

204



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

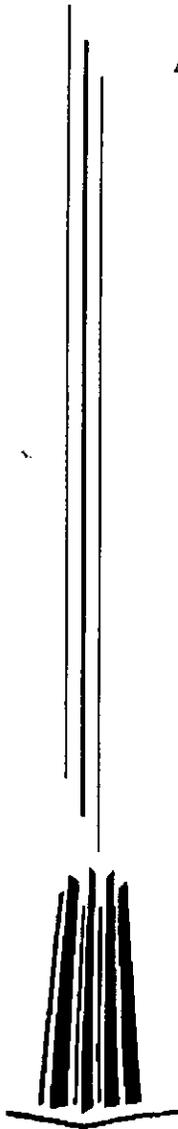
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.

CAMPUS ARAGÓN

**ANTICONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 270-BIS
DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA
EL DISTRITO FEDERAL**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
C. MINERVA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

**ASESORA:
LIC. GLORIA C. ZARATE DÍAZ**



MEXICO

287330

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES

Por haberme dado la vida y con ello la educación
Y la oportunidad de haber terminado una carrera
la cual ha sido a base de esfuerzos y logros que
conjuntamente nos ha llevado a una culminación
satisfactoria y de realizarme como profesional.

A MIS HERMANOS

Por haber crecido juntos e ir de la mano descubriendo
Descubriendo el mundo por soportarme cada vez que
estudiaba para los exámenes y esperando que sigamos
tan unidos como siempre los quiere Minerva.

Arturo

Norma Edith

Maria del Rosario

A LA UNAM

Por ser forjadora de ilustres personajes, que con sus aulas e inmensas instalaciones nos brinda la educación que todo mexicano necesita, sin tomar en cuenta su status social por esto y muchas cosas mas gracias.

A MIS PROFESORES

Por su tenacidad e insistencia en sus enseñanzas
Por ser un ejemplo a seguir por que gracias a ustedes
no es un país totalmente analfabeto por su vocación
gracias.

Lic. Manuel Morales Muñoz.

Lic. David Hernández Romero

Lic. Gloria C. Zarate Díaz.

Lic. Maricela Villegas Pacheco

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

1.1. Biblia	3
1.2. Roma	4
1.3. Época prehispánica	7
1.3.1 Derecho Penal Azteca	7
1.3.2 Derecho Texconano	10
1.4. Época colonial	11
1.4.1 Funcionarios sometidos al juicio de residencia en el Derecho Indiano	11
1.4.2 Proceso	12
1.4.3 Sanciones	14
1.4.4 Efectos	14
1.4.5 Derecho Español	15
1.5. Época Independiente	16

CAPÍTULO II

ARRAIGO DOMICILIARIO

2.1 CONCEPTOS

2.1.1 Doctrinal	17
2.1.2 Jurídicos	21

2.2.1 Arraigo administrativo	27
2.2.2 Arraigo judicial	28
2.2.3 Arraigo de testigos	29
2.3 Libertad de tránsito.....	30
2.4 Ubicación del arraigo domiciliario en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal	31
2.4.1 Antecedentes del artículo 270-bis	31
2.4.2 Código de procedimientos penales para el Distrito Federal	33
2.4.3 Arraigo domiciliario en materia federal	37

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DEL ARTICULO 270-BIS EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 11, 14, 16 y 17 CONSTITUCIONALES.

3.1 Factores en los cuales repercute el arraigo domiciliario.....	42
3.2. Comentarios en relación con el artículo 11 constitucional	44
3.2.1. Antecedentes del artículo 11 constitucional	44
3.2.2. Artículo 11 constitucional vigente	55
3.2.3 Limitaciones a la libertad de tránsito	58
3.2.4 Antecedentes del artículo 14 constitucional	61
3.2.5 Antecedentes del artículo 16 constitucional.....	71
3.2.6 Antecedentes del artículo 17 constitucional	115
3.3. La inaplicabilidad del arraigo domiciliario.	119
3.4 La necesidad de una reforma	120
Conclusiones	121
Bibliografía	124

INTRODUCCIÓN

Desde que nacemos la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nos otorga garantías individuales, las cuales nos protegerán a lo largo de nuestras vidas ella misma nos da armas para defendernos si en un momento dado nos violan mencionadas garantías, la que yo considero más importante es aquella la cual nos dice que podemos andar libremente por todo el país es decir, caminar por las calles de nuestra ciudad sin tener ningún temor que nos multen por el simple hecho de transitar a altas horas de la noche por citar un ejemplo, creo que es maravilloso ya que existen países en donde si te multan o arrestan por estar en la vía pública en horas que no estén permitidas esto si, antes no somos sospechosos de haber cometido un ilícito y no crean que de casualidad caminábamos precisamente por ese lugar, suena cómico pero detienen a personas por el simple hecho de ser sospechosos de haber cometido un delito, son a veces arraigadas en su domicilio o en ocasiones consignadas y procesadas por un delito que no cometieron, pienso que antes de hacer esto se debería de investigar mas de su reputación como se desempeña en su trabajo como es con su familia antes de que el juzgador emita esa orden arbitrariamente y después de que las autoridades se dan cuenta de que en realidad son inocentes como se le repara el daño que se le ha causado, por estar sometido a un arraigo domiciliario o a una prisión preventiva esto da lugar a que ya

no se le acepte en el lugar donde desempeñaba sus actividades laborales es lo más grave podrían ya no facilitarle encontrar un empleo a este sujeto y podría ser que esta persona sea un profesionista orillarían a trabajar de vendedor ambulante o chofer pero ya no de su profesión la cual le dedicó demasiado tiempo, dinero y esfuerzo generaría demasiada desconfianza en las personas que lo rodean empezando por sus familiares y quedaría en tela de juicio su reputación antes mencionada, sería que la confianza que había entre su esposa y él se pierda incluso se llegaría al divorcio, a todo esto nos referiremos en el trayecto de este trabajo tratando de llegar a la mejor conclusión de que es lo que significa en nuestro sistema de leyes el arraigo domiciliario y la posible solución.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

1.1. En la Biblia

BIBLIA

Nos remontamos a este gran libro ya que es aquí donde el arraigo domiciliario tienes su mas antiguo antecedente. En las sagradas escrituras se conoció pero no con este nombre a continuación se cita un ejemplo:

“La exhortación de Samuel, el pueblo judío para que presentara las quejas existentes contra él”.

“Zenón en el año 475 obligo a jueces y magistrados a permanecer cincuenta días en los lugares donde habían desempeñado sus funciones, para que si habían cometido delitos, el pueblo presentara sus querellas y dentro del término de veinte días se dictará sentencia”

En la edad media en procedimiento a obtener mayor eficacia en las Bulas Papales se establecieron algunas reformas autoridades en el desempeño de sus funciones, desgraciadamente los resultados fueron poco satisfactorios, por que en el nombramiento de los jueces predominaba la voluntad del virrey, lo que originaba que se sometieran a sus caprichos y componendas; si un momento crítico se presentaba no había nada que temer, pues gozaban de toda protección.

1.2 ROMA

El Derecho Romano que consideró delito todo acto ilícito castigado por una pena, conoció desde antiguo dos categorías de delitos:

- a) Los públicos llamados *crimina* que lesionaban a la comunidad como tal y que el estado perseguía y sancionaba con una pena pública.
- b) Los delitos privados denominados *delicta* o *maleficia* que eran hechos antijurídicos que provocaban lesión a un particular, a familia o su patrimonio, y que se castigaban con una pena privada de carácter pecuniario.

Las consecuencias jurídico-privadas que derivan de un delito rebasaban la esfera propia de los actualmente llamados actos ilícitos, pues en el correspondiente proceso romano no sólo se pretendía obtener un resarcimiento del daño patrimonial sufrido, sino también una pena, esto es un castigo, que se infligía al autor para que expiara su delito y diera satisfacción a la víctima.

En tiempos antiguos esta penalidad tenía carácter retributivo y podía hacérsela efectiva bajo forma de venganza privada en el cuerpo del autor, sólo restringida más tarde por la pena del talión. Posteriormente la venganza fue reemplazada por una *composición* que primeramente fue voluntaria y después legal y que asumía el carácter de una pena pecuniaria fija para cada delito, impuesta por el

juez ante la acción del ofendido y a favor de éste. Fue entonces cuando el pago de una suma de dinero era la penalidad de un *delictum privatum*, que éste vino a generar una *obligatio* que ligaba al ofensor y al ofendido. Tenía como efecto, pues una sanción pecuniaria de carácter privado, que debía pagarse a la parte lesionada, la cual contaba, por otro lado, con el derecho de proceder judicialmente para obtener el resarcimiento cuando hubiera experimentado también un daño patrimonial.

Dentro del sistema romano de prisiones y cárceles encontramos en muy caracterizada forma a la *custodia libera*, la que teniendo precisamente la característica de ser prisión pública; por que se imponía a través de un magistrado con postestad de imperio, se cumplía en casa particular y generalmente se utilizaba para destacadas personalidades sin que ellos se empleara la *vinculatio*. (Vinculum del verbo latino vincire "atar, unir enlazar, prender, trabar"; atadura, lazo y que más adelante sirvió para designar figuradamente el lugar donde se encadenaba a los atados, a los maniatados).

En el título XXIX del libro XLIII del Digesto establecía el interdicto llamado *De homine libero exhibendo*, en los términos del cual, el Pretor requería a aquel que tenía en su poder a un hombre libre, diciéndole: "*Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*" (exhibe al hombre, que retienes con dolo malo). Este interdicto romano conserva íntegramente su condición de institución jurídica de Derecho privado.

Es una acción posesoria, que se ejerce sobre una cosa o bien, en virtud del *dominium* que en este caso corresponde al hombre libre con respecto a su propio cuerpo. Es un derecho patrimonial, en el que el individuo es a la vez sujeto y objeto del derecho. Su persona corporal o física estaba equiparada a una cosa sometida a la voluntad del propietario y permitía a este rescatarla mediante una acción posesoria. Este interdicto debe ser mencionado, al hacer la historia de las instituciones jurídicas protectoras de la libertad, pero por ningún motivo debemos confundirlo con el concepto contemporáneo de garantía, pues estaba destinado, única y exclusivamente, a los hombres libres, no otorgaba su protección a todo individuo, a todo ser humano, como es el caso de las modernas garantías. Diferencia trascendental si tenemos presente que en la República Romana, en 204 a. C. había 214 000 ciudadanos libres sobre veinte millones de habitantes.

Ulpiano, en las Partidas, en Cynus, que asegura "*carcer introductus est non, ada poenam sed ad custodiam*"

La justicia es manifiesta ¿Cómo legitimar entonces el encarcelamiento precautorio? Becaria lo intenta, remitiéndose al único argumento persuasivo o al menos razonable la necesidad de privarlo de su libertad. Por ello previene: "siendo la privación de la libertad una pena, no puede preceder a la sentencia, sino cuando la necesidad lo pide. La cárcel por lo tanto es la simple custodia, siendo como es,

esencialmente personal, debe durar el menor tiempo posible y además debe ser lo menos dura que se pueda”.¹

Parece útil recordar aquí la contradicción que existe entre la prisión preventiva –y otros extremos del procedimiento penal- y el principio de que se presume la inocencia de cualquier persona hasta que se demuestre su culpabilidad, tal demostración sólo podría derivar de una sentencia la cual determina si hay o no inocencia o responsabilidad penal.

¿cómo se explica entonces que a un “presuntamente inocente” se le prive de la libertad.

1.3 ÉPOCA PREHISPÁNICA

1.3.1 DERECHO PENAL AZTECA.

De la misma forma que en Roma se sancionaba a los sujetos que cometían algún delito en nuestro derecho se castigaba de diversas maneras las cuales a continuación mencionaremos.

En nuestra cultura las más relevantes se castigaba a toda aquella persona que cometiera un delito ya sea algún tipo de castigo como golpes o hasta llegar a asesinarlos de este modo veamos como fue aquí el derecho penal.

En la civilización azteca, el derecho penal tuvo la característica de ser muy estricto y en la mayoría de las cosas, incluso cruel, debido

¹ Barrita López Fernando F. Prisión Preventiva y ciencias penales. México, Editorial Porrúa, 1999, pp 256

al establecimiento de la pena de muerte para casi todos los delitos, sin importar su gravedad.

Tuvo un mayor formulismo en comparación con las otras ramas siendo eminentemente gráfico así vemos en los códigos ilustraciones de diversos delitos debidamente tipificados y sancionados y es posible que ello obedeciera a que el Derecho Penal tenía la misión de salvaguardar la vida, seguridad y patrimonio de las personas.

La comisión de un delito estaba previsto y se sancionaba en atención a que un individuo transgrediera una norma, costumbre o que desobedeciera expresa o tácitamente una orden dada por una autoridad.

El fundamento de la penalidad era al igual que en la milicia, la indisciplina este sistema sancionó del mismo modo a los autores y cómplices de los delitos y la penalidad aplicada en algunos ilícitos alcanzó a los parientes del culpable hasta el cuarto grado.

“las formas utilizadas para la ejecución fueron la muerte en hoguera, el ahorcamiento, ahogamiento, apoderamiento, azotamiento, muerte por golpes de palos, el degollamiento, empalamiento y desgarramiento del cuerpo; antes o después de la muerte hubo posibles aditivos infamantes. A veces, la pena capital fue combinada con la de confiscación, otras penas eran la caída en esclavitud la mutilación, el destierro definitivo o temporal, la pérdida de ciertos empleos, destrucción de la casa o encarcelamiento en prisiones que en realidad eran lugares de lenta y miserable eliminación. Penas más

ligeras, a primera vista pero consideradas por los aztecas como insoportable ignimia; eran las de cortar o chamuscar el pelo.²

Por ejemplo un delito y su penalidad es el homicidio que fue castigado con la pena de muerte a menos que la viuda solicitara que se le conmutara la pena, por la de esclavitud.

Por regla general, en los delitos sexuales se observó un gran rigor en la pena, por ejemplo: se castigo con muerte a la incontinencia sacerdotal, violación, estupro, incesto y homosexualismo para ambos sexos.

En la cultura maya y azteca castigaban a sus delincuentes de acuerdo a la gravedad del delito y el peligro que este representa para la sociedad.

Así a lado de la *compositio*, es decir a la reparación de la ofensa entre los particulares existía la pena de muerte para la mayor parte de los delitos el exilio y la esclavitud para el malhechor que lesionaba o metía en peligros los valores personales o aquellos de la sociedad.

Frente a estos castigos, a la severidad de las leyes indígenas que reprimían brutalmente cualquier manifestación de conducta incluso aquella de emborracharse públicamente la cárcel perdía su sentido las jaulas de madera (cuauhcalli, petlacalli y el teilpiloyan) parece que servían solamente para contener a los prisioneros de guerra en espera de su sacrificio a sus dioses o bien a los criminales en espera de su muerte o bien a los deudores a pagar sus créditos.

² Guillermo F. Margadant S. Introducción a la historia del Derecho Mexicano México, Editorial Esfinge pp.23 y 25

No hay noticia de que en el derecho azteca tuviera lugar como en la antigüedad y en la edad media en Europa, la composición o convenio entre ofensor y ofendido y la familia de éste mediante la cual desaparecía la acción penal; falta que nos explicamos por la poca significación del derecho individual ente los mexicanos. Ni siquiera se admitía la vindicta privada en el caso de adulterio *in fraganti* pues el marido que en tal caso mataba a los culpables era muerto también como homicida. Solamente Duran uno de los historiadores primitivos, nos dice que el perdón del ofendido en caso del adulterio y el de la familia del muerto en el de homicidio, atenuaban la pena cambiándola de muerte en esclavitud.

En la comisión de un delito lo único que se veía era la trasgresión de una costumbre, el desobedecimiento a un mandato expreso o tácito del soberano, y la base del castigo era la misma que un ejército: la violación de la disciplina.

El idioma carecía de palabra para la idea de pena general, Carvajal propone la de *tetlayhyo huilliliztli*; pero había vocablo para la que afectaba a los bienes, *tetlaxtlahuatliliztli* y para la que afectaba a la persona, *tetonehuazlitzli*.

1.3.2 DERECHO TEXCONANO

El derecho del reino de Texcoco era muy similar al azteca. A los jueces ordinarios, aunque con una potestad muy restringida, se les facultaba para ordenar la detención preventiva de quienes cometían

delitos, con la obligación de informar de ello a los jueces superiores o en su caso, tomarles el asunto para que se avocaran al mismo. Aquí existían tres salas (civil, penal y militar) a cuyos juzgadores designaba el rey, que era el magistrado supremo.

1.4 ÉPOCA COLONIAL

En esta época tuvo sus primeros acontecimientos el arraigo domiciliario se le conocía como **juicio de residencia** o simplemente residencia, consistía en la “cuenta que se tomaba de los actos cumplidos por un funcionario público al terminar el desempeño de su cargo”. Se le llamo con ese nombre debido a que el funcionario en contra de quien se seguía, debía residir en el lugar del juicio mientras se agotaban las investigaciones.³

1.4.1 FUNCIONARIOS SOMETIDOS AL JUICIO DE RESIDENCIA EN EL DERECHO INDIANO

En las instituciones del derecho indiano eran sujetos al juicio de residencia: virreyes, gobernadores, políticos y militares, intendentes-corregidores, presidentes de audiencia, oidores fiscales, protectores de naturales, intérpretes, corregidores, alcaldes mayores, alcaldes y alguaciles de la Santa Hermandad, contadores, factores, visitadores de indios, jueces, repartidores, tasadores de tributos, vendedores de

³ Colín Sánchez Guillermo Derecho mexicano de procedimientos penales. México, Editorial Porrúa, 1999 pp. 644

funciones, ensayadores, marcadores, fundidores y oficiales de las casas de moneda, depositarios generales, alguaciles mayores y sus tenientes, alfereces reales, procuradores generales, comisarios del campo, mayordomos del hospital real, escribanos, oficiales de las armas de las indias y en general todos los demás funcionarios.

1.4.2 PROCESO

El juicio de residencia constaba de dos partes: una secreta realizada de oficio y otra pública para tramitar las denuncias de los particulares.

Para facilitar el pronto despacho de los juicios habrían de ventilarse en donde el residenciado desempeñaba sus funciones para que los agraviados tuvieran la facilidad de presentar testigos y otras pruebas.

El juicio de residencia se iniciaba cuando el pregón daba a conocer el edicto de residencia, momento a partir del cual comenzaba a contarse el término que duraría y durante el cual se recibirían los agravios; advirtiéndose a quienes lo presentaran, gozarían de amplia protección y serían sancionados los que trataran de amedrentarlos para que no se presentaran sus quejas.

El juez encargado de practicar la residencia era asesorado por "comisionados", sus facultades consistían en dar a conocer los edictos en poblaciones que por la lejanía resultaba difícil la hiciera el juez y también recababan las informaciones necesarias para la instauración del proceso.

Acreditando la personalidad del residenciado se iniciaban los interrogatorios a cerca del cumplimiento de las obligaciones del funcionario y sus colaboradores así como la moralidad, buenas costumbres y protección indígena. Como la prueba testimonial tenía gran trascendencia procesal, se tomaban infinidad de medidas para que la verdad no se desvirtuara por bajas pasiones o intereses creados.

El juez cuya labor era totalmente inquisitiva, solicitaban informes oficiales a las demás autoridades del lugar, revisaba los libros de cabildo, examinaba los expedientes judiciales o de gobierno y todo lo que le facilitara la comprobación de los hechos.

Durante la parte secreta, el juez formulaba una lista de los cargos presentados y, en seguida, debía hacerlos saber al residenciado, para que éste pudiera presentar su defensa.

En la parte pública, había acción popular, las querellas y demandas eran presentadas por los agraviados, tanto por los asuntos resueltos en su contra como para aquellos pendientes de resolución. Toda querella o demanda estaba sujeta a los mismos trámites del juicio ordinario; siempre había de pugnarse para acelerarlos y resolverlos en el menor tiempo posible, de manera tal que, presentados los cargos y ofrecidos los descargos, el juez estaba en aptitud de dictar sentencia. Acto seguido, la causa era metida al Consejo de Indias. (Consejo de Indias se estableció en 1525, en Madrid era el tribunal supremo de todos los negocios judiciales y administrativos de México y de los demás dominios españoles en

América. Conocía de las residencias de dos suplicas, procesos graves y de todos los recursos, en relación con asuntos gubernamentales).

Para el trámite de segunda instancia, pero debido a los peligros que corría la documentación al enviarse a la península y también a la demora en recibirse, en el año de 1542 se acordó hacer lo propio únicamente para las residencias tomados a los gobernadores y a quienes fueran miembros integrantes de las audiencias, en todos los demás casos la audiencia correspondiente, habría de resolverse en segunda instancia.

1.4.3 SANCIONES

Consistía en multa, inhabilitación perpetua o temporal para desempeñar cargos públicos y el destierro.

1.4.4 EFECTOS

Lo que tenía esta figura era que solo afectaba a las personas que tenían un alto cargo en el gobierno y en la actualidad es usado para cualquier sujeto que haya cometido un delito.

Aunque la finalidad de los juicios de residencia era noble y fue utilizada como medio intimidatorio para lograr mayor eficacia y cumplimiento de las determinantes para desvirtuar estos juicios y únicamente adquiría realidad la residencia para los casos de funcionarios de jerarquía íntima.

En cuanto a los virreyes, gobernadores y demás autoridades de importancia, como sujetos de **juicio de residencia**, el comentario formulado por Alejandro Humboldt nos conduce a la conclusión siguiente "Si el Virrey era rico hábil y estaba sostenido en América por un asesor valiente y en Madrid por amigos poderosos, podía gobernar arbitrariamente sin temor a la residencia."⁴

1.4.5 DERECHO ESPAÑOL

"Las partidas" lo reglamentaron; los jueces, después de hacer el juramento que su cargo requería, otorgaban una garantía para asegurar su permanencia durante cincuenta días en donde habían ejercido sus funciones de tal manera que si había quejas en su contra, previo anuncio por pregones de la residencia, se ventilará el juicio, con asistencia del residenciado hasta la sentencia.

Las "leyes de Estilo" y "el ordenamiento de leyes", hecho por Alfonso XI, en las Cortes de Alcalá de Henares, también contienen normas al respecto.

Más tarde los reyes católicos, utilizando la justicia como instrumento para lograr consistencia, respetabilidad y apoyo para las Cortes de Toledo y de Sevilla algunas innovaciones que pasaron a formar parte de la "Nueva y Novísima recopilación de leyes de Castilla" posteriormente, fueron incluidos en el Derecho Indiano.

⁴ Mariluz Urquijo Historia de México, México, Editorial Porrúa, 1995 pp. 85

1.5. MEXICO INDEPENDIENTE

En plena guerra de independencia en la orden que el intendente don Bernardo Bonavía comandante general de Durango, dio al Teniente Coronel Pedro Maria Allende y Saavedra, notamos, como a través de los años la *prisión preventiva* siguió siendo una "institución de custodia".

A continuación un fragmento de la mencionada orden:
"pasa al escribano de Gobierno a notificar la sentencia de los reos eclesiásticos que se hallan bajo custodia de V. a los veinticuatro horas lo hará el V poner en ejecución haciéndolos pasar por las arma por la espalda"
los legisladores de 1814 al pronunciar la gran palabra que venía a confirmar la existencia de su pueblo, proclamaban los derechos del hombre como la base y el objeto de las instituciones sociales.

ARRAIGO DOMICILIARIO

2.1 CONCEPTOS

2.1.1 DOCTRINAL

Instrumento precautorio, medida de cautela para retener al inculpado hasta la emisión y ejecución de la sentencia.

El arraigo es pertinente tratarlo en este lugar por su vinculación con las limitaciones a la libertad. En materia penal es considerado como la obligación impuesta de estar en determinado lugar.

Un ataque directo a la libertad física de la persona, por cuanto la prive de la libre locomoción o de ambulación, esta lo constituye la figura típica de la privación de la libertad.

Notificar judicialmente (a una persona) que no salga de la población bajo cierta pena.

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

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

Por una novela de 10 de septiembre de 1931 se introdujo la que permitió que viniera en llamarse "prisión preventiva --o provisional--atenuada" cuando a juicio del instructor deban atenuarse las condiciones de la prisión preventiva, ordenará su atenuación. Ante el silencio de la ley es de pensar que el juicio lo ha de formar el instructor considerando la inexistencia de los riesgos contra los cuales precisamente trata de prevenir la prisión provisional. Según tal ley "la atenuación consistirá en el arresto en el propio domicilio, con la vigilancia que se considere necesaria, en la posibilidad de que los sujetos a prisión preventiva atenuada salgan de su domicilio durante el tiempo necesario para la prestación de sus servicios o ejercicio de su profesión , siempre con la vigilancia que se estime necesaria para los fines de seguridad del indiciado"

El artículo 11 Constitucional subordina el derecho subjetivo de tránsito a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad penal o civil. Por su parte el artículo 205 del Código de Procedimientos Penales Federal permite el arraigo del inculpado, a pedimento del Ministerio Público, cuando el delito por el que se sigue el proceso merezca pena diversa de la corporal o alternativa y exista la posibilidad de que se dificulte la averiguación si se ausenta aquel. A su turno los artículos 215 Código Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 256 Código de Procedimientos Penales Federal establecen el arraigo de testigos además de la último precepto referido hace posible el examen anticipado de testigos

cuando tuvieren que ausentarse del lugar donde se practican las diligencias. Otros casos de arraigo resultan del procedimiento preparatorio a la extradición.

El arraigo es una condición para obtener la libertad provisional y consiste en el acatamiento de la orden que se le da al sujeto para que no se ausente del lugar donde el proceso se encuentra radicado. No existe aquí respaldo en dinero como en el caso de la caución sino solo la orden del Ministerio Público para que la persona no se ausente, a consecuencia de la cual la persona queda obligada a presentarse en todos los actos procesales a los que sea citado. Esencialmente trata de que no se ausente del lugar del juicio.

El arraigo no implica enclaustramiento dentro de un pequeño lugar (como permanecer dentro de un convento o una casa) sino sólo la imposibilidad de abandonar el lugar donde se realiza el juicio. También se le ha llamado *arresto domiciliario*, *prisión preventiva atenuada* o *arraigo domiciliario*, éste último con el que se le conoce más en México.

La razón del arraigo obedece a decir de Prieto-Castro a la inexistencia de riesgos contra los cuáles trate de prevenir la reclusión preventiva.

Adviértase que el arraigo, concretamente el no ausentarse del lugar del juicio opera como contra-garantía de la prisión preventiva.

Esta figura del arraigo se introdujo en España a partir de 1931, pero el código de musoliniano de 1930 (artículo 247) ya daba la posibilidad de que la mujer encinta, o que la lacte a la prole, o la persona se encuentre en condiciones de salud grave o bien por razones de "hecho " o "morales sociales", no es necesario que quede en prisión, sino en su propia habitación .

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

1. Acatamiento del arraigo *decretado por el Ministerio Público* a personas a las cuales se les imputa delitos menores (arraigo administrativo o policial).
2. Acatamiento del arraigo *decretado por el tribunal*, a instancia del Ministerio Público, contra aquellas personas que no tengan que permanecer en reclusión preventiva, pero de las cuales se tema se vayan a fugar (arraigo judicial).

2.1.2 CONCEPTO JURÍDICO

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

Este instrumento fue introducido en las reformas a los CPP y CFPP promulgadas en diciembre de 1983, como una innovación respecto de la regulación de las medidas precautorias en los textos anteriores, en los que únicamente se establecía la libertad caucional previa o administrativa –durante el período de investigación–, tratándose de delitos imprudenciales ocasionados por el tránsito de vehículos, o bien la libertad caucional de carácter judicial, una vez iniciado el proceso penal propiamente dicho, en los supuestos de la prisión preventiva.

En las citadas reformas de 1983 se ampliaron las hipótesis de 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. (art. 271 CPP y 135 CFPP).

De manera congruente con la liberación de las medidas de aseguramiento del inculpado tratándose de delitos imprudenciales o bien en aquellos en que los cuales sólo pueda imponerse pena alternativa o no privativa de la libertad, se creó el arraigo en sus modalidades , es decir en el período de investigación previa o bien durante el proceso, como una medida precautoria que permite la disponibilidad del inculpado ante el MP o el juzgador, limitando los casos de detención y prisión preventivas.

En cuanto al período de investigación, la reforma faculta al MP para decretar la libertad caucional en los supuestos de delitos imprudenciales y además para solicitar al juez respectivo, que decrete el arraigo del inculpado, el cual debe ordenarse sin necesidad de

caución, en los supuestos de delitos que merezcan pena alternativa o no privativa de libertad.

La regulación es muy minuciosa en el CPP en cuanto a la hipótesis de la averiguación previa por delitos que sean de la competencia de los juzgados mixtos de paz o de los penales en el DF, cuando la pena no exceda de cinco años de prisión, en los cuales se atribuye al MP la facultad de solicitar al juez respectivo, que en lugar de recluir al inculcado en los lugares ordinarios de detención, se decrete su arraigo en su domicilio, con la posibilidad de trasladarse a su lugar de trabajo, siempre que concurren las condiciones siguientes:

- a) Que el afectado proteste presentarse ante el MP que realiza la investigación cuando éste lo disponga.
- b) Que no exista datos de que pretenda sustraerse de la acción de la justicia.
- c) Que realice convenio con el ofendido o sus causahabiente ante el MP sobre la forma en que reparará el daño causado, pero sino se llega a un acuerdo sobre su monto, el propio MP lo determinará con los elementos de prueba que disponga.
- d) En los casos de delitos por imprudencia provocados por el tránsito de vehículos, es preciso que 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, y

- e) Que cuando se considere necesario, alguna persona se comprometa bajo protesta y a criterio del Ministerio Público a presentar al inculpado.

En el supuesto de que el acusado o la persona que deba presentarlo desobedecieren sin justa causa las órdenes del MP, se revocará el arraigo y la averiguación previa será consignada en su caso, solicitándose al juez competente la orden de aprehensión. Además la medida no puede prolongarse por más de tres días, transcurridos los cuales el arraigado podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de la consignación por el MP y la solicitud de la correspondiente orden de privación de la libertad (art. 271 CPP).

Por lo que respecta a la medida precautoria durante el proceso, los artículos 301 CPP y 205 CFPP, disponen que cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el inculpado no deba ser internado en prisión preventiva, pero existan elementos para suponer que podrá sustraerse de la acción de la justicia, el MP podrá solicitar al juez en forma fundada y motivada, o este disponer de oficio, con audiencia del procesado, el arraigo de éste, con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda excederse del plazo en que deba resolverse el proceso.

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 algunas de sus funciones con la amplitud que ameriten, sin hacer objeto al indiciado de

detenciones ilegales; y además con la seguridad de que este no evadirá la acción de la justicia.

El aseguramiento de la persona en quien recaen fundadas sospechas de que ha cometido un delito, tiene lugar por lo general desde que el procedimiento se inicia, como una medida de necesidad extrema para mantenerlo en prisión preventiva y conseguir la marcha regular del proceso. Este aseguramiento precautorio se justifica tratándose de delitos de suma gravedad, ante la evidencia de que toda persona que tiene conocimientos de que se sigue una averiguación criminal en su contra, propenda a ocultarse o a huir para que no se le detenga.

La reforma procesal penal ha introducido en el procedimiento penal una nueva medida cautelar: el arraigo (artículo 301 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 205 del Código Federal de Procedimientos Penales) una medida cautelar restrictiva de la libertad el arraigo que viene a ser, a nuestro juicio, de dudosa constitucionalidad, por no hallarse expresamente autorizado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aunque no la prohíba. En efecto siendo las garantías individuales derechos subjetivos públicos limitativas del poder del Estado, derechos que según el artículo primero de la citada ley Fundamental, solamente pueden ser restringidos o suspendidos en los casos y con las condiciones que ella misma establece, las limitaciones de la libertad,

en este caso de la locomoción, solamente podrán ser legitimados por la propia Constitución, la cual no autoriza mas limitaciones a la libertad procesal del individuo que la detención (artículo 16) y la prisión preventiva (artículo 18).

La reforma al artículo 133 bis (8 de febrero de 1999) del Código Federal a que hace referencia el artículo 205, del mismo; introduce la modalidad de "imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin previa autorización"; así mismo concede el término máximo de treinta días para el arraigo domiciliario, y el de sesenta días para la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

El Ministerio Público podrá solicitarlo del juez "cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el imputado no deba ser internado en prisión preventiva", norma que contradice la incita a *contrario sensu* en el artículo 18 Constitucional, el cual al disponer que "solo por delito que merezca pena corporal, habrá lugar, a prisión preventiva", dispone tácitamente que por delito que merezca pena no corporal, el probable sujeto activo del mismo, debe permanecer forzosamente en libertad, sin sufrir restricción de ninguna especie.

Por otra parte, 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 es lo 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 siquiera se ha ejercitado acción penal, de donde se infiere, lógica y jurídicamente, que el mencionado artículo 11 constitucional no autoriza ninguna medida restrictiva de la libertad de carácter procesal.

2.2 TIPOS DE ARRAIGO

2.2.1 ARRAIGO ADMINISTRATIVO

Por lo que hace a la primera de las modalidades esta se inició en México a partir de diversos acuerdos del Procurador General de Justicia del Distrito Federal en el año de 1977. En el foro mexicano, este tipo de arraigo es más conocido como arraigo domiciliario.

Por ese entonces, mediante un acuerdo se estableció que en los casos de delitos por imprudencia con penalidad inferior a cinco años los presuntos responsables podían quedar arraigados en sus domicilios. Concomitante el arraigo se condicionó ésta libertad provisional, al hecho de que el potencial beneficiario señalará 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. Se

estableció además como causa de improcedencia, el abandono del lesionado, o que se hubiesen consumado los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes.

A este acuerdo se sumaron otros dos; el más interesante –por lo estúpido--, es el de 1978, que estableció que el responsable del centro de trabajo del arraigado debe expresar su conformidad para dar facilidades a este fin de que cumpla con sus obligaciones.

En 1981 se incorporó al Código del distrito (artículo 271) estas disposiciones que se iniciaron como acuerdo, con excepción de la anuencia del patrón. A la vez se establecieron causas de revocación y un plazo no mayor de tres días en la duración del arraigo.

Con mayor cuidado se establecieron en el Código de Procedimientos Penales Federal (artículo 135 bis) en la reforma de 1933.

2.2.2 ARRAIGO JUDICIAL

Es la otra modalidad del arraigo – es decir la decretada por el tribunal- no existe sustitución de cárcel por libertad, sino que quien gozando ya de la libertad, esta le es restringida.

De esta manera “cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable al 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 este disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el tribunal señale (artículo 271 Código Federal de Procedimientos Penales).

Otro caso de arraigo es el de aquel que goza de libertad caucional, pues contra el opera la obligación de “no ausentarse del lugar sin permiso” que le impone el tribunal que le concede la libertad caucional (artículo 411 Código Federal de Procedimientos Penales). En este caso el arraigo opera como otra contragarantía que se suma a la caución lo que a nuestro parecer resulta contrario a la constitución.

En torno al arraigo Pallares llego a expresar su inconstitucionalidad pues atenta contra la libertad de tránsito que garantiza el artículo 11 constitucional.

2.2.3 ARRAIGO DE TESTIGOS.

El artículo 215 que a la letra dice:

Cuando hubiere de ausentarse alguna persona que pueda declarar a cerca 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 esta resultare que el arraigado lo fue indebidamente tendrá derecho a exigir que se le indemnice de los daños y perjuicios causados por el arraigo.

Sin embargo no sólo bastara el impedimento de la parte para que el juez ordene el arraigo del testigo sino que será necesario que el interesado en esa medida precautoria pruebe la necesidad de la providencia, acreditando previamente que el testigo habrá de ausentarse.

Los jueces para decretarlas deben obrar con prudencia y evitar violaciones a las garantías de orden constitucional.

Por otra parte los artículos 215 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el 256 del mismo código pero en materia federal establecen el arraigo de testigos Además el último precepto referido hace posible el examen anticipado de testigos cuando tuvieren que ausentarse del lugar donde se practican las diligencias. Otros casos de arraigo resultan del procedimiento preparatorio o la extradición.

2.3 LIBERTAD DE TRANSITO

La libertad de tránsito consiste en la facultad de desplazarse o circular libremente por todo el territorio de un estado, así como de entrar o salir del mismo y de elegir libremente en él su lugar de residencia.

La libertad de tránsito no es un derecho absoluto porque puede ser limitada por diversas razones, entre otras, por sanidad, mandato judicial o la aplicación de la ley extranjera de cada país.

Asimismo pueden exigirse determinados requisitos legales o administrativos para su ejercicio, los cuales deben ser razonables a fin de no desnaturalizarlo. Así por ejemplo, es razonable que las autoridades exijan la presentación del pasaporte respectivo a las personas que van a salir de un país, pero no lo sería que la autoridad correspondiente cobre una cifra exorbitante para la obtención del mismo.

La protección de la libertad de tránsito presenta distintos alcances, dependiendo de si quien ejerce el derecho tiene la condición de nacional o extranjero respecto del territorio al cual quiere ingresar, en el que desea permanecer, residir, o del que pretende salir.

2.4. UBICACIÓN DEL ARRAIGO DOMICILIARIO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

2.4.1 ANTECEDENTES DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

El proyecto de Código Procesal de 1872, por su parte establecía:

“fuera del caso de pena impuesta por sentencia la libertad de las personas sólo puede restringirse con el carácter de detención o con el de prisión preventiva; pero es necesario que se verifique en los términos que señala la ley y por los funcionarios y agentes a quienes expresamente se compete con esta facultad”.

La detención en ningún caso podrá exceder de tres días y deberá verificarse precisamente en algún establecimiento destinado en cada lugar para ese objeto.

“La prisión formal o preventiva sólo podrá decretarse cuando medien estos requisitos”.

1. Que este comprobada la existencia de un hecho ilícito que merezca pena corporal.
2. Que se le haya tomado declaración preparatoria, que se le haya impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador, si lo hubiere.
3. Que contra el acusado haya datos suficientes, a juicio del juez, para creerlo responsable del hecho.
4. El mandamiento de prisión preventiva deberá contener el nombre del juez, el del acusado y del delito que se persigue. Se comunicará por escrito al alcaide del establecimiento, además se dará al acusado una copia, siempre que la pidiere”

La prisión deberá sufrirse precisamente en el local destinado en cada lugar para que ese objeto”.

Código Procesal de 1980 “La detención trae consigo la incomunicación del inculpado. Para levantarla durante los tres días, que aquella debe durar, así como para prolongarla por más de este tiempo se requiere mandamiento expreso que se comunicará por escrito al alcalde o jefe de la prisión.

“La detención en ningún caso podrá exceder de tres días y deberá verificarse precisamente en algún establecimiento destinado en cada lugar para este objeto. Sólo la decretan la Policía preventiva los jueces de lo criminal, la correccional, los menores y los de Paz.

2.4.2 CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

I. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En este cuerpo de normas no hay artículo que haga una división de los períodos del procedimiento pero el examen global lleva a la conclusión de que en el mismo se distinguen:

1. Período de diligencias de policía judicial que propiamente termina con la consignación.
2. Período de instrucción: que principia cuando el detenido queda a disposición de la autoridad judicial y termina con la

resolución dictada en el plazo de setenta y dos horas (este plazo por reforma hecha se puede duplicar en los términos expresados por la parte final del artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales) Con la reforma de 1994 no cambia el pensamiento.

3. Período de juicio que va desde el auto de formal prisión o sujeción a proceso, hasta que se dicte la sentencia.

La detención es como dice Bustamante " el estado de privación de libertad que sufre una persona por mandato de un juez". La detención es el estado de privación de la libertad en que se encuentra una persona cuando ha sido depositada en una cárcel o prisión pública u otra localidad, que preste la seguridad necesaria para que no se evada.

La prisión preventiva se refiere al estado de privación de la libertad que guarda una persona contra la que se ha ejercitado acción penal.

A este instituto aluden los Códigos procesales, debiéndose, para mayor claridad separar lo concerniente al Distrito Federal de lo relativo al Federal.

En el distrito Federal nos encontramos con que procede el arraigo:

- A) Cuando se trate de delito no intencional o culposo y siempre que no se abandone al ofendido, el Ministerio Público podrá solicitar el arraigo, si el inculpado garantiza mediante caución suficiente fijado por el Ministerio Público no sustraerse de la acción de justicia (artículo 271 reformada 4 de enero de 1984) en la reforma de 1994 también se refiere al arraigo.
- B) También el Ministerio Público podrá pedir el arraigo sin necesidad de caución, cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad (artículo 271 citado);
- C) Cuando por la naturaleza del delito o la pena aplicable no procede la prisión preventiva y hay elementos para suponer que el sujeto podrá sustraerse de la acción de la justicia, el Ministerio Público, si lo estima conveniente tiene potestad para con fundamento y motivo pedir el arraigo (artículo 301 reformado el 4 de enero de 1984);
- D) El juez de oficio, cuando se presenta la situación a que se refiere el inciso anterior, con audiencia del imputado, puede decretar el arraigo y por el tiempo que señale, sin nunca excederse del término en que deba resolver el proceso (artículo 301 reformado el 4 de enero de 1984) igual en la reforma de 1994
- E) Cuando por la averiguación previa el Ministerio Público estime procedente el arraigo del indiciado (tomando en cuenta las características del hecho y la circunstancias personales), solicitará el arraigo al órgano jurisdiccional y éste, oyendo al propio indiciado, resolverá sobre la procedencia del arraigo con

la vigilancia del Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo en este caso, no excederá de treinta días prorrogables por otros treinta a solicitud del Ministerio Público (artículo 270- bis, adición; 4 de enero de 1984) la reforma de 1994 en esencia es igual.

ART. 270 bis Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, 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.

Este artículo fue incluido en el articulado del Código que se comenta por decreto publicado en el "Diario Oficial" de cuatro de enero de 1984, para evitar las detenciones arbitrarias e injustas cuando el delincuente no es sorprendido en flagrante delito, o que no hay autoridad judicial en el lugar y existe notoria urgencia para la

aprehensión del delincuente, o cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención, no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y exista el temor fundado de que el responsable se substraiga a la acción de la justicia.

Cuando ninguno de estos supuestos presenta el Ministerio Público no puede llevar a cabo la detención del delincuente, y en ese caso, si estima necesario el arraigo, recurrirá al órgano jurisdiccional, procediendo en los términos del precepto que se comenta.

2.4.3. EN MATERIA FEDERAL

En materia federal la disposición del artículo 133 bis es mas escueta, en cuanto dispone, en términos genéricos , que cuando con motivo de una averiguación previa, el MP, estime necesario el arraigo, de acuerdo con las características del hecho impugnado y las circunstancias personales del inculpado, solicitará dicha medida al juez respectivo, el cual, oyendo al presunto responsable, ordenará el arraigo con vigilancia a cargo del MP y de sus auxiliares.

El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable por la debida integración de la averiguación no pudiendo exceder de treinta días prorrogables por igual plazo a petición del MP. El juez resolverá escuchando al propio MP y al arraigado sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo, pero dentro del proceso, deben respetarse los plazos constitucionales, decir de cuatro meses cuando se trate de delitos sancionados con

pena de prisión que no exceda de dos años, y dentro de un año, cuando la sanción corporal sea mayor. (artículo 20, fracción VIII, C)

II. Procede el arraigo en casos análogos a los señalados al aludir al Distrito Federal.

- a) Cuando se trate de delito no intencional o culposo exclusivamente el Ministerio Público dispondrá la libertad del inculpado, sin perjuicio de solicitar su arraigo y debiendo garantizar el inculpado no sustraerse de la acción de la justicia, así como el pago de la reparación del daño, mediante caución procedente (artículo 135 reformado el 27 de diciembre de 1983) en la reforma de 1994 la esencia no se altera.
- b) Cuando el delito se comete con motivo del tránsito de vehículos y no hubo abandono de personas, no hay necesidad de otorgar caución y "sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad" (artículo 135 reformado, 27 de diciembre de 1983) la reforma de 1994 es en esencia igual.
- c) Cuando por la naturaleza del delito no procede la prisión preventiva y existen elementos para suponer que el inculpado puede sustraerse de la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez decrete el arraigo y éste con audiencia del inculpado podrá decretarlo por el tiempo que estime pertinente sin nunca excederse de treinta días prorrogables hasta sesenta

“o bien tratándose de averiguación previa o bien en el proceso por el tiempo constitucional en que éste deba resolverse” (artículo 205 reformado y 133 adicionado, 27 de diciembre de 1983).

- d) En la misma situación comprendida en el inciso anterior e iguales limitaciones, el juez de oficio, con audiencia del inculpado puede decretar el arraigo.
- e) Casi con los mismos elementos a que nos hemos referido en el inciso (E) al tratar el arraigo en el Distrito Federal en materia federal en el artículo 133-bis se consagra igual situación.

Los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Federal, incluyen como restricción a la libertad del probable autor del delito, el arraigo, mismo que ha sido tradicionalmente una institución operante en el Derecho Procesal Civil, en donde es considerado como una medida de carácter precautorio, para aquellos casos en que el actor tiene el temor fundado de que el demandado etc.

En el campo del derecho de Procedimientos Penales, en los Códigos de la materia federal y del Distrito Federal, se expresa “cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquel recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que este oyendo al indiciado resuelva el arraigo con

vigilancia de la autoridad, que ejercerá el agente Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa de que se trate, no pudiendo exceder 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.” (artículo 133 bis y 270 bis correspondientes).

“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 de la acción de la justicia”. Ante esta hipótesis, el agente del Ministerio Público puede solicitarle al juez, fundada y motivadamente, o este disponer de oficio con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juez señale sin que, en ningún caso pueda exceder del máximo señalado en los artículos 133 bis y 270 bis de los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito federal y Federal o bien tratándose de la averiguación previa o en el proceso, por el término constitucional en que este último deba resolverse (véanse los artículos 205 del Código de Procedimientos Penales Federal y 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

La inclusión del arraigo en el procedimiento penal como se deja anotado, seguramente acusa a una buena intención, no obstante aun

con los requisitos y lapsos que para el mismo se señalan no dejan de ser vinculatorios del artículo 11 constitucional vigente por introducir una limitación a la libertad que dicho precepto prohíbe en términos generales y que solo permite a las autoridades expresamente señalados y en términos muy precisos.

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

A mayor abundamiento, atento a lo previsto en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos citada "ninguna detención ante autoridad judicial podrá excederse del término de setenta y dos horas sin que se justifique un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito".

De acuerdo a lo indicado, es indudable que lo establecido en los artículos 133 bis y 270 bis de los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Federal es contrario a lo ordenado en el artículo 19 de la constitución citada.

ANÁLISIS DEL ARTICULO 270-BIS EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 11,14, 16 y 17 CONSTITUCIONALES

3.1. FACTORES EN LOS QUE REPERCUTE EL ARRAIGO DOMICILIARIO.

Si la figura del arraigo tiene como objeto asegurar la permanencia del individuo a disposición de la autoridad ministerial para la integración de las averiguaciones para ello deben existir en el proceso “elementos suficientes que demuestren la probable existencia de un nexo causal con el delito”. Igual debe tomarse en cuenta la posibilidad de que haya una intención de evadir la justicia por parte de la persona involucrada.

Al referirse al arraigo la medida restrictiva de la libertad en el domicilio particular, hoteles o casas aseguradas, se destaca la necesidad de reformar el artículo 270-bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el artículo 12 de la Ley Federal contra la delincuencia organizada y el artículo 178 del Código de Procedimientos Penales federal.

Lo anterior con el propósito de dar a la institución del arraigo un equilibrio entre el goce de las libertades fundamentales del ser humano y el deber estatal de combatir la delincuencia y procurar administrar justicia.

El arraigo constituye una medida que lesiona las garantías individuales del gobernado, la libertad de tránsito, trabajo y personal, al tiempo que tiende el juzgador actúe arbitrariamente al apreciar los hechos y la conducta del afectado al momento en que decreta dicha medida.

El arraigo sólo debe decretarse cuando se trate de delitos graves o de los previstos en la Ley Federal contra la delincuencia organizada.

Una de las posiciones propone modificar el artículo 270-bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal donde señale específicamente los delitos por los que el juzgador debe decretar el arraigo domiciliario y por los cuales únicamente la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Se indica que dicho precepto legal debe precisar que el lugar donde se efectúe el arraigo domiciliario debe ser, preferentemente el domicilio particular del afectado cuando este se localice en el lugar en que se lleve la averiguación y únicamente por exclusión y por motivos excepcionales en un domicilio diverso.

3.2 COMENTARIOS EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 11 CONSTITUCIONAL

3.2.1 ANTECEDENTES DEL ARTICULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

México, en su calidad de colonia, mantenía cerradas las puertas a los extranjeros, de modo que no podían venir a su territorio con derecho, y necesitaban permiso de la metrópoli.

Verificada la independencia acabó el monopolio del comercio, y por el arancel del 15 de Diciembre de 1821 se hizo la formal declaración de quedar el país con el resto del mundo civilizado.

Desde entonces todo el mundo ha tenido facultad para venir al territorio mexicano, sin perjuicio de que la ley la modifique, estableciendo las restricciones convenientes a su propia seguridad.

La Constitución de 1824 nada vino a establecer en sentido contrario, así como tampoco las constituciones posteriores del centralismo; de modo que el principio quedó en pie desde que por primera vez cayeron las barreras que nos separaban de las otras naciones.

El Congreso general expidió una ley de colonización el 18 de agosto de 1824, y *en ella abrió la puerta a todos los extranjeros que quisieron venir al país con este objeto.* Y en general estableció que no pudiera imponerse derechos por la entrada de las personas durante cuatro años.

En 1856, el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana volvió a centrar su redacción de la libertad de residencia, olvidando la libertad de tránsito, especialmente dentro del país. Finalmente en la constitución de 1857, donde se aprobó el texto propuesto en el proyecto en el artículo 16, que quedó como artículo 11, y que fue transcrito íntegramente, con algunos cambios en su segunda parte en 1917, fue el siguiente: "Todo hombre tiene derecho para entrar y salir de la República, viajar por su territorio y mudar de residencia sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otro requisito semejante. El ejercicio de este derecho no perjudica las legítimas facultades de la autoridad judicial o administrativa, en los casos de responsabilidad criminal o civil".

La Constitución de 1857 convirtió en derecho lo que antes no había sido mas que una facultad; y desde entonces *todo hombre individualmente ha quedado autorizado por la ley fundamental del país para exigir que no se ponga obstáculo alguno a su entrada en el territorio mexicano.*

México luego que se emancipó de su antigua metrópoli, reconoció en todos los hombres el derecho de abandonar el territorio del imperio y lo reconoció en términos que hacen honor a los directores de su política.

En los tratados de Córdoba se dijo lo siguiente "Toda persona que pertenezca a una sociedad, alterado el sistema de gobierno o pasando el país a poder de otro príncipe, queda en el estado de libertad natural, para trasladarse con su fortuna a donde le convenga,

sin que haya derecho para privarle de esta libertad, a menos que tenga contraída alguna deuda con la sociedad a que pertenece, por delito o de otro de los modos que conocen los publicistas; en este caso están los europeos avecindados en Nueva España y los americanos residentes en la península; por consiguiente serán árbitros a permanecer adoptando esta o aquella patria, o a pedir su pasaporte, que no podrá negárseles para salir del reino en el tiempo que se prefije, llevando o trayendo consigo sus familias y bienes; pero satisfaciendo a la salida por los últimos los derechos de exportación establecidos por quien pueda hacerlo."

Nuestro primitivo derecho público estableció así la libertad de salir del territorio mexicano, con la restricción natural que viniera de alguna responsabilidad criminal o civil.

Y la legislación constitucional vigente dio a esta libertad la categoría de derecho, de modo que la regla general es que el mexicano, lo mismo que el extranjero, podrá solicitar hasta el amparo constitucional, si alguna autoridad cometía el atentado de negarle el derecho de salir del territorio de la República.

Según el mismo artículo constitucional, nacionales y extranjeros, todos tienen igual derecho para viajar por el país, sin que se les pueda exigir pasaporte, salvo-conducto, ni formalidad o requisito alguno.

De modo que hoy no hay autoridad alguna que pueda detener al transeúnte, con el pretexto de no llevar pasaporte, salvo-conducto, ni otro documento por el estilo; y ni siquiera se puede expedir ley que así

lo exija, mientras este en todo su vigor y fuerza la garantía otorgada por este artículo.

Siendo esto así su contravención vendrá a hacer procedente el recurso de amparo.

La residencia, que es un título jurídico a que se ligan derechos y obligaciones de localidad; y sobre todo, la competencia del fuero del domicilio, que es de tanta trascendencia en los negocios judiciales, es enteramente de libre cambio, sin que pueda este ser impedido ni aun por la litispendencia, pues todo puede conciliarse por otros medios que garanticen el resultado del pleito, sin estorbar por otro lado el cambio de residencia.

Nuestro artículo dice que el ejercicio del derecho de salir del territorio nacional no perjudica las legítimas facultades de la autoridad judicial o administrativa en los casos de responsabilidad criminal o civil.

Las facultades que la autoridad judicial tiene para impedir que alguno se separe del lugar, derivan del deber que la ley le impone de hacer efectiva la responsabilidad criminal o civil del demandado.

En el primer caso se cumple con este deber procediendo a la detención del acusado; y en el segundo imponiéndole arraigo o valiéndose de otros medios para que no burle con su ausencia los derechos del acusador en negocio criminal o del demandante en el civil.

Cuando el motivo de la detención sea una acusación que probada plenamente dé lugar a la imposición de pena corporal,

entonces deberá impedirse la salida, el viaje o el cambio de residencia por medio de la prisión, según el artículo 18 de la Constitución.

Si la acusación fuere tal que por ella no pueda imponerse pena corporal aun cuando llegara a probarse, entonces si bien no puede el responsable ser detenido, si podrá ser obligado a dar fianza que asegure las resultas del juicio según el artículo 18 de la misma constitución.

La forma o tipo de tal fianza debía indudablemente tomarse de la ley 4ª, título 3º, libro 2º del Fuero Real, que paso después a las leyes de Partidas.

Entro esta fianza y la que establece nuestra legislación constitucional, hay la diferencia de que la primera solo se exigía al hombre que no era *arraigado*, y este se exige siempre y sin distinción alguna en el caso que forma el supuesto en que debe tener aplicación el artículo constitucional.

Si la responsabilidad es puramente civil, procede entonces el arraigo Antiguamente se observó lo que dijo una ley del Fuero Real, que fue la 2ª, título 3º, libro 4º, y es lo siguiente: *si el demandado no fuere arraigado de fiador al demandador que cumpla fuero, si el fiador no le diere vaya luego con él ante el alcalde. Si no quisiere recáudelo por si pudiere si no dígaselo al marino o al juez a cualquiera de ellos que tuvieren su lugar. Aquel a quien lo dijere recáudelo de guisa.*

Tanta severidad fue moderada después por la legislación de las Partidas que se limito a exigir fianza y en su defecto se conformó con una simple caución juratoria.

Alguna ley posterior hizo mas, pues declaró que no procedía el arraigo por demanda civil, si no se justificaba precisamente la deuda, y que el deudor no tenía bienes.

Y por último, vino la práctica a abolir por completo la obligación de afianzar las resultas del juicio en los negocios civiles. De modo que las legítimas facultades que la autoridad judicial tiene para hacer efectiva la responsabilidad civil de alguno, consisten en las de poder retener o embargar provisionalmente los bienes del deudor; prohibirle toda enajenación de sus bienes, previniendo a los escribanos que no otorguen escritura ninguna de enajenación y en poder decretar el secuestro de los bienes litigiosos, siempre que concurrieran las circunstancias expresadas de constar la deuda y de no tener arraigo el deudor; y por último, en poder decretar que el arrendatario de fincas rústicas que no tenga arraigo, otorgue la fianza suficiente, y en caso de que no pueda otorgarla que sea intervenido conforme al artículo 10 del decreto de Cortes de 8 de junio de 1813.

En México, tanto la constitución Central de 1836, en su artículo 2 fracción VI, como las bases orgánicas de 1843, en su artículo 9, fracción XVI, consignaron expresamente la libertad de tránsito, en el sentido de que:

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

La constitución Federal de 1857, en su artículo 11, consagraba dicha libertad en términos análogos a los establecidos en el artículo correspondiente de nuestra Constitución vigente.

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

En seguida declara que el hombre no está encadenado en ningún lugar del territorio mexicano, y que en consecuencia no solo puede viajar por él, sino mudar de residencia, es decir de domicilio como le plazca.

Y por último, también declara que el mexicano, lo mismo que el extranjero, tiene derecho perfecto para salir del territorio cuando así le convenga.

La libertad de tránsito, en cuanto a su efectividad y ejercicio, dependió siempre de las condiciones políticas de los Estados.

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

Se trata, esta libertad, de una de las primeras libertades que se restringen o limitan en los regímenes autoritarios, sea cual sea la

ideología que los anime, pues su restricción, aunque pretende en ocasiones justificarse en otras causas, como el desarrollo económico, en el caso de los regímenes de izquierda, o la seguridad nacional, en el caso de los regímenes de derecha, en realidad no tiene más fin que el de establecer un férreo control autoritario sobre los individuos.

Recientemente hemos observado con pena el resultado de limitaciones a estas libertades con los casos de los balseiros cubanos, personas que ponen en peligro su vida, desesperados, se encaminan hacia al mar en precarias embarcaciones solo con un fin dentro de sus mentes alcanzar su tan anhelada libertad.

Al respecto ha habido, desde los inicios de los regímenes socialistas, una disputa en el sentido de privilegiar la vigencia de las libertades sociales, incluso suprimiendo las individuales, o en sentido contrario de privilegiar las libertades individuales sobre los de carácter social, como planteamiento de los regímenes liberales.

Hoy en día la doctrina reconoce en los términos generales que los derechos y libertades fundamentales no son un conjunto inarticulado de derechos, sino un sistema que no permite la anulación de unos derechos para dar vigencia plena a otros, ni privilegia a unos sobre otros; no permitiendo que primero se alcance la vigencia de un grupo, para después lograr la vigencia de los demás. Como sistema, los derechos humanos deben ser reconocidos y respetados todos ya que la navegación o relegación de unos en beneficio de otros hace imposible la vigencia real, incluso de los derechos que se pretende privilegiar.

La libertad de tránsito y de residencia tienen diversas manifestaciones; en primer lugar, debemos distinguir entre la libertad de tránsito a lo interno y a lo externo de los Estados. A lo interno se entiende la plena vigencia de esta libertad en todos los Estados, sin posibilidad de exigir salvoconductos, cartas de garantía, tarjetas de identidad, etcétera, y limitadas sólo por las restricciones que marque el interés público, como son las relacionadas con las responsabilidades civiles y penales señala la Constitución, y que en los términos de la jurisprudencia se extiende a otras jurisdicciones creadas posteriormente a la expedición del texto constitucional, como la laboral o la administrativa.

Las restricciones fundamentales al respecto son conocidas procesalmente como providencias precautorias, como el arraigo (materia de nuestro estudio en esta tesis) institución que tiene como fin impedir que una persona se ausente del lugar en donde ha sido demandada. Y el mismo arraigo puede ser superado si el demandado deja apoderado debidamente instruido y expensado para que haga frente a la demanda.

En la misma línea se encuentra la detención y la prisión preventiva en el ámbito del derecho penal, que persigue precisamente evitar que el individuo evada sus responsabilidades penales producto de la comisión de un delito. Por supuesto que también son limitantes a esta libertad las penas de prisión establecidas en sentencia, pero éstas afectan de manera general a la libertad individual en todas sus manifestaciones.

La libertad de residencia encuentra también las limitaciones que emanen de las leyes de asentamiento humanos y ordenación urbana, en los términos de lo preceptuado por el tercer párrafo del artículo 27 constitucional, lo que no es sino una manifestación de que estas libertades no están reconocidos con carácter absoluto.

Diferente es el caso de las restricciones que pueden establecer las leyes migratorias o respecto de la salubridad general, ya que en primer lugar se establecen en la ley para ser ejecutadas por la autoridad administrativa y no por la judicial, como en los casos anteriores.

Las posibles restricciones en cuanto a las leyes de migración e inmigración se refieren a la libertad en su manifestación interna, sino en lo externo; en cambio, las limitantes con base a la tutela de la salubridad general si pueden tener plena vigencia en lo externo (pensemos, por ejemplo, en la necesidad de satisfacer un examen médico o un período de desinfección, antes de trasladarse de una zona de la país donde se padezca alguna epidemia, a otra don de no se presente el problema).

Bien si durante un tiempo la libertad de tránsito y de residencia en su expresión externa funcionaron plenamente en Europa occidental, su vigencia término con las guerras mundiales, y hoy, gracias a la integración europea, se tiende de nuevo a esa plena libertad de tránsito.

Mas en cambio, la libertad de tránsito en lo externo hoy se encuentra por lo general en todos los países del mundo a la

presentación del pasaporte, como un documento que permite identificar al individuo, e incluso a la obtención de la visa, que es la autorización para ingresar a un país por un tiempo determinado y con fines específicos para los cuales se autoriza el internamiento.

Este aspecto de la libertad cobra especial relevancia ante los importantes movimientos migratorios como consecuencia de guerras internas e internacionales, o incluso desgracias naturales, además de los importantes flujos que se presentan de manera natural en las zonas de frontera. Así, cobran especial relevancia, en relación con esta libertad, instituciones como el asilo y la calidad de refugiado, que requieren evidentemente el ejercicio de esta libertad para que puedan darse.

Igualmente, resulta muy importantes los movimientos de trabajadores migratorios de un país a otro, que en ocasiones son explotados y agredidos en sus derechos, no obstante representan un elemento valioso para la economía de los países, como sucede en el caso de nuestro país y los millones de trabajadores que de manera temporal laboran en los Estados Unidos.

En lo que respecta al Derecho Internacional de los derechos humanos desde la Declaración universal de los Derechos Humanos de 1948 se consagra en el artículo 13 la libertad de tránsito en sus dos vertientes, interna y externa: "Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado", y "Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país".

Con similar redacción fue recogido este derecho en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, adoptado en 1966, en el artículo 12 añadiéndose un elemento importante como condición para el ejercicio de dicho derecho, que es la estancia legal en el territorio de un país. Y sólo se permiten las restricciones al mismo que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos de tercero. Por supuesto que este derecho no se encuentra incluido en la lista de los derechos que no pueden ser suspendidos en casos de emergencia del artículo cuarto.

Con contenidos similares es recogida esta libertad en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, con una insistencia muy especial en que "Nadie puede ser expulsado de un Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a regresar al mismo", así como mención específica del derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero, y la prohibición de ser expulsado o devuelto a otro país donde esté en riesgo de violación la libertad personal a causa de la raza, nacionalidad, religión condición social o de las opiniones políticas.

3.2.2. ARTÍCULO 11 CONSTITUCIONAL VIGENTE

Esta libertad está consagrada en el artículo 11 constitucional, que a la letra dice:

“Todo hombre tiene derecho para entrar en la república, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad penal o civil, y a 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”.

Esta libertad contiene cuatro libertades específicas:

La de entrar al país

Salir del mismo

Viajar dentro del territorio mexicano

Mudar de residencia

El ejercicio de estas libertades por parte del gobernado o titular de la garantía individual de que se derivan es absoluto o mejor dicho incondicional, en el sentido de que para ello no se requiere carta de seguridad o salvoconducto (es decir el documento que se exige por una autoridad o alguna persona para que pueda pasar de un lugar a otro sin reparo o peligro), pasaporte (o sea el documento que se da a favor de un individuo y que sirve para identificarlo y autorizarlo para penetrar a un sitio determinado) u otros requisitos semejantes. En vista del contenido del derecho subjetivo público que emana de la garantía individual que consagra este artículo y que esta constituido

por la libertad de tránsito manifestada en las supradichas cuatro potestades o facultades, la obligación que para las autoridades del Estado y para este mismo se deriva de la indicada relación jurídica, consiste en *no impedir, entorpecer la entrada y salida de una persona del territorio nacional, el viaje dentro de éste o el cambio de su residencia y domicilio, y en no exigir, además ninguna condición o requisito.*

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

La libertad de tránsito es una libertad motriz, que significa que se refiere a un desplazamiento o movilización física del gobernado, por tanto esta libertad no comprende la prestación de ningún servicio para su reglamentación.

Cada persona puede utilizar los medios de locomoción que estén a su alcance para moverse y la obligación que se impone en nuestra Constitución esta dirigida a las autoridades para que no impidan dicho desplazamiento dentro o fuera del país.

Este artículo permite el libre tránsito sin salvo-conducto ya que estamos en un país libre. Esta libertad fomenta las relaciones de los individuos dentro y fuera de la población las entrevistas personales ayudan a la mejor comprensión de las situaciones recíprocas, los viajes fuera y dentro del país aumentan la cultura ya que permiten el conocimiento de otras regiones y de otras razas conociendo otros

modos de vivir, motivando la superación del ser humano y de sus costumbres sociales.

La libertad de tránsito también promueve y facilita las transacciones mercantiles, con el consiguiente provecho económico.

El precepto permite la movilización personal en el territorio mexicano, indispensable para completar la libertad personal, sin necesidad de salvoconducto u otro documento similar.

Esa libertad fomenta las relaciones de los individuos unos con otros en todos los sentidos, dentro y fuera de las poblaciones y aun en el exterior; las entrevistas personales ayudan a la mejor comprensión de las situaciones recíprocas; los viajes dentro y fuera del país aumentan la cultura práctica, por el conocimiento de otras regiones y de otras razas y nacionalidades, de otros ambientes y de otros modos de vivir, y así motivan la superación del comportamiento humano, de las circunstancias y de las costumbres sociales, salvo desgraciadamente, las limitaciones y las corrupciones en que incurren las personas incultas.

La libertad de tránsito también promueve y facilita las transacciones mercantiles, con el consiguiente provecho económico.

3.2.3 LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE TRANSITO

La libertad de tránsito tiene las siguientes limitaciones:

1. Las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal o civil esto es: la residencia obligatoria temporal con motivo de un proceso penal, requisitos de libertad bajo caución y la libertad preparatoria, por ejemplo, cuando se dicta una sentencia que ordena la privación de la libertad o cuando se establece una medida de arraigo.
2. Se limita la libertad de tránsito igualmente por el uso de las facultades que correspondan a la autoridad administrativa, aplicando leyes sobre emigración y migración precisados en la Ley general de Población como son: los requisitos de migración para la entrada y salida del país de nacionales y extranjeros, exigencias fiscales y salubridad, asilo en las embajadas, etc.
3. Se refiere a las facultades de la autoridad administrativa respecto a la salubridad en general de la República a que se refieren los incisos dos y tres de la fracción XVI del artículo 73 queda facultad al Congreso y que crea el Consejo de Salubridad General que interviene por ejemplo: en caso de epidemias graves, impidiendo así el libre tránsito en zonas afectadas
4. Es la expulsión de extranjeros perniciosos, consagrada en el artículo 33 Constitucional cuando éstos resultan lesivos para el país. Esta facultad se otorga al ejecutivo federal el cual puede realizar la expulsión sin que el extranjero

afectado tenga derecho a un juicio previo, conforme al siguiente texto constitucional:

"...Artículo 33.- Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, Título primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Respecto de la expulsión de extranjeros, el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 señala que sólo será posible mediante una decisión adoptada conforme a la ley, respetando al extranjero su derecho audiencia y presentar el recurso correspondiente.

El derecho de libre tránsito y domicilio se complementa con las prerrogativas contempladas en los párrafos primero y último del artículo 16 constitucional que se refieren a la inviolabilidad del domicilio. De acuerdo con el primer párrafo, nadie puede ser molestado en su domicilio, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente en el que se funde y motive la causa legal del

procedimiento; y conforme al último párrafo del mismo precepto, en tiempos de paz y ningún miembro del ejército —debe entenderse de las fuerzas armadas— podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño ni imponer prestación alguna. El precepto permite que en tiempo de guerra los militares puedan exigir a los gobernados no sólo alojamiento, también bienes y alimentos, de acuerdo con lo que establezca la ley marcial correspondiente que, sin duda, sólo existiría bajo un régimen de excepción reglamentado por las normas de emergencia derivadas de la suspensión parcial de la Constitución prevista por el artículo 29, pero esto lo estudiaremos y explicaremos más adelante.

3.2.4 ANTECEDENTES DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL

El Derecho Constitucional Mexicano, prácticamente todas las Constituciones que estuvieron vigentes con anterioridad a la actual consagraron la prohibición de las leyes retroactivas y el derecho de audiencia. Destaca por su claridad el artículo 31 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, en cuanto dispuso: "Ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente".

Entre los preceptos similares al artículo 14 actual, pueden mencionarse los artículos 19 del Acta Constitutiva de la Federación, y 148 de la Constitución Federal, de 31 de enero y 4 de octubre de

1824; 2º, fracción V, de la primera de las Leyes Constitucionales de 29 de diciembre de 1836; 9º, fracción VIII, y 182 de las Bases Orgánicas de 12 de junio de 1843, y finalmente, el artículo 14 de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857. este último también es el antecedente de la llamada garantía de legalidad de las resoluciones judiciales.

El primero de los mandatos de este artículo, establece la *prohibición de interpretar las leyes retroactivamente en perjuicio de persona alguna*, y ha sido objeto de una abundante discusión tanto la doctrinal como jurisprudencial.

El antecedente inmediato de este precepto es el similar del artículo del mismo número de la Constitución de 5 de febrero de 1857, que prohibía la expedición de leyes retroactivas. Se dirigía directamente al legislador, y por ello se consideró que la aplicación retroactiva, cuando la disposición legal no adoleciera de este vicio, no implicaba una violación constitucional, y por ello no daba lugar al juicio de amparo sino a las impugnaciones ordinarias.

Esta parece ser la razón del cambio de redacción del precepto actual, que no se explica en la exposición de motivos del proyecto respectivo, al acentuar la prohibición en la aplicación retroactiva de las leyes, con lo cual, como lo ha expuesto la doctrina y reconocido la jurisprudencia, el mandato constitucional abarca tanto al legislador como al órgano de aplicación.

Ha sido muy amplia la discusión de la doctrina y numerosas las tesis de jurisprudencia que han tratado de definir el concepto de

retroactividad, sin lograr un criterio preciso, por lo que en términos muy amplios se puede afirmar que un ordenamiento o su aplicación, tienen carácter o efectos retroactivos cuando afectan situaciones o derechos que han surgido con apoyo en disposiciones legales anteriores, o cuando lesionan efectos posteriores de tales situaciones o derechos que están estrechamente vinculados con su fuente y no pueden apreciarse de manera independiente.

Sin embargo, la propia jurisprudencia ha establecido dos excepciones a dicha prohibición, es decir, tratándose de disposiciones de carácter constitucional o las de naturaleza procesal. En el primer supuesto de manera ilimitada, y en el último siempre que no menoscaben derechos adquiridos o etapas del procedimiento que se han consumado por la preclusión.

El segundo sector del artículo 14 configura lo que se conoce como *derecho o garantía de audiencia*, que es el que se asume mayor complejidad tanto por lo que se refiere a los derechos tutelados como a los diversos elementos que integran la citada garantía.

A). Por lo que se refiere a los *derechos protegidos* el precepto fundamental comprende la vida, la libertad, propiedades, posesiones y derechos, con lo cual se abarca toda clase de privación, pudiendo destacarse la relativa a la posesión, en virtud de que según la jurisprudencia, se tutela la simple detentación de bienes sin perjuicio de su clasificación jurídica posterior a través de un proceso ordinario, acorde al concepto clásico del interdicto posesorio.

B). En cuanto a los elementos del derecho constitucional de audiencia, comprende los de juicio, tribunales previamente establecidos, y las formalidades esenciales del procedimiento, puesto que la disposición que exige que todos estos factores sean regulados de acuerdo con las leyes expedidas con anterioridad al hecho, queda comprendida en la prohibición de retroactividad, de la cual no es sino un aspecto.

a), el *juicio* se ha entendido por la jurisprudencia en un sentido lato, es decir, más amplio que el proceso judicial, puesto que abarca también el procedimiento administrativo.

Se ha discutido si en el procedimiento administrativo la audiencia del particular debe ser *previa a la afectación*, y sobre este aspecto no existe una opinión definida, puesto que se ha establecido en numerosas decisiones de la Suprema Corte de Justicia, que existen dos materias en las cuales no exige la audiencia previa: por una parte la *expropiación* por causa de utilidad pública, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 constitucional, y en segundo término, en la fijación de tasa impositivas, así como el ejercicio de la facultad económica coactiva, pues en estas materias se puede acudir posteriormente a la impugnación administrativa y judicial, incluyendo el juicio de amparo.

Sin embargo, los casos específicos son apreciados de acuerdo con el principio de que la previa audiencia sólo pueden exigirse cuando sea realmente indispensable la intervención del afectado, es decir, cuando ésta debe probar los hechos o proporcionar información a fin de que pueda tomarse la decisión respectiva.

b) La expresión *tribunales previamente establecidos* también debe entenderse en un sentido lato, es decir, abarca no sólo a los órganos del Poder Judicial, sino a todos aquellos que tengan la facultad de decidir controversias de manera imparcial, como ocurre con algunas autoridades administrativas, entre las cuales pueden señalarse, como ejemplo, las agrarias, que realizan estas funciones sin ser formalmente judiciales. Esta disposición está vinculada con el artículo 13 de la Constitución federal, en cuanto a que prohíbe los llamados “tribunales especiales” – en realidad “privativos”-, o sea, aquellos que se han establecido con posterioridad a los hechos o para juzgar a un número determinado de personas, y que se conocen también con el nombre de “tribunales por comisión”. En tal virtud, el artículo 14 que examinamos complementa ese mandato del artículo 13, exigiendo que los tribunales hayan sido previamente establecidos, es decir, por leyes expedidas con anterioridad a los hechos que se cuestionan.

c). *las formalidades esenciales del procedimiento* son las que debe tener todo procedimiento no sólo judicial, sino también administrativo, como lo señalamos anteriormente, para proporcionar una verdadera oportunidad de defensa a los afectados. Este requisito queda comprendido, como lo señala acertadamente la doctrina, dentro del concepto angloamericano del debido proceso (*due process of law*), en sus aspectos procesales, y que también se conoce como derecho de defensa, según la tradición española.

Las formalidades del procedimiento han sido consignadas en sentido negativo por los artículos 159 y 160 de la Ley de Amparo,

puesto que, cuando no se respetan por los organismos judiciales, configuran las violaciones a las leyes del procedimiento que afectan las defensas del promovente del amparo. El primero de esos preceptos se refiere a la materia civil en sentido amplio, es decir, comprende también los conflictos administrativos y laborales, y el segundo proceso penal.

Si examinamos las hipótesis enumeradas por ambos preceptos, que además pueden ampliarse a casos análogos por los tribunales de amparo, se refieren a aquellos supuestos en los cuales se priva a las partes de su posibilidad de defensa, en cuanto a su conocimiento de los hechos, a su posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas, o bien respecto a la interposición de medios de impugnación.

Por otra parte, las disposiciones del citado artículo 160 de la Ley de Amparo reglamenten, además del derecho de defensa señalado genéricamente por el citado artículo 14 constitucional, también los derechos del acusado en el mismo proceso penal, establecidos por el artículo 20 de la Constitución federal.

Debe tomarse en consideración que la jurisprudencia ha señalado que el derecho de audiencia, en cuanto a la defensa procesal, se impone tanto al legislador como a las autoridades administrativas. En el primer supuesto, en cuanto a los órganos legislativos deben establecer en las leyes que expidan, los procedimientos que permitan la defensa de los particulares, por lo que, cuando el ordenamiento respectivo no proporcione esa oportunidad de audiencia, debe considerarse inconstitucional.

Por lo que respecta a la autoridad administrativa, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha establecido una obligación directa de proporcionar la oportunidad de defensa a los afectados, aun cuando la ley del acto no establezca ni el procedimiento ni las formalidades esenciales respectivos (tesis 339, página 569, apéndice 1975, Segunda Sala).

Los dos últimos preceptos del artículo 14 se refieren a los *requisitos de fondo de las resoluciones judiciales*, tanto en materia penal como en los procesos civiles, administrativos y laborales, a través del llamado control de legalidad, que otorga fundamento al juicio de amparo contra las propias resoluciones judiciales, calificado también como *amparo casación*.

- a. En efecto, por lo que respecta al *proceso penal* el tercer párrafo del artículo 14 constitucional prohíbe imponer pena alguna que no esté establecida por una ley exactamente (en realidad, estrictamente) aplicable al delito de que se trata, principio esencial del enjuiciamiento criminal, que se conoce tradicionalmente por el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y que como bien indica la doctrina abarca también el *nulla poena sin iudicium*.
- b. En las restantes materias procesales, el párrafo cuarto del citado artículo 14 exige que la sentencia definitiva (la que se entiende en el sentido amplio de resoluciones judiciales que poseen efecto decisivo en el proceso) se pronuncia de acuerdo con la letra o su interpretación jurídica y a falta de ésta debe fundarse

en los principios generales del derecho, disposición que se reitera en el artículo 158 de la Ley de Amparo.

- c. Los dos últimos párrafos del precepto constitucional que examinamos tienen su origen inmediato, como es bien sabido, en la interpretación que se realizó durante la segunda mitad del siglo pasado al artículo 14 de la constitución Federal de 1857, cuya redacción defectuosa pretendió regular, como lo demostró el ilustre Emilio Rabasa, el interpretó por los tribunales federales como el derecho de las partes en un proceso a que el juez de la causa aplicara "exactamente" la ley secundaria pues de incurrir en una indebida apreciación de la misma, infringiría dicho precepto fundamental y procedía el juicio de amparo.

No obstante que el artículo 8º de la Ley de Amparo de enero de 1869 prohibió expresamente el juicio de amparo contra resoluciones judiciales, la Suprema Corte de Justicia a partir del caso Miguel Vega, resuelto el 29 de abril del mismo año de 1869, declaró implícitamente inconstitucional dicho precepto. A partir de entonces y no obstante los apasionados debates que se prolongaron hasta principios de nuestro siglo, se admitieron seis restricciones los juicios de amparo interpuestos contra resoluciones judiciales cuando los jueces no aplicaban exactamente (es decir, correctamente) las disposiciones legales secundarias.

En la exposición de motivos del proyecto de Constitución que don Venustiano Carranza presentó al Constituyente de Querétaro el primero de diciembre de 1916, se reconoció de manera expresa que

era indebida la interpretación que se había hecho del artículo 14 de la Constitución federal de 1857, pero sostuvo que "El pueblo mexicano está ya tan acostumbrado al amparo en los juicios civiles, para librarse de las arbitrariedades de los jueces, que el Gobierno a mi cargo ha creído que sería no sólo injusto, sino impolítico privarlo ahora de tal recurso, estimando que bastaría limitarlo únicamente a los casos de verdadera y positiva necesidad.

En tal virtud y con apoyo en el cuarto párrafo del artículo 14 constitucional, que se refuerza con la invocación del artículo 16, en cuanto exige que todo acto de autoridad competente debe constar por escrito y estar debidamente fundado y motivado, actualmente se impugnan todas las relaciones judiciales de todos los jueces y tribunales del país ante los tribunales federales por conducto del juicio amparo, que de esta manera no sólo procede por violaciones directas a los derechos fundamentales realizadas por cualquier autoridad, sino también cuando infringen disposiciones legales secundarias y aun reglamentarias, con lo cual se ha establecido un recurso de casación federal, que por ello recibe el nombre de *amparo judicial o amparo casación*.

Han existido intentos por retornar el juicio de amparo a su pureza constitucional, y por tanto, para modificar la parte final del artículo 14, el último de los cuales se propuso por el Ejecutivo Federal en el año de 1922, pero esta última iniciativa fue rechazada de plano por el Congreso de la Unión. Por tanto, puede afirmarse que este sector del artículo 14 ha enraizado de tal manera que se ha vuelto irreversible

esta evolución o degeneración del juicio de amparo, según el punto de vista que adopte,

El actual artículo 14 de la Constitución federal contiene varias disposiciones, por lo que sus precedentes están relacionados con algunos preceptos, que en esencia son tres:

1. Prohibición de retroactividad.
2. La garantía de audiencia;
3. y la estricta aplicación de la ley a las resoluciones judiciales.

Las dos primeras derivan de una influencia, puesto que se apoyan tanto en el derecho angloamericano como en la tradición hispánica, ya que ambos se prohibía la retroactividad y se establecía la obligatoriedad de un procedimiento judicial para privar a una persona de sus derechos.

El párrafo que se relaciona con nuestra materia de estudio que es la libertad es el segundo ya que nos señala que nadie puede ser privado de su libertad..." etc.

Actualmente el artículo 14 constitucional vigente dice lo siguiente:

Artículo 14 . A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios de orden criminal que da prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

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

3.2.5 ANTECEDENTES DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

La cuestión de seguridad personal viene arreglándose hace mucho tiempo por nuestro derecho constitucional, y falta muchísimo todavía para que la práctica corresponda efectivamente a las bellísimas teorías de nuestra constitución.

La constitución de 1812 a este propósito lo siguiente: "Ningún español podrá ser preso, sin que preceda información sumaria del hecho por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez, por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión".

La misma constitución dijo lo siguiente: "No podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determina la ley para el buen orden y seguridad del Estado".

Y la misma agrego: "*in fraganti* todo delincuente puede ser arrestado, y todos pueden arrestarlo y conducirlo a la presencia del juez: presentado o puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los dos artículos anteriores", que son el 290 y 291.

Artículos 287 y 292 de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz de 19 de marzo de 1812:

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

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

La práctica por desgracia no ha correspondido a tan brillantes teorías y el mexicano, después de la constitución de 1812, lo mismo que antes, fue reducido impunemente a prisión sin previa información sumaria, sin orden por escrito de la autoridad competente y sin notificación en forma aun cuando tal orden existiera escrita.

El domicilio después de la constitución, lo mismo que antes, siguió violándose impunemente con el motivo más insignificante, y a veces con el pretexto mas insultante y vejatorio para la calidad del ciudadano de una república democrática, y aun para sola la dignidad de hombre.

Veamos si según el derecho establecido en la constitución de 1812, había diferencia entre prisión, detención y arresto. El artículo 287 habla de prisión, el 289 de aseguramiento de la persona, el 290 de arresto y detención, el 292 de arresto, el 293 de formal prisión el 299 de detención arbitraria, y el 300 de prisión.

El primer artículo habla de la aprehensión material del presunto reo, que no podía decretarse sin la sumaria información que previamente se hubiera formulado. Podía ser por lo mismo formal prisión, si desde luego arrojaba la sumaria luz bastante contra determinada persona o podía ser simple detención en caso diverso.

El artículo 2º no habla sino de aseguramiento de la persona por resistencia contra la autoridad o contra el empleado encargado de verificar la aprehensión, y puede por lo mismo ser simple detención o formal prisión según los términos en que haya sido decretada.

El tercer artículo habla literalmente de arresto y esto que no puede comprenderse en la formal prisión durante la causa, ni menos en la prisión impuesta con el carácter de pena en formal sentencia, puede si ser prisión puramente preventiva, en cuyo caso se confunde con la detención o puede también ser prisión puramente correccional y entonces se llamará arresto propiamente.

Los artículos 291, 292 y 293 hablan de arresto en el sentido de prisión preventiva, que es lo mismo que detención.

La legislación constitucional de 1812 reconoció por tanto la diferencia sustancial que existe entre detención, arresto y prisión.

Debe decirse que antes del derecho constitucional, la regla general era que solo el rey o los jueces podían decretar la aprehensión de los malhechores. (Ley 2ª, título. 29, part. 7).

Pero el falsificador de moneda, el desertor, el ladrón público el incendiario nocturno de casa, el destructor de viñas o árboles, el incendiario de mieses, el raptor de doncellas o religiosas y el blasfemo

podían ser aprehendidos por cualquiera sin necesidad del mandamiento del juez; mas con la precisa calidad de presentar el aprehendido inmediatamente a su juez.

El motivo que según la legislación antigua de España podía justificar el mandamiento de aprehensión, era la infamia o la acusación; pero los prácticos enseñaban que era siempre necesaria la previa información sumaria del delito, lo cual no fue bastante para cerrar la puerta a las detenciones arbitrarias.

La misma legislación española previno se verificaran las aprehensiones de la mejor manera posible, y se guardaran a los presos las consideraciones consiguientes a su calidad y circunstancias. (Ley 4ª, título. 29, part. 7)

Mas cuando no preceden a la aprehensión los requisitos legales ¿se calificará de delito la resistencia que se haga para impedir la prisión? Si como es cierto, la autoridad para poder privar a un hombre de su libertad necesita *pro forma* sujetarse estrictamente a la observancia de ciertos requisitos legales, el procedimiento es ilegal, cuando no guarda aquellos requisitos y viene a colocarse en la calidad de atentatorio; y como en el derecho natural de propia defensa entra el poder resistir contra cualquier atentado, lógico y legal es inferir que en tal caso la resistencia no es punible.

La antigua legislación española castigaba con pena capital y con la de confiscación de los bienes a todo el que haciendo resistencia a la justicia quitaba la vida a alguna autoridad o agente de la administración, cuando estaba usando de su oficio; y solo le hería,

entonces el heridor perdía la mitad de sus bienes y era desterrado por diez años; de modo que según ella, se hacia acreedor a estas penas todo el que haciendo resistencia a la justicia cometía el delito de homicidio o por lo menos el de heridas.

Cuando la resistencia a la justicia no se cometía el delito de homicidio ni el de heridas, y solo se impedía la ejecución del procedimiento, ¿el autor de tal resistencia era responsable de un verdadero delito? La razón dice que sí y la constitución de 1812 calificaba de delito grave cualquiera resistencia que se hiciera para impedir la ejecución de un mandamiento de prisión dictado con sujeción a lo dispuesto en el artículo 287 de la referida constitución.

Y de aquí se infiere que por lo menos no era un delito grave la resistencia hecha a un mandamiento de prisión que se hubiera expedido sin llenar los requisitos legales. Mas ¿es absolutamente inculpable la resistencia a este genero de mandamiento? No lo creemos así cuando la resistencia no se limita a impedir la ejecución de una orden de prisión que no ha sido expedida en la forma legal, sino que además se propasa a matar o a herir al ejecutor sea o no la misma autoridad, porque profesamos el principio de que "es menos malo el quede pronto se ejecute una prisión irregular por falta de formalidades que la muerte o la herida del ejecutor de tal orden; pues si bien en tal caso procede la responsabilidad contra la autoridad que así viole la seguridad personal, esto si bien la priva del derecho de exigir una obediencia del todo pasiva, no autoriza por otro lado al individuo para ejecutar un mal mayor que el que resulta de una prisión

irregular, sobre todo cuando para hacer cesar esta tiene a su alcance desde luego el arbitrio legal del amparo y tiene además el de la responsabilidad.

Ahora, en cuanto a la autoridad, puede preguntarse: ¿tendrá facultad de mandar que se haga uso de la fuerza, hasta para el extremo de matar o por lo menos de herir al reo que se resiste o emprende la fuga? La opinión común es afirmativa cuando el reo que se resiste lo es de pena capital y no hay otro medio de aprehenderlo.

En cuanto al reo que emprende la fuga, la opinión también es común, es que el solo hecho de la fuga no es un nuevo delito, y ni aun siquiera una prueba de culpabilidad.

Nuestro Código penal castiga la desobediencia y la resistencia, siempre que para ello no haya causa legítima, y siempre que se trate de un mandamiento legítimo, de la autoridad pública o de sus agentes.

Es algo mas severo todavía con el que emplea la fuerza, la amenaza o el amago para oponerse a que la autoridad pública o sus agentes ejerzan alguna de sus *funciones o con el que resista el cumplimiento de un mandato legítimo, ejecutado en la forma legal.*

Los legisladores españoles, dando un desarrollo práctico al artículo de la constitución de 1812, declararon:

1. Que para proceder a la prisión de cualquier español, previa siempre la información sumaria del hecho, no se necesitaba que esta *produjera una prueba plena ni semiplena del delito, ni de quien fuera el verdadero delincuente.*

2. que solo se requería que por cualquier medio *resultara de dicha información sumaria*: primero, el haber acaecido un hecho que mereciera según la ley ser castigado con pena corporal; y segundo que resultara igualmente *algún motivo o indicio suficiente según la ley, para creer que tal o tal persona había cometido aquel hecho*.

Hasta aquí no se hizo mas que reglamentar el artículo constitucional que exigía previa información sumaria; pero el artículo 3º del mismo decreto vino a establecer una distinción.

La ley citada vino a decir en su artículo 3º lo siguiente: "Si la urgencia o la complicación de circunstancias impidieren que se pueda verificar la información sumaria del hecho *que debe siempre preceder* o el mandamiento del juez por escrito, que debe notificarse en el acto mismo de la prisión, *no podrá el juez proceder a ella*; pero esto no impide que pueda mandar detener y custodiar en calidad de detenido a cualquier persona que le parezca sospechosa, mientras hace con la mayor brevedad posible la previa información sumaria".

Según tal ley no es prisión lo que en tal caso se verifica y así lo dice expresamente en su artículo que hace la siguiente declaración: "Esta detención no es prisión ni podrá pasar a lo más de veinticuatro horas; ni la persona así detenida deberá ser puesta en la cárcel hasta que se cumpla con los requisitos que exige el artículo 287 de la constitución" (Decreto de 11 de septiembre de 1820).

Tres años mas tarde, y ya establecido el gobierno mexicano, fue ratificado el decreto referido y se agregó que entre los motivos que

bastaban para proceder el arresto de cualquier persona, era uno la fama pública asegurada por cuatro testigos contestes, sobre atribuir a determinada persona señalado el delito.

Cuando vino a expedirse la constitución de 1824 tales eran los requisitos que se exigían para poder proceder a la detención que podían decretar aun los funcionarios del orden administrativo, y en cuanto a la prisión, se necesitaba prueba plena. (Decreto citado, artículos 3º y 5º).

Debe llamar la atención sobre algunos artículos del decreto de 17 de abril de 1821, que a la letra dicen:

“No pudiendo el rey privar a ningún individuo de su libertad ni imponerle pena alguna por sí, el secretario del despacho que firme la orden y el juez que la ejecute serán responsables a la nación y uno y otro perderán el empleo; quedarán inhabilitados perpetuamente para obtener oficio o cargo alguno y resarcirán a la parte agraviada todos los perjuicios”.

“Es reo también del propio atentado y sufrirá las mismas penas, el juez o magistrado que aprehenda o manda aprehender a cualquier español sin hallarse delinquiendo in fraganti o sin observar lo prevenido en el artículo 287 de la constitución”.

“Atentase también contra la libertad individual cuando el que no es juez arresta a una persona sin ser en *fraganti* o sin que preceda mandamiento del juez por escrito que se notifique en el acto al tratado como reo. Cualquiera que incurra en estas faltas, sufrirá quince días de prisión, y resarcirá al arrestado todos los perjuicios; y si hubiere

procedido como empleado público, perderá además su empleo. Esta disposición no comprende a los ministros de justicia ni a las partidas de persecución de malhechores cuando detengan a alguna persona sospechosa para el sólo efecto de presentarla a los jueces”.

“Comete el delito de detención arbitraria:

1. Cuando el juez, arrestado un individuo, no le recibe su declaración dentro de veinticuatro horas,
2. Cuando le manda poner o permanecer en la cárcel en calidad de preso, sin proveer sobre ello auto motivado de que se entregue copia al alcalde.
3. Cuando el alcalde sin recibir esta copia e insertarla en el libro de presos, admite alguno en calidad de tal.
4. Cuando el juez manda poner en la cárcel a una persona que de fiador, en los casos en que la ley no prohíbe expresamente que se admita fianza.
5. Cuando no pone al preso en libertad bajo fianza, luego que en cualquier estado de la causa aparece que no puede imponérsele pena corporal.
6. Cuando no hace las visitas de cárceles, prescritas por las leyes, o no visita todos los presos, o cuando sabiéndolo tolera que el alcalde los tenga privados de comunicación, sin orden judicial o en calabózos subterráneos o malsanos.
7. Cuando el alcalde incurre en estos dos últimos casos u oculta algún preso en las visitas de cárcel para que no se presente en ellas”.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

“El magistrado o juez que cometa este delito por ignorancia o descuido, será suspenso de empleo y sueldo por dos años, y pagará al preso todos los perjuicios. Si procediese a sabiendas, sufrirá como prevaricador la pena de privación de empleos, sueldos y honores e inhabilitación perpetua para obtener oficio ni cargo alguno, además de pagar los perjuicios”.

“El alcalde u otro empleado que por su parte incurra en el mismo crimen, perderá también el empleo, pagará al preso todos los perjuicios y será encerrado en la cárcel por otro tanto tiempo y con iguales prisiones que las que sufrió el injustamente detenido”.

“Además de los casos expresados en los artículos anteriores, la persona de cualquier clase o condición que contravenga a disposición expresa y determinada de la constitución, pagará una multa de diez a doscientos duros, y en su defecto sufrirá la pena de reclusión de quince días a un año y resarcirá todos los perjuicios que hubiese causado, si fuese empleado público, quedará además suspenso de empleo y sueldo por un año”.

Nuestra legislación constitucional a este propósito adelantó mucho en la corrección de la teoría, pues declaró que nadie podía ser detenido sin que hubiera *semi-plena prueba* o indicio de que fuera delincuente; que ninguno podía ser detenido solamente por indicios mas de sesenta horas, y que ninguna autoridad podía librar orden para el registro de las casas, papeles y otros efectos de los habitantes de la República, sino en los casos expresamente dispuestos por la ley y en la forma que esta determinará.

Así tuvo una forma mas precisa el requisito previo a la expedición de la orden de detención, porque sobre poco mas o menos nadie ignora que es lo que la jurisprudencia bautiza con el nombre de prueba semi-plena y de indicio. Debe decirse, sin embargo, que en este punto anduvo desacertado el legislador, porque si a su juicio bastaba cualquier indicio para justificar la expedición de la orden de detención, entonces fue inútil que prescribiera la necesidad de la prueba semi-plena, entonces evidentemente no es un indicio cualquiera lo que llega a constituir una semiplena prueba.

La misma legislación dio una garantía mas a la seguridad personal, asentado que cuando solo existían dos o mas indicios, pero puramente indicios, no podía exceder sesenta horas de detención; ¿más cumplido este término, y sin que obraran más que indicios, pero puramente indicios contra el detenido, este debía ser excarcelado desde luego?

Artículos 28 y 166 del Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814:

Artículo 28 Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley.

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

Artículos 11, 72 y 73 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la ciudad de México, el 18 de diciembre de 1822:

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

Artículo 72. Ningún mexicano podrá ser preso por la queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días, y en su defecto a satisfacer al arrestarlo los atrasos y perjuicios que se le sigan de aquella providencia.

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

Esta ley señalaba veinticuatro horas para la detención sin formación de causa, y otra que es la constitución de 1824, declara que la detención puramente por indicios, no puede exceder mas de sesenta horas. Conciliando una ley con otra puede decirse que si de las sesenta horas que podía durar la detención, solo las primeras

veinticuatro horas podían ser sin ser formación de causa, un funcionario del orden administrativo solo podía tener a su disposición un detenido, durante el término de veinticuatro horas, y las treinta y seis horas restantes hasta completar las sesenta, solo podía estar el detenido a disposición de la autoridad judicial, que a las veinticuatro horas debía recibir su declaración al presunto reo.

Ahora ¿Quiere decir esto que cuando la detención sea motivada por otras causas que no sean simples indicios, pueda durar como tal detención mas de sesenta horas? No; lo que esto quiere decir es que a las sesenta horas de detención concluía esta, ya porque el detenido era puesto en libertad, o ya porque se le declaraba bien preso.

La sociedad mexicana vivió bajo los auspicios de tales leyes sin que ellas fueran parte a evitar las prisiones arbitrarias, sobre todo cuando las pasiones políticas perturbaban el orden y la tranquilidad pública, hasta que un cambio político dio nacimiento a las leyes constitucionales del centralismo, que vinieron a establecer como derecho del mexicano:

A. No poder ser preso sino por mandamiento del juez competente, dado por escrito y firmado; ni aprehendido sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda según la ley. Exceptuándose el caso de delito *in fraganti*, en el que cualquier podía ser aprehendido y cualquiera podía aprehenderle desde luego a su juez o a otra autoridad pública.

B. No poder ser detenido mas de tres días por autoridad ninguna política, sin ser entregado al fin de ellos con los datos para su detención a la autoridad judicial, ni por esta mas de diez días sin proveer el auto motivado de prisión. Y se agregó que ambas autoridades serían responsables del abuso que hicieran de los repetidos términos.

Preciso es decir que la nueva legislación corrigió los defectos de vaguedad e indeterminación, que bajo cierto aspecto tenía la antigua, pues declaró de una manera precisa que la orden de prisión no puede partir sino de la autoridad judicial que tenga la calidad de competente. Declara que esta orden debía ser dada por escrito y firmada por el juez competente; y todo esto supone que con todas las formalidades de una notificación judicial, debía hacerse saber a la persona contra quien se hubiera dictado, y también supone que debía asentarse lo que ella contestara, sin perjuicio, por supuesto, de ejecutarla.

Declaro que la aprehensión o prisión preventiva, si bien podía ser ordenada por otra autoridad que no fuera la judicial, era necesario siempre que la ley le cometiera esta facultad.

Declaro que sin orden de la autoridad judicial o política podía procederse a la aprehensión de un delincuente, en el único caso que fuera sorprendido *in fraganti*; y aun para entonces previno que hubiera obligación de presentar inmediatamente al detenido ante su juez, o en su defecto ante otra autoridad pública.

Declaró que la detención verificada por la autoridad política obligaba irremisiblemente a hacer formal entrega del detenido y de

los datos que obraran contra él a la autoridad judicial a los tres días a mas tardar.

Declaro que la detención verificada por orden de la autoridad judicial, no podía durar mas de diez días.

Declaro que el auto motivado de prisión debía dictarse cuando mas tarde a los diez días de verificada la detención, fuera que la orden dada al efecto hubiera procedido de la judicial o fuera que hubiera partido de la política.

Y como ninguna de estas determinaciones tuvo desde luego una sanción especial, debió entenderse vigente al efecto el artículo 33 de la Ley de 17 de abril de 1821, que penó generalmente toda infracción constitucional.

La legislación constitucional de 1836 hizo otra declaración importante, y fue la de que no podía catearse la casa ni los papeles del mexicano, sino el los casos literalmente prevenidos en las leyes, y con los requisitos literalmente exigidos por las mismas. Y de esta manera cerro la puerta a que por un argumento a *símil* se hiciera extensivo el cateo a los casos semejantes.

Las bases orgánicas vinieron después a establecer garantías en pro de la seguridad personal, y lo hicieron en términos tan generales, que conceptuaron la seguridad como un derecho común a todo habitante de la República, es decir a todo hombre. Ellas dijeron que ninguno sería detenido sino por mandato de autoridad competente dado por escrito y firmado, y solo cuando obraran contra él indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se perseguía. Las

mismas Bases agregaron que si los indicios llegaban a corroborarse legalmente, de modo que prestaran mérito para creer que el detenido cometiera el hecho criminal, entonces podría decretarse la prisión.

De este modo establecieron las Bases orgánicas que la detención del presunto reo quedaba justificada con una presunción racional, aun cuando solo estuviera fundada en indicios.

Y también establecieron que para la prisión era necesario que la que antes hubiera sido presunción se convirtiera en creencia fundada en indicios legalmente corroborados, es decir, en creencia legalmente fundada. Y como solo puede serlo aquella que reposa en prueba plena, tal era por lo mismo lo que exigían las Bases orgánicas, para que pudiera decretarse la formal prisión.

Las mismas Bases, a propósito de la detención declararon que ninguno sería detenido mas de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, y que este no lo podía tener en su poder mas de cinco días sin declararlo bien preso. Y agregaban que si el mismo juez había verificado la aprehensión o había recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, se daría el auto de prisión de modo que no resultara detenido mas de ocho. Y por vía de sanción agregaron que el simple lapso de estos términos, hacia arbitraria la detención, y responsables a la autoridad que la cometiera y a la superior que dejara sin castigo este delito.

En cuanto a domicilio y papeles, hizo la declaración de que no sería cateada la casa ni registrados los papeles de ningún individuo,

sino en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos en las leyes.

Primer proyecto de Constitución política de la República Mexicana (25 de agosto de 1842):

Artículo 7º. Fracción VI. Ninguno puede ser aprehendido, detenido, ni preso, sino por previo mandato o auto escrito de juez competente de su propio fuero; ni juzgado o sentenciado por otro; "ni custodiado fuera de la residencia del que debe juzgarlo; ni preso en otro edificio que el que se le señalare su juez, conservándose en aquel a su absoluta disposición.

Fracción VII. Ninguno será aprehendido, sino cuando contra el reo de un delito que se ha cometido; no será detenido más de tres días a menos que subsistan las presunciones que dieron causa a su detención, *ni mas de ocho, sin que se provea el auto motivado de su prisión.*

Bases Orgánicas de la República Mexicana (12 de julio de 1843):

Artículo 9º. Son derechos de los habitantes de la República:

VI. Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado y sólo cuando obren contra él indicios suficientes *para presumirlo autor del delito* que se persigue. Si los indicios se corroboraren legalmente, de modo que presten mérito para creer que el detenido cometió el hecho criminal, podrá decretársele la prisión.

VII. Ninguno será detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni éste lo tendrá *en su poder más de cinco días* sin decretarlo bien preso. Si el mismo juez hubiere verificado la aprehensión, o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de aquél término se dará el auto de bien preso, *de modo que no resulte detenido más de ocho*. El simple lapso de estos términos hace arbitraria la detención y responsable a la autoridad que la cometa y a la superior que deje sin castigar el delito.

Constitución Política de la República Mexicana (5 de febrero de 1857):

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente, *que funde y motive la causa legal del procedimiento*. En caso del delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Artículo 19. Ninguna detención *podrá exceder del término de tres días*, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este tiempo, constituye responsables a la autoridad que la ordena y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten, todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades.

Estatuto Provisional del Imperio Mexicano (10 de abril de 1865):
Artículo 60. Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y sólo cuando obrén contra él indicios suficientes para presumirle *autor de un delito*. Se exceptúan el caso de delito in fraganti, en que cualquiera puede aprehende al reo para conducirlo a la presencia judicial o de la autoridad competente.

Tales eran los cambios que había venido sufriendo nuestra legislación constitucional en el capítulo relativo a la seguridad, cuando vino a decretarse el artículo 16 de la constitución del 57, que no solo prevé el caso de prisión de arresto o de detención arbitraria, sino aun el de simple molestia, que baje algún aspecto venga a perturbar el goce quieto y pacífico de las propias personas, constituyendo un ataque contra la del jefe de cada familia o contra la de los individuos que la forman.

Declara el mismo artículo la inviolabilidad del domicilio, de los títulos y de los bienes del individuo; de modo que haciendo el análisis de este artículo debe decirse que contiene la inviolabilidad:

1. De la persona
2. La del domicilio
3. La de los papeles
4. La de las posesiones.

En quinto lugar declara que para que uno pueda ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones necesita de mandamiento escrito de la autoridad competente, y que este mandamiento funde y motive la causa legal del procedimiento.

En sexto lugar declara que en el acto de ser cometido un delito, su autor puede ser aprehendido por cualquiera lo mismo que sus cómplices, pero para ponerlos inmediatamente a todos a disposición de la autoridad inmediata.

Este artículo quiere decir en su primera parte, que la persona de todo hombre debe ser respetada, no solo por los individuos particulares, sino también por los funcionarios públicos, hasta el extremo de no poder inferirle ni aun molestia, sino en virtud de mandamiento escrito expedido por la autoridad competente, en el cual se exprese y se funde la causa legal del procedimiento, en el terreno de la ley, y de los hechos, es decir, que se exprese la ley que autorice el procedimiento y el hecho que lo motive.

En tan lata, esta prevención, que en virtud de ella no puede procederse ni a la simple detención de un estante o habitante del territorio mexicano, sin que se llene la prevención del mandamiento escrito y expedido por la autoridad competente; y ni aun siquiera se le puede obligar, sin aquel requisito a molestarse a comparecer ante la autoridad aun cuando esta sea competente, si no es por medio de citatorio escrito, en el cual se exprese y funde la causa legal de la citación.

De modo que si uno fuera del caso de *in fraganti delicto* fuere aprehendido sin aquella formalidad, podrá quejarse de violación de la garantía de la seguridad personal, sea política o judicial la autoridad a cuyo nombre se verifique la aprehensión.

Mas todavía: si alguno fuere llamado por la autoridad, sin serlo por medio de citatorio escrito, en el cual se motive y funde la causa legal del procedimiento, tiene derecho a rehusarse para comparecer, y si se le obliga por medio de la fuerza, puede también quejarse de violación de la seguridad personal.

Por desgracia esta no es mas que una teoría, por que ni los individuos cuidan de exigir el cumplimiento de esta garantía ni la autoridad tiene el miramiento bastante a su deber para no atropellar este derecho, y día a día vemos que se ejecutan aprehensiones y que se hacen citaciones las mas vejatorias de orden verbal de cualquiera autoridad, aun las mas incompetente para el caso.

Si escribiéramos un libelo, nada mas fácil que acumular comprobaciones históricas; pero nada esta mas lejos que esto de nuestra intención, y nos limitamos por lo mismo a consignar la importancia que por letra de nuestra constitución tiene la garantía de la seguridad personal.

Al decir la constitución que nadie puede ser molestado en su *familia* vino a consignar de nuevo la garantía de la seguridad personal con relación a las personas de la mujer, de los hijos y de los criados que forman la familia; de modo que al jefe de esta es a quien por nuestra constitución corresponde la queja por cualquiera violación de esta garantía que se cometa contra estas personas.

La leva inicua y atentatoria bajo todos sus aspectos ¿puede comparecer con nuestro artículo? Sin duda que no; pues no hay

autoridad que pueda dictar orden al efecto, según los artículos 5º y 16 de la misma constitución.

Las detenciones por desobediencia a la autoridad tampoco podrán decretarse sino en los términos que nuestro artículo establece; de modo que si un agente de la policía por ejemplo, quisiera proceder a la detención de una persona, por un acto no presente de desobediencia, sin mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, entonces se le podría resistir como a autor de un acto constitucional y atentatorio de las garantías.

La garantía concedida al domicilio tiene muy antiguas raíces en nuestra legislación.

Esta tenía dispuesto que ningún oficial inferior de justicia pudiera proceder al cateo de una casa, sino estaba expresamente autorizado al efecto por el acto de un juez.

Si se trataba de hacer algún embargo en el domicilio de alguna persona ausente, debía el ejecutor dar aviso al juez para que este providenciara lo que debía hacerse; pero si era en el lugar de la jurisdicción misma del juez que mandaba hacer la ejecución debía avisar al alcalde del pueblo, a un regidor o a dos vecinos que concurrieran a ver abrir las puertas y a ver formar el inventario; y a estos mismos les eran entregadas las llaves de la casa cateada

Mas cuando se trataba de reconocer personas enmascaradas, podían los alcaldes de cuartel allanar a este efecto cualquiera casa.

Si se trataba de aprehender a la manceba de un clérigo, podía ser allanada esta.

Para proceder a la prisión de jugadores en casas particulares, debía preceder información sumaria; mas no cuando se trataba de parajes públicos.

Esta facultad que tenía la autoridad para allanar el domicilio privado de un individuo, no se extendió nunca a las casas de los embajadores. D. Felipe hizo notificar al embajador francés, que la inmunidad concedida al domicilio de la embajada se entendía conforme a la pragmática de 1684, de puertas adentro de su casa.

La constitución española declaró "que no podía ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determinara la Ley para el buen orden y seguridad del Estado".

Como este artículo fue aprobado sin discusión, no puede medirse el alcance que los constituyentes dieron a la excepción comprendida en las palabras "buen orden y seguridad del Estado".

Puede sin embargo conjeturarse, que si la palabra buen orden, como parece, debe relacionarse con la palabra seguridad del Estado, entonces es lo mismo que orden público.

Siendo esto así, puede aventurarse la creencia de que en la mente de la constitución española no entró la mira de permitir el allanamiento del domicilio, sino en el caso de ser necesaria la aprehensión de un gran criminal que amenazase el orden y la seguridad pública.

La primera constitución mexicana fue menos previsora que la de 1812, pues declaró simplemente que "ninguna autoridad podía librar orden para el registro de las casas, papeles y otros efectos de los habitantes de la República, sino en los casos expresamente dispuestos por la ley y en la forma que ella determinara".

De esta manera la excepción del principio de inmunidad no quedó limitada puramente a las exigencias del orden y de la seguridad; por el contrario, pudo ser tan amplia, como cuadrada a una ley secundaria.

Lo mismo absolutamente hizo la constitución de 1836 al decir ser derecho del ciudadano: "No poderse catear sus casas y papeles, sino en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos en las leyes".

El artículo así redactado convierte un derecho del hombre en una prerrogativa del mexicano, y deja sin taxativa alguna excepción que pudiera venir a establecer la ley orgánica.

Por una desgracia muy de lamentarse, las Bases orgánicas vinieron a repetir lo que habían dicho las siete leyes, y nada por lo mismo adelanto en este punto nuestro derecho constitucional.

La constitución vigente dice que "nadie puede ser molestado en su domicilio, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente".

Este artículo fue aprobado sin discusión; de manera que no podemos juzgar de su extensión sino por su exposición gramatical.

Y haciendo esto debe decirse, que nadie puede penetrar al domicilio particular de un individuo sin contar con su consentimiento, sino que

para ello este expresamente facultado por la autoridad competente. Y como esta no tiene una facultad discrecional y arbitraria para poder allanar el domicilio privado. Lo legal es que la autoridad no pueda expedir tales ordenes de allanamiento, sino en los casos en que expresamente le atribuya la ley esta facultad y con las formalidades que ella exija.

Ahora, en el caso de que el domicilio sirva de asilo a un criminal ¿podrá ser decretado su allanamiento? Sin duda que sí, puesto que la garantía se dio en gracia de la seguridad de que debe disfrutar el hombre mientras no peque la ley.

En el Distrito federal y en el territorio de Baja-California se castiga con pena de prisión y con multa, al empleado o agente de la fuerza pública, y a cualquier otro funcionario que obrando con esa investidura se introduzca a una finca sin permiso de la persona que la habita.

Para hacer práctica la aplicación de nuestros principios políticos, vamos a figurarnos algunos casos; por ejemplo: si en el interior de una casa se comienza a cometer un delito y el agredido pide auxilio, ¿dejará de dársele por que la constitución declara que nadie puede ser molestado en su domicilio?

No. Lo que se hará será ocurrir a la autoridad, para que en vista de la necesidad extienda la orden para poder proceder al allanamiento.

Mas si la urgencia fuese tal que no diere lugar a ocurrir al juez, sin que entretanto se ponga en peligro la vida del agredido, entonces

se pospondrá la inviolabilidad del domicilio a la de la vida del hombre, que es preferible y que es necesario salvar a todo trance.

Supongamos que los agentes de la hacienda pública no han podido impedir que un contrabando sea introducido al domicilio de un particular y que pretendan con este motivo introducirse a él; ¿habrá derecho para impedirlo?

Si porque los agentes de la hacienda pública en este caso no persiguen mas que un interés material, que vale bien poco frente al interés moral del respeto que se debe a la inviolabilidad del domicilio privado de todo hombre que esta garantizado por la constitución.

Si lo que se persiguen son armas o municiones de guerra, el hombre mas pudoroso y de conciencia mas recta no vacilará nunca en ser presentado como violador del domicilio privado, si puede alegar en su defensa el honroso título de redentor de la sociedad, que de otra manera hubiera sido víctima de un trastorno revolucionario.

Restablecido el orden constitucional en 1861, el poder ejecutivo dijo por circular del ministerio de gobernación, *que la policia no podía ejecutar cateos sin orden expresa de la autoridad política.*

La constitución de 1824 decía propósito de papeles: "que ninguna autoridad podía librar orden para el registro de papeles y otros efectos de los habitantes de la República, sino en los casos expresamente dispuestos por la ley y en la forma que esta determinara.

De esta manera el principio de inviolabilidad de los papeles quedó enteramente a discreción de la ley secundaria.

La legislación fundamental de 1836 declaró que no podían ser cateados los papeles del mexicano sino en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos en las leyes.

Las Bases orgánicas hicieron absolutamente la misma prevención.

Y la constitución de 1857 solo exige que el mandamiento de registro y cateo de papeles sea escrito de la autoridad competente, y que en el se funde y motive la causa legal del procedimiento.

Siendo esto así, puede preguntarse: ¿cuál es la autoridad competente para hacer un registro y cateo de papeles? Y siguiendo el espíritu, así como las tradiciones y precedentes de nuestro derecho constitucional, no cabe duda en que la autoridad competente al efecto es toda aquella a quien la ley atribuya expresamente esa facultad. Debe decirse, además que el ejercicio de ésta está limitado a los casos literalmente expresados en la ley y sujeto *pro forma* a la observancia de los requisitos literalmente prevenidos en ella; mas por regla general al autoridad competente es la judicial al proceder a la averiguación de un delito en información sumaria.

Como el artículo en la parte relativa a posesiones no viene a ser otra cosa que una garantía otorgada a la propiedad, se reserva su exposición para cuando se haga la del artículo 27 de la constitución.

La constitución de 1812 declaró que in fraganti todo delincuente puede ser arrestado, y que todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez. Y esto quiere decir que la resistencia que en este caso haga el delincuente es un nuevo atentado que se debe castigar, así como también que el aprehensor abusa y comete atentado cuando

no conduce inmediatamente al aprehendido a la presencia de la autoridad judicial precisamente.

La legislación fundamental del centralismo estableció: "que en el caso de delito in fraganti, el mexicano podía ser aprehendido por cualquiera, y que el aprehensor tenía obligación de presentarle desde luego a su juez o a la autoridad pública".

En esto último se separo del derecho constitucional primitivo, que exigía que la entrega del reo se hiciera precisamente a la autoridad judicial.

Las Bases orgánicas, por el contrario vinieron a declarar que en el caso de delito in fraganti todo hombre puede ser aprehendido por cualquiera del pueblo, con la calidad de que lo ponga inmediatamente en custodia a disposición de su juez.

La constitución de 1857 autoriza a cualquier individuo para poder proceder a la aprehensión de un reo sorprendido en delito in fraganti, e impone la obligación de poner al aprehendido a disposición de la autoridad inmediata, sin exigir que sea precisamente la judicial.

De esta manera debe entenderse que el aprehensor cumple con este deber, siempre que hace la entrega del reo a la autoridad que se encuentre mas cerca del lugar en que ejecutó la aprehensión.

Para concluir este punto, no es una redundancia hacer notar que, según el diccionario de la legislación, tomar a uno in fraganti, es sorprenderle en el mismo hecho, es decir, en el punto o instante de la ejecución del delito; y para no alterara ni en un ápice la doctrina agregaremos, que el mismo diccionario trae la de que: "Se dice que un

delincuente es tomado en flagrante delito cuando se le sorprende en el mismo hecho, como, verbigracia, en el acto de robar o con las cosas robadas *en el lugar en que se ha cometido el robo; o en el acto de asesinar con la espada teñida en sangre en el lugar del asesinato*".

Constitución Política de los Estados Unidos (5 de febrero de 1917):

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su... No podrá librarse orden de aprehensión o detención a no ser por... sin que preceda ... y sin que estén ... *o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado*, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que...

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto...

Artículo 19. Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se... en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyan aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición...

Todo proceso se seguirá por el delito o delitos señalados...

Por lo que respecta a las leyes secundarias, tenemos lo siguiente:

La Ley Miranda de 1858: "Los jueces no podrán proceder a la prisión de cualquier individuo, sin que preceda la información sumaria del hecho que la motive; más no será necesario que la sumaria

produzca una prueba plena, ni semiplena del delito, ni de quien sea el verdadero. Sólo se requiere que por cualquier medio resulte de la información sumaria:

- I. El haber acaecido un hecho, que merezca según la ley ser castigado con pena corporal.
- II. Que resulte igualmente algún motivo o indicio suficiente, según las leyes, para creer que tal o tales personas han cometido algún hecho. "Esta detención no se considerará como prisión, ni podrá pasar de ocho días sin que se provea el auto motivado de prisión, que se notificará al preso, y se pasará copia al alcalde para que lo reciba como tal" Dentro de la legislación patria, la garantía de libertad, consagrada por el artículo 16 de la Constitución de 1917, reconoce de igual forma los siguientes antecedentes:

Artículos 112, fracción II y 150 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824:

Artículo 112. las restricciones de las facultades del presidente (de la República), son las siguientes:

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

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

Artículos 2º, fracciones I y II, de la Primera; 18, fracción II de la Cuarta; 41, 42, 43, fracciones I y II, y 44 de la Quinta, de las Leyes Constitucionales de la Republica Mexicana, suscritas en la ciudad de México el 29 de diciembre:

- I. No poder ser preso sino por mandamiento de juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda según la ley. Exceptuase el caso de delito in fraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido, y cualquiera puede aprehenderlo, presentándole desde luego a su juez o a otra autoridad pública.
- II. No podrá ser detenido más de tres días por autoridad ninguna política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su detención, a la autoridad judicial, ni por ésta más de diez días sin proveer auto motivado de prisión. Ambas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos.

Artículo 18. No puede el presidente de la República:

- III. Privar a nadie de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna; pero cuando lo exijan el bien o la seguridad pública, podrá arrestar a los que fueren sospechosos, debiendo ponerlos a disposición del tribunal o juez competente a los tres días a más tardar.

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

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

Artículo 43. Para proceder a la prisión se requiere:

- I. Que proceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal.
- II. Que resulte también algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.

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

Artículo 9º, fracciones I, II y III, del Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, fechado en la ciudad de México el 30 de junio de 1840:

Son derechos del mexicano:

- I. Que nadie lo pueda aprehender ni detenerlo sino por disposición de las autoridades facultadas expresamente por la ley, y en virtud de indicios menos, por las cuales se presuma,

que ha cometido, o intentaba cometer algún delito. Sólo en el caso de que las circunstancias no den tiempo para ocurrir a las autoridades, cualquiera individuo podrá aprehender al delincuente, con tal que acto continuo lo presente a cualquiera de ellas, expresando los motivos, que lo hayan obligado al procedimiento.

- II. Que no pueda ser llevado a la cárcel o a otro lugar de prisión, ni mantenerse en ella fuera de los términos que se expresará adelante, sin que se expida al efecto mandamiento por escrito, firmado de la autoridad respectiva o se provea auto formal motivado y se dé copia de uno y otro tanto al interesado, como al alcalde o custodio de la prisión. Éstos no recibirán en ella ningún reo sin requisito.
- III. Que no pueda ser detenido más de tres días por ninguna autoridad política, sin ser entregado al fin de ellos con los datos que hayan dado margen al procedimiento, a la autoridad judicial, ni por ésta más de ocho días, sin proveer auto motivado de prisión.

Artículo 7º, fracciones VI, VII y IX del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 25 de agosto de 1842:

La constitución declara a todos los habitantes de la República el goce perpetuo de los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, contenidos en las disposiciones siguientes:

VI. Ninguno puede ser aprehendido, detenido ni preso, sino por previo mandato o auto escrito de juez competente de su propio fuero; ni juzgado o sentenciado por otro; ni custodiado fuera de la residencia del que debe juzgarlo; ni preso en otro edificio que el que le señalare su juez, conservándose en aquél a su absoluta disposición.

VII. Ninguno será aprehendido, sino cuando contra él obren indicios por los cuales se presuma ser el reo de un delito que se ha cometido; no será detenido mas de tres días, a menos que subsistan las presunciones que dieron causa a su detención; ni más de ocho, sin que se provea el auto motivado de su prisión.

IX. Las autoridades políticas pueden mandar aprehender a los sospechosos y detenerlos por veinticuatro horas; mas al fin de ellas deben ponerlos a disposición de su propio juez con los datos para su detención. En cuanto a la disposición de su propio juez con los datos para su detención. En cuanto a la imposición de las penas no pueden decretar otras que las pecuniarias o de reclusión, que en su caso establezcan las leyes.

Artículo 5º, fracciones VI, VII del Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842, fechado en la ciudad de México el 26 de agosto del mismo año:

La Constitución otorga a los derechos del hombre, las siguientes garantías:

Seguridad. VI. Toda aprehensión debe verificarse por los funcionarios a quienes, la ley cometa esta facultad, en virtud de indicios de que se ha cometido determinado delito de que sea

responsable el aprehendido, y previa orden escrita de la autoridad judicial de su propio fuero o de la política respectiva. Exceptuase el caso de delito in fraganti, en que cualquiera puede ser aprehendido y cualquiera aprehenderlo, presentándolo inmediatamente a su propio juez o a otra autoridad pública.

VII. El aprehendido no podrá ser detenido más de ocho días por la autoridad judicial sin proveer el auto de prisión, ni más de veinticuatro horas por la política la cual lo entregará al fin de ellas a su juez con los datos que tuviere.

Artículo 13, fracción XII del Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 2 de noviembre de 1842:

La Constitución reconoce en todos los hombres los derechos naturales de libertad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia, las siguientes garantías:

Seguridad. XII. Ninguno será aprehendido, sino por los agentes o personas que la ley establezca y en virtud de orden escrita del juez de su propio fuero, o de la autoridad política respectiva y cuando contra él obren indicios por los cuales se presuma ser reo de un determinado delito que se ha cometido, y no podrá ser detenido más de ocho días por la autoridad judicial, sin proveer el auto de prisión, ni mas de veinticuatro horas por la política, la cual lo entregará dentro de ellas a su juez con los datos que tuviere.

Artículo 9º, fracciones VI y VII de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la Honorable Junta Legislativa

establecida conforme a los Decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismos decretos el día 12 de junio de 1843 y publicadas por Bando Nacional el día 14 del mismo:

Derechos de los habitantes de la República:

VI. Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y sólo cuando obren contra él indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persigue. Si los indicios se corroboraren legalmente, de modo que presten mérito para creer que el detenido cometió el hecho criminal, podrá decretarse la prisión.

VII. Ninguno será detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni éste lo tendrá en su poder más de cinco sin decretarlo bien preso. Si el mismo juez hubiere verificado la aprehensión o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de aquel término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido más de ocho. El simple lapso de estos términos hace arbitraria la detención, y responsable a la autoridad que la cometa, y a la superior que deje sin castigo al delito.

Artículos 40 al 43 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, dado en el Palacio Nacional de México el 15 de mayo de 1856:

Artículo 40. Ninguno será aprehendido sino por agentes que la ley establezca, o por las personas comisionadas al efecto, y en virtud

de orden escrita del juez de su propio fuero o de la autoridad política respectiva, y cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser reo de determinado delito que se haya cometido.

Artículo 41. el delincuente in fraganti, el reo que se fuga de la cárcel o del lugar en que se ha cometido el delito, y el reo ausente que sea llamado por pregones públicos, pueden ser aprehendidos por cualquier particular, quien en el acto los presentará a la autoridad política.

Artículo 42. la autoridad judicial puede librar órdenes para la aprehensión de reos de otro fuero, siempre que aparezcan como cómplices de algún delito de su conocimiento, poniendo al detenido, dentro de cuarenta y ocho horas, a disposición del juez competente.

Artículo 43. La autoridad política deberá poner los detenidos a disposición del juez de la causa dentro de sesenta hora. Pasadas éstas, el juez podrá reclamar la entrega del detenido y de los datos que obren contra él; y sino los recibiere dentro de veinticuatro horas después de pedidos, dará la orden de la libertad de aquél; la cual será obedecida por el encargado de la custodia del supuesto reo, sin oponer pretexto alguno, a no ser que antes haya recibido orden de dejar al reo a disposición de algún juez.

Artículo 5° y 27 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 16 de junio de 1856:

Artículo 5° Todos los habitantes de la República, así en sus personas y familias, como en su domicilio, papeles y posesiones,

están a cubierto de todo atropellamiento, examen o cateo, embargo o secuestro de cualquier persona o cosa, excepto en los casos prefijados por las leyes y con la indispensable condición de que se proceda racionalmente y de que la autoridad competente exprese en su mandato escrito la causa probable del procedimiento, sostenida por la afirmación, al menos de un testigo, y señale y describa el lugar que debe ser registrado o la cosa o persona que debe ser secuestrada. En el caso de delito *in fraganti* toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Artículo 27. A todo procedimiento del orden criminal debe preceder querrela o acusación de la parte ofendida, o instancia del ministerio público que sostenga los derechos de la sociedad.

Artículo 16 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857.

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, en el caso de delito *in fraganti* toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata”.

Mensaje y Proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la ciudad de Querétaro el 1º de diciembre de 1916:

Artículo 16 del Proyecto. "No podrán librarse órdenes de arresto contra una persona, sino por la autoridad judicial y siempre que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal, y que esté, además, apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable su responsabilidad, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata".

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

Texto original del artículo 16 de la Constitución de 1917:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender

al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a la disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial

En la Constitución vigente es:

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

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

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

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.

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.

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

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

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

Las comunicaciones privadas son inviolables: la Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de

las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o el titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley. En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes,

alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

Los derechos fundamentales que este precepto establece se dirigen a asegurar *la legalidad de los actos de autoridad* (primer párrafo); a proteger *la libertad individual* (párrafos primero a octavo); a garantizar la *inviolabilidad del domicilio* (párrafos primero, octavo, undécimo y décimo tercero) y de *las comunicaciones privadas* (párrafos noveno, décimo y duodécimo).

Legalidad de los actos de autoridad: las condiciones que el artículo 16 impone a los actos de autoridad de molestia son tres:

1. Que se exprese por escrito.
2. Que provenga de autoridad competente y
3. Que en el documento escrito en el que se exprese, se funde y motive la causa legal del procedimiento.

Privación de libertad por causa penal: el párrafo primero del artículo 16 establece los requisitos específicos que deben cumplir los actos de autoridad:

1. La orden judicial de aprehensión
2. La detención en flagrante delito
3. La detención por orden del Ministerio Público y
4. La orden judicial de cateo

para que pueda expedirse la orden de aprehensión son los siguientes:

1. Que preceda denuncia o querrela

2. Que la denuncia o querrela se refieran a un hecho determinado que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad.
3. Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Para que el Ministerio Público pueda ordenar la detención de una persona se requiere que se satisfagan las siguientes condiciones:

1. Que se trate de delito grave así calificado por la ley.
2. Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.
3. que por razón de la hora, lugar u otra circunstancia, el Ministerio Público no puede ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

Visitas domiciliarias: debe cumplir los siguiente:

1. Constar en mandamiento escrito;
2. Ser emitida por autoridad competente;
3. Expresar el nombre de la persona respecto de la cual se ordena y el lugar que ha de inspeccionarse;
4. precisar el objeto que persiga la visita, y
5. llenar los demás requisitos que fijen las leyes de la materia.

Este precepto comprende genéricamente en cuanto su párrafo inicial prescribe como regla general, que cualesquiera molestias, de toda clase, a la persona, la familia, el domicilio, los papeles y las posesiones, deben provenir de mandamientos escrito de autoridad competente fundado y motivado la causa legal del procedimiento. Ya

al examinar dicho artículo 16, al ocuparnos de la garantía de libertad corporal, analizamos esos diversos requisitos.

Las demás prevenciones del precepto entran en la garantía de libertad corporal o en la de inviolabilidad del domicilio.

3.2.6 ANTECEDENTES DEL ARTICULO 17

A lo primero que se refiere este artículo es a la *prohibición de la justicia por propia mano*. En la mayoría de los pueblos primitivos, los agravios u ofensas cometidos contra el miembro de un grupo son vengados directamente por los miembros de ese grupo. Lo más común es que el homicidio acarree la muerte del ofensor, pero no sólo en estos casos, así por ejemplo, entre los indios comanches, la muerte del caballo favorito de un hombre podía castigarse con la muerte del trasgresor.

Una larga tradición de pensamiento nos dice que la solución de los conflictos entre los seres humanos debe concentrarse en manos de una institución fuerte e imparcial. Si la solución de estos conflictos se deja a las partes, a la venganza privada, se corre entonces el riesgo de que la violencia se transmita de generación en generación y acabe por destruir a los grupos en conflicto mismos. Por ello el Estado, que pone fin a la venganza, expresa la victoria de la razón sobre el instinto animal (Grocio). Ante el estado natural de guerra entre los hombres, no hay otra solución que la concentración del poder en las manos de un soberano que imponga orden (Hobbes).

Sin embargo, esta visión simple parece más bien una racionalización inventada del surgimiento del Estado para legitimar el monopolio de la violencia en sus manos. En la realidad, la venganza responde a un sistema, fundado en una especie de intercambio, con reglas y limitaciones que operan en la mayoría de los casos. Así por ejemplo, sólo se puede ejercer entre grupos diferentes y no al interior de un mismo grupo (parentela).

Por lo demás, no es del todo exacto que el sistema vindicatorio haya desaparecido con la centralización y especialización del poder político, sino que la pena, la venganza y otras formas de composición pueden coexistir en distintas proporciones. Así, por ejemplo, en la Atenas democrática el homicidio acarrea, según las circunstancias la venganza privada, el pago de una indemnización o la persecución pública. En Roma, hasta fines del siglo II a. C., se hace la distinción entre *crímenes* que atacan a la soberanía de la ciudad y son perseguidos por ésta, y los *delitos privados*, que son sancionados mediante un procedimiento que combina la pena y la venganza. Entre las tribus germánicas en la Europa anterior al siglo XII existía la venganza privada, pero también un complejo sistema de tarifas para indemnizar con dinero (*wergeld*), las ofensas que causara el miembro de un grupo contra el miembro de otro grupo. Esta indemnización tenía claramente la función de detener la venganza privada y de facilitar la mediación y la conciliación. Asimismo, se realizaban asambleas para la solución de conflictos, pero las partes tenían que estar de acuerdo en someter a su decisión.

La sociedad moderna, ya no se funda en los grupos, aísla al individuo frente al Estado, y ahí, la pena incide en el vínculo que une al individuo con el resto de la sociedad, a través del Estado.

La mayoría de los conflictos jurídicos en la actualidad no son de naturaleza penal. En ese caso el Estado permite algunas formas de solución de los mismos que no necesariamente implican su intervención como tercero imparcial, con poder de mando, como sucede, por ejemplo, con el arbitraje.

El derecho del individuo de acceso a la jurisdicción se traduce correlativamente en la obligación que tiene el Estado de instituir la administración de justicia como servicio público. Para ello debe crear los tribunales y organismos de administración de justicia (como las diversas procuradurías, pues el concepto de "tribunales" en el texto constitucional debe entenderse en sentido amplio), cuyo acceso debe estar, en lo posible, libre de obstáculos innecesarios.

Sin embargo, la justicia que impartan esos organismos debe ser *pronta* de otro modo, como se dice usualmente, no será justicia. En relación con el proceso penal, la necesidad de una justicia pronta es tan evidente, por el valor de los bienes comprometidos (la libertad y el patrimonio de las persona), que la Constitución misma prevé los plazos mínimos en que los tribunales deben dictar sus fallos (artículo 20 constitucional). Respecto de los demás plazos y términos, la constitución remite a la ley respectiva. Se entiende, sin embargo, que el legislador no puede establecer plazos arbitrarios, sino que éstos han de ser *razonables* en función del necesario equilibrio que debe

haber entre la deseable celeridad del procedimiento y el tiempo suficiente para que las partes y el juzgador realicen las actividades que les correspondan.

Prohibición de la prisión por deudas civiles la literatura universal nos recuerda que hasta hace poco tiempo existió la infame institución de la cárcel de deudores, donde éstos permanecían reclusos mientras no tuvieran los medios para satisfacer a sus acreedores.

Nuestra Constitución establece claramente que no se podrá aplicar una sanción penal (prisión) por el incumplimiento de una deuda civil, del mismo modo que tampoco podrá crearse una figura delictiva que tenga por objeto garantizar una obligación puramente civil. El delito de fraude o de evasión fiscal no caen dentro de esta prohibición, a pesar de que éste de por medio una deuda pecuniaria, porque no se sanciona el incumplimiento, sino la intención de causar un daño a un patrimonio ajeno.

La fracción X del artículo 20 constitucional es una aplicación de este principio general.

Este artículo da la seguridad de que las controversias serán resueltas por los tribunales y expresamente prohíbe las actividades de los particulares tendientes a que prevalezca su derecho frente al de otro, sin la intervención de los tribunales; nadie puede hacerse justicia por su propia mano, y por tanto todos los individuos deben someterse a la decisión de los tribunales la certeza, la efectividad y el alcance de tribunales de justicia serán rápidos y gratuitos. sus derechos en

conflicto, a fin de que el obligado sea compelido a cumplir por un órgano jurisdiccional, y no personalmente por su contrario.

3.3. LA INAPLICABILIDAD DEL ARRAIGO DOMICILIARIO

Al referirse al arraigo domiciliario es una medida precautoria que no debería de aplicarse cuando el presunto responsable de la comisión de un delito no se sustrae de la justicia al no saberse culpable de haber cometido algún ilícito y que de antemano es inocente y no tiene nada que ocultar así que pueden empezar a investigarlo. Esta figura ha sido también mal aplicada toda vez que debe de establecerse indicando un arraigo a un sujeto dentro de la demarcación preestablecida y no sólo mantenerse encerrado en casa asegurada por la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, debería de reformarse esto y aplicarse solo a una determinada demarcación geográfica y se evitaría la violación de una de nuestras garantías individuales, ya antes mencionadas a lo largo de este trabajo, siendo de esta manera sería menor daño a la persona a la cual se le decreta dicho arraigo.

3.4 LA NECESIDAD DE UNA REFORMA

Es necesario reformar el artículo 270-bis del cual hemos hablado durante todo este trabajo ya que para mi criterio viola una garantía muy importante la cuales la libertad de tránsito y la personal que son importantes para la vida cotidiana de cualquier mexicano y no sólo por el simple hecho de ser sospechosa de haber cometido un delito se le va a violentar esta garantía.

No con esto queremos decir que desaparezca dicha figura sino que mejor debería sólo aplicarse a los sujetos en las que se tienen antecedentes muy fuertes para determinar que dicho sujeto si es culpable del delito que se le acusa, sólo de esta manera por que si no hay fundamento no se le debería de prohibir que se mueva de su domicilio y este arraigo no deberá exceder de 72 horas.

Si un sujeto fue arraigado y el cual no se encontró responsable del delito que se le imputaba se le deberá resarcir el daño que le fue causado en sus intereses jurídicos, patrimoniales o en general personales, en mi opinión se le retribuiría una cierta cantidad de dinero equivalentes a los días que no laboro de acuerdo a la profesión que ostenta el sospechoso en el momento que fue arraigado.

Tomando en cuenta ciertas cosas se lograría una mejor aplicación de la ley sin dañar a terceros (que en este caso serían las personas mas cercanas a él). Y de igual manera dañando su imagen y generándole daños y perjuicios.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Los cambios que ha sufrido el artículo 270-bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no es más que un "pretexto jurídico" para incumplir las garantías individuales consagradas en los artículos 5, 11, 14 y 16 constitucionales que establecen la libertad de trabajo, tránsito, y audiencia.

SEGUNDA. La figura del arraigo tiene como único fin asegurar la estancia del individuo a disposición de la autoridad ministerial para la integración de las averiguaciones para ello debe existir en el proceso "elementos suficientes que demuestren la probable existencia de un nexo causa con el delito". Igual debe tomarse en cuenta la posibilidad de que haya una intención de evadir la justicia por parte de la persona involucrada.

TERCERA. El arraigo debe realizarse "en el domicilio del procesado" o de una manera más amplia prohibiendo solamente abandonar una demarcación geográfica, "pues de lo contrario podría derivar, en actos de incomunicación".

CUARTA. La legislación debe establecer una prohibición expresa para que no se someta tortura a los arraigados. Además la Procuraduría deberá pagar el hospedaje (cuando lo arraiguen en

hoteles) en el lugar donde deba permanecer y la alimentación correrá a cuenta del Ministerio Público, y "se deberá permitir al inculcado pernoctar de manera que no se altere su privacidad".

QUINTA. Debe tratarse de un domicilio que cuente con las condiciones de higiene y comodidad acordes con la dignidad humana del afectado y al cual deberán tener acceso ilimitado las personas de su entorno más cercano, es decir sin estar incomunicado.

SEXTA. De igual manera debe de establecerse que la vigilancia de la autoridad, que ejercerá el Ministerio Público y sus auxiliares deberá ser respetuosos en los derechos humanos del arraigado.

SÉPTIMA. La Constitución al tratarse de la detención por el juzgador sin que se justifique un auto de formal prisión, y en cuanto al término de duración de la medida precautoria se debería de tomar en cuenta el tiempo que ha fijado la ley reglamentaria en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal el cual es de setenta y dos horas.

OCTAVA. Lo anterior en virtud de que ambas medidas cautelares en materia penal afectan el mismo bien jurídico tutelado, es decir la libertad de ambulatoria del individuo, los cuales son garantías constitucionales.

NOVENA. De acuerdo a todo lo que hemos estudiado del artículo 270-bis, debería de reformarse ya que afecta a personas que no han cometido delito alguno y sólo son sospechosas de haberlo cometido, podría aplicarse a personas que de verdad son culpables de las cuales existe antecedentes penales en su expediente y que de lo cual no son primo-delincuentes, todo esto sin afectar una garantía que consagra la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, sino que sería mejor un arraigo en una demarcación estatal, etc.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Derecho Procesal Mexicano. México, Editorial Porrúa 1985 1272 p.
- ALVAREZ JULIA, Luis. Manual de Derecho Procesal. México, Editorial Astrea, 1992 488p.
- ARRILLA BAS, Fernando. Procedimiento Penal en México, 17ª ed. Editorial Porrúa, 1999, 450 p.
- BARRITA LOPEZ, Fernando. Prisión Preventiva y Ciencias Penales, México, Editorial Porrúa, 256 p.
- BURGUOA ORIHUELA, Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional Garantías y Amparo. México, Editorial Porrúa, 1998 485 p.
- COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. México, Editorial Porrúa 1999 644 p.
- CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Procedimiento Penal Mexicano. 1996 629 p.
- EDWARDS, Carlos Enrique. Plazos de la Prisión Preventiva , Editorial Astrea, 1995, 382 p.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Procedimiento Penal-Historia, México. Editorial Porrúa 1991 643 p.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Maria del Refugio. Historia del Derecho Mexicano. México, 1989, 359 p.
- ORONOS SANTANA, Carlos M. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Limusa, 410 p.

PEREZ PALMA, Rafael. Guía de Derecho Procesal Penal. México, 2ª ed. 1986 520 p.

PINA, Rafael de. Manual de Derecho Procesal Penal. México, Editorial Porrúa, 1934, 645 p.

RIVERA SILVA, Manuel. Procedimiento Penal Mexicano. México, Editorial Harla, 1997, 621 p.

ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. México editorial Porrúa, 1990, 650 p.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Diccionario Jurídico Mexicano. México Porrúa 1998.

LEGISLACION

COSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. México, Editorial Porrúa, S.A. 1999 147 p.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL . 58ª ed. México, Editorial Porrúa, S.A. 1998, 335 p.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. México, 52ª ed. Editorial Porrúa, 1998, 798 p.

CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. México, Editorial Porrúa 52ª ed. 1998 930 p.

LEGISLACIÓN SOBRE DERECHOS HUMANOS. México, Editorial Porrúa, 4ª ed. 1996, 349 p.