficial de los funcionarios públicos, etc., son garantías jurídicas estatuidas en beneficio de los gobernados; afirmándose también que el mismo concepto se extiende a los medios o recursos tendientes a hacer efectivo el imperio de la ley y del derecho.

⁵ ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, Las Garantías Individuales en México, Ed. Porrúa, México 2003, pág. 45

⁶ Ibidem., pág. 46

⁷ Idem.

Ideas semejantes emite don Isidro Montiel y Duarte al aseverar que "... todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía, aun cuando no sea de las individuales".⁸ Así pues, se puede observar que los pensadores de esa época ya dilucidaban algunas garantías fuera de las estrictamente para los individuos, es decir, se tomaba en cuenta a aquellas instituciones que se manejaban como personas "morales" que aunque no propiamente era un individuo, también cuentan con derechos en su conjunto que bien pueden ser susceptibles de protección; pero lo que se trata de definir es lo que se denomina "garantía individual".

Siguiendo con las ideas de los diversos autores tenemos que "Jellinek clasifica las "garantías del derecho público" en garantías sociales, tale como la religión, las costumbres, las fuerzas culturales y, en general, los elementos diversos que se dan en la dinámica de la sociedad; garantías políticas, dentro de las que comprende la organización misma del Estado y el principio de división de poderes; y jurídicas que se traducen en los sistemas de fiscalización de los órganos estatales, de responsabilidad oficial, de jurisdicción y de los medios para hacer efectivas las normas de derecho objetivo.⁹ Es muy importante la aportación que realiza dicho autor, pues menciona por primera vez lo que seria la clasificación de nuestra constitución tal como se conoce actualmente en parte dogmática y orgánica, pero aun así no da ningún tipo de ayuda para definir lo que es "la garantía individual".

Kelsen alude a "las garantías de la Constitución" y las identifica con los procedimientos o medios para asegurar el imperio de la Ley Fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, es decir, para "garantizar el que una norma inferior se ajusta a la norma superior que determina su creación o su contenido".

¹⁰ Aunque hace referencia a el aseguramiento de la llamada Supremacía Constitucional, no hace ninguna referencia a la definición de garantía individual.

⁸ BURGOA ORIGUELA, Ignacio, Op. Cit., pág. 162

⁹ Ibidem., pág. 163

¹⁰ Idem.

El tratadista Juventino V. Castro, refiere sobre el concepto de garantías constitucionales, retomando las ideas del maestro Burgoa al señalar que: “son también mencionadas como garantías individuales, derechos del hombre, derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos o derechos del gobernado”.¹¹

Víctor M. Martínez Bullé Goyri, por su parte, define a las garantías individuales como aquellas que van a proteger los derechos fundamentales del hombre y que se van a denominar constitucionales, mientras existan en el texto de la Constitución; ideas muy someras y escuetas para definir algo que es muy importante para el ser humano.

El autor Luís Bazdresh, es mucho más simple en esa cuestión y consulta el Diccionario de la Real Academia para definir lo que es garantía, misma definición a la cual hemos aludido anteriormente.

Fix Zamudio sostiene, que “solo pueden estimarse como verdaderas garantías los medios jurídicos de hacer efectivos los mandatos constitucionales”, aclarando inmediatamente que para él existen dos especies de garantías: las fundamentales (individuales, sociales e institucionales) y las de la Constitución (“para los métodos procesales, represivos y reparadores, que dan efectividad, a los mandatos fundamentales, cuando son desconocidos, violados o existe incertidumbre respecto de su forma o contenido”).¹²

Por otra parte “El distinguido maestro, don Alfonso Noriega C., identifica a las garantías individuales con los llamados “derechos del hombre”, sosteniendo que estas garantías “son derechos naturales, inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el Estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico y social, que permite el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y

¹¹ LARA ESPINOZA, Saúl, Las Garantías Constitucionales en Materia Penal, Ed. Porrúa, México 1999, 2ª ed. Pág. 10

¹² BURGOA ORIGUELA, Ignacio, Op. Cit., pág. 164

natural vocación, individual y social.”¹³ Se puede observar que se tiene un gran problema en distinguir lo que es una garantía, pues no es lo mismo el elemento que garantiza , es decir la propia garantía, que la materia garantizada (derecho humano).

“En otras palabras, desde el punto de vista de nuestra Ley Fundamental vigente, las “garantías individuales” implican, no todo el variado sistema jurídico para la seguridad y eficacia del estado de derecho, sino lo que se ha entendido por “derechos del gobernado” frente al poder público.

Los Constituyentes del 56-57 consideraron que los derechos del hombre son aquellos que éste reciba de Dios (o como dijera Mirabeau, “los que la justicia natural acuerda a todos los hombres”), y que dada su amplitud y variedad no era posible enmarcar dentro de un catálogo.”¹⁴ De ahí que no son considerados lo mismo los derechos del hombre como las garantías individuales.

“La historia del uso de la voz “garantía” en nuestro textos constitucionales, con referencia a los derechos humanos, se realiza por primera vez en el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano del 18 de diciembre de 1822, en sus artículos 9 y 10.”¹⁵ Que básicamente, narran la clasificación de las garantías individuales, que más adelante se explicaran en la presente investigación.

“Garantías Individuales”, de nuevo se encuentra, pero ahora con la precisión de que se trata de un medio para asegurar los derechos del hombre, en el artículo 5ª del Acta Constitutiva y de Reforma de 1847.

El título de la sección quinta del Estatuto Orgánico Provisional de la República, de mayo de 1856, se denominó “Garantías individuales” y el artículo 30 señalaba: “la nación garantiza a sus habitantes la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad”.

¹³ BURGOA ORIGUELA, Ignacio, Op. Cit., pág. 164

¹⁴ Ibidem, pág. 165

¹⁵ ROJAS CABALLERO, Op. Cit., pág. 48-49

La Constitución de 1857 no siguió ese uso del término, y rotuló a su sección I título I, “De los derechos del hombre”.

Finalmente, el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, expedido por Maximiliano en abril de 1865, utilizó de nuevo el término “Garantías Individuales”.

La vigente Constitución de 1917, inicia su título I con el capítulo correspondiente a “las Garantías Individuales”. En el mensaje leído por Venustiano Carranza en la apertura de la sesión del Congreso Constituyente de 1916-17, donde presenta las características del proyecto que someterá a la consideración de ese órgano, se enfatiza:

...lo primero que debe hacer la Constitución política de un pueblo, es garantizar, de manera más amplia y completa posible, la libertad humana, para evitar que el Gobierno, a pretexto del orden o de la paz, motivos que siempre alegan los tiranos para justificar sus atetados, tengan alguna vez de limitar el derecho y no respetar su uso integro, atribuyéndose la facultad exclusiva de dirigir la iniciativa individual y la actividad social, esclavizando al hombre y a la sociedad bajo su voluntad omnipotente.¹⁶

Los Derechos Humanos a nivel de Derecho Internacional, no cuentan con un rango constitucional, por lo que dentro de este marco se “identifican a las garantías individuales a las potestades esénciales reconocidas en la Carta Magna, y como Derechos Humanos a los contenidos en los instrumentos internacionales recepcionados en México, con una jerarquía normativa distinta e inferior a las anteriores.”¹⁷

Pero se habla de Tratados de garantía. Llámense así en Derecho Internacional aquellos en que los Estados garantizan a otra potencia el mantenimiento de tal o cual estado de cosas.¹⁸

¹⁶ “Cfr.” ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, Las Garantías Individuales en México, Ed. Porrúa, México 2003, pág. 50-51

¹⁷ Ibidem. , pág. 53

¹⁸ LARA ESPINOZA, Saúl, Op. Cit., pág. 10

Después de haber expuesto todos los criterios que consideran diversos doctrinarios sobre lo que es la garantía individual, debemos aterrizar en un concepto que abarque todo lo mencionado, o por lo menos que encuadre lo que el Estado trata de proteger a través su reglamentación, por lo que don Ignacio Burgoa menciona que “garantías individuales son: relaciones jurídicas que se entablan entre el gobernado, por un lado, y cualquier autoridad estatal de modo directo e inmediato y el Estado de manera indirecta o mediata, por el otro”.¹⁹

Saúl Lara Espinoza propone un concepto de las garantías individuales diciendo que “son el reconocimiento y proclamación de diversos derechos consignados y protegidos bajo ciertas reglas y principios jurídicos en favor del gobernado por la constitución, leyes y tratados internacionales, que solo pueden ser restringidos o suspendidos por las autoridades competentes, en aquellos casos y con las condiciones que el orden jurídico establece.”²⁰

Y estamos de acuerdo con su concepción, pues al mencionar que son el reconocimiento y proclamación nos hace pensar que estos derechos ya deben estar otorgados al hombre por la sencilla razón de que son inherentes a él, y así mismo que estos deben ser plasmados en un documento, cuya importancia jurídica sea tal, que todos deban ceñirse a la misma para que así se incorpore al derecho positivo.

El mismo autor señala que “estas garantías individuales son también derechos consagrados y protegidos por las leyes emanadas del Congreso de la Unión.”²¹

Ahora bien, la posición de Radruch, se concreta en mencionar que: “Los derechos del hombre, las garantías individuales, son derechos naturales, inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el Estado debe reconocer, respetar y proteger mediante la creación de un orden jurídico y social, que permite el libre

¹⁹ BURGOA ORIGUELA, Op. Cit., pág. 167

²⁰ LARA ESPINOZA, Saúl, Op. Cit., pág. 12-13

²¹ Ibidem., pág.14

desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social.”²²

Ya habiendo observado y analizado las diferentes concepciones y definiciones que proporcionan los diversos autores sobre las Garantías Individuales, podemos decir que estamos de acuerdo con la explicación que hace el maestro Burgoa Origuela al precisar el CONCEPTO DE GARANTÍA INDIVIDUAL, distinguiéndolo con los siguientes elementos:

“1.- Es una relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujeto pasivo).

2.- Derecho público subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado.

3.- Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).

4.- Previsión y regulación de la citada relación por la Ley Fundamental (fuente).

Por ende, los derechos del hombre constituyen, en términos generales, el contenido parcial de las garantías individuales, considerando a éstas como meras relaciones jurídicas entre gobernado por un lado y Estado y autoridades por el otro.²³

5.- Pero el doctrinario Ariel Alberto Rojas Caballero, anexa una quinta característica o elemento: “En contra de leyes o actos de autoridad que violen las citadas “Garantías Individuales” se puede promover el juicio de amparo ante los Tribunales de la Federación (art. 103, fracc.I, de la constitución).²⁴

²² V. CASTRO, Juventino, Garantías y Amparo, Ed. Porrúa, México 1994, 8ª ed., pág. 22

²³ BURGOA ORIGUELA, Op. Cit., pág. 187

²⁴ ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, Op. Cit., pág. 53

Creemos que es necesario explicar cada elemento del concepto de garantía individual, por lo que, en relación al primer elemento que es la relación jurídica de supra a subordinación, primero debemos establecer que existen tres tipos de relación jurídica; estas son las de coordinación, que se dan entre dos o más sujetos que se encuentran en un mismo plano y actúan como particulares; las de supraordinación, que se establecen entre los distintos órganos de poder; y las de supra a subordinación, que son las que se entablen entre dos entidades colocadas una sobre la otra, es decir el Estado y sus autoridades en un plano superior y el gobernado en un plano inferior.

En cuanto al Derecho Público Subjetivo, este es una potestad o prerrogativa dada a todos los individuos por el Derecho Público.²⁵

La obligación correlativa del Estado y las autoridades, se traduce en el ejercicio por parte del Estado para ejercer actos de unilateralidad, imperatividad y corecitividad hacia los gobernados.

En cuanto a su fuente, ya lo hemos reiterado que es totalmente formal, pues están plasmadas las garantías específicamente en la Constitución.

El Amparo, es un medio de defensa que tienen los gobernados, tanto personas físicas como morales, para evitar que sean violentados sus derechos fundamentales por las autoridades, y en caso de ya haberlo hecho, que se les restituyan tal como se encontraban antes del acto de autoridad.

Englobando todos los elementos aquí plasmados, se puede conceptualizar a las Garantías Individuales como: "Es la relación de supra a subordinación entre el gobernado como sujeto activo y los gobernantes (autoridades) como sujetos pasivos, dando origen a un derecho subjetivo público cuyo titular es el sujeto activo y un deber jurídico correlativo a cargo del sujeto pasivo, consistente en respetar aquél por mandato de la Ley Suprema, y en caso de violación, el medio procesal idóneo para reivindicar la garantía violada es el juicio de amparo."²⁶

²⁵ Vid. ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, Las Garantías Individuales en México, Ed. Porrúa, México 2003, pág. 54

²⁶ Idem.

1.2.- ELEMENTOS:

SUJETOS: Son los que intervienen dentro de la relación jurídica, siendo en este caso, como sujeto activo al gobernado y el pasivo, constituido por el Estado y sus órganos de autoridad.

Sujeto activo:

Por principio de cuenta, el sujeto activo es en quien va a recaer la garantía en sí, es decir es el "...único centro de imputación de las citadas garantías...", por lo que se justificaba plenamente el término de "individuales". "Pero al entrar al problema de las personas morales, se dice que estas carecen de garantías individuales.

...Don Ignacio L. Vallarata resolvió el problema en el sentido de que, a pesar de que las personas morales no eran seres humanos, sino ficciones legales, y de que, por ende, no gozaban de derechos del hombre, como entidades sujetas al imperio del Estado, sí podían invocar en su beneficio las garantías individuales, cuando éstas se violasen por algún acto de autoridad, lesionando su esfera jurídica."²⁷

Por otro lado, los entes que son tomados en cuenta como centros de imputación de las garantías, de acuerdo a los preceptos manejados por la Constitución de 1917 y hasta nuestros días, son los siguientes: "...los individuos o las personas físicas; las personas morales del derecho privado; las personas morales del derecho social, tales como los sindicatos obreros y patronales o las comunidades agrarias; las empresas de participación estatal y los organismos descentralizados."²⁸

Aun así, debe de ser asumido el carácter de gobernado, no importando que tipo de persona sea (física o moral) para que se afecte la esfera jurídica y se violenten las llamadas garantías individuales.

²⁷ BURGOA ORIGUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Ed. Porrúa, México 2004, pág. 168

²⁸ Ibidem., pág. 169

Así pues, se tiene que “dentro de la condición de “gobernado”, como centro de imputación de las normas jurídicas que regulan las relaciones de supra a subordinación, se encuentran las personas físicas o individuos, las personas morales de derecho privado, las entidades de derecho social, y las empresas de participación estatal y los organismos descentralizados, puestos que todos estos sujetos son susceptibles de ser afectados en su esfera jurídica por actos de autoridad.”²⁹

Debe entenderse que cuando una autoridad dicta un acto y este cause una afectación a un ente que se encuentra en la situación de gobernado, no importa si es individuo o persona moral, ya que de las dos maneras es gobernado. Por ello, “...los preceptos constitucionales que demarcan y encauzan el ejercicio del poder público frente a los gobernados, han recibido el nombre de “garantías individuales” por modo indebido y a consecuencia de un trasunto histórico de la ideología individualista y liberal que hasta antes de la Carta de Querétaro había sustentado en México la ordenación jurídica y la política estatal.”³⁰

Por todo lo anterior, se puede concluir que “...las garantías constitucionales, impropriamente denominadas “individuales”, son susceptibles de disfrutarse por todo sujeto que se encuentre en la expresada situación, ya que dichas garantías no son sino exigencias ineludibles que debe observar todo acto de autoridad para ser constitucionalmente válido frente al sujeto que se llama “gobernado””.³¹

Definiendo, así, las garantías constitucionales como “...un conjunto de prescripciones constitucionales de diferente índole, que supeditan todo acto de autoridad y de cuya observancia deriva la validez jurídica.”³²

En materia de amparo, aun cuando dos entes sean autoridades, estas cuando se sujetan aun órgano jurisdiccional se convierten en gobernados, formándose así un triangulo procesal. Reafirmando nuestra opinión el maestro

²⁹ Ibidem., pág. 170

³⁰ Ibidem., pág. 171

³¹ Idem.

³² Idem.

Burgoa mencionando que “Las relaciones entre autoridad responsable y el órgano jurisdiccional que conoce del amparo contra sus actos, no son de supraordinación, porque en ellos el único que desempeña actos de autoridad a su voluntad decisoria la autoridad responsable y el quejoso.”³³

En torno a este tipo de relaciones entre órganos del estado y autoridades, Burgoa llega a estas conclusiones:

“1ª Cualquier institución pública o persona moral oficial, esto es, cualquier órgano centralizado del poder, puede colocarse, frente a otro órgano del Estado, en una relación de supra a subordinación.

2ª En esa relación, la institución pública o la persona moral oficial deja de ser entidad autoritaria, supeditándose a las decisiones del otro órgano estatal, mismo que, frente a ella, desempeña el juis imperio.

3ª El ejercicio de juis imperio frente a la institución pública o persona moral oficial debe ajustarse a las exigencias constitucionales que se consignan en los preceptos de nuestra Ley Fundamental que expresan las denominadas garantías individuales.

4ª La institución pública o personal moral oficial, dentro de esa relación de supra a subordinación, goza de los derechos establecidos en tales preceptos constitucionales.

5ª Cuando por cualquier acto de autoridad se violan dichos preceptos en perjuicio de la institución pública o de la persona moral oficial, ésta puede promover, por ende, el juicio de amparo.³⁴

En primera instancia, se debe de observar que existe una gran relación entre el gobernado y el acto de autoridad, ya que de esta ultima dependerá si se respetan o no los derechos fundamentales. “Por “gobernado” o sujeto activo de

³³ Ibidem., pág. 173

³⁴ Idem.

las garantías individuales debe entenderse a aquellas personas en cuya esfera operen o vayan a operar actos de autoridad, es decir, actos atribuibles a algún órgano estatal que sean de índole unilateral, imperativa y coercitiva.”³⁵

El maestro Burgoa, nos hace una referencia sobre el concepto de gobernado como “individuo”, tal y como se alude en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mencionando que como tal se refiere a diferentes tipos de entes jurídicos, tales como las personas físicas propiamente, las personas morales de derecho privado, las de derechos social, las de derecho público y los órganos descentralizados.

En el primer caso, el gobernado o sujeto activo de la garantía individual está constituido por todo habitante o individuo, que viva en el territorio nacional independientemente de su calidad migratoria, nacionalidad, sexo, condición civil, etc.³⁶

En relación a las personas morales de derecho privado, como son las sociedades y asociaciones, cuando se ostentan como gobernados, son también titulares de garantías individuales cuando dichas personas son sometidas al imperio autoritario, puesto que bajo ciertos aspectos, constituidos por derechos o potestades que no tengan un sustrato biológico (como la vida), dichas personas están colocadas por la ley en un rango semejante al que ocupan los individuos propiamente dichos.³⁷

Por otra parte, no solamente las personas físicas son la únicas que pueden gozar de la titularidad de las garantías “individuales”, sino también las entidades morales de cualquier índole pueden ser y son sujetos activos de la relación jurídica que esta entraña.

Ahora bien, las personas morales de derecho social (sindicatos y comunidades agrarias) igualmente son susceptibles de gozar de garantías

³⁵ Ibidem., pág. 174

³⁶ Vid. BURGOA ORIGUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Ed. Porrúa, México 2004, pág. 175

³⁷ Ibidem., pág. 175

individuales, "...si las personas morales oficiales o estatales pueden entablar la acción de amparo cuando los actos de autoridad de que se trate lesionen sus intereses patrimoniales conforme a lo dispuesto por la Ley de Amparo, tales personas deben estimarse como sujetos activos de la relación jurídica llamada "garantía individual" en lo que atañe al ámbito formado por dichos intereses, pues en lo tocante a éstos asume la calidad de gobernadas. En cuanto a los organismos descentralizados opera análoga conclusión, porque si su esfera jurídica es susceptible de afectarse por algún acto de autoridad y, por ende, a dicha posibilidad de afectación pueden ostentarse como entidades gobernadas, son también sujetos activos o titulares de garantías individuales atendiendo a la equivalente conceptual entre "individuo" y "gobernado" que implica el artículo primero constitucional.³⁸

"La denominación "garantías individuales" que se atribuye a las garantías que 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."³⁹

Sujeto pasivo:

Si se ha estado hablando de un sujeto activo como lo es el gobernado, este a su vez debe ser regulado en su esfera jurídica por un ente superior a él como lo sería la autoridad; así pues, quien va a reglamentar dicha relación será el Estado, pues es en él en quien se constituye el pueblo y las autoridades del mismo.

"El gobernado, titular de las garantías individuales, tiene el goce y disfrute de éstas inmediata o directamente frente a las autoridades estatales y mediata e indirectamente frente al Estado, el cual, como persona moral de derecho público que es, tiene necesariamente que estar representado por aquéllas, quienes a su vez, están dotadas del ejercicio del poder de imperio en su distinta esfera de competencia jurídica."⁴⁰

³⁸ Ibidem., pág.177

³⁹ Idem.

⁴⁰ Ibidem., pág. 178

OBJETO

Al referirnos a las garantías, se está aceptando un reconocimiento por parte del Estado de la existencia de las mismas, así como el respeto y su eficacia para que exista un estado de derecho.

Luego entonces, el objeto de las garantías individuales de acuerdo al autor Ariel Alberto Rojas Caballero "...recae sobre los derechos humanos... ...tomando en cuenta los fundamentos filosóficos..."⁴¹

Pero también hace una aportación al tema en cuestión Brazdresh, al referir que "...el objeto de las garantías individuales se localiza en los derechos fundamentales del gobernado motivo de la tutela constitucional con relación al vínculo jurídico que se entabla con el correlativo deber del Estado y sus autoridades de respetar esos derechos protegidos."⁴²

Burgoa, hace referencia a el objeto, pero desde tres puntos de vista: "...desde el punto de vista del sujeto activo de la relación jurídica en que se revela la garantía individual, ésta implica para dicho sujeto un derecho, esto es, una potestad jurídica que hace valer obligatoriamente frente al Estado en forma mediata y de manera inmediata frente a sus autoridades, surgiendo para el sujeto pasivo, o sea, para estos dos elementos (autoridad y Estado) una obligación correlativa.

Por lo tanto, el objeto tutelado es el derecho que se establece por la relación jurídica en que éstas se traducen, consiste en una exigencia imperativa que el gobernado reclama del sujeto pasivo de la aludida relación (autoridades y Estado), en el sentido de que se le respete un mínimo de actividad y de seguridad indispensable para el desarrollo de la personalidad humana."⁴³

Lo que se denomina un derecho subjetivo público.

⁴¹ CONTRERAS CASTELLADOS, Julio Cesar, Garantías Constitucionales, pág. 30

⁴² Idem.

⁴³ BURGOA ORIGUELA, Ignacio, Op. Cit., pág. 179

Para entender lo que es entonces derechos subjetivo, Ignacio Burgoa hace mención que: Se denomina derecho subjetivo, porque implica una facultad de la ley (en este caso de la Constitución) que otorga al sujeto activo (gobernado) para reclamar del sujeto pasivo (autoridades y Estado) determinadas exigencias, ciertas obligaciones. En este particular, la locución “derecho subjetivo” está empleada en oposición a la expresión “derecho objetivo”, que se identifica con el término “norma jurídica” abstracta e impersonal.

La multicitada potestad es un derecho subjetivo público, porque se hace valer frente a un sujeto pasivo de esta índole, como son las autoridades estatales y el Estado mismo.

Ahora bien, el derecho público subjetivo no sólo es atribuible a los individuos o personas físicas, sino a todo ente que se halle en la situación de gobernado.⁴⁴ Entrando a este rango las personas morales, siempre y cuando se subordinen a otra autoridad para resolver conflictos que impliquen violaciones de garantías y ya no denominadas individuales precisamente.

En cuanto a la existencia de dichos derechos subjetivos para el gobernado, estos pueden ser originarios o derivados.

Los derechos subjetivos originarios son aquellos que corresponden a una situación jurídica concreta, para cuya formación no es menester el cumplimiento o la realización de un hecho o de un acto jurídico particular y determinado, sino que resulta de la imputación directa que hace la ley a una persona de una situación jurídica abstracta, imputación o referencia que personaliza o particulariza a ésta.

Los derechos públicos subjetivos que nacen de la relación que implica la garantía individual, son evidentemente originarias, puesto que existen para el gobernado desde que éste nace, o se forma, o sea, desde el momento en que es persona (física o moral) independientemente de sus condiciones o circunstancias particulares.

⁴⁴ Ibidem., pág. 180

Además, los multicitados derechos subjetivos públicos son absolutos en cuanto a su exigibilidad y validez frente al sujeto de la obligación correlativa. Las garantías individuales evidentemente participan de este carácter absoluto, desde el momento en que los derechos públicos subjetivos que de ellas derivan pueden hacerse valer contra cualquier autoridad del Estado que los viole o incumpla, existiendo, por ende, un sujeto obligado universal que se traduce en todas las autoridades del país.⁴⁵

Un derecho subjetivo se tiene y se ejercita frente a alguien, o sea, frente a un obligado que tiene el deber coercible de respetarlo o de comportarse variadamente conforme a él; por ende este derecho es coercible.

Lo anteriormente expuesto y redactado, demuestra que la garantía individual o del gobernado como relación jurídica no puede confundirse con el derecho público subjetivo que en favor del gobernado surge de la garantía.

En otras palabras, en una garantía individual existe un vínculo o relación jurídica que genera derecho y obligaciones, pero esta será ejercida cuando exista expresa en un documento, es decir, cuando se derive de una juridicidad, que en este caso sería el plasmarlo en la constitución, otorgando así derechos públicos subjetivos que son coercibles para el sujeto activo o gobernado.

Ahora bien, en cuanto a la obligación correlativa, esta se revela en el respeto que el sujeto pasivo debe observar frente a los derechos públicos subjetivos del gobernado derivados de la garantía individual. El cumplimiento de dicha obligación puede llevarse a cabo por el sujeto pasivo, mediante una abstención o un no hacer o a través de una conducta positiva. En el primer caso, la obligación que para el Estado y sus autoridades genera la relación jurídica en que se traduce la garantía individual, es de carácter pasivo, mientras que en la segunda hipótesis es de índole activa.⁴⁶

⁴⁵ Vid. BURGOA ORIGUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Ed. Porrúa, México 2004, pág. 181

⁴⁶ Vid, Ibidem., pág. 183

“La obligación mencionada a cargo de todos los órganos estatales tiene su fundamento directo en el principio de juridicidad, que implica la ineludible subordinación de todos los actos del poder público a normas jurídicas pre-establecidas; esto se traduce en cumplir y hacer cumplir la Constitución.”⁴⁷

Otro elemento a tomar en cuenta para la precisión del objeto, es que también debe precisarse, que los derechos a favor de los gobernados y las obligaciones correlativas por parte de autoridades y Estado no son recíprocas, es decir, existe unilateralidad de ellas.

“La relación jurídica en que se revela la garantía individual tiene el carácter distintivo de la unilateralidad en la causación de los derechos y obligaciones que de ella se derivan para ambos sujetos, carácter que equivale a la circunstancia de que los derechos sólo se generan para el sujeto activo y las obligaciones exclusivamente para el pasivo.”⁴⁸

Es entonces que el Estado al crear las garantías individuales, y al tener este una obligación de proteger al gobernado con las mismas, no puede crear obligaciones pero sí deberes para el gobernado hacia el Estado, es decir hacia la sociedad.

“De esta manera surgió la idea o el concepto de obligación individual pública, que debe definirse como un conjunto de prestaciones positivas o negativas impuestas al gobernado en favor del Estado; es decir, junto a las garantías individuales, propiamente dichas, nuestra Ley Fundamental, impone al gobernado determinadas obligaciones en favor del Estado o de la sociedad y que se traducen genéricamente en prestaciones positivas o en abstenciones.”⁴⁹

En cuanto de donde emanan las garantías individuales, esto es de que fuente surgen las garantías individuales son de las fuentes formales las cuales pueden ser, o bien la costumbre jurídica, o bien la legislación escrita, como

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Ibidem., pág. 184

⁴⁹ Vid. BURGOA ORIGUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Ed. Porrúa, México 2004, pág. 186

acontece entre nosotros; pero como se puede observar claramente en nuestro actuar cotidiano, la Constitución es la fuente formal de las garantías individuales, ya que en ella se encuentran expresamente los derechos públicos subjetivos que emanan de las garantías individuales, sin que esos derechos se agoten en los llamados “derechos del hombre”.

1.3.- CLASIFICACIÓN:

De acuerdo al maestro Ignacio Burgoa, en términos generales, para clasificar a las garantías individuales se dispone 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 derechos público subjetivos que de la mencionada relación se forman en beneficio del sujeto activo o gobernado.⁵⁰

En cuanto a el primer criterio tomado en cuenta, se puede afirmar que la obligación estatal que surge de la relación jurídica en que se traduce la garantía individual puede consistir desde el punto de vista formal en un no hacer o abstención, o en un hacer positivo a favor del gobernado por parte de las autoridades del Estado.

Teniendo en cuenta las dos especies de obligaciones, las garantías que respectivamente las impongan al Estado y sus autoridades, se pueden clasificar en garantías materiales y garantías formales. Dentro del primer grupo se incluye las que se refieren a las libertades específicas del gobernado, a la igualdad y a la propiedad, comprendiendo el segundo grupo las de seguridad jurídica, entre las que destacan la de audiencia y de legalidad consagradas primordialmente en los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución. En las garantías materiales, los sujetos pasivos (Estado y autoridades estatales), asumen obligaciones de no hacer o de abstención (no vulnerar, no prohibir, no afectar, no impedir, etc.), en tanto que respecto a las garantías formales, las obligaciones correlativas a los derechos públicos subjetivos correspondientes son de hacer, o sea, positivas, consistentes

⁵⁰ Ibidem. pág. 192

en realizar todos los actos tendientes a cumplir u observar las condiciones que someten la conducta autoritaria para que ésta afecte con validez la esfera del gobernado.⁵¹

Siguiendo el mismo criterio, el doctrinario Julio Cesar Contreras Castellanos menciona que, cuando se impone la obligación de hacer al Estado y sus autoridades, se esta hablando de garantías individuales en sentido formal. Pero cuando se atiende a la obligación del Estado y sus autoridades de no hacer, se esta frente a garantías individuales de índole material.⁵²

Tomando en cuenta el segundo criterio, esto es, el consistente en el contenido del derecho subjetivo público que para el gobernado se deriva de la relación jurídica en que se manifiestan las garantías individuales, éstas pueden ser: de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica. En efecto, todo derecho subjetivo tiende a exigir o reclamar algo del sujeto obligado frente a su titular.

El gobernado tiene varias esferas jurídicas oponible y reclamables contra las autoridades del Estado. Estas órbitas o esferas jurídicas conciernen al respeto de su situación de igualdad con sus semejantes, al de su libertad en todas sus manifestaciones, y al de su propiedad y a la observancia de determinadas formalidades, requisitos, medios, condiciones, etc., por parte del poder público para que la actuación de éste sea constitucionalmente válida en la causación de determinada afectación al gobernado, circunstancias que implican una seguridad jurídica para éste.

En conclusión de acuerdo con el contenido de los mencionados derechos, las garantías individuales se clasifican en garantías de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica.⁵³

⁵¹ Ibidem., pág. 194

⁵² CONTRERAS CASTELLANOS, Julio Cesar, Op. Cit., pág. 48

⁵³ Vid. BURGOA ORIGUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Ed. Porrúa, México 2004, pág. 195

Al respecto, también Contreras Castellanos, hace una aportación mencionando que esta clasificación obedece al derecho subjetivo público de su titular, es decir, el derecho que se tiene para exigir su respeto o cumplimiento por el obligado de la relación jurídica

De acuerdo al doctrinario Rojas Caballero, existe un criterio que proporciona Jorge Carpizo y Jorge Madrazo, en cuanto a la clasificación de las garantías, pues manifiesta que dichos autores “dividen las garantías de libertad en: libertad de la persona humana, la persona cívica y de la persona social”⁵⁴, sin que de una explicación de dicho criterio.

Así pues, encontramos diversos criterios al respecto de la clasificación, tal es el caso de Víctor M. Martínez Bullé-Goyri, quien “...enumera a cada una de las garantías que contienen los preceptos del Capítulo I del Título Primero del Constitución Federal de la República.”⁵⁵

Por otro lado, Juventino V. Castro, menciona que “Nuestros tratadistas utilizan un sistema de agrupamiento, que comprende a las garantías constitucionales en los siguientes apartados generales; garantías de igualdad, garantías de libertad, garantías de propiedad y garantías de seguridad.” Y continua más adelante diciendo “...hemos adoptado –y adaptado- las siguiente clasificación para el estudio de las garantías constitucionales: a) Garantías de la Libertad, b) Garantías del Orden Jurídico, y c) Garantías de Procedimientos.”⁵⁶

Siguiendo esta misma clasificación, encontramos que, se maneja como garantías de libertad las concernientes a la libertad personal, de acción, ideológica y económica; mismas que se encuentran enumeradas en nuestra constitución.

En cuanto a las garantías de orden jurídico, estas comprenden diversas garantías de igualdad, competencia, justicia y propiedad. Y en cuanto a las

⁵⁴ ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, Las Garantías Individuales en México, Ed. Porrúa, México 2003, pág. 59

⁵⁵ LARA ESPINOZA, Saúl, Op. Cit., pág. 19

⁵⁶ CASTRO V., Juventino, Op. Cit., pág. 31

garantías de procedibilidad, estas se refieren a la irretroactividad de la ley, la legalidad, la exacta aplicación de la misma y a las garantías dentro de los procedimientos judiciales.

Jorge Carpizo, al respecto menciona que: “Su clasificación se justifica únicamente por motivos didácticos. No existe ninguna garantía que correlativamente no tenga alguna obligación, y una garantía fácilmente podría ser colocada en más de un casillero de cualquier clasificación. ...La declaración de garantías individuales se dividen en tres grandes partes: los derechos de igualdad, libertad y seguridad jurídica.”⁵⁷

Saúl Lara Espinoza, también da su criterio al respecto, clasificándolas desde cinco puntos de vista:

- 1) Desde el punto de vista del documento jurídico que las contiene, que como su nombre lo indica son las contenidas en nuestra Carta Magna, en el Congreso de la Unión. Tratados Internacionales, y leyes secundarias.
- 2) Desde el punto de vista de los bienes protegidos, encontrando en ello las de igualdad del hombre y la mujer ante la ley, la libertad personal o física, de reunión, asociación, transito, expresión verbal o escrita, de imprenta, de religión, ideología, trabajo o profesión, domicilio y de planeación familiar.
- 3) Desde el punto de vista de la vía del otorgamiento, es decir por vía administrativa, legislativa o jurídica.
- 4) Desde el punto de vista de los mecanismos de protección, por medio de los recursos y procedimientos administrativos, los ordinarios o por medio de los juicios de amparo.
- 5) Desde el punto de vista de la materia, que puede ser civil, penal, familiar, mercantil, laboral, agraria, administrativa, electoral o política.⁵⁸

⁵⁷ LARA ESPINOZA, Saúl, pág. 25

⁵⁸ Cfr. LARA ESPINOZA, Saúl, Op Cit. pág. 27-28

CAPITULO II. SEMBLANZA DE LAS GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO PENAL.

La Constitución, como fuente formal, es la mas importante ya que es la norma fundamental que unifica y da validez a todas la legislaciones que constituyen un orden jurídico determinado, asimismo, como anteriormente se ha manifestado, esta ley suprema consagra las garantías de los gobernados.

Mediante el transcurso del tiempo la lucha por el reconocimiento de las garantías constitucionales, desde la Carta Magna inglesa y los Fueros de Aragón, hasta la Carta de las Naciones Unidas, establecen una concreta fijación de procedimientos que aseguren la vida, la libertad y los derechos de las personas contra los abusos de la autoridad, en el ejercicio de la jurisdicción represiva que corresponde mayoritariamente al derecho penal, y en menor medida al administrativo respecto a las faltas de policía.

2.1 ¿QUÉ ES LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA LEGALIDAD?

Para entrar al estudio del presente capítulo debemos primero referirnos a la clasificación de garantías que hacen los diversos autores y que aún cuando son diferentes, esencialmente tienden a proteger los mismos derechos.

La clasificación de las garantías individuales que para nosotros es la mas adecuada, es aquella que hace el maestro Ignacio Burgoa Orihuela, dicha clasificación la hace de la siguiente forma: a) garantías materiales y, b) garantías formales.

a) Dentro de las garantías materiales se incluyen las que se refieren a las libertades específicas del gobernado, a la igualdad y a la propiedad;

b) En tanto las formales, comprenden las de seguridad jurídica, y de legalidad (consagradas primordialmente en los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución).

En conclusión las garantías individuales se clasifican en garantías: de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica.⁵⁹

Por otra parte el maestro Juventino V. Castro hace referencia a tres tipos de garantías: de libertad, del orden jurídico y de procedimientos, haciendo alusión a las primeras como la serie de derechos fundamentales de la persona humana; las segundas se refiere al conjunto de estructuras y funciones de los órganos públicos, que precisan las facultades y atribuciones del poder público, contienen igualmente una seguridad para los individuos de que las normas de ordenación les permitirán plenamente el ejercicio de sus libertades; y por lo que hace a las garantías de procedimientos son las que establecen las formas y los procedimientos a que deben sujetarse las autoridades para poder lícitamente invadir el campo de las libertades individuales, o bien para hacer respetar el orden público necesario para toda sociedad organizada. Por lo tanto son éstas las que garantizan el procedimiento a que deben sujetarse los miembros del poder público, para asegurar que las personas serán escuchadas.⁶⁰

Estas garantías de procedimientos a las que hace referencia el maestro Juventino Castro V. son las que otros doctrinarios y autores llaman garantías de seguridad jurídica.

El maestro Ignacio Burgoa Orihuela menciona que las garantías individuales de seguridad jurídica y de legalidad radican esencialmente en los artículos 14 y 16 constitucionales, sin embargo, debemos saber primero que se entiende por seguridad jurídica y legalidad.

Al establecer una definición de la seguridad jurídica, el propio Ignacio Burgoa Orihuela refiere primeramente que el Estado en ejercicio del poder de imperio de que es titular como entidad jurídica y política suprema con substantividad propia, desempeña dicho poder sobre y frente a los gobernados

⁵⁹ BURGOA ORIGUELA, Ignacio, Ob. Cit., Pág. 194, 195

⁶⁰ CASTRO V. Juventino, Ob. Cit., Pág. 215-217

por conducto de sus autoridades, por lo que al asumir su conducta autoritaria, imperativa y coercitiva, necesariamente afecta la esfera o ámbito jurídico que se atribuye de cada sujeto como gobernado, sea persona física o moral. Así al emitir todo acto de autoridad, afecta a la persona en sus múltiples derechos: vida, propiedad, libertad, etc.

En virtud de lo anterior, todo acto de autoridad debe sujetarse a un conjunto de modalidades jurídicas para producir válidamente, la afectación en la esfera del gobernado en los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones, elementos, etc., es lo que constituye las garantías de seguridad jurídica. Refiere además que las éstas garantías “implican, en consecuencia, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el summum de sus derechos subjetivos. Por ende, un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado, sin observar dichos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previos, no será válido a la luz del derecho.”

“La seguridad jurídica in genere, al conceptuarse como el contenido de varias garantías individuales consagradas en la Ley fundamental, se manifiesta como la substancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales del gobernado oponibles y exigibles al Estado y a sus autoridades, quienes tienen la obligación de acatarlos u observarlos.”⁶¹

De igual forma Julio César Contreras Castellanos menciona que la seguridad jurídica es el “cumplimiento de todos los principios previos, la satisfacción de los requisitos y condiciones preestablecidas, así como la substanciación de los procedimientos, que el sistema jurídico exija al Estado y sus autoridades, para que los actos que emitan se sujeten irrestrictamente a ello, y

⁶¹ BURGOA ORIGUELA, Ignacio. Ob. Cit., Pág. 504

así se pueda producir una afectación en la órbita legal del gobernado, con el objeto de que los mismos sean válidos”.⁶²

La explicación que hace Julio César Contreras hace sobre las garantías individuales, lleva el mismo sentido que la definición que hace Burgoa Orihuela sobre la seguridad jurídica. Y por otra parte el mismo Julio César Contreras hace un listado refiriendo que en materia de seguridad jurídica, la Constitución consagra las siguientes garantías:

- Artículo 14. Legalidad en actos privativos, audiencia y aplicación exacta de la ley.
- Artículo 15. Reglas para la celebración de los tratados internacionales.
- Artículo 16. Legalidad en actos de molestia, restricción de la libertad personal, cateo e intervención de comunicaciones privadas.
- Artículo 17. Administración de justicia pronta y expedita, prohibición a la venganza privada y a la prisión por deudas de carácter civil.
- Artículo 18. Régimen penitenciario, prisión preventiva y ejecución de sentencias penales.
- Artículo 19. Litis o controversia cerrada y auto de término constitucional en materia penal.
- Artículo 20. Estatutos de los derechos del inculpado y del ofendido y/o víctima del delito en los procedimientos penales.
- Artículo 21. La distribución de competencias del órgano jurisdiccional penal y del Ministerio Público, reglamentos administrativos, seguridad público y medios de impugnación contra el no ejercicio de la acción penal y desistimiento de ésta.
- Artículo 22. Penas prohibidas.
- Artículo 23. Límite de instancia y prohibición a la absolución de la instancia en materia penal, así como a que un sujeto sea juzgado dos veces por el mismo delito.⁶³

⁶² CONTRERAS CASTELLANOS, Julio César, Ob. Cit., Pág. 301

⁶³ Ibidem, Pág. 302

Ha quedado explicado ampliamente lo relativo a la seguridad jurídica, sin embargo, es momento de explicar ahora lo que se entiende por legalidad.

Respecto a la Garantía de Legalidad, el maestro Jorge Alberto Mancilla Ovando, dedica un capítulo en su obra para explicar esa garantía y al respecto menciona: “Los preceptos constitucionales que delinear las características de nuestro sistema de derecho, se encuentran en los numerales 14 y 16, mismos que consagran el principio de legalidad, ésta garantía individual, ordena que en la República Mexicana las atribuciones de los órganos del Estado sólo tienen validez si se encuentran establecidos en ley.

“Se infiere, que nuestro sistema de derecho es legalista, pues los preceptos en comento ordenan que para que se afecte la esfera jurídica de los gobernados debe de existir la ley, la que a su vez debe estar en vigencia con anterioridad a la conducta para poder encuadrar materialmente el contenido de la norma jurídica.

“La Ley es el único instrumento que consagra las facultades de los órganos del Estado. La esfera de competencia de los poderes públicos federales y estatales se encuentra en lo dispuesto por la Constitución. Las facultades de los órganos del Estado que integran los Poderes del Gobierno Federal y del gobierno de las entidades federativas, se establecen en la Ley Ordinaria”.⁶⁴

Confirmando los alcances del principio de legalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar los artículos 14 y 16 de la Constitución, ha formulado jurisprudencia que dice:

“AUTORIDADES. Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite.”

Asimismo, el mismo autor Mancilla Ovando refiere en líneas posteriores al relacionar el principio de legalidad y las sanciones penales que: “El principio de

⁶⁴ MANCILLA, Ovando Alberto, “LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL”, Edit. Porrúa, 6ª. Edición, Pág. 20

legalidad en materia penal restringe la existencia de los delitos y las penas al contenido exacto de la norma jurídica; sólo puede ser delito lo que la ley le da esa calidad y la sanción correspondiente será exclusivamente la prevista como penal en la disposición legal.

Podemos entonces decir que el Estado (a través de sus autoridades) solo puede hacer lo que la ley le faculte, entendiendo esto como la garantía de legalidad.

Ahora bien, es importante establecer la importancia y estrecha relación que guardan los artículos 14 y 16 constitucionales, si bien el primero de estos preceptos es una garantía que protege a los individuos mediante la exigencia de una legalidad en los procedimientos de las autoridades, misma que se complementa con el párrafo primero del artículo 16 constitucional que dispone que nadie puede ser molestado, sino en virtud de un mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Para mayor entendimiento analizaremos los artículos antes referidos:

El artículo 14 constitucional es un precepto muy complejo, en él se implican cuatro fundamentales garantías individuales que son:

- 1) Garantía de Irretroactividad de la ley (párrafo primero),
- 2) Garantía de Audiencia (párrafo segundo),
- 3) Garantía de Legalidad en materia penal (párrafo tercero y algunos la llaman también garantía de exacta aplicación de la ley penal) y
- 4) Garantía de Legalidad en materia civil.

La más importante de estas subgarantías del artículo 14 constitucional, para efectos de nuestra investigación, es la garantía de audiencia, misma que se prevé en el párrafo segundo que a la letra dice:

“Nadie puede ser privado 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 hechos.”

De forma general se dice que la garantía de audiencia, “es aquella que consiste en ser oído y vencido en juicio, es decir que el gobernado no se vea afectado en su órbita legal por cualquier acto autoritario, sin tener oportunidad de exponer defensa alguna en su favor y en contra de dicho acto de autoridad.”⁶⁵

En el mismo sentido, hace su comentario Juventino Castro V. al mencionar que la garantía de audiencia “se refiere a una fórmula que permite a los individuos oponerse a los actos arbitrarios de las autoridades, cuando éstas los privan de sus derechos negándoles a los propios afectados el beneficio de tramitarse procedimientos que les permitan el ser oídos – en sus excepciones, argumentaciones y recursos-, y aún más: condicionar las resoluciones definitivas a una congruencia entre lo alegado y lo resuelto.”⁶⁶ Ninguna duda cabe que los comentarios de estos autores están encaminados a resaltar en esencia el derecho a defensa a través del procedimiento.

Derivado de la interpretación de la primera parte del párrafo segundo del artículo 14 constitucional, que menciona que nadie podrá *ser privado* de determinados derechos esenciales sino ajustándose a ciertos requisitos, se infiere que los actos de autoridad condicionados por esta garantía son los *actos privativos*, mismos que “se traducen o pueden consistir en una disminución, menoscabo o merma de la esfera jurídica del gobernado; pero además, tal acto debe constituir el fin último, definitivo y natural de la desposesión o despojo”.⁶⁷ Asimismo Juventino Castro V. menciona no debe considerarse violado este derecho cuando se trate de situaciones que no pueden ser estimadas como definitivas, sino simplemente como un presupuesto para estar a las resultas de un procedimiento judicial, vgr. Embargos, secuestro de bienes, depósito de los mismos, etc.

⁶⁵ CONTRERAS, Castellanos Julio César, Ob Cit., Pág. 326

⁶⁶ CASTRO V. Juventino, “GARANTIAS Y AMPARO,” Edit. Porrúa, 1994, Pág. 230

⁶⁷ Ibidem, Pág. 231

Ahora bien, los *derechos protegidos* por esta garantía son los siguientes: la libertad (en todas sus manifestaciones), la propiedad (entendida como el poder jurídico que el gobernado tiene sobre una cosa, que puede usar, disfrutar y disponer), las posesiones (en sus dos modalidades originaria o derivada) y derechos (incluyéndose cualquiera de que el gobernado sea titular a título de derecho subjetivo real o personal).⁶⁸

El mismo autor Juventino Castro V. menciona que este artículo 14 constitucional contiene por igual las garantías de legalidad y de audiencia, y que además esta determinado por tres *conceptos fundamentales* (nosotros consideramos que son cuatro), formulados en el sentido de que nadie puede ser privado de sus derechos fundamentales sino:

- A) Mediante juicio
- B) Ante tribunales previamente establecidos
- C) Que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento
- D) Conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho (esta parte consagra la garantía de legalidad al condicionarse dicha privación de derechos a la aplicación de estas leyes).

A) El primer requisito fundamental de esta garantía es el de Mediante juicio previo, que se refiere (de acuerdo a lo manifestado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación) a que “para que la autoridad pueda afectar a un particular en su persona o en sus derechos, tal acto de afectación en principio debe estar precedido de un procedimiento en el que se oiga previamente al afectado, en defensa de sus derechos...” Semanario Judicial de la Federación, Tesis aislada, DEBIDO PROCESO LEGAL. Séptima Época, sexta parte.

B) Por lo que al segundo requisito se refiere, Juventino Castro V, refiere “que este concepto no es más que una ratificación de lo dispuesto por el artículo 13 constitucional, en el sentido de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales. Por lo tanto es una referencia a los tribunales generales creados no

⁶⁸ CONTRERAS, Castellanos Julio César, Ob. Cit. Pág. 329

para juzgar un caso o casos concretos, y que desaparecen al llenar las funciones específicas tenidas en cuenta al establecerse, o sea los tribunales judiciales en general o que reciban su competencia de un texto expreso de la Constitución.”⁶⁹

C) Las formalidades esenciales del procedimiento (corresponden a lo que en el derecho anglosajón y norteamericano – derivado de la quinta enmienda de la constitución americana de 1789- se llama debido proceso legal), “encuentran su significado concreto en el derecho de la notificación oportuna de la instauración del procedimiento respectivo, desde su inicio, para que con ello se encuentre en aptitud de ser asistido legalmente y aportar las pruebas conducentes, las que deberán ser admitidas y desahogadas en términos de ley, además de formular en tiempo los alegatos conducentes, así como que el órgano resolutor dicte sentencia a la controversia planteada, considerando en la misma a ese cúmulo probatorio ofrecido y a las alegaciones jurídicas expuestas.”⁷⁰ Asimismo, de la voz jurisprudencial se desprende que las formalidades esenciales del procedimiento, son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo. Semanario Judicial de la Federación, FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO, SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. Tesis de Jurisprudencia 47/95, Novena Época, diciembre 1995.

D) Por lo que al último requisito de aplicar leyes expedidas con anterioridad al hecho, éste se relaciona íntimamente con el párrafo primero del mismo artículo 14 constitucional que refiere “A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”; éstas disposiciones tratan del conflicto de las leyes en el tiempo, partiéndose del supuesto de que existen dos leyes, una abrogada y otra vigente, previendo la misma situación jurídica, disponiéndose que tan sólo puede aplicarse la que está en vigor y no la anterior. Se parte del principio de

⁶⁹ CASTRO V. Juventino, Ob Cit, Pág. 232

⁷⁰ CONTRERAS, Castellanos Julio César, Ob. Cit. Pág. 330

que las leyes se dictan para regir en el futuro (ex nunc) y no para el pasado (ex tunc)".⁷¹

La garantía de legalidad se plasma en nuestra Constitución cuando en su texto se obliga a las autoridades a aplicar leyes que han sido expedidas con anterioridad al hecho –de acuerdo con el artículo 14-, y se ordena, además, a las autoridades competentes a expedir un mandamiento escrito que funde y motive la causa legal del procedimiento, para estar a lo dispuesto por el artículo 16.⁷²

Después del análisis de la garantía de legalidad y audiencia prevista en el artículo 14 constitucional, damos paso ahora al estudio del artículo 16 constitucional que consagra en esencia, como ya se ha dicho anteriormente, la garantía de seguridad jurídica misma que se complementa con lo dispuesto por la garantía de audiencia, esto se confirma con lo manifestado por Jorge Alberto Mancilla Ovando al referir que el artículo 16 de la constitución consagra garantías individuales que brinda a los gobernados certeza jurídica, pero en si misma no consagra el principio de legalidad, sino solo es una extensión del mismo.

El artículo 16 constitucional dispone en su párrafo inicial que:

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

Asimismo en los párrafos posteriores refiere una serie de actos específicos que involucran uno o varios bienes tutelados por este artículo:

- 1) Orden de Aprehesión prevista en los párrafos segundo y tercero, afecta a la persona,
- 2) Detención por flagrancia y caso urgente prevista en los párrafos cuarto al séptimo, afecta a la persona

⁷¹ CASTRO V. Juventino, Ob. Cit., Pág. 244

⁷² Ibidem, Pág. 230

- 3) Orden de Cateo prevista en el párrafo octavo, afecta a la persona, el domicilio, papeles y posesiones,
- 4) Orden de intervención de comunicaciones privadas o Inviolabilidad de comunicaciones privadas prevista en los párrafos noveno y décimo, afectan a la persona, papeles y posesiones, así como la intimidad y privacidad,
- 5) Visitas Domiciliarias prevista en el párrafo décimo primero afecta el domicilio, papeles y posesiones,
- 6) Inviolabilidad de correspondencia prevista en el párrafo decimosegundo, afecta los papeles y
- 7) Inviolabilidad del domicilio por miembros del ejército previsto en el párrafo decimotercero, mismo que afecta el domicilio.

Ahora bien, “lo dictado por el artículo 16 de la constitución es una excepción que desarrolla y perfecciona los alcances del principio de legalidad, que es la regla general. En este precepto, el constituyente estableció los requisitos que deben de satisfacer los actos de autoridad para que sean válidos constitucionalmente y para que su contenido produzca efectos jurídicos lícitos.”⁷³

Se desprende de la interpretación del párrafo primero del artículo 16, que los actos de la autoridad que rigen esta garantía de seguridad jurídica, son los actos de molestia, mismos que “equivalen a una simple perturbación a la persona, su familia, su domicilio, sus papeles o las posesiones de aquélla, sin satisfacerse los requisitos que señala la disposición constitucional. Por lo tanto este numeral otorga su protección a un área más primaria y menos lesiva del individuo.”⁷⁴

Atento a lo anterior, podemos decir que aún cuando estas garantías son complementarias una de la otra, se distinguen por combatir actos de autoridad diferentes, ya que los actos de privación se prevén en el artículo 14 constitucional en tanto que los actos de molestia se regulan en el artículo 16 del mismo ordenamiento legal. Y al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado la distinción entre los actos de privación con los de molestia, mediante la siguiente jurisprudencia:

⁷³ MANCILLA, Ovando Alberto, Ob. Cit., Pág. 55

⁷⁴ CASTRO V. Juventino, Ob. Cit., Pág. 237

“ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCION.

El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que 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 hechas; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, e en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los actos privativos respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de

autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional.

Aclarada la diferencia sobre los actos de autoridad que existe entre estas dos garantías, es menester señalar ahora cuales son los bienes tutelados por el artículo 16 constitucional, y al respecto Juventino Castro V. refiere: “llama la atención la distinta enumeración de los valores protegidos por el artículo 16, en relación a los mencionados por el artículo 14. En nuestro concepto aquél es de carácter más individualista, ya que si bien se refiere a la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, en el fondo el punto de partida es la persona humana, y el resto de los señalamientos deben considerarse como meras extensiones de ella...”.⁷⁵

Por otra parte este artículo 16 constitucional como acertadamente lo dice Jorge Alberto Mancilla Ovando “tiene como finalidad señalar los elementos que dan validez y licitud a los actos de autoridad, con independencia de que se afecte o no la esfera jurídica de los gobernados”.⁷⁶ Así pues, de la interpretación de este precepto legal, se establece que las formalidades que debe revestir todo acto de molestia para que sea valido son las siguientes:

- 1) Que se consagre por escrito,
- 2) Que sea dictado por autoridad competente, y
- 3) Que funde y motive la causa legal del procedimiento.

1) Respecto al primer Mancilla Ovando señala “el acto de autoridad constitucional produce efectos jurídicos cuando se establece por escrito. Es su calidad de mandamiento escrito lo que le permite nacer a la vida jurídica. Si no se cumple este requisito, estaríamos en presencia de una expectativa de derecho, pero no de un acto de autoridad. Su explicación la encontramos en que las facultades del poder público consagradas en ley, son atribuciones abstractas, generales e impersonales, en tanto no se materialicen, y esto último sólo es posible cuando la autoridad formula el acto por escrito para hacer o dejar de hacer

⁷⁵ CASTRO V. Juventino, Ob. Cit., Pág. 239

⁷⁶ MANCILLA, Ovando Alberto, Ob Cit, Pág. 56

lo que la ley manda.” ... Por otra parte es importante señalar que dicho documento debe tener la firma del titular del órgano que lo dicta, ya que “...el efecto jurídico de la firma en el mandamiento escrito, desde el punto de vista constitucional es darle autenticidad. Si el acto de autoridad consta por escrito y no ésta firmado por el titular del órgano del Estado, carece de validez constitucional por adolecer de autenticidad y su contenido no obliga a los particulares. Sus consecuencias son: que se tenga por no aplicada la ley al caso concreto; y, que no se consagren derechos y obligaciones de los particulares de manera que sus términos no obligan” .⁷⁷

2) Al respecto el mismo autor Mancilla Ovando refiere que “La competencia, como requisito de validez constitucional y licitud de los efectos jurídicos de los actos de autoridad, debe estudiarse al amparo de la figura del principio de legalidad y no en cuanto a la legitimidad de quien ocupa la titularidad del órgano público.” (Al respecto hay que recordar que son dos tipos de competencia: la de origen que versa sobre la legitimidad del nombramiento del servidor público que representa al órgano del Estado, y la propiamente de las autoridades que con base en los actos de autoridad, se analiza si se hace una correcta aplicación de la ley en concordancia con sus ámbitos de validez.) “La falta de competencia constitucional de la autoridad que dicta el acto produce la inconstitucionalidad de lo resuelto por ella”⁷⁸.

3) Dos de los requisitos principales de esta garantía son: la Fundamentación y Motivación del acto de autoridad. Fundar es la exigencia constitucional que obliga al titular del órgano del Estado a señalar en su mandamiento, el artículo de la legislación que establece su esfera de competencia y la facultad de consagrar derechos a favor de los particulares, o de exigir el cumplimiento de las obligaciones que les correspondan. Motivar consiste en el razonamiento contenido en el texto del acto de autoridad, donde se señala por qué los supuestos normativos se adecuan al acto material donde se aplica la

⁷⁷ Ibidem, Pág. 57 y 58

⁷⁸ Ibidem, Pág. 60 y 66

ley.⁷⁹ En el mismo sentido comenta Juventino Castro V, citando a Jean Constant, en su obra *La Motivación de las Resoluciones de las Jurisdicciones Represivas en Derecho Belga*, que “se entiende por motivos las razones de hecho y derecho por las que la jurisdicción ha resuelto en el sentido que adoptó. En otros términos, los motivos son las razones que el juez expresa para justificar aquello que ha ordenado.” Asimismo refiere el mismo autor que “a fundamentación de la molestia, debe basarse en una norma general que prevea la situación concreta, para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad”.⁸⁰

Es decir, en la garantía de audiencia lo fundamental es adecuar los derechos de los individuos a un procedimiento de defensa y en la garantía de seguridad jurídica lo importante son las obligaciones de las autoridades para proceder, sin que se escape la observación de que a todo derecho corresponde una obligación.⁸¹

Derivado del estudio de los preceptos antes referidos queda claro que aquellos fundamentan las garantías de legalidad y seguridad jurídica que le dan certeza jurídica a los gobernados a efecto de que en los procedimientos que inicien, no les sean violados sus derechos y los mismos sean apegados a la ley.

2.2 DE LAS GARANTIAS DEL INCULPADO EN AVERIGUACION PREVIA.

Para entrar al estudio de este tópico es importante señalar en primer lugar cual es la relación que tienen las garantías individuales con el procedimiento penal, posteriormente señalaremos las etapas que comprende el procedimiento penal y cuales son las garantías constitucionales y las previstas en las leyes procesales que se deben observar en cada una de las etapas de dicho procedimiento, para no dejar en estado de indefensión a las personas sujetas al procedimiento penal.

⁷⁹ Los conceptos mencionados derivan de los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyos rubros son: “FUNDAMENTACION, y MOTIVACIÓN, CONCEPTO DE LA.”

⁸⁰ CASTRO V. Juventino, Ob. Cit., Pág. 238 y 239

⁸¹ Ibidem, Pág. 228-230

Al respecto Saúl Lara Espinosa, refiere que “las garantías constitucionales en materia penal, son todos aquellos derechos consignados en la Carta Magna, referidas a la cuestión criminal que se consagra a favor del gobernado. Tales derechos se localizan en el Capítulo I del Título Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor; particularmente en sus artículos 13 al 23, que de manera directa se vinculan con el ámbito penal.”

Sigue refiriendo también que “las garantías constitucionales en el ámbito penal, giran en torno, fundamentalmente, a la libertad personal, sin embargo, no es el único derecho protegido por la constitución en esta materia, sino también, están, entre otros, el de igualdad, el de la vida, la inviolabilidad del domicilio, la propiedad, la posesión, etcétera.”

“Por otra parte, también encontramos dentro de los derechos del gobernado en el ámbito penal que se hallan en la constitución, las garantías de seguridad jurídica y de legalidad, consagradas por los artículos 14 y 16 de la Carta Magna;...”⁸²

Señalada la importancia de las garantías individuales con el ámbito penal, debemos ahora referir por obvio de razones, cuales son las etapas que integran el procedimiento penal en nuestro sistema penal mexicano, para posteriormente señalar que garantías se ventilan en cada una de esas etapas. Al respecto consideramos que el maestro Manuel Rivera Silva hace un a clasificación de las etapas del procedimiento a la cual nos adherimos ya que para efectos de nuestra investigación la consideramos la mas acorde y de fácil entendimiento

Para iniciar debemos definir que el *procedimiento penal* “es el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso aplicar la sanción correspondiente”⁸³, derivado de lo anterior se desprenden tres elementos: 1) conjunto de actividades, son las acciones realizadas por las

⁸² LARA ESPINOZA, Saúl, Ob. Cit., Pág. 33 y 35

⁸³ RIVERA Silva, Manuel. Ob. Cit, pág. 5

personas que intervienen en el caso en particular; 2) conjunto de preceptos, son las reglas establecidas por el Estado que reglamentan los actos que se realizan dentro del Procedimiento Penal y aquellos que no se realizan ante o por el órgano jurisdiccional, llamados parajurisdiccionales, y 3) la finalidad, que es lograr la aplicación de la ley al caso concreto.

Ahora bien, por lo que hace a las etapas del procedimiento penal, el maestro Manuel Rivera Silva, lo clasifica en tres:

I. Periodo de preparación de la acción procesal: Este periodo se inicia con la **averiguación previa** y termina con la consignación. (A mayor abundamiento desglosamos los momentos por lo que atraviesa).

- a) Principia con el acto en el que la autoridad investigadora tiene conocimiento de un hecho delictuoso (**Denuncia y/o querrela**),
- b) posteriormente debe averiguar y reunir los elementos que son necesarios para acudir ante el órgano jurisdiccional (**Investigación**) y
- c) finalmente el Ministerio Público solicita la intervención del órgano jurisdiccional (**Ejercicio de la acción penal** -con el pliego de consignación-).

II. Periodo de preparación del proceso: Este periodo principia con el auto de radicación y termina con el auto de formal prisión.

- a) Dicho periodo se ventila ante el **órgano jurisdiccional**, quien la primera actividad que realiza es dictar un Auto de Radicación,
- b) siguiendo se toma la declaración Preparatoria del inculpado y
- c) se finaliza con dictar el Auto de plazo constitucional. Buscando en dicho periodo reunir los datos que van a servir de base al proceso, o sea, comprobar la comisión de un delito y la posible responsabilidad de un delincuente.

III. Periodo del proceso: Mismo que es dividido en:

- a) instrucción que es la aportación de los elementos de prueba;

- b) periodo preparatorio del juicio en el cual las partes precisan su posición, el Ministerio Público precisa su acusación y el procesado su defensa –conclusiones-;
- c) discusión o audiencia en la cual las partes rinden las pruebas permitidas por la ley y se hacen oír por el órgano jurisdiccional, respecto de la situación que han sostenido en el periodo preparatorio a juicio y por último,
- d) fallo, juicio o sentencia, es la aplicación de la norma al caso concreto.⁸⁴

No debemos dejar de mencionar que el mismo maestro Manuel Rivera no incluye en el procedimiento otra etapa: Ejecución de sentencia, toda vez que “es independiente de los órganos que intervienen, si la finalidad que anima al procedimiento penal, es la misma que le da su esencia, es la aplicación de la ley material al caso concreto lo que se separa de dicha finalidad no puede quedar en el ámbito procesal”.⁸⁵

Precisado lo anterior ahora entraremos a estudio de las garantías que tiene el inculpado en cada uno de los periodos del procedimiento penal mexicano, es decir en la averiguación previa, en el periodo de preparación al proceso (pre-proceso) y en el proceso.

Conforme a la establecido en nuestra Carta Magna, el artículo 20 constitucional apartado A, se establecen las garantías que tiene el inculpado en el proceso penal, sin embargo para el apartado en estudio el mismo artículo en párrafo último de éste apartado, refiere: “ Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna “. De lo anterior se desprende que las garantías que tiene el inculpado en la averiguación previa son las que a continuación y a grosso modo se mencionan:

⁸⁴ Ibidem, Pág.19,20,21,26,27 y 28

⁸⁵ Ibidem, Pág. 20

“Artículo 20 constitucional: En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: A. Del inculpado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;

Por lo que hace a esta garantía todos los autores refieren que no se debe dejar de mencionar la figura de la prisión preventiva (“que es una medida cautelar y provisional que se justifica por la necesidad social de preservar el proceso penal y de asegurar la ejecución de la pena”⁸⁶), antes de referirse a la libertad bajo caución toda vez que ésta trata de resolver el problema de la primera, ya que se permitirá a una persona inculpada por un delito su libertad mientras se le instruye el proceso, siempre y cuando otorgue caución para responder, en su caso de su posible fuga. “Por lo tanto esta garantía que se establece a favor del procesado, le

⁸⁶ ZAMORA Pierce Jesús, Ob. Cit., Pág. 85

permite substituir la garantía personal por una garantía patrimonial obteniendo así, su libertad.”⁸⁷

Asimismo, no debemos dejar de mencionar lo relativo a las diversas formas que comprende la caución, aun cuando el texto constitucional antes referido no las menciona, la ley adjetiva penal establece de forma específica en el artículo 562, que:

”La caución podrá consistir en: I. En depósito en efectivo, hecho por el inculcado o por terceras personas, en la institución de crédito autorizada para ello...; II. En hipoteca otorgada por el inculcado o por terceras personas, sobre inmuebles cuyo valor fiscal no sea menor que el monto de la caución, más la cantidad necesaria para cubrir los gastos destinados a hacer efectiva la garantía en los términos del artículo 570 del presente código.; III. En prenda, cuyo caso el bien mueble deberá tener un valor de mercado de cuando menos dos veces el monto de la suma fijada como caución; IV. En fianza personal bastante, que podrá constituirse en el expediente, y V. En fideicomiso de garantía formalmente otorgado.”

La elección de la forma que deba revestir la caución es derecho del acusado, quien podrá optar por la que mejor le convenga; asimismo, una vez que se establece la forma de caución la autoridad tiene la obligación de notificarle al inculcado las obligaciones que tienen posteriormente, mismas que al no ser cumplidas traerá como efecto la revocación de la caución conforme a lo estipulado en el artículo 568 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

⁸⁷ Ibidem, Pág. 107

A esta garantía constitucional también se le denominó anteriormente “Garantía de No Autoincriminación” ya que “el Constituyente de 1917 consagró dicha garantía estableciendo que (el inculpado): No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto”⁸⁸, derivado de ello la autoridad no podía obligar al inculpado a declarar en su contra, ya que antes sí se hacía, y como consecuencia la confesión del inculpado era considerada como la “reina de las pruebas”. Sin embargo, para 1993 se realizó una reforma quedando el texto como anteriormente se transcribió, estableciéndose conceptos nuevos como la intimidación y la tortura, reconociéndose además la asistencia del defensor en la confesión del inculpado ante cualquier autoridad.

El maestro Zamora Pierce hace un atinado comentario en relación a este tema: “el acusado puede negarse a declarar por completo, o bien hacerlo selectivamente, manifestando lo que a su derecho convenga y negándose a responder a las preguntas del Ministerio Público, lo que es perfectamente lícito, puesto que no puede ser obligado a declarar. Por lo que conforme a la Constitución la declaración del imputado ha dejado de tener importancia como prueba de cargo y subsiste, casi únicamente, como medio de defensa.”⁸⁹

V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

Por lo que hace a esta disposición se establece como “una garantía para la defensa de los procesados, no sólo permitiéndoles la recepción de testigos y otras pruebas que acrediten la propia defensa, sino inclusive ordenando al juez

⁸⁸ Ibidem, Pág. 172

⁸⁹ Ibidem, Pág. 248

preste auxilio al acusado, con el objeto de que éste pueda obtener la comparecencia de personas cuyo testimonio solicite.”⁹⁰

Asimismo el maestro Zamora Pierce refiere que dicha garantía “establece ciertas características propias del derecho en el proceso penal, ya que al afirmar que “se le recibirán los testigo y demás pruebas que ofrezca...”, la constitución nos lleva a la obligada conclusión de que se le recibirán todas las pruebas que ofrezca., por lo que el acusado tiene garantizado el sistema de prueba libre, y queda en absoluta libertad para escoger los medios con que pretende obtener la convicción del juez respecto de los hechos del proceso.”⁹¹

VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

Al igual que la garantía anterior esta también constituye una “garantía de defensa a favor de los procesados, al ordenar que a éstos les sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso, oponiéndose por lo tanto a que se mantenga en secreto todos los elementos procesales que es legítimo –y forzoso- sean del conocimiento de una acusado.”⁹²

Así pues, el procesado y su defensor tienen acceso a todas y cada una de las constancias de la causa. (Pueden leerlas, tomar nota de su contenido y solicitar copias de la misma).

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;

⁹⁰ CASTRO V. Juventino, Ob. Cit ., Pág. 260

⁹¹ ZAMORA Pierce Jesús, Ob. Cit., Pág. 249

⁹² CASTRO V. Juventino, Ob. Cit ., Pág. 262

Por lo que a esta garantía corresponde, hay muchos detalles que comentar: primero tenemos que el defensor es un derecho del procesado y una figura indispensable del proceso penal, ya que debemos recordar que las partes en el proceso penal son tres: víctima/ofendido, representado por el Ministerio Público, el acusado representado por el Defensor (de oficio o particular) y la autoridad (Ministerio Público en etapa de averiguación previa y el órgano jurisdiccional en la etapa procesal).

El maestro Zamora Pierce, refiere que el defensor tiene una naturaleza compleja ya que desempeña diversas funciones que son de gran importancia: “el defensor es asesor del encausado en cuanto que lo aconseja, con base en sus conocimientos técnicos y en su experiencia, informándolo sobre las normas sustanciales y procesales en relación con el hechos y las peculiaridades de su caso; asimismo es representante y sustituto procesal del encausado puesto que actúa por si solo y sin la presencia de éste, en un gran número de actos procesales, tales como el ofrecimiento y desahogo de las pruebas, la interposición de recursos, la formulación de conclusiones, la demanda de amparo, etc.”⁹³

Una cuestión muy importante que la propia ley deja sin aclarar y que ha sido muy discutida por los doctrinarios y por la Suprema Corte de justicia, es la siguiente: el defensor de oficio debe ser o no abogado?, para responder la pregunta debemos mencionar primero: el maestro Zamora Pierce menciona que cuando la constitución refiere que el acusado podrá designar a persona de su confianza como su defensor, tuvo a bien dejar en sus manos el libre nombramiento de su defensor, sin embargo esta cuestión pone en peligro el derecho mismo de defensa que se pretende proteger. Además de lo anterior, recordemos que el proceso penal es un sistema normativo de alto nivel de especialización técnica, sus mecanismos de comprensión y su aplicación se encuentran estrictamente reservados a un grupo profesional que lo interpreta, realiza y actúa, por lo que el defensor debiera ser un sujeto profesional ya que

⁹³ ZAMORA Pierce Jesús, Ob. Cit ., Pág. 255

sino se rompería con la igualdad de las partes, recordando que el representante de la víctima/ ofendido es una persona profesional.⁹⁴ Por lo que la respuesta a nuestra pregunta es: debe ser abogado el defensor del inculpado. No debemos dejar de mencionar que la Corte en diversas ejecutorias ha interpretado que el defensor del inculpado puede ser cualquiera persona sin que se requiera que posea el título profesional; y actualmente si el inculpado nombra a una persona de su confianza como su defensor, la autoridad estará obligada a nombrarle un defensor que tenga título profesional.

También debemos mencionar que este derecho se convierte en una obligación para el juzgador una vez que interviene en el procedimiento ya que desde el momento en que el inculpado rinde su declaración si éste se abstiene de nombrar defensor o se rehusa a hacerlo, el juez le designará al de oficio, por lo que el derecho de defensa adquiere la calidad de formalidad esencial del procedimiento.

Ahora bien el maestro Mancilla Ovando refiere que en la etapa de averiguación previa el asistirse de defensor concierne única y exclusivamente al detenido, y la omisión de designar defensor es imputable al indiciado y no constituye una violación procesal que vicie la validez de los actos realizados por el Ministerio Público, toda vez que en esta etapa solo se ejercitan actos de autoridad tendientes a investigar si la conducta es delito en términos de ley y quién es el supuesto responsable penalmente, pero aun no existe acusación y por tanto la necesidad de defensa.⁹⁵ No estamos de acuerdo con dicho comentario ya que aun cuando la función del Ministerio Público en esta etapa es investigadora, deben sin duda todos sus actos revestir formalidades, y mas por cuanto hace a los derechos del inculpado, ya que la propia constitución establece que este derecho de defensa debe ser observado también en la etapa de averiguación previa.

Ahora bien, también la ley adjetiva penal, en el Distrito Federal establece en el artículo 269, más prerrogativas a favor de los inculpados refiriendo:

⁹⁴ Vid., Ibidem, Pág.256

⁹⁵ Cfr. MANCILLA, Ovando Alberto, Ob. Cit ., Pág. 206

Cuando el inculpado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

I. Se hará constar la hora, fecha y lugar de la detención así como, en su caso el nombre y cargo de quien la haya ordenado y ejecutado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad diversa al Ministerio Público, se asentará o se agregará en su caso, información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o recibido al detenido;

II. Se le hará saber de la imputación que exista en su contra y el nombre del denunciante, acusador o querellante;

Será informado de los derechos que en averiguación previa Dichos derechos, son:

- a) No declarar si así lo desea;*
- b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;*
- c) Ser asistido por su defensor cuando declare;*
- d) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa, y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;*
- e) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación previa, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el acta de averiguación previa;*
- f) Que se le reciban los testigos y las demás pruebas que ofrezca, las cuales se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediendo el tiempo necesario para su desahogo, siempre que no se traduzca en dilación de la averiguación previa y las personas cuyos testimonios ofrezcan se encuentren presentes en la oficina del Ministerio Público.*

Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado y su defensor, el juzgador resolverá en su oportunidad, sobre la admisión y práctica de las mismas; y

g) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal, y en los términos del artículo 556 de este Código.

Para los efectos de los incisos b), c) y d) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de que se disponga, o personalmente si se hallaren presentes; y

IV. Cuando el indiciado fuere un indígena o extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere este artículo. Si se tratare de un extranjero la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda.

De la información al indiciado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en el acta de averiguación previa.

En todo caso se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención.

De lo anterior podemos observar que son bastantes los derechos que tienen los inculpados y si buscamos de otras leyes podemos seguir encontrando muchos más, sin embargo, en esencia son los previstos en la constitución los más importantes.

2.3 DE LAS GARANTIAS DEL INculpADO EN EL PREPROCESO.

Por lo que ha esta etapa corresponde, recordemos que son tres actividades que se realizan:

- 1) Auto de Radicación,
- 2) Declaración Preparatoria y
- 3) Auto de Plazo Constitucional,

Ahora bien, de la Constitución deducimos que los derechos que en el artículo 20 se consagran a favor del inculpado en esta etapa del procedimiento son:

“Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: A. Del inculpado:

A efecto de evitar innecesarias repeticiones solo mencionaremos los derechos que tiene el inculpado y los cuales ya habían sido comentados anteriormente:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

Este derecho se hace latente toda vez que el inculpado podrá acogerse a este beneficio, una vez que ha sido dictado el Auto de Plazo constitucional, en virtud que no haber sido posible ejercer este derecho ante el Ministerio Público, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos en la ley.

II. No podrá ser obligado a declarar.

Esta garantía debe ser observada en el momento en que se le toma su declaración preparatoria al inculpado ya que una vez que se le hizo saber la naturaleza y causa de su acusación, él tiene el derecho a decir si es su deseo declarar o no.

III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible

que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

Por lo que hace a esta garantía el maestro Zamora Pierce, menciona que “el derecho del reo a ser informado de la acusación reviste de una serie de condicionantes de forma: que debe ser en audiencia pública; de tiempo: dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia; de contenido: el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación; y le fija a esa información una finalidad específica: que el reo conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria.”⁹⁶ Al hacerle saber el nombre de su acusador se debe entender que se le dirá quien es el denunciante y/o querellante y en su caso los testigos que hacen cargos en su contra. Cuando se refiere esta garantía a “la naturaleza y causa de la acusación”, debemos entender que se refiere hacerle del conocimiento al inculcado del delito o bien de forma mas adecuada a su entendimiento, el hecho punible que le atribuye y por el cual se le consigno ante la autoridad jurisdiccional, y por causa de la acusación debemos entender las pruebas y las razones que sirven de fundamento para presumir la responsabilidad del imputado.

Una vez hecho lo anterior el inculcado podrá contestar el cargo mediante su declaración preparatoria, sin embargo la Constitución establece una condición para que aquella se pueda rendir: en audiencia pública entendiéndose que “se celebrará a la vista de todos aquellos que deseen asistir, por lo que esta garantía esta destinada a terminar con el secreto de los procedimientos penales”.⁹⁷

IV. Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del Apartado B de este artículo;

⁹⁶ ZAMORA Pierce Jesús, Ob. Cit, Pág. 246

⁹⁷ Ibidem, Pág. 306

Esta garantía es observada cuando se ofrece como prueba, en las audiencias que deben ser desahogadas antes de que el juzgador dicte el Auto de Plazo Constitucional.

Al respecto también debemos señalar que los careos se establecen como una formalidad esencial en el proceso, ya que el acusado tiene derecho a ser puesto cara a cara con quienes declaren en su contra, a que éstos declaren en su presencia y respondan a las preguntas que les formule. Además debemos señalar que existen diversos tipos de careos: los careos constitucionales, que tienen por objeto que el reo vea y conozca las personas que declaran en su contra para que no se puedan forjar artificialmente testimonios en su perjuicio, y para darle ocasión de hacerles las preguntas que estime pertinentes a su defensa; el careo procesal persigue como fin aclarar los puntos de contradicción que hay en las declaraciones respectivas de dos personas y por último lo careos supletorios son aquellos que se realizan cuando alguno de los que deban ser careados no fuere encontrado, o residiere en otra jurisdicción.⁹⁸

La excepción que se establece a esta garantía es que no será careado el inculpado cuando la víctima o el ofendido sen menor de edad, o cuando se trate de delitos de violación o secuestro.

Así, “el objeto de los careos es brindar elementos psicológicos insuperables al juzgador, al poner frente a frente a quienes han declarado en el proceso y confrontar la validez de sus testimonios, lo que le permitirá dictar justicia con apego a la verdad”.⁹⁹

V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

⁹⁸ Vid. ZAMORA Pierce Jesús, Ob. Cit, Pág. 249 - 253

⁹⁹ MANCILLA, Ovando Alberto, Ob. Cit., Pág. 217

Por lo que esta garantía hace, ya habíamos comentado anteriormente que es una garantía que se consagra como una formalidad esencial del procedimiento, y que también se hace latente en esta etapa antes de dictar el Auto de Plazo Constitucional, ya que el inculpado puede pedir la ampliación del término de dicho plazo, a efecto de ofrecer las pruebas que él considere pertinentes para su defensa y las cuales se desahogarán en una audiencia dentro del término del auto de plazo constitucional, para que en su momento sean valoradas por el juez al emitir su Auto.

“VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.”

Por obvio de razones es siempre importante que le sean facilitados todos los datos que en actuaciones consten a efecto de no dejar en estado de indefensión al inculpado.

“IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,”

Anteriormente habíamos mencionado que el defensor en una pieza fundamental en el procedimiento penal, es importante señalar que en esta etapa al tomarle su declaración preparatoria al inculpado se requiere que se encuentre presente el defensor del mismo.

Por lo que al Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, establece en su artículo 290, en esencia las mismas garantías y en su caso la amplía, y para complementar esta información a continuación transcribimos el precepto legal.

Artículo 290.- La declaración preparatoria comenzará por las generales del indiciado, en las que se incluirán también los apodos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado o por personas de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciera, el juez le nombrará un defensor de oficio.

Si el indiciado no hubiese solicitado su libertad bajo caución en averiguación previa, se le hará saber nuevamente de ese derecho en los términos del artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 566 de este código.

A continuación se le hará saber en que consiste la denuncia, acusación o querrela; así como Los nombres de sus acusadores, denunciantes o querellantes y de los testigos que declaren en su contra; se le preguntará si es su voluntad declarar y en caso de que así lo desee se le examinará sobre los hechos consignados. Si el inculpado decidiera no declarar, el juez respetará su voluntad dejando constancia de ello en el expediente.

Igualmente se le harán saber todas las siguientes garantías que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: que se le recibirán todos los testigos y las pruebas que ofrezca, en términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de las personas que solicite, siempre y cuando estén domiciliadas en el lugar del juicio; y que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y consten en el proceso.

2.4 DE LAS GARANTIAS DEL INculpADO EN EL PROCESO.

Por lo que hace a esta última etapa del procedimiento penal debemos mencionar que se ventilan las siguientes etapas: a) instrucción –ofrecer y desahogar pruebas-; b) preparación a juicio –conclusiones-; c) audiencia de vista –alegos- y d) sentencia, juicio o fallo. Ahora bien mencionaremos las garantías que por obvio de razones deben ser observadas en esta etapa del procedimiento

y que son consideradas dentro del mismo como formalidades esenciales del procedimiento.

Siguiendo la temática anterior primero mencionaremos las previstas en nuestra carta magna en el artículo 20 constitucional, del apartado A, y las cuales ya han sido comentadas anteriormente:

“IV. Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del Apartado B de este artículo;

V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;”

Esta garantía se le ha denominado también “garantía de brevedad, ya que refiere que el proceso sea breve, o de corta duración, o bien que se tramite con celeridad”.¹⁰⁰

También constituye un límite insuperable a la actividad del juzgador, pues le obliga a resolver el proceso penal por una sentencia de fondo, en los plazos máximos establecidos por la propia constitución. Asimismo, observamos que dicha garantía beneficia al procesado exclusivamente, incluyendo aquéllos que se encuentran gozando de la libertad provisional bajo caución.

Ahora bien “la violación a esta garantía de conclusión del juicio penal produce dos tipos de consecuencias: 1) Responsabilidad penal para el juez por el abuso de autoridad, y 2) que tales excesos dentro del proceso, queden como hechos consumados en forma irreparable”.¹⁰¹

También, se debe tomar en cuenta que “el procesado puede por su propia voluntad y para su mejor defensa, renunciar a ese beneficio y pedir la recepción de pruebas, precisamente durante el período del procedimiento fijado para recibirlas, y no puede negarse tal solicitud, pues ésta garantía es de mucho mayor valor que la que se refiere a ser juzgado dentro de un breve periodo de tiempo”.¹⁰²

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

Si bien se han referido algunas de las garantías que tienen los inculpados en el procedimiento penal, tomando como base fundamental la Constitución, no

¹⁰⁰ ZAMORA Pierce Jesús, Ob. Cit ., Pág.317

¹⁰¹ MANCILLA, Ovando Alberto, Ob. Cit., Pág. 221

¹⁰² ZAMORA Pierce Jesús, Ob. Cit, Pág.324

debemos dejar de mencionar que también existen mas garantías previstas en las diversas leyes adjetivas, como lo vimos en el caso de del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, que establecen otros derechos para los inculpados y además amplía los previstos en la Carta Magna.

Para finalizar este capítulo hemos de mencionar que las garantías consagradas en nuestra constitución federal y en las diversas leyes locales a favor del los procesados en el procedimiento penal en México, son de fundamental trascendencia que sean observadas en el mismo, ya que debemos recordar que la autoridad debe actuar conforme a los principios de seguridad jurídica y de legalidad, previstos igualmente en la constitución, ya que por la naturaleza del procedimiento penal, se encuentran en juego derechos fundamentales del individuo, tal es el caso de la libertad.

III.- DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Para llevar a cabo ciertas resoluciones del juzgados, en ocasiones es necesarios que se tomen ciertas precauciones antes para el buen desempeño y fin del procedimiento; para ello han surgido las llamadas medidas cautelares.

“Las llamadas acciones cautelares son aquellas por las que la parte actora solicita al juzgador una resolución para que se protejan, de manera provisional y hasta en tanto se dicte la sentencia definitiva en el proceso de conocimiento, las personas, los bienes o los derechos. En ejercicio de las acciones cautelares se solicita la resolución que decrete la medida cautelar correspondiente. La solicitud de la medida cautelar no da lugar a un proceso autónomo, sino a una tramitación conexas dentro del proceso de conocimiento respectivo.

Las medidas cautelares surgen de la necesidad de evitar el peligro de un derecho por el retardo que implica el pronunciamiento de la sentencia definitiva (*periculum in mora*), pero normalmente requieren que quien la solicite acredite, al menos, la apariencia del derecho (*fumus boni iuris*). Por ejemplo, quien demande el pago de los alimentos puede solicitar al juzgador que ordene el pago de una pensión provisional de alimentos mientras se resuelve el juicio, pero debe demostrar que, en principio, tiene derecho a recibir alimentos. Quien interponga una demanda de amparo puede solicitar la medida cautelar de la suspensión de los actos de autoridad reclamados, hasta en tanto se dicte sentencia definitiva en el juicio de amparo, pero también debe acreditar presuntivamente su interés jurídico. En el proceso penal, la prisión preventiva es una medida cautelar que impide la libertad del inculpado durante el proceso, que sólo se puede decretar si se han acreditado los elementos del tipo y la probable responsabilidad.”¹⁰³

“Todo proceso –dicen Serantes Peña y Palmar- demanda un tiempo considerable para su decisión, y es probable que durante su sustanciación se produzcan hechos que tornen imposible el cumplimiento de lo resuelto por la sentencia definitiva. Entonces, las medidas cautelares tiene por finalidad asegurar

¹⁰³ OVALLE FABELA, José, Teoría General del Proceso, Ed. OXFORD, México 2001, Pág. 166

el resultado de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada, haciendo imposible su cumplimiento.”¹⁰⁴

“Las medidas cautelares sirven para asegurar la buena marcha del proceso; estas medidas permiten conciliar los propósitos del proceso con los derechos e intereses del inculpado o de terceros.”¹⁰⁵

De acuerdo a las ideas del doctrinario Calamandrei, dentro del proceso deben de establecerse ciertas providencias o medidas para poder salvaguardar el imperium iudicis.

“Estas medidas han recibido diversos nombres, Carnelutti les llamó proveimientos cautelares; Chiovenda, medidas de conservación o cautelares; Podetti, providencias de naturaleza cautelar; De la Plaza, medidas provisionales de cautela; Pallares, medidas preventivas de seguridad...”¹⁰⁶ así como lo referente a Calamandrei, antes señalado.

“Son –dice Fix Zamudio- los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso.”¹⁰⁷

“La idea de las medidas cautelares se desarrollo durante la primera mitad del presente siglo en la escuela italiana de derecho procesal. Tres fueron sus grandes exponentes: Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei.”¹⁰⁸

Siguiendo este orden de ideas, en lo que respecta a Chiovenda, este visualiza a la medida cautelar como una acción aseguradora de un derecho.

¹⁰⁴ MARTÍNEZ BOTOS, Raúl, Medidas Cautelares, 4ª edición, Ed. Universidad, Buenos Aires 1999, pág. 27

¹⁰⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, Prontuario del Proceso Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México 2002, pág. 20

¹⁰⁶ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Op. Cit., Pág. 483

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Ibidem, pág. 484

En cuanto a Carnelutti, comienza separando del proceso principal un proceso cautelar; siguiendo este último una independencia en su desarrollo en relación con el principal. “Este proceso cautelar está orientado al arreglo provisional del litigio, es decir a conservar la materia del litigio. Mas tarde se corrigió y dijo que estaba orientado a la tutela del proceso.”¹⁰⁹

Pero quien hizo una aportación más notable en este tema en comentario fue Calamandrei, quien separa las providencias cautelares de las definitivas, mencionando que “las medidas cautelares nacen al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios mas aptos para su éxito.”¹¹⁰

Dejando ver, que no solo se debe de observar que existe una providencia principal y por ello se pueda dar una medida cautelar, sin que debe de analizarse la finalidad de esta, pues se va a extinguir en el momento en que la principal se lleve a cabo.

Ahora bien, la suprema corte al respecto se ha pronunciado para definir lo que consideran es una medida cautelar, por medio de varias jurisprudencias como se podrá ver a continuación.

“La medida cautelar puede conceptuarse como aquella que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través del proceso en el que se dicta la providencia cautelar, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurra entere la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva. (C2ªCC y Minería San Juan, 27/4/83/, ED, t. 105, p.457).

Las medidas cautelares tienen por objeto asegurara que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido, y tienden a impedir que en su oportunidad pueda convertirse en ilusoria la condena que ponga fin al proceso (CNCiv. Sala B, 3/08/82, ED, t. 104, p. 609, nº 1).

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Idem

Las medidas cautelares se decretan antes o después de deducida la demanda para asegurar bienes o mantener situaciones de hechos existente al tiempo de aquélla y preservar el cumplimiento de la sentencia que recaiga en definitiva (CNEspecial Civil y Com., Sala I, 12/8/82, ED, t. 104, p. 609, nº 3).

Las medidas cautelares constituyen un medio tendiente a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de incoarse el proceso o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es primo facto verosimil y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida (CNCiv., Sala E, 19/10/82, ED, t.104, p. 610, nº 4).

Las medidas precautorias tienen por finalidad asegura el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado para que la justicia no sea eludida haciéndola de imposible cumplimiento. Se trata de que no se tornen ilusorios los derechos que se reconozcan en la sentencia principal (C1ª CC Común Tucumán, 3/6/85, ED, t. 117, p. 618).

Las medidas precautorias están destinadas a asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido, siendo uno de los presupuestos específicos y propios, como interés que las justifica, el peligro de la demora. Se considera tal, el temor fundado de que puedan realizarse actos que llevarían a hacer de cumplimiento imposible la sentencia que, relativamente, pudiera dictarse (CNCiv., Sla B, 17/9/84, ED, t. 117, p. 647).

Una medida precautoria supone un remedio procesal que de ordinario debe aplicarse con criterio restrictivo y cuyo fundamento reside en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en litigio evitando que se conviertan en ilusorias las sentencias que concluyan aquél (CNCont.-adm. Fed., Sala III, 18/8/82, ED, t. 101, p. 698).

La verosimilitud del derecho y el peligro en la demora constituyen requisitos específicos de fundabilidad de la pretensión cautelar y junto con la contracautela, configuran la tutela precautoria en nuestro régimen procesal. Respecto del primer recaudo es menester partir de la base de que la precautoria a dictarse debe

significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional para impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener a través del proceso pierda su virtualidad o eficacia durante el lapso que transcurre entre su iniciación y el proceso de la sentencia definitiva (CNCiv., Sala A, 15/3/94, LL, t. 1994-C, p.254).”¹¹¹

Se puede observar claramente que, para la Corte es importante dejar bien en claro que las medidas cautelares son meramente precautorias y que no van a resolver el fondo del asunto, cuya finalidad será que la justicia sea aplicada imparcialmente sin que se tenga el temor de que el sujeto pueda sustraerse de la acción de la justicia.

Las medidas cautelares tienen una naturaleza que es: “La función jurisdiccional de la cautela no es distinta de la ejercida en procesos de conocimiento o de ejecución, pues se trata siempre del ejercicio de las facultades que integra la jurisdicción. El conocimiento es sumario o sumarísimo, pero siempre existe en algún grado. Además, no hay proceso cautelar específico, en el sentido de que la autonomía de la medida cautelar sólo se refleja en la circunstancia de que ella puede ser requerida separadamente del proceso donde se actuara el derecho.”¹¹²

Así mismo, se puede observar que el autor hace especificaciones en el manejo de ciertos términos, que bien pudieran ser consideradas como características que todas las medidas cautelares deben tener por su clara división y especificación,

CARACTERISTICAS

De lo anterior, podemos decir que dichas características de las medidas cautelares, de acuerdo a Jorge L. Kielmanovich son:

¹¹¹ MARTÍNEZ BOTOS, Raúl, Op. Cit., pág. 28-29

¹¹² Idem.

- La **instrumentalidad**: “las medidas cautelares son instrumentales, por cuanto carecen de un fin en sí mismas, y se encuentran subordinadas y ordenadas funcionalmente a un proceso principal del cual dependen, en miras a asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse en aquél, y sin que ello se oponga la coincidencia material que pudiese existir entre el objeto de aquélla y el de la pretensión o petición de fondo.”¹¹³

Nunca alcanza la autoridad de la cosa juzgada, ya que es una simple medida, alejada del proceso principal; por lo tanto puede ser susceptible de ser modificada o suprimida si así es considerado por el juzgador.

De igual forma Chiovenda hace una aportación sobre el particular, mencionando que la medida cautelar va a actuar en función de una ley para el cumplimiento de otra ley; a este criterio se suma Carnelutri al hacer la diferencia entre el proceso cautelar y el proceso definitivo, pues menciona que puede existir un procesos definitivo sin un proceso cautelar, pero no puede existir un proceso cautelar sin un definitivo.

- La **provisionalidad**: “Las medidas cautelares se caracterizan por su provisionalidad, por lo que ellas habrán de subsistir hasta el momento en que la sentencia definitiva adquiera firmeza o ejecutoriedad –verificándose su conversión luego, en todo caso, en ejecutorias-, o mientras duren las circunstancias fácticas que las determinaron (rebus sic stantibus), pudiendo entonces así solicitarse su levantamiento en tanto esos presupuestos sufriesen alguna alteración.”¹¹⁴ Esto quiere decir, que las medidas cautelares seguirán subsistiendo mientras que siga existiendo las causas que la determinaron y desaparecerá cuando dichas causas se hayan extinguido.

Pero no obstante, “las medidas cautelares podrían ser dejadas sin efecto en cualquier tiempo en tanto se verifique una variación de los presupuestos

¹¹³ KIELMANOVICH L., Jorge, “Medidas Cautelares”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2000, pág. 42

¹¹⁴ Ibidem., pág. 43-44

determinantes de la traba, en tanto se pretenda cuestionar la admisibilidad de la resolución que las fija sobre la base de los elementos vigentes ya al momento de su dictado, el interesado deberá interponer los recursos que la ley contempla.”¹¹⁵

O sea que las medidas cautelares pueden apelarse con algún recurso que la ley proporcione; de igual manera, las medidas cautelares cuentan con una caducidad y esta funciona “...cuando ha recaído sentencia firme o ejecutoriada en el proceso principal que desestima la pretensión, puesto que las mismas operan como accesorias y al solo efecto de garantizar el cumplimiento de una eventual condena, razón por la cual, aun cuando no se haya ordenado formalmente el levantamiento de la medida, el afectado podría disponer libremente de los derechos o bienes involucrados en ella...”¹¹⁶ Con ello se confirma el argumento de que las medidas cautelares son de carácter provisional.

Por tal motivo la resolución que dispone la medida cautelar es siempre provisional y debe o puede ser modificada o suprimida tomando en cuenta las variaciones de las circunstancias que originaron se decretara dicha medida, pero de igual forma pueden ser restablecidas de acuerdo a los nuevos elementos de juicio que se aporten; así mismo cuenta con un determinado tiempo, en tanto la resolución definitiva no surta sus efectos; sin que ello implique que deba de resolver el proceso principal.

- La **flexibilidad**: “A su turno la medida cautelar se caracteriza por su flexibilidad o mutabilidad, por lo que su requirente podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución probando que la misma no cumple acabadamente con su función de garantía, y el afectado, su sustitución por otra menos gravosa, el reemplazo de los bienes cautelados por otros del mismo valor, o ya la reducción del monto por el que aquélla fue trabada.”¹¹⁷

¹¹⁵ Ibidem., pág. 44

¹¹⁶ Ibidem., pág. 45

¹¹⁷ Ibidem., pág. 47

La finalidad que busca esta flexibilidad de medida cautelar es que se puedan garantizar la igualdad de los litigantes, evitándose con ello un daño innecesario al sujeto pasivo durante el procesos. No debe confundirse esta característica de flexibilidad con el presupuesto procesal de peligro de demora, que mas adelante se explicara.

- La **autonomía**: “La pretensión cautelar es autónoma por su propia naturaleza y porque no se confunde con la pretensión objeto del proceso contenciosos o con la petición que constituye el objeto del proceso extracontencioso, sino que se trata de una pretensión, o si se quiere acción, diversa de la pretensión o petición actuada en el proceso principal, llamada a tener una virtualidad provisoria, por más que pueda mediar alguna coincidencia entre “el bien de la vida” aprehendido en una y otra. La pretensión cautelar es, en este contexto, y valga la redundancia, siempre contenciosa por sí misma, mientras que, como se ha dicho antes, el objeto del proceso principal al cual sirve podrá estar constituido por una pretensión procesal o ya que una petición procesal, o lo que es lo mismo, podrá ser o tratarse de un proceso contencioso o extracontecioso.”¹¹⁸

Su autonomía estriba en que subsiste por sí, aunque es necesario un proceso principal para que pueda ser exigida, pero no por ello debe ser impuesta.

Ahora bien, para algunos autores como Calamandrei, toman en cuenta como características también el hecho de que la medida cautelar **trata de evitar que se agrave el daño marginal** y es de carácter **urgente**; pero Kielmanovich considera estas dos como parte de los presupuestos procesales de las medidas cautelares. Después de haber observado los puntos de vista de cada autor, nos encontramos en la posibilidad e afirmar que estamos de acuerdo con el punto de vista vertido por Kielmanovich, ya que el evitar un daño grave y la urgencia, que podrían estar inmersas en un mismo punto, no son características propiamente,

¹¹⁸ Ibidem., pág. 48

sino, presupuestos con los que deben contar los casos en concreto para poder imponer una medida cautelar.

Así pues, tenemos que se consideran como presupuestos de las medidas cautelares para la admisión de estas:

- “La demostración de un grado más o menos variable de **verosimilitud del derecho invocado, o el humor del buen derecho** del Derecho Romano: las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo en grado de una aceptable verosimilitud, como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite, si bien aquélla debe resultar de los elementos incorporados que objetivamente y prima facie lo demuestren.”¹¹⁹ Esto es necesario ya que no hacerlo se estaría poniendo en peligro el derecho del afectado.
- “**El peligro de la demora (periculum in mora)**: La procedencia de las medidas cautelares se hallan condicionadas también a que el interesado acredite el peligro en la demora, esto es, la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda pueda frustrarse en los hechos, porque, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes, de acuerdo al juicio objetivo de una persona razonable o por la propia actitud de la parte contraria.”¹²⁰ Luego entonces, al tratar de evitar que se agrave el daño marginal, que se podría producir por no imponerse una medida provisional, es decir, que el daño ya está hecho, pero se trata de evitar que el retraso de la sentencia traiga consigo más daño; y la urgencia, ya que de no imponerse la medida cautelar, el posible daño que se puede hacer se llevaría a cabo, se puede observar que se está ante un presupuesto de admisión de las medidas cautelares y no parte de las características que debe revestir una medida cautelar.

¹¹⁹ Ibidem, pág. 51

¹²⁰ Ibidem., pág. 52

CLASIFICACIÓN.

Las medidas cautelares cuentan con varias clasificaciones, entre ellas se encuentra la de su principal exponente Calamandrei, quien las clasifica en tres tipos:

- “A).- Para asegurar pruebas y cuerpo del delito.
- B).- Para asegurar la conservación del patrimonio (la satisfacción de las obligaciones civiles).
- C).- Para impedir el alejamiento del inculcado (el que será objeto de ejecución penal).”¹²¹

Dicha clasificación fue la precursora para que se llevaran a cabo las de cada país de acuerdo a sus necesidades, siendo así que México clasifica a las medidas cautelares en **reales o patrimoniales y personales**.

“Prieto-Castro, en España, sigue a la vez este criterio de clasificación y sostiene que las personales si afectan a los sujetos a quienes se atribuye la comisión de hechos punibles y las reales tiene por finalidad asegurar los resultados de la acción civil para el objeto civil.

Las medidas personales se diferencian de las reales, dijo Jiménez Asenjo, en el fin, puesto que las cautelares personales propenden a asegurar los efectos de las personales en esta clase, y las reales las responsabilidades de tipo económico; en cuanto al medio, porque las primeras se ejecutan restringiendo o privando de su libertad personal al presunto culpable, y las segundas restringen o privan de la libertad de la disposición dominical de ciertas cosas a su dueño, y en cuanto a las personales se diferencian en que aquellas son personalísimas, que la persona obligada es quien las sufre, sin que se admita sustitución de una tercera, en principio de subrogación universal del deudor en las deudas económicas.”¹²²

¹²¹SILVA SILVA, Jorge Alberto, Op. Cit., pág. 486

¹²²“Cfr.” Ibidem, pág. 486-487.

Siguiendo este orden de ideas, otra clasificación nos la proporciona el autor Raúl Martínez Botos, quien las clasifica:

- a la forma en las que están reguladas; de acuerdo a lo que la propia ley en particular establece.
- a su trámite; es decir en el proceso principal y antes o después del promovido.
- a la finalidad perseguida; estas pueden ser de aseguramiento de ejecución forzosa y para evitar daños irreparables por el transcurso del tiempo. Y
- al bien protegido, el cual se refiere al aseguramiento de bienes o de personas.”¹²³

Pero tal y como se puede observar, dicha clasificación es genérica, aunque se podría observar que es mas apegada a la materia civil y comercial, no obstante que la figura de la medida cautelar nació en el derecho civil.

Otra clasificación general de las medidas cautelares es la que nos señala Jorge L. Kielmanovich:

- “Las medidas cautelares pueden clasificarse según su finalidad en dos grandes grupos: por un lado, están las que tienen por objeto la tutela de la *integridad o valor económico de los bienes*, entendida esta expresión en sentido amplio, que a su vez pueden dividirse en medidas para garantizar la ejecución forzada, el mantenimiento de un determinado estado de hecho o de derecho, o ya para otorgar publicidad al litigio. Por el otro, se hallan medidas que tienen por objeto la tutela de la integridad física o moral de las personas y la satisfacción de sus necesidades urgentes.
- Por sus efectos, en cambio, pueden clasificarse en *medidas cautelares conservativas*, en el sentido de que apuntan a mantener los estados de hecho o de derecho vigente al momento en que se las solicito, y en *medidas*

¹²³ MARTINEZ BOTOS, Raul, Op. Cit., pág. 30-31

cautelares innovativas aquellas que comportan contrariamente la modificación de aquéllos. Un claro ejemplo es la pretensión de alimentos provisorios.

- Las *medidas cautelares de indisponibilidad absoluta y relativa*; las primeras serían aquellas que impiden disponer del bien tutelado, así, el embargo preventivo sin monto o la inhibición general de bienes; las segundas, las que establecen un régimen de inoponibilidad respecto de l bien afectado frente a quien obtuvo su traba.
- Según la forma en que se encuentran regulados en los ordenamientos procesales, cabe hablar de medidas cautelares *nominadas*, así el embargo preventivo, la anotación de litis, la inhibición general de bienes, la intervención judicial en su modalidad de recaudación e información, la medida de no innovar, etc.; y de medidas cautelares *genéricas*, esto es, las no contempladas específicamente por la ley procesal.¹²⁴

Analizando la anterior clasificación, nos damos cuenta de que en nuestro país ya existe una clasificación de la que se desprende las medidas cautelares aplicadas para las cosas y para las personas, en donde por lo regular en las primeras se encuadraría la clasificación anteriormente mencionada.

Actualmente, en nuestras leyes si aparecen dichas medidas cautelares, pero no de la manera como deberían aparecer, ya que nuestros legisladores no contemplan un capítulo en específico que se dedique a las medidas cautelares que son de suma importancia para el buen desempeño de un proceso, sino que al parecer fueron puestas en la ley como un producto del azar, sin que se llevara a cabo antes un estudio de dicho tema.

De igual forma, se puede advertir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no ha resuelto dichas lagunas en cuanto a este tema, pues es muy difícil que se encuentren resoluciones sobre el particular; específicamente sobre el

¹²⁴ KIELMANOVICH L., Jorge, Op. Cit., pág. 64-65

proceso en particular, ya que como lo vimos anteriormente, si existe fallo sobre el concepto de lo que es una medida cautelar o provisional, pero no de la aplicación de la misma en algunos procesos de diferentes materias.

3.1.- HACIA LAS COSAS.

Como lo mencionamos anteriormente, las medidas cautelares en nuestro país, se clasifican en dos grandes grupos: las reales (hacia las cosas) y las personales (hacia las personas); a continuación se dará una breve explicación de cada una de ellas. “Las medidas cautelares reales (garantías reales) afectan de alguna manera el eventual resultado que se dé en la medida definitiva (afectación de bienes). Dichas medidas cautelares se pueden estudiar desde cuatro puntos de vista diversos:

- Medidas que aseguran la ejecución de una pretensión de condena al pago del resarcimiento del daño causado con motivo del delito. Tratándose de medidas de carácter esencialmente civil.
- Medidas que aseguran la ejecución de una pretensión de condena a la pérdida de alguna cosa.
- Medidas que aseguran o conservan alguna cosa, hasta tanto se decide en definitiva quién tiene mayores derechos sobre la misma.
- Medidas que aseguran fuentes de prueba.”¹²⁵

Con respecto a las primeras, aunque son de carácter civil, se podría decir que también tienen matices penales, puesto que al Ministerio Público le corresponde solicitar el aseguramiento precautorio de los bienes para los efectos de la reparación del daño.

¹²⁵ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Op. Cit., pág. 488.

En cuanto a las medidas que aseguran la ejecución de pretensión de condena a la pérdida de alguna cosa, la misma legislación nos señala que medidas se tomaran en consideración para que los instrumentos del delito y las cosas objeto del delito se recojan hasta en tanto se resuelve sobre la pérdida o destrucción de estas.

Con respecto a las medidas de aseguramiento o conservación hasta que se decida quien tiene el mejor derecho, es una medida no tan recurrida pero que sirve para identificar al propietario de la cosa cuando esta fue secuestrada o robada y se ignora quien sea su dueño.

Por ultimo tenemos a las medidas que aseguran fuentes de prueba, las cuales son de vital importancia ya que con ellas se trata de evitar que se destruyan, alteren o se pierdan las huellas o vestigios del hecho delictuoso; y así poder llegar a una mayor certeza de lo que haya sucedido en dicho momento. Pero aun así, en nuestra legislación son pocos los apartados dedicados al tema (en materia civil) ya que no se observan disposiciones concretas sobre el particular, por ejemplo, no hay obligaciones, responsabilidades o derechos para el depositario de algún objeto.

Existen otros autores, que ya clasifican a las figuras en concreto, para la implantación de las medidas cautelares, tal es el caso de Sergio García Ramírez y Victoria Adato Green, en su libro denominado "Prontuario del Proceso Penal Mexicano" quienes manifiestan que las medidas cautelares reales se refieren al embargo, depósito, hipoteca, fianza, aseguramiento de objetos e interceptación de correspondencia.

Embargo

Comenzaremos definiendo lo que es el embargo "Intimación judicial hecha a un deudor para que se abstenga de realizar cualquier acto susceptible de producir la disminución de la garantía de un crédito debidamente especificado.

El embargo constituye una limitación del derecho de propiedad (no la privación de ella) que afecta al derecho de disposición y que subsiste mientras no sea levantado por la autoridad judicial competente.

Los autores discuten si el embargo es un derecho real o un derecho personal. Tratándose de una institución procesal es claro que la clasificación del derecho real y personal no es aplicable en modo alguno al embargo.”¹²⁶

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

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

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

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

¹²⁶ DE PINA VARA, Rafael, “Diccionario de Derecho”, Trigésima ed, Ed. Porrúa, México 2001, pág. 262

desestimadas por sentencia firme. El embargo ejecutivo se convierte, en ejecutorio, cuando se verifica cualquiera de las situaciones precedentes.”¹²⁷

Ahora bien su significación etimológicamente, “es una voz derivada del verbo embargar, y éste del latín vulgar imbaricare, usado en la Península Ibérica y en la zona de la lengua de oc. Deriva probablemente de barra “tranca”, significa por lo tanto “cerrar una puerta con barras o trancas”, procedimiento originario del embargo.”¹²⁸

La palabra embargo, según el Diccionario de la lengua, es sinónimo de impedir, detener, y una muy específica, retener una cosa en virtud de mandamiento judicial.

“Nuestra legislación procesal reconoce la figura del embargo como un procedimiento cautelar que tiende a conservar el estado de hecho que guardan los bienes del deudor, para evitar que éstos los dilapide, oculte o enajene y haga imposible al acreedor la satisfacción del derecho real o personal que tenga que hacer valer mediante el ejercicio de la acción respectiva en el juicio definitivo.”¹²⁹

Otros doctrinarios, como Gómez Lara, han definido al embargo como “la iniciación de un procedimiento expropiatorio mediante el cual se afecta un bien o un grupo de bienes determinados; esta afectación implica un bloqueo patrimonial de esos bienes; el dueño de los mismo, desde el momento del embargo, ya no puede disponer de ellos y quedan sujetos a las resueltas de este procedimiento expropiatorio.”¹³⁰

Ahora bien, enfocándonos en materia penal, nos damos cuenta que quien cuenta con el ejercicio de la acción penal es el Ministerio Público como autoridad, por lo tanto, este tendrá la facultad de solicitar el aseguramiento precautorio de bienes, para efectos de reparación de daño y perjuicios. Este procedimiento se

¹²⁷ GARRONE, José Alberto, “Diccionario Manual Jurídico”, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina 1991, pág. 328 y 329.

¹²⁸ COUTURE, Eduardo, “Vocabulario Jurídico”, Ed. Desalma, Buenos Aires Argentina 1991, pág. 315

¹²⁹ BECERRA BAUTISTA, José, “El Procedimiento Civil en México”, ed. Décimo séptima, Ed. Porrúa, México 2000, pág. 319

¹³⁰ GÓMEZ LARA, Cipriano, “Derecho Procesal Civil”, ed. Sexta, Ed. Oxford, México 1999, pág. 239.

substanciara de forma incidental, con audiencia del inculpaado, a excepción de que este se haya sustraído de la acción de la justicia.

Claro esta que cuando es suspendido el procedimiento penal sustracción de la justicia o demencia del inculpaado, no se van a dejar de tomar las medidas precautorias patrimoniales necesarias, ni a dictar sentencia en el incidente de reparación exigible a terceros; así que no se dejaría de hacer la adopción de dicha medida cautelar dentro del procedimiento penal.

Por lo tanto podemos concluir que, el embargo es una medida precautoria tendiente a retener uno o más bienes del deudor, limitando así su derecho de propiedad, pero nunca privándolo de ella, evitando con ello su ocultamiento o desaparición para evitar cumplir con una obligación de reparación en tanto resuelve lo conducente el juzgador.

Contragarantía.

Una contragarantía es un requisito exigido para la procedencia de las medidas cautelares.

La contragarantía “opera como medio para asegurar preventivamente el eventual crédito de resarcimiento de aquellos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida provisional, si en el proceso definitivo se revela como infundada. De allí que se pueda hablar con propiedad de una condición impuesta por el juez para conseguir la providencia cautelar.”¹³¹

Una contragarantía se puede decir que es una reserva con la que cuenta el juzgador, para que pueda ser aplicada contra quien solicita la cautela y no cumpla.

Las medidas de cautela o garantía pueden ser primarias o principales, y secundarias, siendo las primarias las de mayor utilidad en la practica y por tanto

¹³¹ GARRONE, José Alberto, Op. Cit., pág. 29

las de mayor conocimiento. Las primarias aseguran la ejecución de una sentencia condenatoria (están subordinada a una medida definitiva), mientras que las segundas aseguran que no se aplique la medida cautelar principal, debido a la o cual son contragarantías.

Así por ejemplo, en materia procesal penal se dice que la privación provisional de la libertad opera como una medida primaria, porque esa medida también tiene su “antídoto” para que no se ejecute; y ésta es la contragarantía.

En esencia, los medios de contragarantía, o como los mencionamos anteriormente las medidas de garantía secundarias, son verdaderas medidas cautelares, pero su característica principal es que se van a encargar de que no se ejecute otra medida cautelar; es decir, que sirven para que se evite aplicar una medida cautelar principal, de ahí el nombre de contragarantía.

Depósito.

Esta figura existió desde la época de los Romanos, ya que para ellos el depósito es: “Un contrato de buena fe, real y gratuito por el que una persona, llamada depositante, entrega una cosa mueble a otra, llamada depositario, para que la guarde y haga la devolución cuando le sea requerida por el depositante”¹³²

La palabra depósito, etimológicamente proviene del latín depositum, i, de igual significado, propiamente “depuesto” o “depositado”, participio pretérito sustantivo del verbo depono, ero, “depositar”, compuesto de pono, ere, “poner”. Este término forma parte del grupo de participios sutantivos probablemente con argentum, i, “plata, dinero”, todos referente a diversas operaciones con dinero: (argentum) debitum “dinero, debido- debito”, que pasaron todos al romance como vocablos cultos.”¹³³

Según el autor de Pina Vara nos dice que es “Contrato por el cual el depositario se obliga a recibir una cosa, mueble o inmueble, que se le confía, y a

¹³² SAHAGÚN PADILLA, Gumesindo, “Derecho Romano II”, Ed. McGraw-Hill, México 2002, pág. 70

¹³³ COUTURE, Eduardo, Op. Cit., pág. 217

guardarla para restituirla cuando la pida el depositante.”¹³⁴ Esta misma concepción es la que plasmó el legislador en el artículo 2516 del Código Civil del Distrito Federal.

Podemos notar que la concepción de los Romanos y el actual se asemeja en gran parte, haciéndonos pensar que no ha sido necesaria una evolución sobre el particular.

Por otro lado, tenemos que pueden ser objeto de depósito en general y especialmente de depósito judicial; tanto los bienes muebles como los inmuebles, los títulos, valores, efectos de comercio y demás documentos. Existe además, el depósito judicial de personas, a favor de los menores de edad o incapaces que se encuentren sujetos a la patria potestad, en los casos previstos en el artículo 939 del Código de Procedimientos Civiles; de esta manera se puede notar que el contrato de depósito no solo se delimita a los bienes sino también a las personas, claro está en ciertos casos.

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

En este caso el depósito debe realizarse en el Banco de México o en la Institución de crédito autorizada para ello; el certificado se depositará en la caja de valores del tribunal. Y cuando por la hora o el día se pueda hacer el depósito en la institución autorizada para ello, se realizará en el tribunal y el juez mandará depositar la cantidad recibida el primer día hábil para hacerlo.”¹³⁵

¹³⁴DE PINA VARA, Rafael, Op. Cit., pág. 225

¹³⁵GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, Op. Cit., pág. 624

Hipoteca.

“Etimológicamente proviene del latín hipoteca, y éste del griego hypoteke, “poner en prenda”; suposición en el sentido de poner una cosa debajo de otra, añadirla; apoyar, sostener o asegurar una obligación.”¹³⁶

Para de Pina Vara Rafael la hipoteca es una “garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado en el valor de dichos bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.”¹³⁷

Así también, para Garrone esta figura se define “como un derecho real constituido en seguridad de un crédito, en dinero sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor. Para garantizar, un crédito cierto y determinado en dinero del cual resulta accesoria, permaneciendo el o los instrumentos en poder del propietario constituyente, conservando las facultades inherentes a su derecho de propiedad sobre la cosa, siempre y cuando su ejercicio no redunde en perjuicio de la garantía que le afecta.”¹³⁸

De igual forma, en materia penal existe la hipoteca como un beneficio para el reo o por terceros como una garantía de la libertad personal. Para que pueda ser tomado por el juzgador como garantía debe estar libre de gravamen y su valor fiscal no debe ser menor que la suma fijada como caución mas la cantidad que el juez estime necesaria para cubrir los gastos destinados a hacer efectiva la garantía. De igual forma el art. 564 del Código Procesal Penal del Distrito Federal menciona que además de todos los requisitos mencionados también se debe presentar certificado de libertad de gravámenes y constancia de pago de contribuciones.

Fianza.

Ahora entraremos al análisis de la fianza, y la palabra fianza etimológicamente proviene del bajo latín fidare, de fidere, fe seguridad.

¹³⁶ GARRONE, José Alberto, Op. Cit. pág. 365

¹³⁷ DE PINA VARA, Rafael, Op. Cit., pág. 309

¹³⁸ GARRONE, José Alberto, Op. Cit.

De acuerdo con el autor de Pina Vara Rafael fianza “es una garantía personal prestada para el cumplimiento de una obligación. También es considerado un contrato por el cual un tercero, en relación con una determinada obligación, se obliga a su cumplimiento para el caso de que el deudor o fiador anterior no la cumplan.

La fianza puede ser civil o mercantil Según la ley Federal de Instituciones de Fianzas, éstas (y los contratos que en relación con ellas otorguen o celebren dichas instituciones) serán mercantiles para todas las partes que intervengan, excepción hecha de la garantía hipotecaria.

Son aplicables a la fianza mercantil, en todo lo no expresamente establecido en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal.”¹³⁹

“En los tribunales, el emplear la palabra “caución”, quiere significar que la garantía debe ser “dinero en efectivo”; y “fianza”, la póliza expedida por una institución de crédito capacitada legalmente para otorgarla. Al respecto es importante concluir que la fianza es un contrato, y no una forma de caución.”¹⁴⁰

Esta aseveración es muy importante ya que si hay ocasiones en que se llega a mal interpretar dichos conceptos.

Pasando a otras cosas, la fianza en ocasiones puede sustituir al embargo precautorio del cual se hace mención en los artículos 35 del Código de Procedimientos Penales para el D.F. y el 149 del Código Federal de Procedimientos Penales respectivamente. Igualmente se puede exigir fianza al ofendido cuando a razón de la devolución de bienes, pueden lesionar derechos de terceros o del propio inculpado; aunque la ley es clara en mencionar la palabra “caución” (art. 38 del Código Federal de Procedimientos Penales). Mas la aplicación propia de la fianza en materia penal es la caución para el otorgamiento

¹³⁹ DE PINA VARA, Rafael, Op. Cit. , pág. 288

¹⁴⁰ COLIN SANCHES, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Decimoctava ed., Ed. Porrúa, México 1999, pág. 668

de la libertad provisional al inculpado. Dicho derecho se encuentra fijado en los artículos 34 de los códigos de procedimientos tanto federal como local en materia penal, mismos que especifican las reglas a seguir para el otorgamiento de una fianza, de lo contrario se pueden constreñir a lo dispuesto por el Código Civil.

Por todo lo anteriormente manifestado, podemos concluir que la fianza es un contrato por medio del cual una tercera persona se compromete y obliga a pagar por el deudor, la obligación adquirida por este al acreedor en caso de que el deudor no pudiera hacerlo.

Aseguramiento de Objetos

Dicha medida tiende a garantizar en cualquier forma el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por medio de objetos retenidos.

Para Garrone, el aseguramiento de objetos es “una medida de carácter provisional, que los jueces se hallan facultados para aplicar, con el fin de salvaguardar o custodiar aquellos bienes objeto de una contienda judicial”¹⁴¹

Desde el punto de vista del derecho procesal, dicha medida cautelar se concretiza al aseguramiento, que se puede llevar a cabo de muchas formas, hasta que cierta autoridad decide el destino del bien retenido, según la naturaleza de éste. “Desde la perspectiva penal, el aseguramiento puede culminar en el decomiso, que es la desposesión o expropiación final de un bien, como sanción consecutiva a la declaratoria de responsabilidad penal.”¹⁴²

La Procuraduría General de la República, desde el año de 1993, expidió algunas circulares en relación a el aseguramiento de bienes, exponiendo los criterios y normas con forme deben regularse dichos aseguramientos; de igual forma menciona los criterios que deben seguirse con respecto a el control y

¹⁴¹ GARRONE, José Alberto, Op. Cit.

¹⁴² GARCÍA RAMIREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria Op. Cit., pág. 250

destino final de los bienes asegurados, es decir su destrucción o conservación según sea el caso.

Así mismo en el Ministerio Público Federal para que en todas las averiguaciones previas en las que se realice el aseguramiento de bienes se haga del conocimiento, dentro de las 24 horas siguientes, de la Dirección General de Control de Bienes Asegurados.

Dichas circulares establecen que por aseguramiento debe entenderse la facultad real, virtual y jurídica del Ministerio Público Federal para preservar y tutelar todos aquellos bienes implicados en la averiguación previa o aquellos que por sus funciones le fueren entregados para su guarda y custodia. Instituyéndose condiciones como las de que se deben cerciorar que los bienes asegurados sean de la exclusiva propiedad de los involucrados en esa averiguación y se encuentren en su posesión o de un familiar o cónyuge. Se da también todo el procedimiento tanto en averiguación previa como ya en el proceso, así como su guarda, conservación o enajenación en caso de difícil conservación o por órdenes judiciales, así como su devolución cuando sea procedente.

Al respecto, el artículo 181 del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

“Los instrumentos, objetos o productos del delito, así como los bienes en que existan huellas o pudieran tener relación con éste, serán asegurados con el fin de que no se alteren, destruyan o desaparezcan. La administración de los bienes asegurado se realizará de conformidad con la ley de la materia.

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

Como se puede observar, el aseguramiento de objetos, no se estipula en la ley con el fin de reparar el daño de la víctima u ofendido, sino para evitar que se manipulen, con ello nos damos cuenta de que es una cuestión probatoria lo que protegen.

Por consiguiente, el aseguramiento de objetos comprende a los vehículos, armas, cadáveres, sustancias, documentos y demás.

Intercepción Telefónica

Dado los avances tecnológicos con los que cuenta el hombre en la actualidad, la delincuencia se ha servido de ellos para cometer sus actos delictivos con mayor rapidez y eficacia, haciendo con ello que la impunidad sea su aliada; por ello la misma autoridad ha decidido echar mano de los mismos recursos tecnológicos que se han encontrado, realizando así la intercepción telefónica, con el fin de poder tener un mayor resultado contra posibles hechos delictivos.

Esta cuestión, a veces calificada como ilícito “espionaje”, ha ocasionado intensas discusiones y en no pocas ocasiones ha sido materia de escándalo. Debemos, por supuestos, diferenciar entre las intercepciones y vigilancia ligadas a la investigación de delitos por parte de autoridades competentes para desarrollar esta tarea indagatoria, y aquellas otras que re practiquen por motivos diversos, que aparejan inaceptables intrusiones en la vida privada.

“En esencia, estas intercepciones o vigilancias no difieren de la observación o de la escucha que agentes policiales pudieran hacer con respecto a conversaciones o movimiento que realicen al alcance inmediato de sus sentidos, sin el empleo de aparatos de intercepción, acercamiento de voces o movimientos, en forma inadvertida para los sujetos a vigilancia. No obstante, resultaría de plano desatinado asignar el carácter y el valor de confesiones, e incluso de testimonios, a las declaraciones captadas por estos medios.”¹⁴³

¹⁴³GARRONE, José Alberto, Op. Cit., pág. 629

3.2 HACIA LAS PERSONAS.

Otra clasificación de las medidas cautelares es las que respecta a las personas, y al respecto se define como: “Las medidas cautelares de carácter personal afectan a una persona al eventual resultado que se dé en la medida definitiva.

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

Algunas de estas medidas son:

a) **Arraigo:** Mediante esta medida se le impide a una persona física su libertad de tránsito, obligándola hasta tanto se cumpla la condición establecida. El arraigo puede ser de testigos (art. 256 CFPP y 215 CPPDF) o de sujetos pasivos del proceso (arts. 133 bis y 205 CFPP y 270 bis CPPDF). Pallares sostuvo que este tipo de providencias resultan ser inconstitucionales, pues van en contra de lo establecido por el artículo 11 constitucional.

b) Incomunicación: Por medio de la incomunicación se impide a una persona física establecer contacto con otra. La incomunicación más conocida en el proceso penal es la que históricamente se aplicó a los procesados. Pero actualmente, nuestra constitución establece una terminante prohibición de incomunicación a los procesados. Aunque se vuelve a observar como las leyes secundarias se exceden en su facultad y en el art. 257 del CFPP y 216 del CPPDF se establece que los testigos no se pueden comunicar entre si; y aunque no es al procesado al que se le esta limitando en este sentido, si lo es al testigo quien es parte importante dentro del proceso.

c) Examen anticipado de testigo: Este se encuentra claramente en el art. 256 del CFPP, estableciendo que si alguna persona tiene que ausentarse del lugar del juicio, podrá ser examinada anticipadamente.

d) Internamiento de enfermos: Las personas lesionadas con motivo de delito deberán ser atendidas en los hospitales públicos o en cualquier otro lugar bajo responsiva médica, indicando su ubicación. Los sujetos pasivos del proceso, respecto de los cuales se sospeche alguna anomalía mental, podrán ser enviados a un hospital o departamento especial para este tipo de personas.

e) Custodia policíaca de testigos: Alcalá Zamora refiere con respecto a este punto “que en la legislación penal anglosajona y especialmente en la Estado Unidos, está muy extendida la practica de detener, bajo el nombre de custodia policíaca, al testigo material, es decir, al que ha presenciado directamente el hecho y cuyo testimonio, por lo mismo, se supone importante.”

f) Prohibición a conducir vehículos: Aunque tampoco se encuentra establecido en nuestras leyes, Prieto-Castro refiere que “una medida discrecional agregada a la de fianza, o única, cuando se ordene el procesamiento de persona autorizada para conducir vehículos de motor por presunto delito cometido al conducirlo, es la privación provisional de usar el permiso, que se debe recoger e incorporar a la pieza correspondiente, como también comunicar el caso al organismo administrativo que lo hubiese expedido.”¹⁴⁴

Aunque estas dos ultimas medidas no son de aplicación en nuestro país, pero consideramos de importancia mencionarlas, ya que de igual forma se esta restringiendo la libertad del individuo.

Pero también hay otra clasificación al respecto pero ya con más matices penales, mencionando a la detención y la prisión preventiva, así como la libertad provisional bajo palabra o protesta, la libertad bajo caución, que asocia elementos personales y materiales y la libertad sin garantía; aunque se puede decir que son los casos concretos en donde surte sus efectos las medidas cautelares que afectan a la persona.

¹⁴⁴ GARCÍA RAMIREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria Op. Cit., pág., 489-490

Con respecto a la detención se comenzara definiéndola como: “privación de la libertad de una persona con objeto de ponerla a disposición de una autoridad competente.

Por lo que respecta a nuestra Carta Magna y lo que se manifiesta en el artículo 16 de la constitución, no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por autoridad judicial, sin que preceda denuncia , acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castiga con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrancia delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos, sin demora, a disposiciones de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, según el artículo constitucional citado, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persigan de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estricta responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.”¹⁴⁵

En materia procesal, la detención por mandamiento del Ministerio Público se encuentra regulada en el artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual menciona:

“...El Ministerio Público sólo podrá ordenar la detención de una persona, cuando se trate de delito flagrante o caso urgente, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución y en los términos de los artículos 193 y 194 respectivamente.”

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

¹⁴⁵ DE PINA VARA, Rafael, Op. Cit., pág. 247

Por otro lado, para García Ramírez; la detención, simultáneamente con la prisión preventiva, figura a la cabeza de las medidas cautelares, y tienen por sustancia y efecto la privación provisional de la libertad física del inculpado a fin de asegurar que, en su hora, se ejecute la sentencia que recaiga. Fenech define a la detención como un acto por el que se cause una restricción de la libertad individual de carácter provisorio, y que tiene por fin ponerla (a la persona inculpada) a disposición, mediante o inmediatamente, del instructor del proceso penal para los fines de éste, en la expectativa de su posible prisión provisional.

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

Pero regresando al concepto de detención, tenemos que de acuerdo a este, la detención se da en tres momentos:

- Detención de cualquier individuo, en caso de flagrancia (en este sentido entra también lo concerniente a la cuasi-flagrancia y la flagrancia equiparada);
- La detención que realiza la autoridad administrativa por razón de el caso urgente; y
- Detención de la autoridad jurisdiccional, en razón de la orden de aprehensión dictada por la misma.

Otras formas de privación de la libertad de forma legal son:

Aprehensión.- “Embargo de bienes de un deudor decretado por resolución judicial. Acción o efecto de aprehender, o sea, de prender a una persona. Una de las formas de adquirir la posesión o el dominio de los bienes.”¹⁴⁶

Pero otra acepción importante es la que se da en materia penal mencionando que es el acto material de apoderarse de una persona, privándola de su libertad, siempre y cuando sea de manera legal esta privación.

Prisión.- De acuerdo a lo que establece el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 33 la prisión consiste en la privación de la libertad personal. Su duración no será menor a tres meses ni mayor de setenta años. Dicha privación de la libertad de una persona se realizara en cumplimiento de una pena corporal impuesta por la autoridad juzgadora, derivado de una sentencia que ha causado estado y ha quedado firme.

La constitución no la define tal cual, pero hace mención de ella en su artículo 17 “...*Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.*”

Prisión preventiva.- “Privación de la libertad corporal destinada a mantener a los procesados en seguridad durante la tramitación del sumario, en aquellos casos expresamente señalados por la ley.

La prisión preventiva no puede prolongarse por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motive el proceso (art. 20 constitucional)¹⁴⁷ Aunque no solamente esta privación de la libertad se da en caso de los procesos sumarios, sino también en los ordinarios, cuando no se ha dictado sentencia definitiva a una persona.

Arresto.- “Detención provisional del presunto reo. Corta privación de libertad, que puede ser impuesta por autoridad judicial o administrativa.”¹⁴⁸ En otras palabras, es la privación de la libertad de una persona que puede ser

¹⁴⁶ Ibidem., pág. 97

¹⁴⁷ Ibidem., pág. 419

¹⁴⁸ Ibidem., pág. 107

emitida por autoridad administrativa o jurisdiccional, y puede ser por la presunta responsabilidad de esta persona en un acto delictivo o por haber cometido una falta o desacato a un juez.

3.3 EL ARRAIGO COMO MEDIDA CUTELAR.

Para comenzar debemos saber a grandes rasgos lo que es el arraigo, para lograr tener un panorama más amplio sobre el tema. Así pues, **el arraigo**, en un sentido amplio “es la 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...”¹⁴⁹ De la definición anterior, podemos deducir que la figura del arraigo puede ser aplicada tanto en materia civil como en materia penal, pero no solo en esas sino que también en cualquier otra materia que lleve aparejado un proceso.

El Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, proporciona también la definición del **arraigo penal**: “ Es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculcado 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.”

El arraigo en materia penal tiene su propia definición, tal como lo menciona Marco Antonio Díaz de León en su obra Diccionario de Derecho Procesal Penal y de términos usuales en el proceso penal: “El arraigo en nuestro sistema procesal penal, 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

¹⁴⁹ JUÁREZ TORRES, Araceli, “El Arraigo en la Averiguación Previa”, Revista Jurídica, Poder Judicial del Estado, Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Aguascalientes, año XII, No 25, Nueva Época, Enero-Marzo 2003, pág. 8-9

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). 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 las sentencias condenatorias de tal pena. Para estos supuestos nadie duda que desde la 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. Asimismo nadie ignora que los sujetos a averiguación son proclives a eludir, 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 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. 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 inculpado, debiendo levantarse dicha presunta responsabilidad. No obstante la indicada regla general, el legislador dispuso un plazo de treinta días, prorrogables por otros treinta días a petición del Ministerio Público.”¹⁵⁰

De la anterior definición se desglosa que la naturaleza jurídica del arraigo en materia penal es de una medida cautelar, que va a servir para evitar que el indiciado se sustraiga de la acción penal mientras que el ministerio público, con base en su investigación, acredita el cuerpo del delito y la probable responsabilidad; en cuyo caso el arraigo deberá tener la duración estrictamente indispensable que marca la ley sin que se exceda de tal plazo.

Por otro lado, existen dos clases de arraigo que la ley señala claramente en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales que a la letra dice:

¹⁵⁰ Ibidem. pág. 10

*“ Artículo 133 bis, Código Federal de Procedimientos Penales.- La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el **arraigo domiciliario** e imponer la **prohibición de abandonar una demarcación geográfica** sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare para el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido. El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de 30 días naturales, en el caso del arraigo y de 60 días naturales, en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica. Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse.”*

Obviamente se observan las dos modalidades de arraigo, por una lado esta **“El arraigo domiciliario”** y por otro **“la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.”** Aunque de los casos que se han llevado a la practica, se puede observar que el arraigo mas recurrido es el ARRAIGO DOMICILIARIO.

“Bajo el nombre de arraigo domiciliario se ha introducido en la legislación y la práctica procesal penal una modalidad espuria de detención en lugar seleccionado por el Ministerio Público y sujeto al control de éste, con autorización judicial. Obviamente esta viciosa modalidad de arraigo permite al Ministerio Público retener al indiciado por un período más o menos largo sin ponerlo a disposición de un juez para que éste resuelva su situación jurídica en el periodo reconocido por el artículo 19 constitucional.”¹⁵¹

Otra clasificación que se maneja del arraigo es: Arraigo Administrativo, Arraigo Judicial y Arraigo de Testigos, este último ya fue explicado en lo concerniente a las medidas cautelares.

¹⁵¹GARCÍA RAMIREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, Op. Cit., pág. 20

Lo que respecta al **Arraigo Administrativo**, es el conocido como Arraigo Domiciliario el cual establece que “En los casos de delitos cometidos por imprudencia, con penalidad inferior a 5 años, los presuntos responsables podían quedar arraigados en sus domicilios. Concomitante al arraigo, se condiciono también esta libertad provisional, al hecho de que el potencial beneficiario señalara domicilio en el Distrito Federal, no existiera temor de que se fugara, merced a la promesa de presentarse cuando se le citara, y pagará o garantizará, mediante convenio, que reparará el daño civil. Así mismo se instituyo, como causa de improcedencia, el abandono del lesionado, o que se hubiese consumado los hechos en estado de ebriedad o bajo influencia de estupefacientes. Igualmente se establecieron causas de revocación, y un plazo no mayor de tres días en la duración del arraigo.”¹⁵²

Esta misma aseveración la hace el artículo 271 del Código de Procedimientos Penales del D.F. al respecto de las condiciones que deben establecerse para que se pueda dar el arraigo domiciliario con la facultad de trasladarse al lugar del trabajo. Como se puede observar, dicho arraigo es, más que un perjuicio, un beneficio para el inculcado.

En relación al **Arraigo Judicial**, básicamente se presenta o se hace efectivo cuando es solicitado ante un Tribunal, por el Ministerio Público, por que existe temor de que el indiciado se sustraiga de la acción penal y aun no existen suficientes elementos para establecer la probable responsabilidad de la persona a la cual se esta inculcando, evitando con ello permanecer en reclusión por aun no ser necesario.

Aunque también a este tipo de arraigo se le ha llamado arraigo domiciliario, pues se priva de la libertad a una persona en *un lugar establecido por la autoridad* que en este caso es el Ministerio Público, pero previo permiso y conocimiento del órgano jurisdiccional para realizarlo.

¹⁵² SILVA SILVA, Jorge Alberto, Op. Cit., Pág. 528

En cuanto al **Arraigo de Testigos**, solamente procederá en los casos establecidos en el artículo 256 y 215 del Código de Procedimientos Penales Federal y Local respectivamente, estableciendo básicamente que cuando se tuviera que ausentar algún testigo que declare con respecto del delito, podrán concurrir cualquiera de las partes ante el juez para solicitarle que se arraigue al testigo el tiempo indispensable para que rinda su declaración. Pero si el arraigo no tuviera razón de existir, el arraigado podrá exigir que se le indemnice por los daños y perjuicios cometidos a su persona con motivo del arraigo al que fue sujeto indebidamente.

En cuanto a los sujetos que intervienen en la solicitud del arraigo, nos encontramos que: “Los sujetos que intervienen en el arraigo son necesariamente el Ministerio Público en su calidad de peticionario o solicitante del arraigo y el órgano jurisdiccional o juez en materia penal competente para conocer la procedencia de la cita solicitud, así como el indiciado o individuo que debe quedar arraigado una vez otorgada la medida. Los requisitos para solicitar y conceder el arraigo son señalados expresamente y se refieren a la existencia del riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia, esto en el ámbito federal, debiendo ser sometido a la vigilancia de la autoridad, durante el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales en caso de arraigo domiciliario y de sesenta días en el de la prohibición de abandonar demarcación geográfica.”¹⁵³

A pesar de que la figura del arraigo no esta contemplada en la ley fundamental, si se encuentra contemplada en las leyes secundarias, tal como lo esta en el Código Federal de Procedimientos Penales que en su art. 133 Bis menciona:

“ 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

¹⁵³ Ibidem, pág. 11

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

De igual forma lo establece el art. 270 Bis del Código de Procedimientos Penales para el D.F., que a la letra menciona:

“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 penales 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 ejercerá el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Ministerio Público.

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

En cuanto a la Delincuencia Organizada, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en su artículo 12 señala que el juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración

de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días , con el objeto de que el afectado participe en la declaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo del arraigo.

Por otro lado, la propia constitución menciona la restricción de la libertad pero en ciertos casos, tal y como se menciona en el artículo 14 constitucional donde aclara que para que un gobernado sea privado de su libertad, se requiere que medie el acto de privación, el procedimiento previo, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

Como esta disposición constitucional impide la privación provisional de la libertad, resulta entonces que las medidas de cautela consistentes en la privación provisional de la libertad, aparentemente resultan inconstitucionales

La excepción a lo dispuesto por el propio artículo 14 solo puede encontrarse en el texto de la propia constitución, y no en preceptos de orden secundario.

La base constitucional a la privación provisional de la libertad física de una persona la encontramos en el artículo 18 constitucional, cuando dispone que sólo por delito que merezca pena de carácter corporal habrá lugar a la “prisión preventiva.”

Esto significa que en los casos en que la pena que pudiera ser aplicable (en el caso de resultar triunfante la pretensión del sujeto activo del proceso) o sea, según la ley, de carácter “corporal”, será factible aplicar una medida de cautela restrictiva de la libertad física. Fuera de este caso, será inconstitucional toda medida cautelar que tienda a restringir preventivamente la libertad.

Cabe observar que la pauta establecida por nuestra Constitución para privar preventivamente de su libertad a una persona, no es universal. Existen otros sistemas que le conceden facultades al tribunal para resolver si debe o no imponerse la medida restrictiva de la libertad basándose principalmente en factores de peligrosidad social, más que en el tipo de sanciones por imponer.

Por otro lado, las medidas cautelares sirven para asegurar la buena marcha en el procedimiento. Ahora bien, “los instrumentos cautelares del sistema penal sirven a dos propósitos fundamentales: asegurar la presencia del inculpado, y por ende la ejecución de la sentencia, y preservar los intereses patrimoniales del ofendido.

Entre las medidas cautelares figura el arraigo, que implica una limitación al derecho público subjetivo de libre tránsito, reconocido por el artículo 11 constitucional.

En el enjuiciamiento civil, el arraigo se resuelve, a petición de parte, cuando existe temor de que se ausente u oculte la persona contra quien debe entablarse o se haya entablado una demanda; su propósito es impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar representante o apoderado que pueda intervenir en aquél y afrontar sus consecuencias. Esta caracterización del arraigo civil no es completamente aplicable al penal, puesto que en éste lo que interesa es que el inculpado comparezca ante su juez; es irrelevante que disponga de apoderado, en virtud de que muchos actos procesales penales son personalísimos, y desde luego la ejecución de la condena solo puede recaer sobre el inculpado y sus bienes.”¹⁵⁴

Pero como se vera más adelante en nuestro planteamiento del problema, la figura del arraigo no solo es una afectación con respecto del art. 19, sino también en el art. 11 y 16 constitucionales, ya que se transgrede una libertad personal y otro plazo instituido por la ley suprema.

Y es que, el arraigo si es una medida cautelar, ya que reviste las características generales de las medidas cautelares, “el arraigo es una especie de medida cautelar personal que puede tener lugar en la averiguación previa, para que el Procurador de Justicia o el agente del Ministerio Público realice alguna de sus funciones con la amplitud que amerite, sin hacer objeto al indiciado

¹⁵⁴ GARCÍA RAMIREZ, Sergio, Delincuencia Organizada, Ed. Porrúa, México 2005, pág. 177-178

de detenciones ilegales; y además, con la seguridad de que este no evadirá la acción de la justicia...”¹⁵⁵ Pero en ocasiones, como se puede observar, se le está dejando al arbitrio de la autoridad imponer esta medida sin que ello sea ilegal, dicha atribución es totalmente violatoria de garantías individuales.

“El arraigo domiciliario es más que una consideración; es una flagrante detención que contraviene los principios del procedimiento penal.”¹⁵⁶ Por eso surge el cuestionamiento en cuanto a que si la ley suprema establece ciertos plazos para que se resuelva la situación jurídica de una persona, porque el arraigo se va por otra vía excediéndose de estos plazos.

¹⁵⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, edición 18, Ed. Porrúa, México 1999, pág. 236

¹⁵⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Op. Cit., pág. 178

IV. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARRAIGO

4.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es importante antes de abordar el tema medular de la presente investigación establecer cual es la problemática en torno a la figura del arraigo, al no encontrarse regulado por nuestra máxima ley haciéndolo a todas luces inconstitucional, y para ello debemos comenzar diciendo que las limitaciones impuestas por el Estado a la libertad de las personas son medidas que adopta el poder público en beneficio de la colectividad, con el fin de asegurar la marcha normal del procedimiento inspirándose en el interés de que se llegue al conocimiento de la verdad, por medio de la investigación del delito, lo que no sería posible si el inculpado se sustrajese a la acción de la justicia.

Ahora bien, entre los medios de investigación con que cuenta el Ministerio Público en la averiguación previa para asegurar el éxito de la misma se encuentra el arraigo de la persona que se presume ha cometido un delito o participado en él, solicitando dicha medida a la autoridad judicial (a petición de parte) cuando exista temor de que se sustraiga a la acción de la justicia y frustre el éxito de la averiguación.

Dicho lo anterior es menester abundar en el conocimiento de la figura jurídica del arraigo, por lo que es necesario inicialmente expresar la definición en sentido amplio del arraigo:

“ARRAIGO I. (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 a la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte”...¹⁵⁷

En materia penal el arraigo tiene diverso tratamiento como se estableció en el capítulo tercero y derivado de la definición anterior, se infiere que es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpaado en la investigación previa o durante el proceso.

En el diccionario de derecho procesal penal se menciona que: “El arraigo en nuestro sistema procesal penal, 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. 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 las sentencias condenatorias de tal pena...”¹⁵⁸ asimismo de lo anterior inferimos que el Representante Social efectúa las medidas conducentes (solicitando la medida cautelar de arraigo como un medio de investigación) para estar en posibilidad de integrar el cuerpo del delito, la probable responsabilidad del inculpaado y así ejercitar la acción penal, evitando que éste se sustraiga a la acción de la justicia y se cumpla la finalidad de la función persecutoria.

El arraigo es una medida cautelar de carácter personal y también es una medida con la que cuenta el Ministerio Público así otorgada por la ley, según lo expresado por la fracción tercera del artículo 2º. del Código Federal de Procedimientos Penales que prevé: “Compete al ministerio público federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer en su caso, la acción penal ante los tribunales... III. Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan”.

¹⁵⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, 1989, Pág. 218

¹⁵⁸ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, 1997.

Podemos decir entonces que esta medida cautelar es una facultad que tiene el ministerio público, para efectos de su investigación, pero su fundamento legal deriva de las leyes adjetivas de la materia:

El Código Federal de Procedimientos Penales refiere:

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

El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, 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 Público y al afectado, si deben o no mantenerse.

“Artículo 205.- Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez, fundada y motivadamente, o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del máximo señalado en el artículo 133-bis o bien tratándose de la averiguación previa o bien en el proceso por el término constitucional en que este deba resolverse.”

En tanto el Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal menciona:

Artículo 270Bis. *Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Ministerio Público.*

El Juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.

“Artículo 271. *....En las averiguaciones previas por delitos que sean de la competencia de los juzgados de paz en materia penal o siendo de los juzgados penales cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión el probable responsable no será privado de su libertad en los lugares ordinarios de detención y podrá quedar arraigado en su domicilio, con la facultad de trasladarse al lugar de su trabajo, si concurrieren las circunstancias siguientes:*

- I. Proteste presentarse ante el Ministerio Público que tramite la averiguación, cuando éste lo disponga;*
- II. No existan datos de que pretenda sustraerse a la acción de la justicia;*
- III. Realice convenio con el ofendido o sus causahabientes, ante el Ministerio Público de la forma en que reparará el daño causado, en su caso, cuando no se convenga sobre el monto, el Ministerio Público con base en una estimación de los daños causados, en la inspección ministerial que practique, en las versiones de los sujetos relacionados con los hechos y en los demás elementos de prueba de que disponga, determinará dicho monto;*

- IV. *Que tratándose de delitos por imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, el presunto responsable no hubiese abandonado al lesionado, ni participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas;*
- V. *Que alguna persona, a criterio del agente investigador del Ministerio Público, fundado en los datos que recabe al respecto, se comprometa, bajo protesta, a presentar al probable responsable cuando así se resuelva;*
- VI. *En caso de que el indiciado o la persona a quien se refiere la fracción anterior, desobedecieren sin justa causa las órdenes que dicte el Ministerio Público, se revocará el arraigo y la averiguación previa será consignada en su caso, solicitando al juez competente la orden de aprehensión o de comparecencia en su contra, según corresponda; y*
- VII. *El arraigo no podrá prolongarse por más de tres días transcurridos éstos el arraigado podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de que el Ministerio Público, si así procediese, consigne la averiguación y solicite la orden mencionada.”*

Conforme a las disposiciones transcritas se observa que son dos las modalidades del arraigo: 1) El arraigo domiciliario, y 2) El arraigo en una demarcación geográfica. Por lo que hace a los sujetos que intervienen en el arraigo son necesariamente: el Ministerio Público en su calidad de peticionario o solicitante del arraigo y el órgano jurisdiccional o juez en materia penal competente para conocer la procedencia de la citada solicitud, así como el indiciado o individuo que debe quedar arraigado una vez otorgada al medida. En lo que respecta al término establecido se establece en ambos casos que será por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, no debiendo exceder de treinta días prorrogables por otros treinta días (aquí debe especificarse si dicho tiempo deberá computarse para efectos de la pena).

Por otra parte, una vez que fue sido regulada la figura del arraigo en las leyes procesales, se ha establecido que ésta figura jurídica es una medida

cautelar de carácter personal, que sin duda fue discutida y resuelta en su momento, al existir criterios opuestos en el sentido de que para unos afectaba la libertad personal, mientras que para otros consistía en una violación a la libertad de tránsito. Tal controversia se presentó por la contradicción de tesis producida entre diversos Tribunales Colegiados de Circuito en recurso de queja de juicios de amparo en materia penal, y que fueron sustentados por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito quien sustentó cinco tesis derivadas de sentencias ejecutorias, que integraron la jurisprudencia estableciendo que la orden de arraigo no afecta la libertad personal a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino solo la libertad de tránsito y por ello no procede la suspensión en términos de la ley referida; contrario a esta tesis el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito determinaron que la orden de arraigo sí afectaba la libertad personal y de tránsito, y por ello sí procedía la suspensión en el juicio de amparo.

Al denunciarse la contradicción de tesis ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Primera Sala declaró procedente la denuncia de contradicción de tesis, resolviendo por lo que respecta al arraigo domiciliario, previsto en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, sobre si afecta o no la libertad personal, así como la procedencia o improcedencia de la suspensión provisional del arraigo, “absteniéndose de resolver sobre la constitucionalidad del precepto adjetivo citado toda vez que no era tema de contradicción”; asimismo el Máximo Tribunal Constitucional concluyó que el arraigo domiciliario afecta la libertad personal por lo podía ser susceptible de suspensión de amparo.

Así quedó demostrado que el arraigo en su modalidad de arraigo domiciliario es un acto que afecta la libertad personal de los indiciados, restricción de la libertad que es contrario a lo consagrado por nuestra Carta Magna, ya que ésta refiere en su Artículo Primero que: “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”. Por lo que todo acto que restrinja la garantía de libertad personal tendrá que estar previsto de forma expresa en la propia constitución, debiendo además los actos restrictivos cumplir con las exigencias de los artículos constitucionales 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22 y 23.

Ahora bien, el arraigo no implica una violación a la garantía de audiencia, establecida en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, toda vez que es una medida cautelar de carácter personal que no priva al sujeto de su libertad sólo la restringe, así lo confirma lo resuelto por la Suprema Corte al establecer en esencia en una de sus jurisprudencias que: la garantía de previa audiencia establecida en el párrafo segundo del artículo 14 constitucional únicamente rige respecto de los actos privativos, entendiéndose por éstos los que en si mismos persiguen la privación, cuyos efectos son definitivos y no provisionales, refiriendo que las medidas cautelares constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan por ser accesorias y sumarias, por lo que tales medidas al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo, constituye un instrumento no solo de otra resolución, sino también provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica, por lo que debe considerarse que la emisión de tales providencias no constituye un acto privativo pues sus efectos provisionales, quedan sujetos al resultado jurisdiccional en el que se dicte.

Por lo que respecta al artículo 16, párrafo I de nuestra Máxima Ley, éste expresa que “nadie puede ser molestado en su persona familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”; podría de aquí interpretarse que el arraigo es constitucional por haber sido ordenado a través de un mandamiento escrito, en el cual el otorgamiento y autorización del arraigo proviene de una autoridad competente (que funda y motiva la causa del procedimiento), así se prevé en el artículo 133 bis y 205 del Código Federal de Procedimientos Penales y para el caso del distrito federal se prevé en el artículo 270 bis y 271 del Código Adjetivo de la materia.

Sin embargo, la propia constitución Federal, en los párrafos posteriores protege al ciudadano precisando la forma en que la libertad personal puede ser restringida, refiriéndose a la orden de aprehensión, o a los supuestos de flagrancia o caso urgente, estableciendo que para estos dos últimos casos que el indiciado no podrá ser retenido por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a la disposición de la autoridad judicial, asimismo dicho plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada. Debemos mencionar que este es el lugar idóneo para que se estableciera un párrafo que aludiera a la medida cautelar del arraigo, toda vez que en este precepto se regulan de manera expresa las garantías específicas seguridad jurídica en materia penal y además se evitaría alguna contradicción entre los plazos que se establecen para la retención y para la figura del arraigo.

Luego entonces existe una discrepancia en relación a los plazos previstos para la aplicación del arraigo y los plazos que la Constitución Federal autoriza en forma general para la detención de un individuo por parte de las autoridades competentes, siendo que éstos últimos son los siguientes:

a) artículo 16 constitucional: en la orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, se deberá poner al inculpado a disposición del juez, “sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad”;

b) en el mismo artículo para el caso de: delito flagrante refiere que, quien detenga al indiciado deberá ponerlo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta con la misma prontitud a la del Ministerio Público;

c) en el mismo precepto tratándose de caso urgente, en delitos graves, ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un juez, por razón de la hora, lugar y circunstancia, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad;

En estos dos supuestos la Representación Social podrá retener a los indiciados por un plazo de 48 horas (o en su caso duplicará el plazo tratándose de

delincuencia organizada) para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial o decretarle la libertad.

d) en el artículo 19 constitucional el Auto de formal prisión dictado por el juez de la causa, deberá realizarse dentro de plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición;

Atento a lo anterior, en los citados casos de restricción de la libertad personal se prevén plazos distintos y momentáneos, que generalmente se computan en horas, para que el inculpado sea puesto a disposición inmediata del órgano jurisdiccional de la causa y éste determine su situación jurídica, o bien tratándose del auto de formal prisión para determinar la prisión preventiva del indiciado.

A mayor abundamiento tenemos que “tal violación constitucional deriva de que cuando fue creado el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en 1983, el artículo 16 constitucional no establecía plazo alguno para la detención de inculpados durante la averiguación previa, esto es, no existía el citado párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, que no fue adicionado hasta 1993, estableciendo un plazo máximo de 48 horas para la retención; es decir, este párrafo séptimo se añadió 10 años después de haber entrado en vigor el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

“Es importante actualizar la legislación que versa sobre la materia penal federal, para ajustarla al texto vigente del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que el artículo 133 Bis viola expresamente el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, al haber permanecido su texto original –de 1983– indicante de que el arraigo domiciliario puede prolongarse hasta por 30 días naturales, pasando por alto la adición –de 1993– al artículo 16 constitucional respecto a su párrafo séptimo, ordenando que “ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta

y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial".¹⁵⁹

Ninguna duda cabe de que esta incongruencia ha convertido el arraigo en un abuso de autoridad, que vulnera flagrantemente las garantías individuales que, en tal sentido, otorga el artículo 16 constitucional.

Asimismo tal violación transgrede también el artículo 133 constitucional, mismo en el cual se prevé el Principio de **supremacía constitucional** y jerarquía normativa, que a la letra dice "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 República, con aprobación del Senado, serán Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados." Podemos observar entonces que aquello que establezcan las leyes secundarias (y para el presente caso las leyes adjetivas en materia penal en sus ámbitos federal y local), debe ser acorde a lo que la Constitución como ley suprema establezca, derivado de lo anterior la figura del arraigo prevista actualmente en el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal violan expresamente el principio de supremacía, al establecer la figura del arraigo sin que ella este amparada constitucionalmente, por lo que dichas leyes adjetivas van mas allá de lo que nuestra máxima ley establece.

Por lo antes expuesto se establece:

Que el arraigo es una medida cautelar de carácter personal que tiene su fundamento en las diversas leyes Adjetivas en materia penal,(de la cual debemos recordar la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirma que dicha medida afecta la libertad de transito y la libertad personal), y que requiere de una reforma para elevar a rango constitucional la figura del arraigo como medida cautelar,

¹⁵⁹ Iniciativa de Proyecto para reformar el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, presentado por la diputada Arely Madrid Tovilla, del grupo parlamentario del PRI, de la LX Legislatura del Congreso de la Unión

considerando las suscritas que dicha figura jurídica debería reglamentarse de manera expresa en el artículo 16 constitucional, toda vez que ahí se expresan la garantías específicas en materia penal y la formas legales de privación de la libertad; y una vez incorporada la misma consideramos que no podría surgir controversia constitucional alguna argumentándose una violación a la libertad de tránsito prevista en el artículo 11 constitucional, toda vez que debemos recordar que esta garantía constitucional es carácter general, a contrario sensu de las garantías específicas previstas en el artículo 16 de la misma ley federal.

4.2.- DE LAS FORMAS LEGALES DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN AVERIGUACION PREVIA

Como bien se había mencionado anteriormente las limitaciones impuestas por el Estado a la libertad de las personas son medidas que adopta en beneficio de la colectividad, con el propósito de asegurar el procedimiento inspirándose en el interés de que se llegue al conocimiento de la verdad, por medio de la investigación del delito, lo que no sería posible si el inculpado se sustrajese a la acción de la justicia.

“Las limitaciones a la libertad personal pueden provenir de mandatos de la autoridad judicial o de la autoridad administrativa. Las primeras son consecuencia de un procedimiento criminal en que la ley autorice la detención de la persona a quien se impute la comisión de un delito o bien puede suceder que se trate de arrestos impuestos como medidas de apremio, dictados por las autoridades del orden civil o del orden penal, con el objeto de que se cumplan sus determinaciones. En cuanto a las segundas según el artículo 21 de la Constitución Política de la República, la autoridad administrativa puede imponer arrestos hasta por treinta y seis horas o sanciones pecuniarias, y en el caso de que éstas no se paguen por el infractor, se permutarán por arresto que no podrá exceder de treinta y seis horas.”¹⁶⁰

¹⁶⁰ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, “Derecho Procesal Penal Mexicano”, Edit. Porrúa, Pág. 110

Derivado de lo anterior se desprende que esas limitaciones que tiene la autoridad son de dos tipos, sin embargo en nuestro ordenamiento jurídico se pueden observar diversos términos que pudieran parecer sinónimos pero que sin embargo tienen diferentes significados, la privación y la restricción de la libertad, dichos términos debemos discernirlos correctamente ya que son fundamentales para este tema. Por lo que hace a la restricción de la libertad, el Código penal establece sanciones alternativas para determinados delitos (ejemplo las lesiones levisimas, fraude cuando no exceda de 50 veces el salario mínimo, etc); quiere decir que a las personas a quienes se impute la comisión de estos delitos, no debe privárseles de su libertad, en el sentido de proceder al aseguramiento de su persona; sin embargo, para que el proceso siga su marcha regular, deben quedar arraigadas en el lugar de juicio, de donde no podrán ausentarse porque están obligadas a comparecer ante las autoridades judiciales cuantas veces sean necesarias. Esto constituye en si una restricción a su libertad durante la secuela del procedimiento. Otra forma de restricción de la libertad, es la que se impone a los testigos que están obligados a comparecer ante las autoridades judiciales, sea de manera espontánea o por requerimiento, cuando se reclame su presencia y puedan dar alguna luz en la investigación.”¹⁶¹ Ahora bien no debemos olvidar que: Restringir significa limitar, coartar en condiciones mínimas la libertad humana, esta es la acepción que tiene el término en el Diccionario de la Lengua Castellana. Por lo que a la privación de la libertad corresponde el mismo diccionario menciona que; privar quiere decir despojar, quitar a una persona laguna cosa o derecho que poseía; “es un estado de aseguramiento de la persona para que sufra el arresto impuesto o para cumplir con determinadas finalidades procesales. La detención de una persona decretada por la autoridad administrativa en el procedimiento criminal, no puede exceder de cuarenta y ocho horas la autoridad que la mantenga esta obligada a restituirla en su libertad o a consignarla a las autoridades competentes.”¹⁶² Asimismo Juan José González Bustamante refiere que en el caso de la privación de la libertad que se impone a una persona a quien se presume responsable de un delito, debe ser resultado de un mandamiento fundado y escrito, que emane de la autoridad judicial competente, agregando también que dicho acto procede cuando el delito

¹⁶¹ Idem.

¹⁶² Ibidem, pág. 112

imputado a la persona merece sanción corporal. Una vez explicado lo anterior deducimos que si bien es cierto que en la restricción tenemos una limitación a la libertad personal ésta carece del mismo alcance y de las mismas consecuencias que la privación de la libertad.

Actualmente en el lenguaje común se usen indistintamente, los términos “arresto”, “detención”, “aprehensión”, “prisión”, etc, sin embargo debemos distinguirlos ya que en la practica se confunden.”

Por su parte el maestro Manuel Rivera Silva considera que: “Arresto es la privación de la libertad, como consecuencia de un mandato de autoridad administrativa, mandato que se establece en el artículo 21 constitucional; detención es el estado de privación de libertad en que se encuentra una persona cuando ha sido depositada en una cárcel, o prisión pública, y otra localidad, que preste la seguridad necesaria para que no se evada; y la prisión preventiva se refiere al estado de privación de la libertad que guarda una persona contra la que se ha ejercitado acción penal.”¹⁶³ “La detención es el estado de privación de libertad que sufre una persona por virtud de un mandamiento judicial; dicho mandamiento de detención sólo la autoridad judicial puede expedirlo siempre que lo solicite el Ministerio Público, ya que éste presupone que a alguien se le atribuye la comisión de un delito y que se han satisfechos los presupuestos generales, que señala el artículo 16 Constitucional o bien que esté satisfecho algún requisito previo, como sería la orden de detención.”¹⁶⁴ “Aprender viene del latín *prehencia*, que denota la actividad de coger, de asir; en términos generales se debe entender por aprehensión el acto material de apoderarse de una persona privándola de su libertad; y por último la prisión preventiva se refiere al estado de privación de la libertad que guarda una persona contra la que se ha ejercitado acción penal.”¹⁶⁵

¹⁶³ RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal, Edit. Porrúa, Pág. 135

¹⁶⁴ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Op. Cit., Pág. 113, 114

¹⁶⁵ RIVERA SILVA, Manuel, Op. Cit., Pág. 135

Tenemos entonces que dentro de las formas de privación de la libertad existen diversos conceptos, sin embargo para efectos de la presente investigación solo estudiaremos los más relevantes.

El maestro Jorge Alberto Silva Silva refiere que “como medios de detención se enuncian los siguientes: orden de aprehensión, flagrancia y caso urgente; y el único caso de prisión preventiva, tenemos al auto de formal prisión, también llamado de reclusión preventiva”,¹⁶⁶ siguiendo esta línea entraremos al estudio concreto de dichos conceptos.

Iniciaremos explicando en primer lugar lo que corresponde a la orden de aprehensión y a la prisión preventiva, ya que respecto de la presente investigación tienen menos relevancia.

ORDEN DE APREHENSION

“El vocablo aprehensión deriva de prehendo, prehenderé, prendí, que significa tomar, asir, coger. En el caso del procesado penal, consiste en asir a una persona aun contra su voluntad, y llevarla ante el tribunal que la reclama.

“La orden de aprehensión es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implican (asegurar eventual condena, presencia la proceso, impedir destruya pruebas, etc.).”¹⁶⁷

Por su parte el maestro Juan José González Bustamante menciona que la aprehensión es “el acto material que ejecuta la Policía Judicial encargada de cumplir los mandamiento judiciales y que consiste en asegurar o prender a un persona, poniéndola bajo su custodia con fines preventivos, conforme lo amerite

¹⁶⁶ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Op. Cit., Pág. 497

¹⁶⁷ Ibidem., Pág. 498

la naturaleza del proceso. La aprehensión consisten en la acción de apoderarse de un apersona; de asegurarla para prevenir su fuga.”¹⁶⁸

“Entre sus requisitos encontramos los siguientes: a) que el delito que se califique con los hechos en que se basa el ejercicio de la acción, se encuentre sancionado abstractamente en la ley penal, con pena privativa de la libertad o con penas corporales; b) que sólo el tribunal la puede ordenar, no pudiendo por tanto dictar tal resolución ningún otro tipo de autoridades, pues formal y materialmente sólo la autoridad judicial es la competente.

“Los estudiosos se detienen a diferenciar la orden de aprehensión de la orden de detención. Así se considera aprehensión el acto mismo de la captura, el hecho real de apoderamiento, en tanto que la detención es un estado que casi siempre sigue a la aprehensión. Se trata de un estado de custodia, bajo privación de la libertad. Cabe advertir que no siempre después de la aprehensión se da la detención; como lo es en el caso de la orden de citación o de comparecencia.”¹⁶⁹

FORMAL PRISION O RECLUSION PREVENTIVA

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

La orden de detención preventiva participa de la misma naturaleza que la prisión preventiva. Ambas implican la medida cautelar restrictiva de la libertad. La detención es una medida provisional, pero más provisional en el tiempo que la prisión preventiva, a la que sin extremo cuidado en el lenguaje se le podría llamar “prisión definitiva, pero dentro de la preventiva”, lo cual revela un contrasentido, pero que sin duda alguna resulta pintoresca e ilustrativa.

¹⁶⁸ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Op. Cit., Pág. 113, 114

¹⁶⁹ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. Cit., Pág. 498 y 500

La gran mayoría de las definiciones dada por los estudiosos del proceso en México en torno a la “formal prisión”, están orientadas al procesamiento y no a la medida cautelar, pues ni siquiera hacen alusión a uno de los requisitos principales, como es el tipo de sanción que potencialmente ha de garantizarse, es decir, la pena corporal.

Ahora bien el fundamento de esta figura lo encontramos en el artículo 19 constitucional al referir que:

“Artículo 19. 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 expresarán: 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.....”

Después de mencionar estas figuras es momento ahora de entrar al estudio concreto de los siguientes casos de restricción de la libertad.

4.2.1 FLAGRANCIA.

“El mandamiento de detención por ser un acto esencialmente jurisdiccional, sólo puede emanar de la autoridad judicial expresamente facultada por la ley y que, además, disfrute de jurisdicción y de competencia; sin embargo en el Constituyente de 1917, a través del Diputado Jara, se hizo notar que hay casos en que no es posible obtener a toda hora y en cualquier lugar o situación la orden judicial para detener a una persona que, cometido el delito propende a ocultarse, si se esperara a tener la orden judicial, el presunto responsable se escaparía y quedaría insatisfecha la necesidad social de perseguir al delincuente. Así se explica que desde el Constituyente de 1857, se hubiese consignado en el artículo 16, que toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices,

en casos de delitos *in fraganti*, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.”¹⁷⁰

Tenemos entonces que nuestro texto constitucional establece como regla general que sólo mediante orden de aprehensión preveniente de la autoridad judicial se aplicara la medida cautelar restrictiva de la libertad, pero dentro de las reglas específicas, que derogan a la citada general, nos encontrábamos que también el propio texto constitucional indica como excepción, los casos de delito flagrante.

El término flagrancia “proviene de *flagrantia*, *flagrantiae*, cuyo significado es arder, brilla, estar flamante, incandescente, y que metafóricamente al pasar al derecho y aplicarse al delito, significa delito resplandeciente, o actualidad del delito.

“El arresto de flagrancia apunta Manzini es el acto con el que una persona es sorprendida mientras está cometiendo un delito o en un estado declarado equivalente por la ley, la priva provisionalmente de su libertad persona un sujeto autorizado, para ponerla a disposición de esa misma autoridad.”¹⁷¹

La flagrancia es uno de los requisitos que aunado a la potencial “pena corporal”, puede dar lugar a la ejecución de una medida cautelar restrictiva de la libertad personal; y además resulta importante en nuestro sistema porque puede dar lugar a la detención sin orden de aprehensión de autoridad judicial.

Por otra parte existen tres tipos de flagrancia, no solo en la ley sino también en la doctrina, esta clasificación atiende al grado de alejamiento de la conducta delictuosa:

- a) Flagrancia estricta.
- b) Cuasiflagrancia
- c) Presunción de flagrancia.

¹⁷⁰ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Op. Cit., Pág. 117

¹⁷¹ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. Cit., Pág. 502

FLAGRANCIA ESTRICTA

“Hay flagrancia estricta cuando el sujeto detenido es sorprendido en el momento mismo de estar ejecutando o consumando la conducta delictiva. Su concepto se encuentra vinculado con las fases consumativas o ejecutiva de un delito: es decir, en el iter criminis. Mazini hace incidir la flagrancia al momento de estarse cometiendo el delito.”¹⁷²

Por su parte el maestro Bustamante menciona que “según Estriceh, delito flagrante es aquel que se ha cometido públicamente y en que el perpetrador ha sido visto por muchos testigos, al mismo tiempo en que lo consumaba. Se entiende que un delincuente es cogido en flagrante delito cuando se le sorprende en el momento de estarlo cometiendo in ipsa perpetratione facinoris.”¹⁷³ De ahí que Emilio Reus refería que la facultad concedida a cualquier persona para detener al delincuente que era sorprendido en flagrante delito, respondía a la exigencia de la opinión pública y a la necesidad social, facilitando así el pronto castigo del culpable que había sido sorprendido in fraganti.

Nuestra máxima ley establece en su artículo 16 constitucional el fundamento legal de la flagrancia al referir en su párrafo cuarto que:

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

Si bien la Constitución Mexicana no define que es delito flagrante, las leyes adjetivas penales vigentes define en amplio sentido lo que se deben entender por flagrancia, así entonces el Código Penal Federal refiere que:

“Artículo 193.- Se entiende que existe flagrancia cuando:

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

¹⁷² Ibidem, Pág. 503

¹⁷³ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Op. Cit., Pág. 118

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

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

Respecto al texto del artículo 193, se desprende que la ley no hace distinción sobre diversos tipos de flagrancia, únicamente refiere en sentido amplio lo que debe entenderse por flagrancia.

Asimismo el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal menciona que:

“Artículo 267: Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito.

Se equiparará la existencia de delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito”

Derivado del texto anterior podemos observar la ley expresa dos tipos de flagrancia: la primera se desprende del primer párrafo del artículo 267 cuando menciona que refiere “existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito”, hablamos aquí de flagrancia en estricto sentido, sin embargo se agrega lo que la doctrina llama cuasiflagrancia; el segundo tipo de flagrancia previsto en la ley es el de la flagrancia equiparada y que se deduce del segundo párrafo del mismo artículo del cual se deduce que los requisitos para que se exista la flagrancia equiparada son: que la persona sea señalada como responsable por la víctima, que se encuentren en su poder el objeto o instrumento del delito, que aparezcan huellas o indicios que presuman su participación, que se trate de delito grave, y no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos.

4.2.2 CUASIFLAGRANCIA

Si bien hemos referido que la doctrina hace una clasificación de tres tipos de flagrancia, ahora es momentos de hablar de aquello que se denomina cuasiflagrancia y que en la ley penal vigente no se define, pero el supuesto de este tipo de flagrancia se encuentra inmerso en la flagrancia estricta.

Comenzaremos ahora por definir lo que se entiende por cuasiflagrancia, y respecto de esta el maestro Jorge Alberto Silva Silva refiere: “Bajo la cuasiflagrancia, una persona podrá ser detenida aún después de que ejecutó o consumó la conducta delictiva, pero siempre y cuando no se le haya perdido de vista ya aún haya sido perseguida desde la realización del hecho delictuoso.

“Aunque ya ha pasado la consumación, aparece la otra especie de flagrancia. Decía Julio Acero, cuando “no deje de prevalecer siempre como exigencia principal, la racional proximidad del tiempo de la ejecución del delito,

para que se considere que su impresión subsiste íntegra y clara como tema de estricta actualidad.”¹⁷⁴

En el mismo sentido el maestro Bustamante refiere que “el delito cuasiflagrante es aquel en que el agente del delito, después de haberlo cometido, huye y es perseguido materialmente, siempre que la persecución dure y no se suspendiere mientras el responsable no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen.”¹⁷⁵

En este tipo de flagrancia el maestro Manuel Rivera Silva hace un atinado comentario acerca de los alcances que tiene “el después” que se menciona en la explicación de lo que se considera cuasiflagrancia y al respecto dice: “Si después indica posterioridad en tiempo, podría decirse que en la cuasiflagrancia que se examina queda cualquiera etapa temporal posterior al delito, mas esta interpretación no es correcta, ya que con ello llegaría a ser inoperante la garantía consignada en el artículo 16 constitucional. En otras palabras, si se pudiera aprehender sin orden judicial después del delito, no hubiera sido necesario que el legislador constitucional señalara requisitos para aprehender a un infractor. En este orden de ideas, cabe determinar que “el después”, consignado en la ley, se inicia en los momentos inmediatos posteriores a la consumación del delito, en los que la actividad de persecución se vincula directamente al delito que se acaba de cometer. Así el después resulta operante para el delito que se acaba de cometer.”¹⁷⁶

Si bien es cierto que las leyes penales no refieren expresamente la denominación de cuasiflagrancia, si establecen en sus leyes adjetivas penales tanto del ámbito federal como del local, el supuesto que abarca la cuasiflagrancia tal y como la doctrina lo menciona, aunque para la ley sigue siendo flagrancia en estricto sentido.

¹⁷⁴ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. Cit., Pág. 504

¹⁷⁵ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Op. Cit., pág. 118

¹⁷⁶ RIVERA SILVA, Manuel., Op. Cit., Pág. 146

- **PRESUNCION DE FLAGRANCIA**

Es momento ahora de hacer alusión al tercer tipo de flagrancia que la doctrina establece y que también la ley prevé denominándola en ambos casos flagrancia equiparada.

Este tipo de flagrancia la doctrina la ha denominado de diferentes formas, tales como: flagrancia equiparada, flagrancia registrada o presunción de flagrancia.

“El delito flagrante presuntivo se funda en razones de conveniencia, ante la imposibilidad de obtener que la autoridad judicial expida el mandamiento de captura. En casos notorios en que no es posible contar inmediatamente con la orden judicial para la detención del responsable, sea por razón de la hora o del lugar en que se ah perpetrado el delito y antes el peligro de que el delincuente se fugue u oculte, la autoridad administrativa debe proceder a su aseguramiento preventivo, consignándole en un término breve a la autoridad competente.”¹⁷⁷

“En la presunción de flagrancia, el individuo ni ha sido prendido al ejecutar o consumir el delito, y tampoco ha sido perseguido luego de cometido. Aquí, sólo existen datos que hacen factible pensar que ese sujeto fue el autor. El encontrarle en su poder la cosa robada, o el arma ensangrentada, implica una presunción de flagrancia.”¹⁷⁸

Por lo que a la ley se refiere, ésta menciona que:

Respecto del Código Federal de Procedimientos Penales éste refiere de manera general lo que debe entenderse por flagrancia sin hacer distinción de los diversos tipos a los que la doctrina alude, sin embargo de la transcripción siguiente artículo se puede observar que en la fracción III se habla del supuesto de la

¹⁷⁷ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Op. Cit., Pág. 119

¹⁷⁸ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Op. Cit., Pág. 504

flagrancia registrada, aun cuando no se le denomine expresamente con ese nombre:

“Artículo 193.- Se entiende que existe flagrancia cuando:

- I. El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;
- II. Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente, o
- III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.”

En el Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal:

“Artículo 267: ... Se equiparará la existencia de delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.”

4.2.4 CASO URGENTE

Por lo que al otro caso de excepción a la regla, según la cual solo el tribunal puede ordenar la detención preventiva, es el que nuestros estudiosos denominan caso urgente.

Nuestra máxima ley establece en su artículo 16 constitucional que:

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

“El maestro Manuel Rivera Silva refiere “se puede aprehender sin orden judicial cuando tratándose de un delito grave y existiendo riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia (caso de urgencia), “que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias (artículo 268 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal.)”¹⁷⁹

Por lo que a las leyes adjetivas penales vigentes tanto en el orden federal como local establecen de manera clara el supuesto del caso urgente y al respecto mencionan:

Código Federal de Procedimientos Penales “Artículo 193 bis.- En casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten:

- a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en el artículo siguiente;

¹⁷⁹ RIVERA SILVA , Manuel, Op. Cit., Pág. 147

- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y
- d) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad.”

En el mismo sentido se establece en Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal que:

“Artículo 268.- Habrá caso urgente cuando concurren las siguientes circunstancias:

- I. Se trate de delito grave, así calificado por la ley; y
- II. Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y
- III. El Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.”

Existirá el riesgo fundado a que se refiere la fracción II anterior, en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho o, en general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia.

El Ministerio Público ordenará la detención en caso urgente, por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en las fracciones anteriores.

Salvo que el individuo se encuentre en presencia del Ministerio Público, las demás detenciones serán ejecutadas por la Policía Judicial, la que deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público.

Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en el párrafo anterior, también se considerará delito grave si el término medio aritmético de las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el delito excede de cinco años.

Para calcular el término medio aritmético de la pena prisión se tomarán en consideración las circunstancias modificativas de la penalidad del delito de que se trate.

Cuando se señalen penas en proporción a las previstas para el delito doloso consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimos y máximo de la pena prevista para aquél.”

Estos tipos de restricción de libertad son de gran importancia ya que son las formas legales que nuestra máxima ley establece para detener a una persona, y una vez que la propia constitución regula estas formas de detención también establece los plazos con que cuenta la autoridad correspondiente para tener detenida a una persona por caer en uno de los supuestos de restricción a la libertad, asimismo podemos observar que nuestra propia constitución federal no

incluye en sus formas restrictivas de la libertad supuesto alguno relativo a la figura del arraigo, deduciendo que el fundamento legal de dicha figura no tiene sustento constitucional, haciéndolo inmediatamente inconstitucional.

4.3.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARRAIGO POR REBASAR LOS EXTEREMOS DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.

Este tópico es sin duda alguna es el clímax de nuestra exposición, por lo que iniciaremos mencionando todo lo relativo a la medida cautelar del arraigo, desde su origen a la vida jurídica y su evolución dentro de nuestro sistema jurídico (cabe aclarar que para tal investigación ha sido necesaria el análisis tanto de la norma procesal penal federal como la local, específicamente la del distrito federal) posteriormente haremos un análisis sobre las normas constitucionales que esta medida cautelar violenta con su aplicación (siendo la de mayor relevancia para la presente investigación la prevista en el artículo 16 constitucional), haciéndola a todas luces inconstitucional.

“El arraigo fue introducido en las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales y al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, promulgadas en diciembre de 1983, como una innovación respecto de la regulación de las medidas precautorias en los textos anteriores, en los que únicamente se establecía la libertad caucional previa o administrativa, esto es, durante el período de investigación, entratándose de delitos imprudenciales ocasionados por el tránsito de vehículos, o bien la libertad caucional de carácter judicial, una vez iniciado el proceso penal, en los supuestos de la prisión preventiva.

En las reformas de 1983 se ampliaron las hipótesis de la libertad previa administrativa mencionada con anterioridad, a todos los supuestos de delitos no intencionales, y no exclusivamente tratándose de los producidos por el tránsito de vehículos (artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 135 del Código Federal de Procedimientos Penales).

De manera congruente con la liberalización de las medidas de aseguramiento del inculpado tratándose de delitos imprudenciales o bien en aquellos en los cuales sólo pueda imponerse pena alternativa o no privativa de libertad, se creó el arraigo 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.”¹⁸⁰

Al respecto consideramos importante señalar en primer lugar la Exposición de Motivos que dio origen al decreto por el cual se creó el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales:

“Es evidente que en el curso de una averiguación previa pueden aparecer, y de hecho aparecen situaciones que requieren la *adopción de medidas cautelares, de carácter personal o patrimonial, tendientes a asegurar la debida marcha de la averiguación*, y en su caso y oportunidad a conservar la materia sobre la que habrá de pronunciarse el juzgador, previo ejercicio de la acción penal. Ocurre en ocasiones, con grave frustración para los fines de la justicia recta de la ciudadanía, que los responsables de un ilícito se sustraen fácilmente a la acción legítima de las autoridades, u ocultan o disponen de los bienes sobre los que, en su caso, deberá hacerse efectiva la reparación del daño. Actualmente la autoridad investigadora carece de atribuciones suficientes para enfrentar adecuada y legalmente estos problemas. --- Por lo que toca al aseguramiento personal del presunto responsable, fuera de los casos a que se refiere el artículo 16 de la Constitución, existe la expresa limitante prevista por el artículo 11 de la misma Ley fundamental, en el sentido de que el ejercicio del derecho de tránsito está subordinado únicamente a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad civil y criminal. Consecuentemente *el Ministerio Público no puede disponer por sí mismo*, pese a ser con frecuencia notoriamente indispensable, *el arraigo de personas contra las cuales se sigue una averiguación*

¹⁸⁰ Revista Mexicana de Justicia. “Los Nuevos Desafíos de la PGR”. Sexta Época, Número 6, PGR, México Año 2003, Página 47 y 48

previa. Es por ello que se propone a través de un artículo 133 bis, que el Ministerio Público pueda recurrir a la autoridad judicial, cuando este practicando una averiguación previa, antes del ejercicio de la acción penal y precisamente para que éste sea posible, a efecto de requerir fundada y motivadamente que dicha autoridad, al amparo del artículo 11 constitucional y observando el derecho de audiencia del indiciado, disponga el arraigo de éste, que se prolongará solo por el tiempo estrictamente indispensable, y siempre bajo el control del juzgador para la integración de la averiguación previa. Igual orientación, tomando en cuenta además las necesarias garantías al inculpado para que el arraigo no se prolongue indebidamente, se encuentra en la propuesta de reforma del artículo 205.”

De lo anterior resulta interesante que el legislador dotó al Ministerio Público, bajo el amparo que tiene éste de adoptar medidas de cautela de carácter personal, durante la integración de una indagatoria, de la facultad de solicitar el arraigo al Órgano Jurisdiccional, para evitar así que los o el probable responsable de un ilícito se sustrajeran a la acción de la justicia, haciendo además hincapié que dicha hipótesis debía llevarse acabo bajo el derecho de audiencia para no dejar en estado de indefensión al arraigado.

Así el artículo 133 bis apareció en las reformas del año 1983 en el Código Procesal Federal, dando origen a la medida cautelar del arraigo, y que a la letra decía:

“Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hechos imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. *El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días prorrogables por igual término a petición del Ministerio Público.* El Juez resolverá escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.”

Posteriormente a dicho artículo 133 bis, le siguió una reforma en 1993, quedando casi igual, salvo lo siguiente: *se señala un lugar fijo para el arraigo, es decir, éste será domiciliario y por un tiempo de treinta días no prorrogables*, la audiencia que tenía el indiciado desapareció, quedando la figura del arraigo como una verdadera medida de cautela.

Asimismo mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de Febrero del año 1999, el artículo 133 bis de la ley adjetiva federal, fue reformado agregando que el arraigo no solo sería domiciliario sino también territorial, estableciendo además los plazos para la aplicación de estas dos modalidades de arraigo, por otra parte se modificó el artículo 205 de la misma ley agregando que la medida cautelar de arraigo procede en y durante el proceso; quedando tal y como se encuentra actualmente en la ley procesal y que a la letra dice:

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

El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, 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 Público y al afectado, si deben o no mantenerse.”

Se ratifica con el presente artículo la facultad que tiene el Ministerio Público de solicitar al juzgador el arraigo del sujeto en contra de quien se prepare la acción penal, basándose en el temor de que dicho sujeto pudiera sustraerse a la acción de la justicia, además la Representación Social funda su solicitud en las facultades que tiene para hacer efectivas las funciones que tiene a su cargo como órgano investigador y persecutor de los delitos.

Observamos también en el párrafo primero y segundo del artículo en comento que existen dos formas de arraigar al sujeto: en su domicilio y en una demarcación geográfica. Se establece también de forma general que el arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, sin embargo, el mismo precepto establece de forma específica diferentes plazos para cada una de las modalidades:

a) para el arraigo domiciliario el plazo será por el tiempo estrictamente indispensable, mismo que *no deberá exceder de 30 días naturales*, y

b) para la prohibición de abandonar una demarcación geográfica el plazo será por el tiempo estrictamente indispensable *sin que exceda de 60 días naturales*.

Actualmente dicho artículo se encuentra descrito en los mismos términos en que fue transcrito anteriormente y hasta el momento no ha sufrido nuevas modificaciones.

Ahora bien, por lo que respecta a la materia local, nos avocaremos a comentar el Código Procesal Penal del Distrito Federal, el cual prevé en el artículo 270 bis la figura del arraigo, que al igual que el precepto 133 bis del Código Procesal Federal, es producto de las reformas de 1983 (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 1984) y que textualmente decía:

*“Cuando con motivo de una averiguación previa el **Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado**, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición,*

*para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. **El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Ministerio Público.***

En la actualidad el referido artículo 270 bis sigue sin cambio alguno, apreciándose tal como apareció en el Diario Oficial de fecha 4 de enero de 1984, sin embargo le fue agregado un párrafo segundo que dice:

“El Juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.”

Este artículo a diferencia del 133 Bis del código federal, contempla la garantía de audiencia al señalar que el órgano judicial oirá al indiciado, por otra parte este precepto habla del arraigo de forma general estableciendo que su duración se prolongara por el tiempo estrictamente indispensable para la integración de la averiguación, y que no deberá exceder de 30 días, prorrogables por otros 30 días.

Por otra parte la misma norma procesal local establece en su artículo 271 la figura del arraigo domiciliario, mismo que consideramos se establece como beneficio para el indiciado ya que establece que dicha figura tendrá un plazo de tres días, a diferencia del arraigo previsto en el artículo 270 bis, que puede durar hasta 60 días. Dicho artículo 271 refiere lo siguiente:

*“**Artículo 271.**En las averiguaciones previas por delitos que sean de la competencia de los juzgados de paz en materia penal o siendo de los juzgados penales cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión **el probable responsable** no será privado de su libertad en los lugares ordinarios de detención y **podrá quedar arraigado en su domicilio**, con la*

facultad de trasladarse al lugar de su trabajo, si concurrieren las circunstancias siguientes:

- I. Proteste presentarse ante el Ministerio Público que tramite la averiguación, cuando éste lo disponga;*
- II. No existan datos de que pretenda sustraerse a la acción de la justicia;*
- III. Realice convenio con el ofendido o sus causahabientes, ante el Ministerio Público de la forma en que reparará el daño causado, en su caso, cuando no se convenga sobre el monto, el Ministerio Público con base en una estimación de los daños causados, en la inspección ministerial que practique, en las versiones de los sujetos relacionados con los hechos y en los demás elementos de prueba de que disponga, determinará dicho monto;*
- IV. Que tratándose de delitos por imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, el presunto responsable no hubiese abandonado al lesionado, ni participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas;*
- V. Que alguna persona, a criterio del agente investigador del Ministerio Público, fundado en los datos que recabe al respecto, se comprometa, bajo protesta, a presentar al probable responsable cuando así se resuelva;*
- VI. En caso de que el indiciado o la persona a quien se refiere la fracción anterior, desobedecieren sin justa causa las órdenes que dicte el Ministerio Público, se revocará el arraigo y la averiguación previa será consignada en su caso, solicitando al juez competente la orden de aprehensión o de comparecencia en su contra, según corresponda; y*
- VII. **El arraigo no podrá prolongarse por más de tres días** transcurridos éstos el arraigado podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de que el Ministerio Público, si así procediese, consigne la averiguación y solicite la orden mencionada.”*

El origen de este artículo tiene relación con la siguiente explicación: el arraigo administrativo fue implementado mediante el Acuerdo A-16-717 de I 1 de

julio de 1997, emitido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, en el cual se establecieron diversos supuestos en los cuales el presunto responsable, tratándose de delitos culposos cuya pena no rebase de cinco años de prisión, no sería privado de su libertad en los lugares ordinarios de reclusión sino quedaría arraigado en su domicilio, bajo custodia de otra persona.

En el año de 1978, el 14 de febrero, por acuerdo del Procurador de Justicia del Distrito Federal, se contemplaba que en las averiguaciones previas en que proceda el arraigo domiciliario, se debería autorizar a los presuntos responsables a trasladarse a su lugar de trabajo a efecto de que pudieran cumplir con sus labores habituales, siempre que así lo solicitará el interesado ante la autoridad ministerial, precisando su lugar de trabajo, la ubicación del mismo en el Distrito Federal, teléfono, horario y naturaleza de la actividad que se desarrolla, con lo anterior el Ministerio Público otorgaba la autorización conducente, previa conformidad del custodio y del responsable del centro de trabajo del inculcado.

El arraigo administrativo fue elevado a la ley a través de las adiciones al artículo 271 de la Ley Adjetiva para el Distrito Federal, de fecha 26 de diciembre de 1981 y que aparecen en el Diario Oficial del 29 de diciembre del mismo año, con lo anterior se instituye una figura que implica una combinación entre el arraigo y la libertad potestatoria con garantía de reparación del daño, arraigo que no será mayor a tres días, transcurridos estos, el inculcado recupera su libertad de tránsito, sin perjuicio de que eventualmente el Ministerio público ejercite acción penal y solicite la orden de aprehensión o comparecencia.

Actualmente los artículos 270 bis y 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no han sufrido modificaciones, sin embargo, derivado de nuestra investigación de campo el arraigo domiciliario ha dejado de tener aplicación práctica. Por otra parte haciendo una comparación con la norma procesal federal y local, observamos que los términos para la duración del arraigo son de manera general iguales, sin embargo, se distinguen plazos diferentes para cada una de las modalidades de arraigo que se preven.

Una vez analizado el origen, desarrollo y actual previsión del multicitado artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y su correlativo el artículo 270 bis del Distrito Federal, corresponde ahora analizar el precepto constitucional que esta violando con su aplicación la figura del arraigo, siendo principalmente para nuestra investigación el artículo 16 constitucional, no sin antes mencionar algunos otros preceptos constitucionales que tienen íntima relación con dicha figura (considerando los doctrinarios que de ellos deriva la inconstitucionalidad del arraigo).

La Constitución Federal en su parte dogmática establece expresamente una serie de garantías a favor de los gobernados tales como: de libertad, de igualdad, de propiedad y de seguridad jurídica; dichas garantías son de fundamental importancia y deben ser respetadas por el Estado a través de sus autoridades competentes, para evitar violaciones graves a los gobernados en sus derechos públicos subjetivos.

Nuestra propia Constitución Política Federal y el máximo tribunal constitucional -Suprema Corte de Justicia de la Nación-, han señalado que las restricciones de la libertad de los gobernados, solo se podrán llevar a cabo bajo ciertos requisitos, y además se requiere que los supuestos bajo los cuales se haga efectiva tal restricción deben estar expresamente señalados en la Carta Magna.

Ahora bien, en algunos preceptos constitucionales la autoridad judicial está facultada para establecer restricciones a la garantía de libertad ya sea de forma preventiva o definitiva, dichos supuestos se encuentran previstos en los siguientes numerales:

- Art. 11 constitucional: en casos de responsabilidad criminal o civil.
- Art. 14 constitucional: mediante una sentencia definitiva e inatacable
- Art. 16 constitucional: mediante una orden de aprehensión, o en los casos de delito flagrante o caso urgente.
- Art. 18 y 19: mediante un auto de formal prisión que decreta la prisión preventiva.

Por lo que fuera de estos casos la autoridad judicial no puede excederse en sus funciones y tomar atribuciones que no le corresponden, máxime sino le han sido otorgadas por la propia Constitución.

De lo anterior, se desprende que la Constitución no contempla la hipótesis jurídica del arraigo, y al no hacerlo así, resulta que al actualizarse la medida precautoria del arraigo decretada por la autoridad judicial y prevista en la legislación secundaria se está restringiendo la libertad de las personas de forma contraria a la Constitución, motivo por el cual, se estaría vulnerando el principio de Supremacía Constitucional.

Ahora bien, los preceptos constitucionales que tienen relación directa o indirecta con la figura del arraigo son:

El artículo 1º. Constitucional, tiene relación con la medida cautelar del arraigo ya que ésta, va en contra de lo que nuestra Carta Magna establece al coartar la libertad personal del gobernado, ya que la propia Constitución garantiza que todo individuo gozará de las garantías consagradas en ella, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los mismos casos que dicha constitución establezca. Conforme a éste precepto debemos interpretar que todo acto que restrinja una garantía individual, como en el presente caso lo es la garantía de libertad personal, debe estar previsto de forma expresa en la propia constitución, por lo que el arraigo es un acto que afecta la libertad personal de los indiciados y sin embargo, no se encuentra regulado expresamente en la ley fundamental, haciéndose tal restricción contraria a lo consagrado por nuestra Carta Magna. Asimismo al hacerse efectiva esta medida cautelar, la Representación Social se excede del plazo que la ley le otorga para la retención de los indiciados, en términos del artículo 16 párrafo séptimo constitucional.

La Constitución Federal en oposición a la figura jurídica del arraigo, consagra y especifica los casos en que la garantía de libertad de los individuos puede ser restringida. Así los actos restrictivos de la libertad deben cumplir las exigencias de los artículos constitucionales números 11, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22

y 23. Preceptos que especifican de manera distinta las formas en que la libertad personal puede ser restringida, algunos de forma preventiva y otros en el sentido de establecer las reglas para restringir la libertad personal de quienes ya han sido sentenciados.

El artículo 11 constitucional tiene una íntima relación con nuestro tema ya que muchos autores han indicado que la inconstitucionalidad del arraigo deriva de este precepto, sin embargo, las de la voz no lo consideramos así, por lo que transcribimos dicho artículo para su análisis:

“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, 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 emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.”

Para Guillermo Colín Sánchez, “el arraigo, en el procedimiento penal, acusa una buena intención; 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 precepto prohíbe en términos generales y que, sólo permite a las autoridades expresamente señaladas y en términos muy precisos.

La libertad, concretamente, de tránsito, sólo puede limitarse: “en los casos de responsabilidad criminal o civil”, y tanto en la averiguación previa, como en el proceso, no existe aún, jurídicamente hablando, ninguna “responsabilidad”, como base de sustentación de semejante medida.”¹⁸¹

¹⁸¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Op. Cit., Pág.885.

En el mismo sentido, Fernando Arilla Bas, menciona que: “si bien es cierto que el artículo 11 constitucional subordina el ejercicio del derecho de tránsito 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 aún en un simple sujeto de averiguación previa, contra quien ni si quiera 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.”¹⁸²

De los comentarios que anteceden en relación al artículo en comento, se puede inferir que este precepto constitucional no ampara de ninguna forma la figura del arraigo, contrariamente considera que dicha medida cautelar viola la garantía de libre tránsito del sujeto a quién se haya impuesto.

Aunque las interpretaciones hechas por los autores anteriores han sido muy acertadas, las de la voz consideramos que: primero este artículo 11 constitucional es una garantía individual de carácter general y segundo: establece limitaciones a la libertad de tránsito, que se traducen en formas de privar de la libertad a las personas, entendiendo nosotros que legalmente existen: a) limitaciones de carácter administrativo: cuando así lo determinen las autoridades en materia de población (emigración e inmigración) y de salubridad, b) limitaciones de carácter judicial: a) las que derivan de medidas de apremio o tratándose de correcciones disciplinarias, y b) las que derivan de la orden de aprehensión, auto de formal prisión, prisión preventiva, arraigo (como medida cautelar) y de sentencia.

En este sentido, consideramos que la autoridad judicial bajo el amparo de este artículo 11 constitucional, tiene la facultad de ejercer limitaciones a la garantía de libertad, y al otorgar la orden de arraigo restringe la libertad del indiciado de forma provisional, por lo que no se vulnera dicho artículo; en ese tenor para las de la voz que tiene mayor vulneración el artículo 16 constitucional,

¹⁸² ARILLA BAS, Fernando, El Procedimiento Penal en México, Edit. Porrúa, 2004, Pág. 99

toda vez que este numeral consagra diferentes formas de restringir la libertad durante la averiguación previa, sin embargo, aun cuando la medida cautelar del arraigo no se encuentra prevista expresamente en la constitución, dicha figura viola el artículo 16 constitucional párrafo séptimo al exceder el plazo con que cuenta el Ministerio Público para retener a un indiciado.

A continuación analizaremos los artículos 14 y 16 constitucionales, que consagran las garantías de legalidad y seguridad jurídica, que consisten en una serie de derechos subjetivos públicos a favor de los gobernados, que pueden oponerse a los órganos federales y estatales para exigirles que se sujeten a un conjunto de requisitos previos a la emisión de actos que pudieran afectar la esfera jurídica de los individuos, para que éstos no caigan en la indefensión o en la incertidumbre jurídica. Así dichas garantías de legalidad y seguridad jurídica deben ser observadas por la autoridad al imponer la medida cautelar del arraigo. Cabe mencionar que algunos doctrinarios consideran que se vulnera con la aplicación de esta medida cautelar el artículo 14 constitucional, opinión con la cual nosotros discrepamos por lo siguiente:

El artículo 14 constitucional, prevé la garantía de legalidad en materia penal, y en su párrafo segundo consagra la garantía de audiencia, que a la letra dice:

*“Nadie podrá ser **privado 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.”*

De la anterior transcripción resultaría evidente que el arraigo contraviene dicho texto, en cuanto a que nadie podrá ser privado de su libertad sino mediante juicio seguido ante los tribunales, situación que el arraigo no cumple ya que su mandato proviene de una medida precautoria en la que la persona afectada, no es oída ni vencida en juicio, tampoco se siguieron las formalidades esenciales del procedimiento, tales como una defensa adecuada, aportación de pruebas, derecho a alegar en su favor, etc., ni conforme a leyes expedidas con anterioridad

al hecho, afectando su libertad personal en forma contraria a la garantía consagrada en el párrafo segundo del artículo 14 Constitucional.

Por otra parte consideramos que el arraigo no implica una violación a la garantía de audiencia establecida en el citado artículo 14 párrafo segundo constitucional (en el entendido de que este precepto rige para actos privativos, no para los actos de molestia), toda vez que el arraigo es una medida cautelar de carácter personal que no priva al sujeto de su libertad sino sólo la restringe, además esto lo afirma el siguiente texto de la jurisprudencia de la Corte:

“MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA. *Conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la garantía de previa audiencia, establecida en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, únicamente rige respecto de los actos privativos, entendiéndose por éstos los que en sí mismos persiguen la privación, con existencia independiente, cuyos efectos son definitivos y no provisionales o accesorios. Ahora bien, las medidas generalmente, por ser accesorias y sumarias; accesorias, en tanto la privación no constituye un fin en sí mismo; y sumarias, debido a que se suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia, por lo que tales medidas, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo, constituyen un instrumento no sólo de otra resolución, sino también del interés público, pues buscan restablecer el ordenamiento jurídico conculcado desapareciendo, provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica; por lo que debe considerarse que la emisión de tales providencias no constituye un acto privativo, pues sus efectos provisionales quedan sujetos, indefectiblemente, a las resultas del procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten, donde el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere convenientes; consecuentemente, para la imposición de las medidas en comento no rige la garantía de previa audiencia.”* (Jurisprudencia, Novena

Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VII, marzo de 1998, Materia Constitucional).

Por su parte el artículo 16 constitucional es, (al igual que el artículo 14) una garantía de legalidad y seguridad jurídica de forma genérica que rige para los actos de molestia y esencialmente en materia penal implicando además una serie de subgarantías específicas en el ámbito penal, al respecto dicho precepto indica:

“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.”

Respecto de este primer párrafo se desprende que si bien el acto de arraigo afecta o molesta al indiciado en su persona, familia y domicilio, puede caber en la interpretación de algunos que el arraigo es constitucional por haber sido ordenado a través de un mandamiento escrito de la autoridad competente, que funda y motiva la causa legal del procedimiento, ya que el otorgamiento y autorización del arraigo proviene de una autoridad judicial tal como lo prevé el artículo 133 bis y 205 del Código Federal de Procedimientos Penales .

Podría decirse entonces que la figura del arraigo se encuentra bajo el amparo del párrafo primero del artículo 16 Constitucional por lo antes expuesto, sin embargo, en los párrafos posteriores de este precepto legal, nuestra Carta Magna protege al ciudadano precisando la forma en que la libertad personal puede ser restringida estableciendo los siguientes supuestos: orden de aprehensión, flagrancia y caso urgente, sin que se hable en ninguno de éstos párrafos del supuesto para el arraigo.

Ahora bien debemos recordar que el Ministerio Público hace uso de la figura del arraigo como un acto que apenas se encamina a reunir los datos para comprobar el cuerpo del delito y hacer la probable responsabilidad del indiciado, y para evitar que el sujeto se sustraiga a la acción de la justicia, consistiendo así en un medio de investigación para la Representación Social, asimismo debemos recordar que la privación de la libertad para el efecto de las atribuciones del

Ministerio Público, no podrá retener a ninguna persona por mas de cuarenta y ocho horas, con opción de duplicarse si se trata de un delito de delincuencia organizada, en el que el indiciado sea consignado o puesto en libertad.

Atento a lo anterior en el mismo artículo 16 constitucional en su párrafo séptimo (que para la presente investigación es la pieza fundamental que debe ser observada para establecer la inconstitucionalidad del arraigo) refiere:

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

Del texto anterior se desprende que, el Ministerio Público no podrá retener a persona alguna por más de cuarenta y ocho horas con opción de duplicarse el plazo cuando se trate de un delito de delincuencia organizada, tomando en cuenta que todo abuso de lo anterior será sancionado por la ley penal; luego entonces el arraigo tal y como se encuentra establecido en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y en el correlativo artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establecen un término de treinta días para el arraigo domiciliario y sesenta días para el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, en tanto para la legislación procesal del Distrito Federal se establece un término de treinta días prorrogables en treinta más y para el caso del arraigo domiciliario éste durara tres días; siendo que legalmente –de acuerdo con la Constitución- ningún indiciado podrá estar detenido ni el diez por ciento del plazo que el arraigo establece, y con la gran diferencia que después de las 48 horas el sujeto quedara en libertad o consignado ante la autoridad competente quien resolverá su situación jurídica; más aún tenemos que el arraigo es **una medida cautelar** mediante la cual el Ministerio Publico hace valer su facultad de investigación y por tanto el inculpado no tiene la certeza de lo que pasara con su situación jurídica.

Observamos entonces que si bien la figura del arraigo podría estar bajo el amparo del artículo 16 constitucional, existiría una contradicción fundada en el párrafo séptimo del precepto referido, toda vez que el plazo que se establece de forma general para los diferentes casos de restricción de la libertad de un sujeto es de 48 horas, y en su caso la duplicidad, términos que rebasa ampliamente la medida cautelar del arraigo prevista en la leyes procesales.

Para efectos de complementar la información anterior queremos señalar un extracto de la Exposición de Motivos de la iniciativa de proyecto de reforma al artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, presentado por la diputada Arely Madrid Tovilla, el cual refuerza nuestra exposición relativa al artículo 16 Constitucional párrafo séptimo en relación con el 133 bis del Código Procesal Federal:

“...Por necesidad, por política criminal, la Constitución del país autoriza la detención de un individuo por breves horas, por parte de las autoridades competentes, en los casos siguientes:

- mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la ejecutora a poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad;
- por virtud de auto de formal prisión dictado por el juez de la causa, dentro del plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición;
- en hipótesis de delito flagrante, donde se obliga a quien realice la detención a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, que realizará la consignación o decretará la libertad del indiciado en un plazo no mayor de 48 horas;
- en casos urgentes, tratándose de delitos graves, ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a

disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad.

Esto es, en los precitados casos de privación de la libertad personal se prevén plazos momentáneos, establecidos en horas, para que el inculpado sea puesto a disposición inmediata del órgano jurisdiccional de la causa y éste determine su situación jurídica.

Sin embargo, en la legislación hay un precepto legal –artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales– que expresamente transgrede la Constitución, que abiertamente viola el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, al establecer una detención espuria de más de 48 horas, una privación de libertad en arraigo domiciliario hasta por 30 días (así lo preveía en su origen el artículo 133 bis de 1983).

Tal violación constitucional deriva de que cuando fue creado el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en 1983, el artículo 16 constitucional no establecía plazo alguno para la detención de inculpados durante la averiguación previa, esto es, no existía el citado párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, que no fue adicionado hasta 1993, estableciendo un plazo máximo de 48 horas para la retención; es decir, este párrafo séptimo se añadió 10 años después de haber entrado en vigor el artículo 133 Bis.

El texto actual del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales establece lo siguiente:

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

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

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.

El texto vigente del párrafo séptimo del artículo 16 constitucional señala:

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

El citado artículo 133 Bis viola expresamente el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, al haber permanecido su texto original –de 1983–indicante de que el arraigo puede prolongarse hasta por 30 días naturales, pasando por alto la adición –de 1993– al artículo 16 constitucional respecto a su párrafo séptimo, ordenando que "ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial".

Ninguna duda cabe de que esta incongruencia –entre los precitados artículos 133 Bis y el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional- ha convertido el arraigo en un abuso de autoridad, que vulnera flagrantemente las garantías individuales que, en tal sentido, otorga el artículo 16 constitucional.

Ahora bien, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de febrero de 1999 se dio una drástica reforma de la figura del "arraigo", privando de la garantía de audiencia al arraigado, habiéndose modificado el

artículo 133 Bis del ordenamiento procesal en cita, suprimiéndole "oyendo al indiciad..."¹⁸³

Esencialmente con esta iniciativa de proyecto se proponía una reforma para ajustar las disposiciones secundarias a lo establecido en las normas constitucionales, modificando el multicitado artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales para que los plazos previstos para la figura del arraigo fueran acordes a lo establecido por el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, agregando además que la autoridad jurisdiccional oyera al indiciado al momento de resolver sobre dicha medida. Por otra parte consideramos importante señalar un extracto de esa exposición de motivos ya que la misma concuerda con lo expuesto por las de la voz en la presente investigación.

Por otra parte el artículo 19 Constitucional de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos refiere:

"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 expresarán: 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 autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre

¹⁸³ Iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, a cargo de la Diputada Arely Madrid Tovilla, del grupo parlamentario del PRI

dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad. ...”

Atento a lo transcrito anteriormente, es ineludible que lo establecido en los artículos 133 bis y 207 bis de los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal es contrario a lo ordenado por el artículo 19 constitucional en relación a los términos, sin embargo, debemos también interpretar que este precepto es aplicable cuando el indiciado se encuentra a la disposición del Juez correspondiente, y en la medida cautelar del arraigo si bien es cierto que es la autoridad judicial quien la autoriza, el sujeto se encuentra bajo la disposición del Ministerio Público, por lo que no podría violarse la garantía prevista en el presente artículo.

El artículo 133 constitucional tiene gran relevancia en esta investigación, ya que debemos recordar que la Constitución Federal se encuentra regida por una serie de principios constitucionales, entre los que destaca el **Principio de Supremacía Constitucional** previsto en el presente artículo y que a la letra dice:

“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 República, 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.”

Este precepto implica que la Constitución tiene en todo momento preferencia aplicativa sobre cualquier disposición de índole secundaria que la contraríe, principio que tiene eficacia y validez absoluta tanto para todas las autoridades del país, así como para las disposiciones de todas las leyes no constitucionales.

El arraigo es de derecho vigente, pues se encuentra estipulado en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal, sin embargo, aunque se encuentra previsto en la legislación federal y local, su aplicación resulta ser contraria a diversas disposiciones constitucionales, y por tanto, contrario a la Constitución Federal, ello en virtud de que viola expresamente el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, respecto de exceder los plazos de retención que ahí se establecen.

Por todo lo antes manifestado, se puede observar que existe una flagrante violación a la propia Constitución con la figura del arraigo, ya que las leyes secundarias se están excediendo en las atribuciones que la Carta Magna les otorga, así como al no existir la figura del arraigo como tal en la Constitución, y con el actuar de las autoridades se esta contraviniendo las disposiciones en donde se ampara y protege el bien jurídico tutelado como lo es la libertad personal.

4.3.1 ARGUMENTO LEGAL

Para fundar la vida jurídica de esta medida cautelar en la presente investigación retomaremos de forma general la evolución doctrinaria y legal de la figura del arraigo en materia penal.

En líneas anteriores adoptamos la definición que da Marco Antonio Díaz de León en la cual refiere esencialmente que el arraigo en materia penal es una medida cautelar que se impone durante la averiguación previa al indiciado con vigilancia de la autoridad, para los efectos de que éste cumpla con los requerimientos del Ministerio Público, en razón de la investigación de un hecho delictivo. Derivado de lo anterior tenemos que 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 las sentencias condenatorias de tal pena.

Una vez establecido el concepto del arraigo en materia penal inferimos si bien esta medida se impone durante la etapa preparatoria al proceso, por ser una

medida cautelar, entonces tenemos que el Representante Social efectúa las medidas conducentes (solicitando la medida cautelar de arraigo como un medio de investigación) para estar en posibilidad de integrar el cuerpo del delito, la probable responsabilidad del inculcado y así ejercitar la acción penal, evitando que éste se sustraiga a la acción de la justicia y se cumpla la finalidad de la función persecutoria.

El arraigo es entonces una medida cautelar de carácter personal, que en la actualidad es muy recurrida, y que para efectos de su aplicación debe estar prevista en nuestras leyes vigentes, asimismo atendiendo al principio de supremacía constitucional dicha figura debe regularse inicialmente en nuestra máxima Ley, la Constitución, y consecuentemente en las leyes secundarias en materia penal. Sin embargo, después de hacer un estudio minucioso en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no encontramos ningún tópico relativo a la figura del arraigo, por lo que deducimos que a rango constitucional no se encuentra regulado expresamente.

En las leyes secundarias vigentes que a continuación mencionaremos se encuentra regulado expresamente la figura del arraigo, al respecto encontramos que:

En el ámbito federal se establece lo siguiente:

▪ Código Penal Federal:

“Artículo 178 (Rubro “Desobediencia y Resistencia de Particulares”).- *Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad.*

*Al que desobedeciere el mandato **de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica**, dictados por autoridad judicial competente, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de diez a doscientos días multa.”*

- Código Federal de Procedimientos Penales

El artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales aparece en el año de 1983, precisando medidas de cautela de vital importancia para la administración expedita de justicia penal (arraigo penal, libertad caucional, cateo y el embargo precautorio).

En las reformas de 1983 se adoptan medidas precautorias de carácter personal como el arraigo y además “se ampliaron las hipótesis de la libertad previa administrativa a todos los supuestos de delitos no intencionales, y no exclusivamente tratándose de los producidos por el tránsito de vehículos (artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 135 del Código Federal de Procedimientos Penales).

“De manera congruente con la liberalización de las medidas de aseguramiento del inculcado tratándose de delitos imprudenciales o bien en aquellos en los cuales sólo pueda imponerse pena alternativa o no privativa de libertad, se creó el arraigo en el período de investigación previa o bien durante el proceso, como una medida precautoria que permite la disponibilidad del inculcado ante el Ministerio Público o el juzgador. Limitando los casos de detención y prisión preventiva.”¹⁸⁴

Lo anterior tiene su fundamento en la Exposición de Motivos que referimos en el tema que precede, misma exposición que dio vida al artículo 133 bis en los siguientes términos:

“Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hechos 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

¹⁸⁴ Revista Mexicana de Justicia. “Los Nuevos Desafíos de la PGR”. Sexta Época, Número 6, PGR, México Año 2003, Página 48

vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares, El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días prorrogables por igual término a petición del Ministerio Público. El Juez resolverá escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.”

Posteriormente a dicho artículo 133 bis, le siguió una reforma en 1993, quedando casi igual, salvo lo siguiente: se señala un lugar fijo para el arraigo, es decir, éste será domiciliario y por un tiempo de treinta días no prorrogables, la audiencia que tenía el indiciado desapareció, quedando la figura del arraigo como una verdadera medida de cautela.

Asimismo mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de Febrero del año de mil novecientos noventa y nueve, ese artículo 133 bis de la ley adjetiva federal, fue reformado agregando que el arraigo no solo sería domiciliario sino también territorial, también se modificó el artículo 205 de la misma ley agregando que la medida cautelar de arraigo procede en y durante el proceso; quedando tal y como se encuentra actualmente en la ley procesal.

Ahora bien en este Código Procesal existe una serie de preceptos legales que regulan la figura del arraigo y dichos numerales son los siguientes:

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

En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público:

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

“Artículo 133 Bis.- La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona

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

El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, 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 Público y al afectado, si deben o no mantenerse.”

Se ratifica con el presente artículo la facultad que tiene el Ministerio Público de solicitar al juzgador el arraigo del sujeto en contra de quien se prepare la acción penal, basándose en el temor de que dicho sujeto pudiera sustraerse a la acción de la justicia.

Observamos también en el párrafo primero y segundo del artículo en comento que existen dos formas de arraigar al sujeto: en su domicilio y en una demarcación geográfica. Se establecen además diferentes plazos para cada una de estas modalidades, siendo para el primer caso el arraigo será por el tiempo estrictamente indispensable mismo que no deberá exceder de 30 días naturales, y para la prohibición de abandonar una demarcación geográfica el plazo será por el tiempo estrictamente indispensable sin que exceda de sesenta días.

“Artículo 135.- ...

El Ministerio Público dispondrá la libertad del inculpado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 399 para los jueces, sin perjuicio de solicitar su arraigo en caso necesario. El Ministerio Público fijará la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustraerá a la acción de la justicia, ni al pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos. Tratándose de delitos cometidos

con motivo del tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al inculpado que hubiese incurrido en el delito de abandono de personas o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares. Cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente.”

“Artículo 205.- Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez, fundada y motivadamente, o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del máximo señalado en el artículo 133-bis o bien tratándose de la averiguación previa o bien en el proceso por el término constitucional en que este deba resolverse.”

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

“Artículo 367.- Son apelables en el efecto devolutivo:

...

VII.- Los autos que nieguen el cateo, las medidas precautorias de carácter patrimonial, el arraigo del indiciado o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica;

...”

1. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se establece:

“Artículo 12 (CAPÍTULO SEGUNDO DE LA DETENCIÓN Y RETENCIÓN DE INDICIADOS).- El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.”

“La figura del arraigo contemplada en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, a diferencia de la prevista en el Código Federal de Procedimientos Penales, consiste en que el arraigo en delincuencia organizada, en consideración a la naturaleza, complejidad y trascendencia de los delitos derivados de ella, tiene como objeto no sólo preservar la materia del proceso, sino además lograr que el sujeto participe en la aclaración de los hechos que se le imputan, con lo que es factible obtener líneas de investigación.

“El Código de procedimientos Penales, determina la facultad del Ministerio Público de la federación, para solicitar al órgano jurisdiccional el arraigo domiciliario del indiciado, en los casos que legalmente se estime necesario, en cambio, en tratándose de la Ley de Delincuencia Organizada, hasta este momento, sólo se aplica en el lugar determinado por el Ministerio Público de la Federación para las conductas consideradas penalmente relevantes, lo que también explica el plazo mayor de 90 días, en contraposición de lo establecido en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que preceptúa la figura del arraigo domiciliario por el tiempo estrictamente indispensable no debiendo exceder de 30 días naturales.

“Es importante precisar que la ley Federal contra la Delincuencia Organizada prevé un arraigo con características distintas la previsto en el Código

federal de Procedimientos Penales, siendo una de ellas que el lugar no necesariamente será el domicilio del probable responsable sino que quedará a consideración de la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público, tomando en cuenta las características del hechos y las circunstancias, personales del indiciado.”¹⁸⁵

- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

“Artículo 4.- Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

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

A) En la averiguación previa:

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

Mediante este ordenamiento podemos observar que se le da facultad al Ministerio Público, para efectos de cumplir con sus funciones de investigar y perseguir los delitos, solicitar la medida cautelar de arraigo a la autoridad judicial.

Por lo que al ámbito local se refiere (únicamente abarcamos lo relativo a las disposiciones del Distrito Federal y a las previstas en el Estado de Chihuahua, por la trascendencia que estos tienen y por así convenir a la presente investigación):

¹⁸⁵ Revista Mexicana de Justicia”. Los Nuevos Desafíos de la PGR. Sexta Epoca, Número 6, PGR, México Año 2003, Página 49

- Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal menciona:

“Artículo 215.- Cuando hubiere de ausentarse alguna persona que pueda declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de la persona del acusado, el juez, a pedimento de cualquiera de las partes interesadas, podrá arraigar al testigo por el tiempo que fuere estrictamente indispensable para que rinda su declaración. Si de ésta resultare que el arraigado lo fue indebidamente, tendrá derecho de exigir que se le indemnice de los daños y perjuicios causados por el arraigo.”

“Artículo 270Bis. Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Ministerio Público.

El Juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.”

Por su parte este numeral, al igual que el artículo 133 bis del Código Procesal Federal, es producto de las reformas de 1983 (publicadas en el Diario Oficial de fecha 4 de enero de 1984), sin embargo, respecto al presente artículo 270 bis no hubo cambio alguno por lo que se aprecia tal y como apareció originalmente.

“Artículo 271.En las averiguaciones previas por delitos que sean de la competencia de los juzgados de paz en materia penal o siendo de los juzgados penales cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión el probable responsable no será privado de su libertad en los lugares

ordinarios de detención y podrá quedar arraigado en su domicilio, con la facultad de trasladarse al lugar de su trabajo, si concurrieren las circunstancias siguientes:

- I. Proteste presentarse ante el Ministerio Público que tramite la averiguación, cuando éste lo disponga;*
- II. No existan datos de que pretenda sustraerse a la acción de la justicia;*
- III. Realice convenio con el ofendido o sus causahabientes, ante el Ministerio Público de la forma en que reparará el daño causado, en su caso, cuando no se convenga sobre el monto, el Ministerio Público con base en una estimación de los daños causados, en la inspección ministerial que practique, en las versiones de los sujetos relacionados con los hechos y en los demás elementos de prueba de que disponga, determinará dicho monto;*
- IV. Que tratándose de delitos por imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, el presunto responsable no hubiese abandonado al lesionado, ni participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas;*
- V. Que alguna persona, a criterio del agente investigador del Ministerio Público, fundado en los datos que recabe al respecto, se comprometa, bajo protesta, a presentar al probable responsable cuando así se resuelva;*
- VI. En caso de que el indiciado o la persona a quien se refiere la fracción anterior, desobedecieren sin justa causa las órdenes que dicte el Ministerio Público, se revocará el arraigo y la averiguación previa será consignada en su caso, solicitando al juez competente la orden de aprehensión o de comparecencia en su contra, según corresponda; y*
- VII. El arraigo no podrá prolongarse por más de tres días transcurridos éstos el arraigado podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de que el Ministerio Público, si así procediere, consigne la averiguación y solicite la orden mencionada.”*

Como se puede observar en la Ley adjetiva local se observa que el arraigo domiciliario procederá siempre que se reúnan los requisitos que la propia ley establece, estableciendo como plazo máximo tres días, por tanto podemos considerar que el arraigo domiciliario que aquí se expresa, se prevé como un beneficio para el probable responsable, ya que el plazo es sumario y se trata de delitos ocasionados con motivo del tránsito de vehículos siempre que no se tenga el temor de que dicho sujeto pueda sustraerse de la acción de la justicia.

“Artículo 301.- Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez fundada y motivadamente o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del término en que deba resolverse el proceso.”

- Ley contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal:

“Artículo 6 (CAPÍTULO II DEL ARRAIGO DE LOS INCULPADOS).- Cuando existan indicios suficientes que acrediten fundadamente que alguien es miembro de la delincuencia organizada, el juez de la causa podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público y tomando en cuenta las características del hecho imputado, así como las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud. Corresponde al Ministerio Público y a la Policía Judicial, ambos del Distrito Federal, ejecutar el mandato de la autoridad judicial.

El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa no pudiendo exceder de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la declaración.”

De lo anterior podemos concluir que:

El fundamento legal de la figura del arraigo como medida cautelar restrictiva de la libertad proviene de las leyes adjetivas en materia penal y de una ley federal específica (Ley contra la Delincuencia Organizada), observando que existe una violación al principio de supremacía constitucional, por no encontrarse regulada dicha figura constitucionalmente.

Asimismo se infiere que el arraigo es una medida cautelar solicitada por el órgano persecutor de los delitos, como un medio de investigación a efecto de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado y así ejercitar la acción penal, evitando que éste se sustraiga a la acción de la justicia y se cumpla la función persecutoria.

Con el objeto de hacer factible la función persecutoria encomendada al arraigo en nuestras leyes vigentes antes referidas, se determina la facultad al Ministerio Público para solicitar al órgano jurisdiccional el arraigo del inculcado en los casos en que se estime necesario; y una vez concedido el arraigo por el Juez, se entiende como regla general que su duración será la del tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa, no obstante se establecen diversos plazos como son: hasta de noventa días, en los casos de delincuencia organizada (ley local y ley federal); y para el caso para la ley adjetiva del distrito federal no deberá exceder de treinta días prorrogables en treinta mas.

LEGISLACION DEL ARRAIGO EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA

Es trascendental hablar de la regulación de la figura del arraigo en la legislación del Estado de Chihuahua ya que de ahí derivó una controversia constitucional que resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación haciendo evidente la Inconstitucionalidad del Arraigo por lo que hace a la legislación de ese estado, por lo anterior hemos de hacer mención de lo que se suscitó en ese estado.

La legislación del Estado de Chihuahua, el código procesal del estado menciona que:

“TITULO SEGUNDO AVERIGUACION PREVIA.

CAPITULO II REGLAS ESPECIALES PARA LA PRÁCTICA DE LA AVERIGUACION PREVIA.

Artículo 120: Inmediatamente que los funcionarios encargados de la averiguación previa tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictaran todas las providencias necesarias:

- a) para proporcionar seguridad o auxilio a las víctimas;
- b) para impedir que se dificulte la averiguación, se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso y los instrumentos o cosas, objeto o efecto del mismo;
- c) para informarse de que personas fueron testigos del hecho y,
- d) para detener a los probables responsables, en los casos de flagrante delito o urgencia.

En caso de urgencia, el ministerio público decretara provisionalmente mediante orden escrita, fundada y motivada, el depósito de la víctima del delito en una institución pública o en el domicilio que a su juicio garantice su seguridad, siempre que sea estrictamente necesario y no sea factible solicitar la medida cautelar a la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar, receso de los tribunales o cualquier otra circunstancia.

Inmediatamente el ministerio público remitirá a la autoridad judicial correspondiente, copia certificada de las actuaciones relativas al depósito de personas a efecto de que ratifique dicha medida u ordene que esta cese.

En lo conducente, son aplicables las reglas que para el depósito de personas prevé el código de procedimientos civiles.

Artículo 121. En el caso del artículo anterior, se procederá a levantar el acta correspondiente que contendrá: la hora, fecha y modo en que se tenga

conocimiento de los hechos; el nombre y carácter de la persona que dio noticias de ellos, su declaración así como la de los testigos cuyos dichos sean mas importantes y la del inculpado si se encontrare presente: la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular; los nombres y domicilios de los testigos que no se hayan podido examinar; el resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellos intervengan y las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos, así como los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar.

Artículo 122 bis. Cuando con motivo de una averiguación previa, respecto de delito grave, plenamente demostrado y de aquélla resulten datos, indicios o cualquiera otra circunstancia que conduzca a establecer que en dicho ilícito pudiera tener responsabilidad penal una persona y exista riesgo fundado de que esta se sustraiga a la acción de la justicia, el ministerio público podrá acudir ante el juez correspondiente y solicitar el arraigo de indiciado especificando el lugar en que habrá de verificarse, el cual se resolverá escuchando a quien haya de arraigarse; ello de ser posible.

Corresponde al ministerio público y a sus auxiliares, que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo a que se refiere este precepto no será en cárceles o establecimientos de corporaciones policíacas y su duración no podrá exceder de treinta días naturales. El arraigado no podrá ser incomunicado.

Cuando el indiciado solicite que cese el arraigo, la autoridad judicial decidirá, escuchando al ministerio público, resolverá en cuarenta y ocho horas si aquel debe o no mantenerse.”

La disposición legal prevista en este artículo 122 bis del Código de Chihuahua generó una acción de inconstitucionalidad que fue llevada ante el máximo tribunal para que fuera resuelta, ello en virtud de que dicha medida precautoria no tenía fundamento legal en nuestra Carta Magna.

Así en diversos diarios de la Ciudad de México se dio a conocer la resolución que había tomado la Suprema Corte en relación al particular, dando así pauta a que se generara una discusión sobre el tema a nivel nacional; estas manifestaciones salieron a la luz pública:

En fecha **19 de septiembre del año 2005**. “Por mayoría de 8 votos contra 1, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia (SCJN) declaró que el arraigo en materia penal es inconstitucional.

Los ministros consideraron que la práctica del arraigo restringe la garantía de libertad personal de los ciudadanos ya que evita el libre tránsito y restringe una de las garantías fundamentales consagradas en la Constitución, a pesar de que el arraigo pudiera ser autorizado por un juez.

Esta resolución también anuló el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua en el que se permitía el arraigo en contra de un ciudadano.”

El día **20 de septiembre de 2005**, se informó lo siguiente:

“El artículo 122 bis, aprobado en 2003 como resultado de la demanda social de terminar con la violencia en agravio de las mujeres de Ciudad Juárez y por el que la Corte convalidó recientemente la acumulación de sentencias por homicidio y secuestro hasta alcanzar la pena vitalicia de 105 años de prisión, ordena:

"Cuando con motivo de una averiguación previa, respecto de un delito grave plenamente demostrado, resulten datos o indicios que conduzcan a establecer que una persona pudiera tener responsabilidad penal y exista el riesgo de que huya", el Ministerio Público podrá solicitar al juez correspondiente el arraigo del indiciado hasta por 30 días, especificando el lugar en que se llevará a cabo.

Sin embargo, la mayoría de los ministros de la Corte sentenció que el artículo 16 constitucional señala que nadie puede ser molestado en su persona, salvo por mandato judicial, y que dicho precepto únicamente se refiere a la orden de

aprehensión; a la detención en caso de flagrancia y a la detención a petición del Ministerio Público cuando haya peligro de que el sospechoso huya.

Por lo anterior el pleno de la Suprema Corte sentó jurisprudencia, con la decisión mayoritaria de ocho votos contra uno, en el sentido de que el arraigo no está contemplado "en ninguna parte" de la Constitución, por lo que su aplicación es ilícita.

En esta misma fecha se mencionó que era la primera vez que la Corte analiza un precepto que, si bien está contenido en una legislación local, también forma parte de la ley federal contra la delincuencia organizada, que muchos constitucionalistas han calificado de ilegal. Particularmente en lo que se refiere al arraigo de presuntos narcotraficantes o lavadores de dinero, quienes precisamente son detenidos hasta por 60 días mientras el Ministerio Público investiga su presunta responsabilidad.

Asimismo el ministro Juan Díaz Romero sostuvo que la decisión del pleno sobre los alcances de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, que fue impugnado por la minoría parlamentaria de esa entidad, compete "exclusivamente" a la legislación de Chihuahua.

También se informó que anteriormente la primera sala de la Corte ya había resuelto una contradicción de tesis entre dos tribunales colegiados en materia de arraigo, en la que dictaminó que el arraigo es ilegal porque viola la libertad personal. Por lo que la votación de ocho votos en contra del artículo 122 bis, sumada a la tesis de la primera sala, podría obligar en un futuro a los estados y a la Federación a modificar la Constitución para que incluyan el arraigo como acción de la autoridad, ante un previsible efecto "dominó" que favorecerá, vía amparo, a quienes estén privados de su libertad."

El jurista indicó también que "las procuradurías arraigan para investigar. Lo que deben hacer primero es indagar, y cuando ya cuenten con las pruebas suficientes,

que procedan contra un inculpado. No se vale tener a una persona 30, 60 o más días en una prisión disfrazada de arraigo domiciliario, con su reputación hecha pedazos y sin tener la posibilidad de ganarse el sustento, para que a la mera hora, privado de su libertad, se realice una investigación y resulte que no hay pruebas en su contra".

Por otra parte el día martes **24 de enero del año 2006**, en la ciudad de México, el Pleno de la Corte aprobó la tesis que declara inconstitucional el arraigo penal, criterio analizado y votado el 19 de septiembre de 2005, y en el que los Ministros resolvieron que esta práctica viola las garantías individuales de los ciudadanos.

Después del análisis original del tema el pleno de la Corte aprobó dos tesis que sin ser jurisprudencia darán elementos a los jueces federales para valorar y en su caso otorgar amparos contra el arraigo penal que es práctica común de la Procuraduría General de la República (PGR).

La Corte llegó a la determinación de que el arraigo es violatorio de las garantías de libertad personal después de resolver el pasado 19 de septiembre, que los artículos del Código de procedimientos penales de Chihuahua referentes a esta práctica de privación de la libertad eran inconstitucionales.

Ahora el pleno de Ministros ha aprobado estas tesis para darle publicidad al criterio a nivel nacional y sentar un precedente que podrá ser adoptado por cualquier tribunal o juzgado federal.¹⁸⁶

COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

No debemos pasar por alto lo que refiere la Organización Internacional más importante, la ONU Organización de las Naciones Unidas, sobre este tópico emitiendo al respecto una recomendación mediante la cual señala que el arraigo es una medida que viola garantías individuales y derechos humanos, en virtud de ello debe ser eliminada tajantemente de las leyes nacionales.

¹⁸⁶ Pagina de Internet, <http://www.Noticieros Televisa>, de fechas 19-Sep-2005; 20-Sep-2005 ; 21-Sep-2005 y 24-enero-2006

En diversos comunicados internacionales Amnistía Internacional, ha señalado lo siguiente:

En fecha 22 de septiembre del año 2005, “Amnistía Internacional acoge con satisfacción la resolución tomada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la que se declara inconstitucional la figura del arraigo en el Código Penal del Estado de Chihuahua, que es una forma de detención preventiva usada en el país. Esta decisión sienta un precedente muy importante al reconocer que la figura del arraigo socava el derecho a la libertad personal y derechos conexos, ya que permite detenciones infundadas.

Amnistía Internacional insta tanto a la Procuraduría General de la República y a las Procuradurías de Justicia estatales a que asuman dicha resolución en la práctica y dejen de solicitar el arraigo mientras investigan delitos. Es fundamental garantizar que la investigación preliminar de los delitos sea llevada a cabo sin violar derechos fundamentales de los implicados, como la presunción de inocencia.

El arraigo es un mecanismo que ha promovido malas prácticas en la investigación penal y crea un contexto en que la persona investigada es sujeta a una detención disfrazada por parte del Ministerio Público, sin un debido control judicial – el arraigado no tiene que ser presentado ante un juez. Amnistía Internacional ha documentado varios casos en que el Ministerio Público limita el acceso del arraigado a su familia, a su abogado y a la atención médica. Esta situación fomenta el uso de la tortura, intimidación y coacción para presionar al arraigado y sacar confesiones, violando normas fundamentales para garantizar un juicio justo.

Actualmente las organizaciones internacionales han opinado sobre los trabajos realizados con motivo del Proyecto que reforma diversas disposiciones de la Constitución Política en materia de justicia penal y seguridad pública, haciendo hincapié en la preocupación que tiene la Organización de las Naciones Unidas sobre la incorporación de la figura de arraigo a la Constitución en tratándose de delincuencia organizada. Por lo que la facultad del Ministerio Público de detener a una persona hasta 80 días por sospechas antes de presentar pruebas o cargos ya

ha sido criticada en reiteradas ocasiones por varios mecanismos de la ONU y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que es una figura que se presta a que haya abusos, juicios injustos y errores judiciales.

Amnistía Internacional hace un llamamiento a los legisladores para que rectifiquen estas deficiencias en las reformas para asegurar que los fundamentos del sistema de justicia y seguridad pública estén conformes con los estándares internacionales de derechos humanos y garanticen acceso a la justicia con igualdad y sin discriminación. Dicha nota fue del día jueves 28 de febrero del año 2008.

La incorporación del arraigo en la Constitución es un claro retroceso. Esta forma de detención preventiva ha sido definida como arbitraria por órganos internacionales de derechos humanos tales como el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias y el Comité contra la Tortura, los que a su vez han recomendado su eliminación. El hecho de limitar el uso del arraigo a casos de delincuencia organizada no cambia su naturaleza ni el hecho de ser considerada una violación seria a los derechos humanos.¹⁸⁷

3.2.1. ARGUMENTO JURIDICO

Como hemos hecho referencia en el primer capítulo de la presente tesis, el gobernado cuenta con una serie de derechos fundamentales, que la autoridad va a garantizar a través de las llamadas **garantías individuales**.

“Artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: 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 establezca...”

¹⁸⁷ “CrF” Pagina de Internet, DERECHOS HUMANOS, AMNISTIA INTERNACIONAL, México: La eliminación del arraigo será un paso importante hacia la protección de los derechos humanos, (google) Marzo 2008, <http://www.derechoshumanos.org.mx/modules>

De tal suerte, que para que el gobernado pueda ser protegido por los actos de la propia autoridad, cuenta con una serie de derechos otorgados por la propia constitución que van a servir de protección frente al propio poder público.

Así mismo, cuando el gobernado rebasa esas delimitación que la Ley Fundamental maneja dentro de los primeros 28 artículos, las leyes adjetivas que emanen de ella serán las competentes para regular las formas de castigo o restricción que se apliquen, evitando con ello que los gobernados rebasen esa libertad , puesto que su libertad se restringe cuando afectan a otro gobernado.

Entrando en materia, nos encontramos que la figura del arraigo es una medida cautelar con la que cuenta el demandado, la cual sirve para asegurar la buena marcha del proceso.

Pero en materia penal el arraigo sigue siendo una medida cautelar, que va a servir para evitar que el indiciado se sustraiga de la acción penal mientras que el ministerio público, con base en su investigación, acredita el cuerpo del delito y la probable responsabilidad; en cuyo caso el arraigo deberá tener la duración estrictamente indispensable que marca la ley sin que se exceda de tal plazo.

Si bien es cierto estas medidas cautelares, en algunas ocasiones sirven para beneficio del inculpado, como puede ser en el caso de un arraigo administrativo en el cual el indiciado puede evitar que sea privado de su libertad en un lugar determinado; también lo es que en caso del **arraigo judicial**, el cual es otorgado por una autoridad jurisdiccional a petición del Ministerio Público, es una violación directa de las garantías que otorga la misma Constitución.

Las medidas cautelares, existen para que se pueda solucionar un proceso, y tal cual lo especifican sus características, son de manera provisional, son autónomas y flexibles, pero sobre todo son instrumentales, es decir, que nunca alcanzan el carácter de cosa juzgada, nunca van a ser medidas definitivas.

Entonces, nos encontramos con que el arraigo si es una forma de privación de la libertad, no es definitiva pues aun no se ha resuelto sobre la situación jurídica del inculpado, pero ya se esta restringiendo la libertad personal.

Como consecuencia de lo anterior se tiene que, dicha medida cautelar no tiene razón de existir, pues la Constitución Política es muy clara al mencionar las formas legales en que se puede privar de la libertad a una persona, las demás formas no tiene razón de existir.

Por otro lado, nuestra Carta Magna hace mención que el artículo 14 y 16 son garantías de seguridad jurídica con las que cuenta el gobernando, aunque el primero se refiere a actos de privación y el segundo a actos de molestia, en los que se encuentran los plazos con los que cuenta la autoridad para resolver la situación jurídica del indiciado:

“Artículo 16:... Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más 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...”

Por lo tanto, aunque sea una medida cautelar la figura del arraigo, esta se esta excediendo en lo dispuesto por la propia constitución, ya se esta privando de la libertad al individuo. Aunque más adelante veremos que la Suprema Corte se ha pronunciado sobre la privación o no de la libertad.

Siguiendo con este orden de ideas, el arraigo de acuerdo con las leyes secundarias tanto federales como locales, debe ser otorgado por una autoridad jurisdiccional a petición del Ministerio Público, dicha petición debe ser fundada y motivada; lo cual podría ser tomado en consideración para precisar que dicha media no va en contra de la propia constitución ya que de acuerdo con el art. 14 constitucional todo acto debe ser motivado y fundamentado, y si podríamos decir que se encuentra fundamentada y motivada dicha petición, pues al existir el temor

fundado de que se sustraiga el indiciado a la acción penal se esta motivando el actual del Ministerio Público.

Pero por otro lado, que pasa con el principio fundamental de la SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL:

“Artículo 133 constitucional: 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 República, 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.”

El cual establece claramente que la Constitución y los Tratados internacionales con ley suprema y no hay nada más por encima de ella; así que las leyes secundarias que emanen de ella estarán a lo que dispone esta, ya que como la misma lo dice, la Constitución es ley reglamentaria de las secundarias.

Con lo anterior nos damos cuenta de que tal vez el principio de legalidad que se debe de manejar en todo acto de autoridad si se cumple, pero este debe estar debidamente fundamentado y tal fundamentación no existe, ya que la ley suprema no regula nada sobre el particular, sino lo hace la ley secundaria como lo es el Código de Procedimientos Penales Federal y Local, así como la Ley Federal de Delincuencia Organizada. Por lo tanto, al querer exceder dichas leyes secundarias su esfera de regulación se esta violentando el **principio de supremacía constitucional** y por lo tanto todo lo realizado por las autoridades es un exceso de su proceder.

Mientras no se eleve a rango constitucional la figura del arraigo, como una medida cautelar, esta será susceptible de ser impugnada por los recursos con los que cuenta el mismo gobernado para hacer valer sus derechos, como lo es el juicio de amparo; el cual sirve para combatir leyes o actos emitidos por la autoridad que violenten las garantías individuales del gobernado.

Creemos que el principal problema surgió cuando, en el año de 1993 cuando se reforma la constitución, en su artículo 16 en lo concerniente al plazo con el que cuenta el Ministerio Público para resolver la situación jurídica del inculpado cuando antes de la reforma no mencionaba plazo y por lo tanto la privación a la que era sujeta el indiciado no era inconstitucional, pues no iba en contra aunque no se encontraba establecida.

Pero después de la reforma que sufre tal precepto, ya se establece un plazo de 48 horas y de 96 horas para el caso de delincuencia organizada, olvidándose el legislador de reformar los artículos de las leyes secundarias con respecto al arraigo, por lo tanto se excede en lo dispuesto a la Constitución y ace inconstitucional tal medida cautelar.

4.3.3 CRITERIO DE LA CORTE

En el planteamiento del problema se apuntó la discusión que ha tenido la figura del arraigo, ya que algunos consideraban que esta figura si afectaba la libertad personal, mientras que para otros, dicha medida consistía en una violación a la libertad de tránsito.

Esta controversia surgió por la contradicción de tesis, producida entre diversos Tribunales Colegiados de Circuito en recurso de queja de juicios de amparo en materia penal, y que básicamente fueron sustentadas por parte del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito (que considera que el arraigo es un acto que no afecta la libertad personal y por ello no procede su suspensión en términos de la Ley de Amparo), y por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Octavo Circuito (quienes referían que la orden de arraigo afecta la libertad personal y de tránsito.).

Ahora bien, mencionaremos detalladamente como surgieron dichas contradicciones, que finalmente fueron denunciadas ante el Máximo Tribunal constitucional quien resolvió tal discrepancia.

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del primer Circuito, al resolver los recursos de queja a que fundamentan la contradicción de tesis, sostuvo:

“A) Con fecha cinco de agosto de mil novecientos noventa y siete, en el fallo respectivo al recurso de queja 33/97, promovido por Víctor Manuel Salazar Huerta, derivado del cuaderno de suspensión del juicio de amparo 432797, del Juzgado Segundo de Distrito en materia penal en el Distrito Federal, precisó, para lo que aquí interesa, lo siguiente: Son infundados los agravios que hece valer el recurrente. En efecto, contrariamente a los argumentos esgrimidos por el quejoso el juez de distrito que conoce del amparo, en forma correcta negó la suspensión provisional del acto que reclama el quejoso consistente en la orden de arraigo decretada en su contra... a mayor abundamiento, debe decirse que una orden de arraigo no afecta la libertad personal propiamente dicha, a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulado por el artículo 11 de la Constitución General de la República.

B) Con fecha veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y ocho, en el fallo respectivo al recurso de queja número 61/98, promovido por José Fernando Peña Garavito, derivado del cuaderno de suspensión del juicio de amparo número 695/98, del Juzgado Duodécimo de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal, precisó, para lo que aquí interesa, lo siguiente: Por otra parte, en cuanto a la suspensión provisional que solicita el quejoso del acto reclamado consistente en la orden de arraigo dictada en su contra por las autoridades judiciales señaladas como responsables para su ejecución, se niega la medida cautelar solicitada, por no actualizarse el extremo exigido por el artículo 124, fracción II, de la Ley de Amparo, pues no debe perderse de vista que la presente medida suspensiva se encuentra supeditada, en cuanto a su otorgamiento, a que no se cause perjuicio al interés social, con la dilación de la ejecución de los actos de autoridad; en el caso específico, es evidente que la sociedad está interesada en que se adopten las medidas precautorias necesarias para acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad de los inculcados, procurando con ello la debida y oportuna integración de la averiguación previa; a mayor

abundamiento, en pluralidad jurídica, el arraigo no afecta la libertad personal propiamente dicha, a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan sólo la libertad de tránsito del quejoso en términos del artículo 11 de la Constitución Federal...

C) Con fecha cinco de octubre de mil novecientos noventa y ocho, en el fallo respectivo al recurso de queja número 73/98, promovido por Salvador Giordano Gómez, derivado del cuaderno de suspensión del juicio de amparo número 971/98, del Juzgado Quinto del Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal, precisó, para lo que aquí interesa, lo siguiente: Ahora bien, toda vez que la integración de las averiguaciones previas es de orden público y de interés social, de concederse la suspensión se contravendría lo que dispone la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, puesto que se entorpecería la integración de la averiguación previa respectiva relativa a la investigación de delitos con lo cual se obstaculizaría la función encomendada al Ministerio Público por el artículo 21 constitucional; y aún y cuando por negarse la suspensión provisional pudiera quedar sin materia el juicio de garantías, ante el conflicto de esos principios, debe prevalecer el interés colectivo sobre el particular, pues de lo contrario se haría negatoria la función constitucional encomendada a la representación social, la cual tiene el interés por la sociedad de que se cumpla ... así mismo, este Tribunal considera que la naturaleza jurídica de la orden de arraigo es mantener a disposición de la autoridad investigadora en determinado sitio a persona que como en el caso esté sujeta a investigación y el hecho de que con anterioridad a esta medida hubiese sido detenido por autoridades administrativas, e interrogado, esto no impide que posteriormente pueda ser sujeto de una medida como el arraigo, al continuar el trámite de la averiguación previa relacionada, que como ya se dijo no puede ser sujeta de suspensión.

D) Con fecha diez de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, en el fallo respectivo al recurso de queja número 85/98, promovido por Francisco García González, derivado del cuaderno de suspensión del juicio de amparo número 839/98, del Juzgado Noveno de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal, precisó, para lo que aquí interesa, lo siguiente: A más, este tribunal sostiene que la orden jurisdiccional de arraigo, no afecta la libertad personal propiamente dicha,

a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulada por el artículo 11 de la Constitución General de la República.

E) Con fecha diez de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, en el fallo respectivo al recurso de queja número 89/98, del índice del citado juzgado, precisó, para lo que aquí interesa, lo siguiente: La institución jurídica del arraigo (contemplada en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales), no viola el artículo 16 constitucional, porque la autoridad que ordena el arraigo instruye una averiguación previa, a la que se encuentra sujeto el hoy quejoso, por lo tanto, el arraigo es una medida suspensiva y es una excepción prevista a la contenida en la fracción II del artículo 22 de la Ley de Amparo, que no debe entenderse limitada a una privación de la libertad, sino a una afectación de la misma, en función del alto valor que se protege y cuya defensa mediante el juicio de garantías no debe quedar sujeta a requisitos de temporalidad.¹⁸⁸

Estas ejecutorias integraron la jurisprudencia número 373 publicada en la página 610, del Tomo IX, correspondiente al mes de enero de mil novecientos noventa y nueve, de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que a la letra dice:

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

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

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO”. Véase la jurisprudencia completa en el anexo.” Véase anexo marcado número 1.

¹⁸⁸ “Revista Mexicana de Justicia”. Los Nuevos Desafíos de la PGR, Sexta Época, Número 6, PGR, México Año 2003, Página 52 – 56

Por su parte el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito manifestó que la suspensión provisional de la orden de arraigo fue resulta en el recurso de queja número 88/99, interpuesto por Francisco García González, derivado del juicio de amparo número 59/98, del índice del Tercer Tribunal Unitario del Primer Circuito que básicamente expuso:

“Contrariamente a lo sostenido por la resolutoria, la orden de arraigo, afecta también la libertad personal del quejoso, además de la libertad de tránsito,... si bien es cierto que el acto que se reclama es un acto que atenta en contra de la garantía contenida en el artículo 11 constitucional, que se refiere precisamente a la libre circulación de toda persona, también lo es que la orden jurisdiccional de arraigo es un acto que limita la libertad personal del quejoso y por tanto, en términos de una correcta interpretación de los artículos 124, 130 y 136 de la Ley de Amparo, es procedente se revoque la resolución que se impugna, para conceder la suspensión provisional del acto reclamado, con el objeto de que el quejoso no sea privado de su libertad personal,...lo anterior tomando en cuenta que, conforme a los artículos anteriores, con la concesión de la suspensión provisional en los términos solicitados, no se sigue perjuicio de interés social, ni se contravienen disposiciones de orden público y de no concederse, con la ejecución del acto reclamado, se causarían daños y perjuicios de difícil reparación al peticionario de garantías. Además, en términos del artículo 130 de la invocada ley de la materia, los Jueces de amparo pueden tomar las medidas que estimen pertinentes para asegurar al quejoso, pues dicho artículo concede las más amplias facultades a los juzgadores de amparo tomando las medidas que estimen pertinentes.-Además, la resolución que por esta vía se impugna, agravia al quejoso porque la suspensión, por naturaleza, tiende a preservar la materia del juicio de amparo, dejando las cosas en el estado que guardan al momento de solicitarse la protección constitucional, y de ejecutarse el acto reclamado, contraría el espíritu que rige al juicio de amparo, porque dejaría de existir la litis constitucional al vencer el término del arraigo sin que el juicio de amparo se haya resuelto. Por tanto, el arraigo al ser una limitante a la libertad personal, es un acto

prohibido por los artículos 14 y 16 constitucionales”.¹⁸⁹

Véase en el anexo (número 2) el documento completo con el título “CONTRADICCIÓN DE TESIS 3/99. ENTRE LAS SUSTENTADAS, POR UNA PARTE, POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS CUARTO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO Y PRIMERO DEL DÉCIMO OCTAVO CIRCUITO Y, POR OTRA, POR EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.”

La ejecutoria de mérito dio origen a la tesis consultable en la página ochocientos veintiocho, del Tomo IX, correspondiente al mes de enero de mil novecientos noventa y nueve de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que dice:

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

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.” Vease jurisprudencia completa en anexo (número 3).

Por lo que hace al Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, al resolver con fecha trece de febrero de mil novecientos noventa y ocho, el recurso de queja número 19/98, promovido por Jesús Miyazawa Álvarez, relativo al incidente del juicio de amparo número 119/98, del índice del Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Morelos, en lo conducente, consideró:

“Este tribunal sólo puede analizar la negativa de la concesión de la suspensión provisional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95, fracción XI, de la Ley de Amparo, que señala que en contra de la resolución de un juez de distrito

¹⁸⁹ “Revista Mexicana de Justicia”. Los Nuevos Desafíos de la PGR., Sexta Época, Número 6, PGR, México Año 2003, Página 52

que niegue la suspensión provisional procede el recurso de queja y no la negativa de la concesión de la suspensión de plano,... en la parte de agravios la parte recurrente aduce que en el escrito de demanda se precisó que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada no otorga a los indiciados la garantía de audiencia que señala el Código Federal de Procedimientos Penales, en el artículo 133 bis... en efecto, en primer lugar, este Tribunal estima que la orden de arresto 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. En tal sentido, al caso si son aplicables las disposiciones invocadas, por afectarse la libertad personal, por ello la conclusión es que si debe concederse la suspensión y por tanto el acto impugnado debe revocarse. “ Véase anexo (número 4) el documento completo

Posteriormente, el mismo Tribunal Colegiado con fecha 17 de marzo de 1999, emitió resolución de aclaración de sentencia derivada del citado expediente de queja 19/99, cuyas consideraciones básicamente se resumen en lo siguiente: ...Ahora bien, la parte de la sentencia que debe aclararse es lo relativo al error en el que incurrió este Tribunal al hacer referencia en una parte a la palabra arresto, cuando debió decirse arraigo, ... sin embargo, ello se debió indudablemente a un error, puesto que en el octavo párrafo, de dicha sentencia constitucional, quedó evidenciado que el acto reclamado por el agraviado lo fue la orden de arraigo decretada en su contra.”¹⁹⁰

Atento a lo anterior, el Primer Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito establecía que el arraigo no afectaba la libertad personal, en contraposición el Cuarto Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en materia Penal del Décimo Octavo Circuito concluían que la figura del arraigo afectaba la libertad personal y de tránsito, ante

¹⁹⁰ “Revista Mexicana de Justicia”. Los Nuevos Desafíos de la PGR., Sexta Época, Número 6, PGR, México Año 2003, Página 53

tal discrepancia el asunto se denunció ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En proveído de 3 de junio de 199, el Presidente de la Primera Sala ordenó turnar los autos al Ministro Juventino V. Castro para que emitiera su resolución. El ministro ponente doctor Juventino v. Castro y Castro, consideró lo siguiente:

“ 1. Que el arraigo contemplado en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada regula o previene diferentes condiciones de realización de los preceptos del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo que debe entenderse que se trata de órdenes de arraigo diversas. El arraigo que estipula el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales es domiciliario, es decir, su intención y finalidad fue la de incluir como medida cautelar. En tanto que el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, previene que la orden de arraigo se verificará en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud del Ministerio Público, esto se previene que la orden de arraigo se lleve a cabo en el lugar que indique el Ministerio Público, como lo establece también el Código Federal de Procedimientos Penales, pero además de ello señala que puede verificarse en la forma y con los medios de realización que la propia autoridad investigadora señale en su solicitud.

2. Que el Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito se pronunció respecto de una orden de arraigo diversa a la que fue materia de análisis por parte de los tribunales colegiados del primer circuito, precisamente porque los numerales que las previenen contemplan hipótesis diferentes, al establecer la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que la orden de arraigo se verificará en el lugar que solicite la autoridad investigadora, en tanto que el Código Federal de Procedimientos Penales precisa que la orden de arraigo es domiciliaria. En consecuencia se determinó que no existe contradicción de los criterios sustentados entre los Tribunales Colegiados, Primero en materia penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito.

3. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideró que si existe la contradicción de criterios sólo en cuanto a determinar si la orden de

arraigo domiciliario decretada en términos de lo dispuesto por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, constituye un acto restrictivo de la libertad personal y en consecuencia si es un acto susceptible de ser materia de la suspensión regulada por los artículos 130, 136 y demás relativos a la Ley de Amparo, sin que exista dicha contradicción con relación a los requisitos y efectos a que debe sujetarse la medida suspensiva, en el caso de que la misma se conceda.

4. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideró que la orden de arraigo domiciliario, prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, al generar una obligación de permanecer en un domicilio, constituye una imposición que afecta y restringe la libertad personal del agraviado, ya que mediante ellas se le aplica el deber de ubicarse en el mismo bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, de tal forma que no puede abandonar ni salir de él, es decir, su libertad personal de poder hacer lo que desee, siempre y cuando su conducta no sea contraria a derecho ni afecte a terceros, se ve afectada o restringida, de tal manera que su ámbito de acción y deambulatorio se limita únicamente a las dimensiones del domicilio. Por lo que considera que, aun cuando se encuentre en su domicilio, con todas las comodidades posibles, con los medios que estén a su alcance de alimentarse, distraerse, descansar, etc., la libertad personal del individuo se altera por que no puede salir del inmueble a realizar sus actividades cotidianas, las que desee o tenga obligación de desarrollar fuera del mismo, como bien pudieran ser laborales, de vigilancia y supervisión de sus propiedades o riqueza, de recreo, salud, etc., Por tanto es un acto de autoridad que puede, si es el caso, de ser susceptible de suspenderse 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 suspensiva y sus efectos, en el evento 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. ¹⁹¹

¹⁹¹ “Revista Mexicana de Justicia”. Los Nuevos Desafíos de la PGR., Sexta Época, Número 6, PGR, México Año 2003, Página 58 y 59

En tales condiciones le criterio sustentado por la Primer Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la siguiente:

“ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.

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

En razón de lo anterior, queda ahora resolver el cuestionamiento siguiente: “De conformidad con esta última tesis jurisprudencial, tratándose de delincuencia Organizada ¿procede decretar la suspensión cuando el acto reclamado es el arraigo? La respuesta es sencilla:

“No, porque como bien lo expresa el Ministro Juventino V. Castro y Castro; la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada regula o previene el arraigo con diferentes condiciones de realización a los preceptos establecidos en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, es decir, se verifica en la forma con los medios de realización que la propia autoridad investigado señala en su solicitud, por lo que debe señalarse que se trata de órdenes de arraigo diversas.

“De ahí que señalará que no existe contradicción de los criterios sustentados entre los tribunales colegiados, Primero en materia penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito.

“De tal manera, la tesis jurisprudencial, arriba citada, se refiere no a la figura del arraigo contemplada en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, sino a

la figura del arraigo domiciliario que esta contenido en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, dando lugar a que en el ámbito de la delincuencia organizada si proceda decretarse el arraigo y por lo tanto no ser señalado inconstitucional.”¹⁹²

De lo anterior tenemos que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que la orden de arraigo afecta la libertad personal, precisando que esto sucede en su modalidad de arraigo domiciliario, y para efectos de la suspensión en términos de la ley de Amparo, Por otra parte estableció que el arraigo en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada es diverso al arraigo domiciliario previsto en el Código Federal de Procedimientos Penales, ya que en tratándose de delincuencia organizada el arraigo se solicita en la forma y con los medios que el propio órgano investigador solicita al Juez, por lo que no procedería decretar la suspensión del arraigo. Ahora bien no debemos dejar de mencionar que nuestro Máximo Tribunal Constitucional si bien resolvió, la procedencia o improcedencia de la suspensión provisional del arraigo domiciliario, o si el arraigo afectaba o no la libertad personal, se abstuvo de resolver sobre la constitucionalidad de la figura del arraigo prevista en el Código Federal de Procedimientos Penales.

Por otra parte y después de lo resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación surgió en el 2005 la jurisprudencia que declaró la inconstitucionalidad de la figura del arraigo contemplada en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua y que a la letra refiere:

“ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

¹⁹² “Revista Mexicana de Justicia”. Los Nuevos Desafíos de la PGR. Sexta Epoca, Número 6, PGR, México Año 2003, Página 60

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.” Véase anexo numero 5

Otra resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue la siguiente:

ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA LIBERTAD DE TRÁNSITO CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Del citado precepto constitucional se advierte que la garantía de libertad de tránsito se traduce en el derecho que tiene todo individuo para entrar o salir del país, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, permiso o autorización, libertad que puede estar subordinada a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal y civil. Ahora bien, tratándose del arraigo civil, las limitaciones o restricciones a la libertad de tránsito consisten únicamente en que el arraigado no puede abandonar el país o la ciudad de residencia, a menos que nombre un representante y otorgue garantía que responda de lo demandado, pero tal restricción no llega al extremo, como sucede en el arraigo penal, de impedir que salga de un inmueble, y menos aún que esté bajo la custodia y vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora de delitos. En ese sentido, tratándose del arraigo previsto en el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, si al arraigado se le impide salir de un inmueble es obvio que también le está prohibido salir del lugar donde se encuentre, lo que atenta contra su libertad de tránsito.” Véase anexo numero 6

CONCLUSIONES

PRIMERA: Para que exista un Estado de Derecho dentro de una sociedad, es necesario que se instituyan ciertas libertades y restricciones dentro de un texto que sea supremo a cualquier tipo de ley llamado Constitución en la cual se establecerán dichos parámetros de libertad y restricción para los individuos que se encuentran dentro de la figura del Estado denominados gobernados.

Dichas restricciones y libertades pueden ser denominadas garantías individuales, las cuales se pueden conceptuar como la relación jurídica que surge entre dos sujetos, por un lado los gobernados como sujetos activos y por el otro el Estado junto con las autoridades como sujetos pasivos, de la que emanan derechos y obligaciones recíprocos que podrán hacer efectivos las autoridades, con el fin de que se consiga una seguridad jurídica para la colectividad, mismos que estarán regulados en un texto llamado Constitución Política; pero también existe un medio de defensa para el caso de que la autoridad rebase su facultad de ejercicio y violente las garantías individuales del gobernado, entonces cuenta con el Amparo.

SEGUNDA: Ahora bien, cuando hicimos referencia al concepto de garantía individual, nos encontramos que existen dos elementos fundamentales de dichas garantías: el sujeto activo y el sujeto pasivo. El primero se refiere al gobernado, pero no solo como ente individual, sino también como persona moral, que cuando se convierte en persona física adquiere derechos y obligaciones con el estado y también es susceptible de ser protegida, no como su conjunto de persona moral, sino en su individualidad cuando surge alguna violación en lo personal. El segundo hace referencia a el Estado y la autoridad como sujetos pasivos, que por un lado la autoridad va a regular las relaciones de los gobernados ejecutando lo que el Estado le permita para así conservar el marco de seguridad jurídica.

El objeto de las garantías individuales es una reciprocidad entre los sujetos de derechos por parte del gobernado y obligaciones por parte del Estado y autoridades.

TERCERA: En cuanto a la clasificación de dichas garantías, observamos que diversos autores tienen distintos puntos de vista sobre esta clasificación, algunos lo hacen de manera general, y otros lo desmenuzan explicando cada una y los derechos que incluyen. Pero actualmente nuestro Derecho positivo vigente nos hace referencia a que las garantías individuales se clasifican en garantías de igualdad, propiedad, libertad y seguridad jurídica.

CUARTA: Como ya se ha hecho mención, las garantías individuales son aquellos derechos consagrados en nuestra Ley Fundamental a favor de los gobernados, estos derechos deben ser reconocidos, protegidos y respetados por el Estado y principalmente por sus autoridades, en este tenor hemos observado la creación de dos figuras importantes: **las garantías de legalidad y seguridad jurídica**, refiriéndose la primera a que las atribuciones del Estado y de sus autoridades solo tienen validez si se encuentran previstas en la ley, en tanto la garantía de seguridad jurídica es una serie de elementos, condiciones o requisitos a los que deben sujetarse las autoridades, para afectar validamente la esfera jurídica del gobernado. En este sentido consideramos que, de manera general en todo procedimiento, y más aun en el ámbito penal, deben ser observadas estas garantías para evitar la violación de los derechos de los gobernados por parte de la autoridad, que en el caso específico se trata del Ministerio Público, la cual es una institución federal que se caracteriza por ser el Representante Social y por ser una parte fundamental dentro del procedimiento penal en México. Sin embargo, derivado de la ley fundamental (artículos 21 y 102 constitucionales) y de las leyes adjetivas penales, tiene encomendadas dos funciones de vital importancia:

- 1) La investigación y persecución (con carácter investigador) de los delitos.
- 2) El ejercicio de la acción penal.

QUINTA: En materia penal las garantías individuales tienen gran importancia ya que protegen derechos fundamentales tales, tales como: la vida, la libertad, la igualdad, la propiedad, la posesión, etc.; mismos derechos que al verse afectados y los actos que emiten las autoridades deben cumplir con los requisitos o condiciones que establecen los artículos 14 y 16 constitucionales, para evitar que se violen los derechos que la propia ley constitucional prevé a favor de los

gobernados. Así mismo, se establece de forma constitucional que en todo procedimiento penal, en el que generalmente se afecta la libertad personal se mencionan, para la protección de los gobernados, el debido cumplimiento de estos dos artículos 14 y 16 constitucionales, previéndose además en el artículo 20 constitucional de forma específica una serie de garantías a favor de aquellas personas que se encuentran sujetas a un procedimiento penal.

SEXTO: Es de gran importancia que la figura del arraigo como medida cautelar que afecta la libertad personal, sea acorde con los derechos que establece que establece la propia constitución para evitar que se violen las garantías de legalidad y seguridad jurídica previstas en los numerales 14 y 16 de la Constitución Federal misma que consagra derechos a favor de las garantías y oponibles al Estado, cuando las autoridades al emitir sus actos de autoridad afecten los derechos de los gobernados y como en el caso específico de la figura del arraigo al afectarse la libertad personal.

SEPTIMA: Para la autoridad, en ocasiones, ha sido necesario implementar ciertas medidas precautorias con el fin de que se realice correctamente un procedimiento, a estas medidas se les ha denominado **medidas cautelares**. Con tales medidas se busca proteger los bienes, derechos y personas hasta la resolución del procedimiento en cuestión, evitando con esto que la parte demandada pueda evadir su responsabilidad a reparar el daño causado a la parte actora.

Las medidas cautelares cuentan con algunas características, las cuales consisten en: son *instrumentales*, pues no resuelven el proceso en lo principal, sino que se encuentran supeditadas a la suerte de la principal; como su nombre lo indica sirven de instrumento pero nunca alcanza la autoridad de cosa juzgada. Son *provisionales*, ya que solamente van a subsistir mientras se resuelve el procedimiento, cuando ya existe sentencia firme o es cosa juzgada deja de existir la medida cautelar. Son *flexibles*, ya que el juzgador si lo cree conveniente podrá modificar, ampliar o suprimir dicha medida cautelar y no por ello tendrá algún perjuicio el procedimiento principal. Es *autónoma*, no se refiere a que surge por si sola, sino que si requiere de un proceso principal para que pueda ser exigida,

pero dicha medida no va a afectar al proceso principal. *Trata de evitar que se agrave el daño marginal*, pues si ya se hizo daño con el actuar de los involucrados en el litigio, con la medida cautelar se trata de evitar que se siga causando. Es de carácter *urgente*, puesto que precisamente para evitar que se siga haciendo daño, es de inmediata instalación la medida cautelar.

OCTAVA: Estas medidas cautelares, se pueden clasificar en dos grandes grupos, las reales y las personales. Las *medidas cautelares reales*, se refieren a la afectación de los bienes en cuanto a su propiedad, ya que en ocasiones se restringe o se priva de ella; así como también de afectación económica por parte del deudor cuando existe una resolución de carácter civil que lo disponga así. Estas medidas reales por lo general tienen un carácter puramente civil, y como tal van a existir la figura del *embargo*, la *contragantía*, el *depósito*, el cual es un contrato por el que el depositante le deja un bien mueble o inmueble al depositario quien se obliga a guardarlo y protegerlo hasta que le sea solicitado, dicha medida es de notoria importancia en el procedimiento penal, puesto que a través la figura del depósito en efectivo se puede caucionar la libertad provisión del inculcado ante el Ministerio Público; la *fianza* que es considerada como una garantía de carácter personal, o como un contrato; el *aseguramiento de objetos* que servirá para que, el juez asegure los objetos que se encuentran en litigio de manera provisional, hasta que la misma autoridad determine el destino de dichos objetos, en materia penal, el aseguramiento de objetos tiene como finalidad preservar algún indicio que pueda llevar al esclarecimiento del hecho delictivo; la *intercepción telefónica* la cual tiene como finalidad primordial ayudar a la investigación de hechos delictivos, pero en ocasiones esta intercepción a servido para discusión en cuanto a que se esta manejando como “espionaje”.

NOVENA: En cuanto a las *medidas cautelares personales*, afectan a la persona en cuanto a la medida definitiva que se de, y básicamente va a restringir la libertad personal del inculcado; de esta manera surgen diferente medidas como el *arraigo*, que va a restringir la libertad de transito de la persona hasta por el tiempo que la autoridad considere; la *incomunicación*, con ella se impide a una persona física que tenga contacto con otra persona, aunque la constitución en este sentido si ha sido muy clara al prohibir la incomunicación del sujeto que esta sometido a

un proceso, pero no así prohíbe la incomunicación de los testigos en un delito; el *examen anticipado de testigos*; *internamiento de enfermos*, esta medida se llevara a cabo cuando se sospeche de enfermedad mental del sujeto que cometió el acto delictivo; *custodia policíaca de testigos*, surgida esta medida en el derecho anglosajon, es puesta en practica mas en Estados Unidos pues bajo el nombre de custodia policíaca de testigo se mantiene confinado al testigo presencial de los hechos; *prohibición de conducir vehículos*, esta medida tampoco esta contemplada en nuestras leyes, pues a pesar de que se comenten diversos delitos relacionados con el transito de vehículos, hasta ahora no se ha restringido dicha actividad.

Por otra parte, existen otras medidas personales que afectan directamente a la libertad personal, tal es el caso de la *detención*, la cual consiste en la privación de la libertad de un individuo por su presunta participación en un delito, dicha detención se puede dar en tres momentos de acuerdo con nuestra legislación, la primera cuando se presenta un hecho flagrante, la segunda cuando lo realiza una autoridad administrativa por que se esta ante un caso urgente, y la tercera cuando se ejecute una orden de aprehensión dictada por la autoridad judicial competente.

Otras medida que restringe la libertad personal de manera legal, por la presunta realización de acto delictivo son *el arresto, aprehensión, prisión y prisión preventiva*.

DÉCIMA: Entrando en materia, la medida cautelar que nos interesa en este momento es **el arraigo**, ya que esta es el tema de nuestra investigación, así pues, tenemos que el arraigo en la legislación actual es considerada 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 impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, segur el proceso y responder de la sentencia que se dicte.

En materia penal, se conceptualiza como una medida precautoria con la que cuenta el Ministerio Público para realizar su investigación por faltar la acreditación de la probable responsabilidad o el cuerpo del delito, a fin de evitar que el

indiciado se sustraiga de la acción penal. Su duración será la estrictamente necesaria de acuerdo a la autoridad, pero la ley señala como plazo el de 30 días prorrogables hasta por 60 días, y en caso de delincuencia organizada es de 90 días.

El arraigo, se puede clasificar, de acuerdo a la legislación, en domiciliario y la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Pero como se puede observar, el arraigo solamente esta fundamentado en las leyes secundarias, no así en la Ley Fundamental, ya que como lo mencionamos, esta si establece las formas de privación de la libertad de una persona, pero el arraigo no se encuentra contemplada en ninguna de estas formas.

El arraigo si es una medida precautoria, pero es arbitraria a todas luces, pues el Procurador de Justicia o el agente del Ministerio Público podría realizar alguna de sus funciones con la amplitud que amerite, sin hacer objeto al indiciado de detenciones ilegales; y además, con la seguridad de que este no evadirá la acción de la justicia, por lo que se le esta dejando al arbitrio de la autoridad la libertad de la persona por el solo hecho de no poder acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado en el tiempo establecido por la Constitución.

DÉCIMA PRIMERA : Como bien se estableció en nuestra investigación, el arraigo es una medida cautelar de carácter personal restrictiva de la libertad, que sirve en el procedimiento penal para garantizar el desarrollo del proceso, pero como medida cautelar restrictiva de la libertad debe tener su fundamento legal en nuestra Máxima ley, porque vulnera una de las garantías individuales más importantes del ser humano, la libertad, y por ello debe encontrarse regulada expresamente en el ordenamiento constitucional, para evitar que sea inconstitucional o bien, que al momento de hacerla efectiva contradiga disposiciones vigentes la propia Constitución Federal.

DÉCIMA SEGUNDA : La medida cautelar del arraigo es de derecho positivo y vigente, su legalidad proviene de las leyes adjetivas penales tanto del ámbito federal (el artículo 133 BIS del Código Federal de Procedimientos Penales) como en las leyes locales de cada estado, sin embargo, por ser un acto que

afecta la libertad de las personas debe tener su fundamento legal en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que las garantías que ésta constitución consagra para los gobernados, solo podrán verse afectadas o restringidas si así lo dispone el mismo ordenamiento legal.

DÉCIMA TERCERA : Al realizar un análisis minucioso en nuestra Carta Magna se observo que la libertad como garantía individual, puede ser restringida en los siguientes casos: orden de aprehensión, flagrancia y caso urgente, supuestos que se encuentran regulados en el artículo 16 constitucional, como garantías específicas de seguridad jurídica en materia penal.

Por otra parte durante la investigación se considero que la medida cautelar del arraigo se encuentra bajo el amparo del artículo 16 constitucional, por ser un acto de molestia que cumple con los requisitos exigidos en su párrafo primero (es decir, que el acto sea fundado, motivado, por escrito y emitido por la autoridad competente), por lo que se puede hacer efectiva dicha figura con fundamento en el párrafo primero de este artículo, sin embargo, la problemática se presenta cuando el propio artículo 16 constitucional en su párrafo séptimo, establece de forma general los plazos con que cuenta el Ministerio Público para tener retenido al indiciado, mismos que se contraponen con los plazos estipulados en las leyes procesales penales para el supuesto del arraigo, haciendo evidente que la medida cautelar del arraigo rebasa los plazos establecidos en el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional.

DÉCIMA CUARTA : En todo estado de derecho, la autoridad del rango que sea debe ineludiblemente acatar lo ordenado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para ello dicho ordenamiento se rige por una serie de principios constitucionales, entre los que destaca el Principio de Supremacía Constitucional, que implica que la Constitución tiene en todo caso preferencia aplicativa sobre cualquier disposición de índole secundaria que la contraría, principio que tiene eficacia y validez absoluta. Dicho principio se encuentra vulnerado, cuando en la legislación secundaria se establece la medida cautelar del arraigo con plazos que rebasan ampliamente los estipulados en el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional.

DÉCIMA QUINTA : Se debe incluir el arraigo en el texto constitucional dentro del artículo 16 constitucional, como una modalidad más para restringir la libertad personal, ello en el entendido de que dicho precepto legal es una garantía individual de carácter específico en materia penal, en el cual se establecen como subgarantías los casos en los que se puede restringir la libertad de un individuo sin violar otras garantías y principios constitucionales. Nosotros consideramos fielmente que la figura del arraigo si funciona y le ha dado buenos resultados a nuestro sistema, sin embargo, el legislador debe ser muy cuidadoso al regularla en nuestra Constitución buscando esencialmente, que la aplicación de dicha figura sea viable y eficaz para la autoridad.

DÉCIMA SEXTA.- La hipótesis que planteamos al principio de nuestra investigación, se comprueba a lo largo de nuestra investigación, ya que la inconstitucionalidad de la figura del arraigo estriba en que no se encuentra como tal regulada en nuestra Carta Magna, y que además las legislaciones federales y locales se están excediendo en sus atribuciones al determinar ellas los plazos en que se priva de la libertad a un inculpado con motivo de la investigación, ya que si bien es cierto nuestra constitución establece un plazo para la integración de la Averiguación Previa en el artículo 16 constitucional, la legislación secundaria se excede dando un plazo mayor que llega a ser de hasta 60 días y 90 para los casos de delincuencia organizada. Por lo que observamos que existe una inconstitucionalidad de la figura del arraigo por exceder los plazos establecidos en el artículo 16 constitucional, párrafo séptimo.

FUENTES CONSULTADAS

- ARILLA BAS, Fernando, El procedimiento Penal en México, Editorial Porrúa, México, 2004
- BECERRA BAUTISTA, José, El Procedimiento Civil en México, ed. Décimo séptima, Ed. Porrúa, México, 2000
- BURGOA ORIGUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Porrúa, México, 2000.
- CASTRO V. Juventino, GARANTIAS Y AMPARO, Octava edición, Porrúa, México, 1994
- COLIN SÁNCHEZ Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, décimo octava edición, Porrúa, México, 1999
- CONTRERAS, CASTELLANOS Julio César. Las Garantías Individuales en México, Editorial Porrúa. México, 2007
- COUTURE, Eduardo, Vocabulario Jurídico, Editorial Desalma, Buenos Aires Argentina, 1991
- DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, Trigésima edición, Editorial Porrúa, México, 2001
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal , Editorial Porrúa, México, 1997
- Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, 1989
- ECCO, Umberto, Cómo se hace una tesis, Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura, Editorial Gedisa. Barcelona España 2003, cuarta reimpresión.
- GARCÍA RAMIREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, Prontuario del Proceso Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 2002.
- GARCÍA RAMIREZ, Sergio. Delincuencia Organizada, Ed. Porrúa, México 2005.
- GARRONE, José Alberto, Diccionario Manual Jurídico, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina 1991,
- GÓMEZ LARA, Cipriano, Derecho Procesal Civil, Sexta edición, Editorial. Oxford, México 1999,

- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Derecho Procesal Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México
- KIELMANOVICH L., Jorge, Medidas Cautelares, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000
- LARA ESPINOZA Saúl, Las Garantías Constitucionales en materia Penal, segunda edición, Porrúa, 1999
- MANCILLA, OVANDO Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su aplicación en el proceso penal, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1995.
- MARTÍNEZ BOTOS, Raúl, Medidas Cautelares, cuarta edición, Editorial Universidad, Buenos Aires 1999
- OVALLE FABELA, José, Teoría General del Proceso, Editorial OXFORD, México 2001
- RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal, trigésima tercera edición, Editorial Porrúa, México 2003
- ROJAS, CABALLERO Alberto. Las Garantías Individuales en México, Editorial Porrúa, México, 2003
- SAHAGÚN PADILLA, Gumesindo, Derecho Romano II, Ed. McGraw-Hill, México 2002.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial. Hartla. México, 1990.
- ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Tercera edición, Editorial Porrúa. México, 1998.

FUENTE HEMEROGRAFICA

- BRUCET, Anaya Luis Alfonso, “El Arraigo en Materia de Delincuencia Organizada”, Revista Mexicana de Justicia, Los Nuevos Desafíos de la PGR, Sexta Época, PGR, Número 6, México Año 2003.
- JUÁREZ TORRES, Araceli, “El Arraigo en la Averiguación Previa”, Revista Jurídica, Poder Judicial del Estado, Supremo Tribunal de Justicia del

Estado de Aguascalientes, año XII, No 25, Nueva Época, Enero- Marzo 2003

FUENTES LEGISLATIVAS

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal Federal
- Código Federal de Procedimientos Penales
- Código Penal para el Distrito Federal
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada
- Ley contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal
- Ley Organica de la Procuraduria General de la República
- Código Penal para el Estado de Chihuahua
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua

FUENTES ELECTRONICAS

- FIX FIERRO, Héctor. La Eficiencia de la Justicia. Cuadernos para la Reforma de la Justicia. Cuaderno 1, 1995. [En línea]. Disponible: http://www.juridicas.unam.mx/publica/justicia/deontologia/cursos_cuaed.html. 29 de Julio de 2003. 10:23 AM.
- DERECHOS HUMANOS, AMNISTIA INTERNACIONAL, México: La eliminación del arraigo será un paso importante hacia la protección de los derechos humanos. (gogle), *Enviado por Derechos Humanos el jueves, 22 de septiembre del 2005 (7:25:32)* <http://www.derechoshumanos.org.mx/modules.php?name=News&file=article&sid=442> Marzo 2008, 13:24 PM.

ANEXOS

ANEXO 1

No. Registro: 194.808

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IX, Enero de 1999

Tesis: I.1o.P. J/12

Página: 610

ARRAIGO, ORDEN DE. NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.

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

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 33/97. Víctor Manuel Salazar Huerta. 5 de agosto de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hugo Luna Ramos. Secretaria: Celia García Luna.

Queja 61/98. José Fernando Peña Garavito. 25 de agosto de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Celia García Luna.

Queja 73/98. Salvador Giordano Gómez. 5 de octubre de 1998.

Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Celia García Luna.

Queja 85/98. Francisco García González. 10 de noviembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Celia García Luna.

Queja 89/98. Agente el Ministerio Público Federal adscrita al Juzgado Noveno de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal. 10 de noviembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Celia García Luna.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, página 55, tesis por contradicción 1a./J. 78/99, de rubro "ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL".

Nota: Por ejecutoria de fecha 4 de noviembre de 1998, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 22/98 en que había participado el presente criterio.

ANEXO 2

CONTRADICCIÓN DE TESIS 3/99. ENTRE LAS SUSTENTADAS, POR UNA PARTE, POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS CUARTO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO Y PRIMERO DEL DÉCIMO OCTAVO CIRCUITO Y, POR OTRA, POR EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

CONSIDERANDO:

SEGUNDO.-El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver con fecha diez de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, el recurso de queja número 88/98 interpuesto por Francisco García González, derivado del juicio de amparo número 59/98, del índice del Tercer Tribunal Unitario del Primer Circuito, en lo conducente expuso:

"México, Distrito Federal. Acuerdo del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, correspondiente a la sesión de diez de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.-Vistos, para resolver, los autos del toca relativo al recurso de queja número 88/98-22-XI interpuesto por Alfonso José Jiménez O'Farril Durán, autorizado del quejoso Francisco García González, contra el auto dictado el cuatro del mes en curso, por la Magistrada del Tercer Tribunal Unitario del Primer Circuito, en el juicio de amparo número 59/98-IV, formado con motivo de la demanda de garantías que interpuso contra actos del Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Primer Circuito y otras autoridades; y, RESULTANDO: I. Mediante escrito presentado el cuatro del mes en curso, en el Tercer Tribunal Unitario del Primer Circuito, Francisco González García, por propio derecho, solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal, contra actos del Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Primer Circuito y otras autoridades, que hizo consistir en la orden de arraigo dictada en su contra, de igual manera, solicitó se le concediera la suspensión provisional del acto que reclamó.-II. Con el

aludido escrito, se formó el juicio de garantías número 59/98-IV, en cuyo incidente de suspensión, en la fecha antes señalada, se negó al quejoso la medida cautelar que solicitó.-III. Inconforme con esa resolución, Alfonso José Jiménez O'Farril Durán, autorizado del quejoso Francisco García González interpuso el recurso de queja contra la misma, el cual fue admitido por este tribunal mediante proveído de nueve del mes en curso. El agente del Ministerio Público Federal adscrito no formuló pedimento y por acuerdo de la misma fecha, se turnó este asunto al Magistrado ponente.-CONSIDERANDO: PRIMERO.-Este tribunal es competente para que conozca y resuelva el recurso de queja cuyo número ya se mencionó, con fundamento en los artículos 95 fracción XI, 97 fracción IV y 99 párrafo cuarto de la Ley de Amparo; así como 37 fracción III, 38 y 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, debido a que se interpuso contra la resolución que negó a la parte quejosa la suspensión provisional del acto reclamado, dictada en un juicio de amparo, por un Magistrado Unitario de Circuito, dentro del ámbito territorial que corresponde al propio órgano jurisdiccional.-SEGUNDO.-En el auto impugnado, en lo conducente se resolvió: 'México, Distrito Federal, a cuatro de noviembre de 1998 mil novecientos noventa y ocho ... De conformidad con los numerales 124, 131 y 132 de la legislación en aplicación, pídase a las autoridades responsables sus informes previos que deberán rendir, por duplicado, dentro del plazo de veinticuatro horas, a partir de su notificación. Se señalan las doce horas del próximo doce de noviembre del año en curso, para que tenga verificativo la audiencia en este incidente. Con apoyo en el precepto 124 invocado, no ha lugar a otorgar la suspensión provisional del acto reclamado, en virtud de que la orden de arraigo no afecta la libertad personal propiamente dicha, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario. Es aplicable a lo anterior la tesis I.1o.P.31 P, visible a fojas 652 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo VI, septiembre de 1997, que a la letra dice: «ARRAIGO, ORDEN DE. NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.» (la transcribe).'-TERCERO.-El recurrente argumenta: 'Único. Contrariamente a lo sostenido por la resolutora, la orden de

arraigo, afecta también la libertad personal del quejoso, además de la libertad de tránsito.-Si bien es cierto que el acto que se reclama es un acto que atenta en contra de la garantía contenida en el artículo 11 constitucional, que se refiere precisamente a la libre circulación de toda persona, también lo es que la orden jurisdiccional de arraigo es un acto que limita la libertad personal del quejoso y por tanto, en términos de una correcta interpretación de los artículos 124, 130 y 136 de la Ley de Amparo, es procedente se revoque la resolución que se impugna, para conceder la suspensión provisional del acto reclamado, con el objeto de que el quejoso no sea privado de su libertad personal.'-'Lo anterior tomando en cuenta que, conforme a los artículos anteriores, con la concesión de la suspensión provisional en los términos solicitados, no se sigue perjuicio de interés social, ni se contravienen disposiciones de orden público y de no concederse, con la ejecución del acto reclamado, se causarían daños y perjuicios de difícil reparación al peticionario de garantías.-Además, en términos del artículo 130 de la invocada ley de la materia, los Jueces de amparo pueden tomar las medidas que estimen pertinentes para asegurar al quejoso, pues dicho artículo concede las más amplias facultades a los juzgadores de amparo tomando las medidas que estimen pertinentes.-Además, la resolución que por esta vía se impugna, agravia al quejoso porque la suspensión, por naturaleza, tiende a preservar la materia del juicio de amparo, dejando las cosas en el estado que guardan al momento de solicitarse la protección constitucional, y de ejecutarse el acto reclamado, contraría el espíritu que rige al juicio de amparo, porque dejaría de existir la litis constitucional al vencer el término del arraigo sin que el juicio de amparo se haya resuelto.-Por tanto, el arraigo al ser una limitante a la libertad personal, es un acto prohibido por los artículos 14 y 16 constitucionales, que establecen que solamente ha lugar a la privación de la libertad de una persona, cuando exista orden de aprehensión librada por autoridad judicial competente, o bien, cuando se sorprenda a una persona en flagrante delito o caso urgente, o en todo caso cuando se refiera a una infracción administrativa que amerite algún arresto.-Fuera de esas hipótesis, el arraigo limita notoriamente la libertad personal de un individuo pues lo constriñe a

estar en lugar determinado bajo la vigilancia de la autoridad solicitante.-Los órganos de control constitucional ante todo, deben de tomar las medidas que estimen pertinentes con el fin de estudiar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado, siendo que la resolución recurrida, al negar al quejoso la suspensión solicitada, de ejecutarse el acto dejaría sin materia el juicio de amparo, contrariando lo dispuesto en el último párrafo del artículo 124 de la propia Ley de Amparo.-Por todo lo expuesto, es procedente que ese Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito que vaya a conocer del presente recurso, revoque la resolución recurrida concediendo la suspensión provisional al petionario de garantías en los términos aquí solicitados.'.-CUARTO.- Son fundados en parte los agravios que se hacen valer.-En lo sustancial, afirma el recurrente que la orden de arraigo que reclama afecta, además de la libertad de tránsito del quejoso, su libertad personal, por lo que debe concederse la medida cautelar solicitada en términos de los artículos 124, 130 y 136 de la Ley de Amparo.-Esa apreciación es fundada, pues como lo señala, una orden de arraigo afecta generalmente la libertad personal, contra lo que se afirma en el auto que se recurre, por cuanto que de concederse esa medida jurisdiccional obliga a la parte quejosa a residir durante el tiempo en que se le conceda, en un determinado inmueble, sin que pueda salir de ahí. Caso contrario sería que se impusiera como ámbito territorial de aplicación de la aludida medida, la Ciudad de México, en la cual, en la que además de restringirse su libertad personal, se le impediría trasladarse a otro punto geográfico del territorio nacional o del extranjero, con lo que se afectaría su libertad de tránsito.-En tales condiciones, en términos de los artículos 133 y 136 de la Ley de Amparo, procede la concesión de la suspensión provisional respecto de actos de esa naturaleza, la cual no puede ser arbitraria, sino que en ella deben fijarse las medidas necesarias para salvaguardar los objetivos propios de la investigación de los delitos y la continuación del procedimiento penal, aspecto en que la sociedad está interesada.-Por otra parte, es infundado lo que alega el recurrente por cuanto que la ejecución del acto que reclama le causaría daños de difícil reparación al petionario de garantías, ya que de concederse la orden

de arraigo que constituye el acto reclamado, sólo tendría vigencia durante la temporalidad en que fuera autorizada, fenecida la cual el quejoso podría recuperar la libertad que le sería restringida, para el caso de que el Ministerio Público no recabara pruebas demostrativas de los elementos del tipo penal que se le impute y hagan probable su culpabilidad en su comisión.-Consecuentemente, como son parcialmente fundados los agravios hechos valer, con fundamento en los artículos 136 párrafo séptimo, primera parte y 138 de la Ley de Amparo, debe concederse la suspensión provisional de la orden de arraigo que reclama Francisco García González, para el efecto de que no sea arraigado con motivo de la integración de una averiguación previa, pero para que surta efectos esa medida deberá presentarse a firmar los días lunes de cada semana o al día siguiente hábil si aquél no lo fuera, en el libro de registro de quejosos del Tribunal Unitario de Amparo; por otra parte, si el delito que pudiera imputársele es de los considerados como graves, en términos del artículo 194 párrafo final del Código Federal de Procedimientos Penales, la suspensión concedida sólo surtirá el efecto de que el quejoso quede en el lugar en que al efecto se designe y por el término en que se conceda, a disposición de la autoridad investigadora que lo solicitó, por cuanto hace a la aludida averiguación previa que se integre en su contra y a disposición del Juez de amparo, por cuanto a la continuación del juicio de garantías.-Por lo expuesto y fundado, con apoyo además en los artículos 95 facción XI y 99 párrafo cuarto, de la Ley de Amparo, así como 44 fracción IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se resuelve: PRIMERO.-Se declara procedente el recurso de queja interpuesto por Alfonso José Jiménez O'Farril Durán, autorizado del quejoso Francisco García González, contra el auto ya precisado en el resultando primero de esta ejecutoria.-SEGUNDO.-Se concede la suspensión provisional de la orden de arraigo que reclama Francisco García González, en los términos precisados en la parte final de la parte considerativa de la misma.-Notifíquese; remítase testimonio de esta resolución a la Magistrada del Tercer Tribunal Unitario del Primer Circuito y solicítense el acuse respectivo; háganse las anotaciones correspondientes en el libro de

gobierno y en su oportunidad archívese el expediente como asunto totalmente concluido."

ANEXO 3

No. Registro: 194.738

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IX, Enero de 1999

Tesis: I.4o.P.18 P

Página: 828

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

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

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 88/98. Alfonso José Jiménez O'Farrill Durán, autorizado del quejoso Francisco García González. 10 de noviembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Bruno Jaimes Nava. Secretario: Leopoldo Cerón Tinajero.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, página 55, tesis por contradicción 1a./J. 78/99, de rubro "ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL."

ANEXO 4

El Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, al resolver con fecha trece de febrero de mil novecientos noventa y ocho, el recurso de queja número 19/98, promovido por Jesús Miyazawa Álvarez, relativo al incidente del juicio de amparo número 119/98, del índice del Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Morelos, en lo conducente, consideró:

"Cuernavaca, Morelos. Acuerdo del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, correspondiente a la sesión del día trece de febrero de mil novecientos noventa y ocho.-Vistos, para resolver, los autos correspondientes al recurso de queja Q.P. 19/98, interpuesto por Jesús Miyazawa Álvarez; y, RESULTANDO: PRIMERO.-Fernando Román Cuevas, en su carácter de autorizado en términos del artículo 27 de la Ley de Amparo, por el quejoso Jesús Miyazawa Álvarez, mediante escrito presentado el doce de febrero de mil novecientos noventa y ocho, interpuso recurso de queja contra el acuerdo de once del mismo mes y año, dictado por el Juez Tercero de Distrito en el Estado de Morelos, en el cuaderno incidental relativo al juicio de amparo número 119/98-III.-SEGUNDO.-Por oficio 1932/T, de doce de febrero de mil novecientos noventa y ocho, presentado el mismo día, el Juez Tercero de Distrito en el Estado de Morelos, remitió el escrito del recurso de queja y copias certificadas de las constancias que integran el incidente de suspensión relativo al juicio de amparo número 119/98-III, en vía de informe justificado, dicho recurso se turnó al Magistrado relator para formular el correspondiente proyecto de resolución.-CONSIDERANDO: PRIMERO.-Este Tribunal Colegiado es competente para conocer del presente recurso de queja, de conformidad con lo establecido en los artículos 95, fracción XI y 99 de la Ley de Amparo; 37, fracción III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.-SEGUNDO.-El acuerdo recurrido, en la parte que interesa, dice lo siguiente: Cuernavaca, Morelos, a once de febrero de mil novecientos noventa y ocho. Con dos copias simples de la demanda de garantías, promovida

por Jesús Miyazawa Álvarez, contra actos del Juez Quinto de Distrito en Materia Penal, con residencia en México, Distrito Federal, y otras autoridades; y como está ordenado en el juicio de amparo número 119/98-III, se forma y tramita por duplicado y cuerda separada el presente incidente de suspensión. Con apoyo en lo dispuesto por los artículos 130, 131 y 132 de la Ley de Amparo, requiérase a las autoridades responsables sus informes previos que deberán rendir por duplicado dentro del término de veinticuatro horas contados a partir del momento de la notificación. Cítese a las partes para la celebración de la audiencia incidental, la cual tendrá verificativo a las nueve horas con veinticinco minutos del día dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho. Se niega al quejoso la suspensión provisional en contra del acto que reclama consistente en la orden de arraigo domiciliario, en virtud de que de concederse se contravendrían disposiciones de orden público e interés social, tal como lo estatuye la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo. Lo anterior es así, en virtud de la naturaleza jurídica del acto reclamado según se advierte tiene su origen en la integración de la averiguación previa a que se refiere el propio quejoso en su demanda de amparo, y por tanto la autoridad encargada de esa fase investigadora lo es el Ministerio Público, lo que permite concluir que el acto reclamado forma parte de las diligencias que estimó necesarias la representación social para la adecuada integración de una averiguación previa, entendiéndose por esta última en nuestro derecho procesal mexicano como el conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público con objeto de investigar los hechos posiblemente delictuosos que se le hicieran de su conocimiento a través de los requisitos de procedibilidad y para ello requiere llevar a cabo ciertas diligencias tales como asegurar los objetos e instrumentos del delito, las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración, así como también el arraigo y con ello buscar la posible responsabilidad de quienes hubiesen intervenido en su comisión, por lo que a juicio del suscrito y de conformidad por lo preceptuado por el artículo 124 fracción II de la ley de la materia, de concederse dicha medida cautelar, se estarían contraviniendo disposiciones de orden público así como el interés social, lo cual no puede suceder, pues de

prevalecer el interés particular del quejoso se estaría violentando el interés social, ya que la sociedad está interesada del esclarecimiento de las conductas o hechos posiblemente delictuosos, cobra aplicación al caso el criterio sustentado por los Tribunales Colegiados de Circuito, publicado en el Informe de labores de 1978 visible a fojas 351 bajo el rubro siguiente: 'INTERÉS SOCIAL, NO PROCEDE LA SUSPENSIÓN CUANDO POR ESTA MEDIDA SE SIGA PERJUICIO AL.'. Así como el criterio del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito al resolver el incidente de revisión 178/1974 en el que se manifestó lo siguiente: 'INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO (SIC) DE LA LEY DE AMPARO, QUE EXISTE CONTRAVENCIÓN AL ORDEN PÚBLICO Y QUE IMPIDE EL OTORGAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN; TODOS LOS SUPUESTOS QUE MENCIONAN EN DICHO PÁRRAFO REVELAN QUE SU FINALIDAD ES PREVENIR LA ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES NORMALES EN QUE LA SOCIEDAD PUEDA COEXISTIR.'. No pasa desapercibido que el quejoso en su demanda de amparo aduce que con motivo de la orden de arraigo reclamada, tiene como consecuencia la privación de su libertad personal y que en el caso además se ataca su libertad personal fuera de procedimiento judicial, prohibido por el artículo 22 constitucional, en relación con el artículo 17 de la Ley de Amparo, manifestaciones que en el caso son de desestimarse, en atención según quedó señalado por la naturaleza del acto expresamente reclamado, se trata de un acto que no afecta la libertad personal del quejoso, siendo pertinente invocar al respecto el siguiente criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, que dice 'ARRAIGO, ORDEN DE. NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.-La orden jurisdiccional de arraigo que contempla el artículo 136 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no afecta la libertad personal propiamente dicha, a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulada por el artículo 11 de la Constitución General de la República.' (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VI, septiembre de 1997. Tesis I.1o.P.31 P. página 652). Respecto a la copia certificada

por cuadruplicado que solicita expídase la misma, previa razón que para ello se asiente en autos.-TERCERO.-El recurrente expresó los siguientes agravios: 'Inobservancia e inaplicabilidad al contenido del artículo 124 fracción II de la Ley de Amparo, ya que contrario a lo sostenido por el Juez del amparo, ya que con la concesión de la suspensión provisional en favor del quejoso, no se contravienen disposiciones del orden público e interés social esto al tenor de las consideraciones de hecho y de derecho, que solicito que tomen en consideración al dictar la resolución en el presente recurso. Los actos reclamados se hacen consistir a su texto como son: Actos reclamados. Por cuanto hace de las autoridades señaladas como responsables ordenadoras, les reclamo y atribuyo la resolución, determinación que hubiesen emitido, a efecto de ser arraigado en mi domicilio en el Estado de Morelos ya citado, o en cualesquier otro inmueble que señalaren las autoridades responsables, con motivo de la solicitud, que les hubiesen formulado las autoridades ejecutoras, indicadas en los incisos A, B y C.

QUEJA 89/98. AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL
ADSCRITA AL JUZGADO NOVENO DE DISTRITO EN MATERIA
PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL.

CONSIDERANDO:

CUARTO.-Los agravios expresados son fundados.

En efecto, este tribunal considera, como lo expresa la recurrente en sus motivos de inconformidad, que el Juez de Distrito en forma indebida concedió la suspensión provisional del acto reclamado consistente en la orden de arraigo, para el solo efecto de que el quejoso no fuera privado de su libertad de tránsito con motivo de dicha orden, siempre y cuando ésta no se refiriera a delitos que conforme a la ley se encuentran considerados como graves y no permitan la libertad caucional; en virtud

de que al conceder la medida cautelar solicitada se contravienen disposiciones de orden público, como son el artículo 21 constitucional, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y las contenidas en el Código Federal de Procedimientos Penales, en cuanto a la actuación e investigación del Ministerio Público en la averiguación de los delitos, como es el artículo 133 bis del código adjetivo citado, por lo que este tribunal ha sostenido que el arraigo es una disposición de orden público y de interés social, y siendo su finalidad la debida integración de la averiguación previa por parte del Ministerio Público, la suspensión de tales actos causaría perjuicio al interés social y contravendría disposiciones de orden público, por lo que debió el Juez del amparo negarla, aun cuando dejara sin materia el amparo respectivo, criterio vertido en la tesis de este mismo órgano colegiado invocada por la recurrente, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo V, página 494, que a la letra dice: "SUSPENSIÓN, IMPROCEDENCIA DE LA, CUANDO SE IMPIDE LA CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN UNA AVERIGUACIÓN PREVIA, AUN CUANDO QUEDE SIN MATERIA EL JUICIO DE AMPARO.-No procede la suspensión cuando produce los efectos de impedir la función encomendada al Ministerio Público por el artículo 21 constitucional para la investigación y persecución de los delitos; aun cuando quede sin materia el juicio de amparo, ya que ante el conflicto de tales principios debe prevalecer el interés colectivo sobre el particular, ya que de lo contrario se haría nugatoria la función constitucional del Ministerio Público."

A más, este tribunal ha sostenido reiteradamente que la orden jurisdiccional de arraigo, no afecta la libertad personal propiamente dicha, a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulada por el artículo 11 de la Constitución General de la República, como se puede apreciar en la tesis No. TC011031.9 de este órgano colegiado que sirvió de apoyo a los agravios expresados por la recurrente, de rubro: "ARRAIGO, ORDEN DE. NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.-La

orden jurisdiccional de arraigo que contempla el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no afecta la libertad personal propiamente dicha, a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulada por el artículo 11 de la Constitución General de la República.", por lo que el Juez de Distrito con apego a lo dispuesto por los artículos 124 y 130 de la Ley de Amparo debió negar la suspensión solicitada, como ya se dijo.

Ahora bien, en virtud de que el presente recurso de queja está relacionado con el recurso de queja 85/98 interpuesto por el quejoso el cual fue admitido por este tribunal, el seis de noviembre del año en curso, contra el mismo auto ahora recurrido, de conformidad con lo establecido por el artículo 65 de la Ley de Amparo se resuelven en la misma sesión.

En tales condiciones, siendo fundados los agravios expresados por el agente del Ministerio Público Federal, procede declarar fundado el presente recurso de queja, y en consecuencia revocar el auto recurrido y negar la suspensión provisional solicitada contra las órdenes de arraigo libradas contra el quejoso y ejecución de las mismas.

Por lo expuesto y con fundamento en los artículos 103 y 107 constitucionales, 95 fracción XI y 99 párrafo IV de la Ley de Amparo y 37 fracción III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se resuelve:

PRIMERO.-Se declara fundado el recurso de queja y en consecuencia;

SEGUNDO.-Se revoca el auto de cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, pronunciado por el secretario del Juzgado Noveno de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal en funciones de Juez de Distrito por ministerio de ley; y, se niega la suspensión provisional de los actos reclamados consistentes en la orden u órdenes

de arraigo libradas contra el quejoso por las autoridades señaladas como responsables y su ejecución.

Notifíquese; remítase testimonio autorizado de la presente resolución al Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal, así como los autos enviados y, en su oportunidad archívese el expediente.

Así, lo resolvió el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, por unanimidad de votos de los Magistrados presidenta Licda. Elvia Díaz de León de López (ponente), Lic. Carlos Díaz Cruz, por ministerio de ley con fundamento en el artículo 36 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y Lic. Carlos Hugo Luna Ramos.

Nota: La tesis de rubro "SUSPENSIÓN, IMPROCEDENCIA DE LA, CUANDO SE IMPIDE LA CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN UNA AVERIGUACIÓN PREVIA, AUN CUANDO QUEDE SIN MATERIA EL JUICIO DE AMPARO.", citada en esta ejecutoria, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava época, Tomo V, Segunda Parte-1, enero-junio de 1990, página 494.

ANEXO 5

Registro No. 176030

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIII, Febrero de 2006

Página: 1170

Tesis: P. XXII/2006

Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional, Penal

ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea

puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.

Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 19 de septiembre de 2005. Mayoría de cinco votos. Ausentes: José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza.

El Tribunal Pleno, el cinco de enero en curso, aprobó, con el número XXII/2006, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a cinco de enero de dos mil seis.

Ejecutoria:

1.- Registro No. [19537](#)

Asunto: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 20/2003.

Promovente: DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA SEXAGÉSIMA LEGISLATURA

DEL CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA.

Localización: 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXIII, Junio de 2006; Pág. 813;

Voto particular:

1.- Registro No. [20599](#)

Asunto: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 20/2003.

Promovente: DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA SEXAGÉSIMA LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA.

Localización: 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXIII, Junio de 2006; Pág. 884;

ANEXO 6

Registro No. 176029

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIII, Febrero de 2006

Página: 1171

Tesis: P. XXIII/2006

Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional, Penal

ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA LIBERTAD DE TRÁNSITO CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Del citado precepto constitucional se advierte que la garantía de libertad de tránsito se traduce en el derecho que tiene todo individuo para entrar o salir del país, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, permiso o autorización, libertad que puede estar subordinada a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal y civil. Ahora bien, tratándose del arraigo civil, las limitaciones o restricciones a la libertad de tránsito consisten únicamente en que el arraigado no puede abandonar el país o la ciudad de residencia, a menos que nombre un representante y otorgue garantía que responda de lo demandado, pero tal restricción no llega al extremo, como sucede en el arraigo penal, de impedir que salga de un inmueble, y menos aún que esté bajo la custodia y vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora de delitos. En ese sentido, **tratándose del arraigo previsto en el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, si al arraigado se le impide salir de un inmueble es obvio que**

también le está prohibido salir del lugar donde se encuentre, lo que atenta contra su libertad de tránsito.

Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 19 de septiembre de 2005. Mayoría de cinco votos. Ausentes: José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza.

El Tribunal Pleno, el cinco de enero en curso, aprobó, con el número XXIII/2006, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a cinco de enero de dos mil seis.

Ejecutoria:

1.- Registro No. [19537](#)

Asunto: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 20/2003.

Promovente: DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA SEXAGÉSIMA LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA.

Localización: 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXIII, Junio de 2006; Pág. 813;

Voto particular:

1.- Registro No. [20599](#)

Asunto: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 20/2003.

Promovente: DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA SEXAGÉSIMA LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA.

Localización: 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXIII, Junio de 2006; Pág. 884;

Anexo 7

A continuación, se expondrán las consideraciones tomadas en cuenta por los Diputados para realizar el Proyecto de Reforma a la Constitución solamente en materia de **arraigo**.

“PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”

I. ANTECEDENTES

En sesión celebrada en la Cámara de Diputados el día 12 de diciembre de 2007, se aprobó el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia penal y seguridad pública; turnándose al Senado de la República.

El día 13 de diciembre de 2007 la Mesa Directiva del Senado de la República acordó dispensar el trámite convencional, para turnar directamente a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública, y de Estudios Legislativos, Segunda; para su estudio, análisis y elaboración del dictamen correspondiente.

II. MATERIA DE LA MINUTA

... **8) Eleva a rango constitucional el arraigo**, previéndose en forma expresa las modalidades y garantías que deberán observarse para su aplicación. Asimismo, se regulan los casos de urgencia y flagrancia...

III. CONSIDERACIONES

... **Tomando en consideración la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la acción de inconstitucionalidad 20/2003, se propone regular desde la propia Constitución la figura del arraigo, toda vez**

que se trata de un acto restrictivo de la libertad personal, y por ende debe estar previsto en forma expresa en el texto constitucional...

...En síntesis, la propuesta de reforma constitucional del Ejecutivo Federal tiene como principal objetivo establecer el marco constitucional y legal que genere las condiciones para reestructurar el sistema de impartición de justicia en materia penal, y para **poner en marcha una política efectiva del combate a la delincuencia organizada** con el fin de que ello se traduzca en mayor tranquilidad y seguridad jurídica para los mexicanos, objetivo que coincide con la minuta.

...La Comisión de Defensa sugiere la no aprobación en los términos propuestos de las reformas propuestas por el Ejecutivo de la Unión al:

... Artículo 16 (íntegro), rechazando la imposición de medidas cautelares que no aseguren reparación de daño; que los delitos contra la paz pública fueran considerados como graves, los cateos sin orden judicial, las órdenes de aprehensión a criterio del Ministerio Público y **el arraigo decidido sólo y únicamente por un juez;**

... Estas comisiones unidas hacen suyos los argumentos expresados con anterioridad y expresan las siguientes razones que sustentan las particularidades de la reforma que se discute:

ARTICULO 16

Solo lo concerniente al Arraigo

La minuta en estudio presenta una propuesta novedosa para el tratamiento de la delincuencia organizada, que es la de incorporar en la Constitución una medida cautelar para evitar que el indiciado pueda evadirse de la autoridad ministerial en un primer momento y de la judicial posteriormente, o bien, que pueda obstaculizar la investigación o afectar la integridad de las personas involucradas en la conducta indagada.

Es evidente que la creciente organización de la delincuencia ha puesto en algún nivel de riesgo las clásicas instituciones jurídico-

procesales, por lo que el legislador ha ampliado el espectro de medidas eficaces para contrarrestar su impacto en la percepción de inseguridad pública, una de éstas es el arraigo.

El arraigo consiste en detener a un individuo, por orden judicial, durante un período determinado, a petición del Ministerio Público, durante la investigación preliminar o el proceso penal, a fin de evitar que el imputado se evada del lugar de la investigación o se oculte de la autoridad, o afecte a las personas involucradas en los hechos materia de la indagatoria. Existe el arraigo en el domicilio físico del investigado o el que se cumple en un lugar distinto, inclusive de la demarcación donde reside, el primero se ha utilizado para delitos calificados como graves por la ley y el segundo sólo para presuntos miembros de la delincuencia organizada, siempre con autorización judicial previa.

La medida es de suma utilidad cuando se aplica a sujetos que viven en la clandestinidad, o que no residen en el lugar de la investigación, o cuando pertenecen a complejas estructuras delictivas que fácilmente pueden burlar los controles del movimiento migratorio o exista una duda razonable de que en libertad obstaculizarán a la autoridad o afectarán a los órganos y medios de prueba, y contra los que no puede obtenerse aún la orden de aprehensión, por la complejidad de la investigación o la necesidad de esperar la recepción de pruebas por cooperación internacional.

No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió ejecutoria en la acción de inconstitucionalidad 20/2003 promovida por legisladores del Estado de Chihuahua en contra del Congreso y el gobernador de aquél Estado, por la cual declaró la invalidez del artículo 122 bis del otrora vigente Código de Procedimientos Penales local, argumentando en lo esencial que constituye una restricción de la garantía de libertad personal, no prevista en la Constitución General de la República, lo que resulta inadmisibles, en atención al principio previsto por el artículo 1º de la misma, el cual prescribe que las excepciones a las garantías deben contenerse en la propia Constitución.

En ese sentido, la minuta propone que se incorpore en el artículo 16 constitucional el arraigo exclusivamente para casos donde se investigue el delito de delincuencia organizada, fijando los casos de procedencia, la autoridad que lo solicita y quién lo autoriza, la temporalidad por la que puede ser otorgado, la opción de que el juez determine el lugar y demás condiciones de ejecución, la posibilidad de prórroga hasta por un término igual, y la justificación para ello, con lo cual se satisfacen los extremos de una excepción a la garantía individual de libertad personal.

Por lo que se considera procedente la propuesta de incorporar la figura del arraigo para investigaciones y procesos seguidos por el delito de delincuencia organizada, en este último caso, cuando no subsista la prisión preventiva, en los términos y condiciones que el juez establezca, de conformidad con la ley de la materia, así como por la temporalidad de hasta cuarenta días y con opción a prórroga hasta por otros cuarenta días, siempre que sigan vigentes las circunstancias que justificaron su autorización inicial ...

IV. MODIFICACIONES

El artículo 16 constitucional, con las reformas marcados por el legislador (en su párrafo sexto) quedaría de la siguiente forma:

... La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días...

Transitorios

... **Décimo Primero.** En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días...

Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia...