

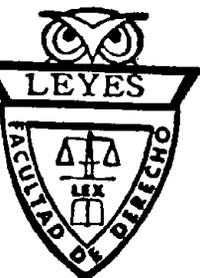


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL ARRAIGO DOMICILIARIO EN EL PROCESO PENAL MEXICANO.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LAURENCIO ALBINO FLORES RAMIREZ



MEXICO, D. F.

2005

m. 345947



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

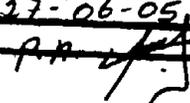
Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

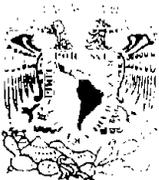
El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición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

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Laurencio Albino Flores Mancera.

FECHA: 27-06-05.

FIRMA: A. P.  Claudio Flores.



SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

Of. 055/SDPP/05

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR EN LA UNAM.
P R E S E N T E .

Hago de su conocimiento que el alumno **LAURENCIO ALBINO FLORES RAMÍREZ** con número de cuenta 79312798 ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del Maestro **TOMÁS CANTÚ LÓPEZ** la tesis intitulada **"EL ARRAIGO DOMICILIARIO EN EL PROCESO PENAL MEXICANO"** que presenta como trabajo concluido para obtener el título de Licenciado en Derecho.

Le informo que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, por lo que se aprueba para su presentación en el examen profesional. Por ende, comunico a Usted que la tesis de referencia puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que habrá de examinar a el alumno citado.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

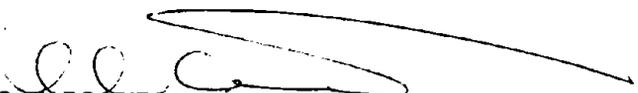
"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad."

Lo anterior, para los efectos académicos a que haya lugar; reiterándole mi más atenta y distinguida consideración.



SEMINARIO DE
DERECHO PROCESAL

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F., A 23 DE MAYO DE 2005


LIC. MARGARITA MARÍA GUERRA Y TEJADA
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

Dedico la presente tesis:

A Dios por haberme dado el privilegio de la vida.

A mis padres: María de los Ángeles Ramírez Camacho (+) y Cutberto Flores Jerónimo (+), por haberme dado la oportunidad de nacer, y apoyarme incondicionalmente desde el inicio de mis estudios.

Con todo mi amor para mi esposa Claudia Flores Hernández por su invaluable ayuda, tolerancia y comprensión, para la culminación de esta carrera profesional.

A la Universidad Nacional Autónoma de México (Facultad de derecho), por darme la oportunidad de esta realización profesional.

A mis hijos José Daniel, Edgar, Claudia Guadalupe y Jesús Alberto, quienes son inspiración y fortaleza en mi vida; para que tengan presente que se deben superar cada día, hasta lograr el éxito.

Para mi hermana Emma Flores Ramírez y Familia por sus palabras de aliento e incondicional ayuda en la realización de esta meta.

Con mucho afecto y cariño para la Licenciada Carmen Struck Cano, por brindarme las facilidades en la realización del presente trabajo y preocuparse por este logro.

Con mucho cariño para mis familiares y amigos: Emilio Muños Ramírez, Juanita Hernández Pérez, Ramón Flores García, Guillermo Espíndola Camacho, Juanita Bautista de Espíndola, Prudencio Ramírez Camacho, Domingo Ramírez Camacho (+), Emilio Pantoja Oliver, Salvador Ramos Requena, Miguel Rañó Vargas, Francisco Tovar Galicia, Miguel Ángel Atonal Pulido, José Manuel Magaña Adame.

Con un profundo agradecimiento y respeto, por su invaluable disposición, tolerancia y excelente asesoría al Doctor en Derecho Tomás Cantú López.

INDICE

	PAG.
INTRODUCCION	5
CAPITULO PRIMERO	
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ARRAIGO	9
1.1 Roma	10
1.2 Edad Media	13
1.3 Derecho Canónico	14
1.4 España	17
1.5 Argentina	19
1.6 México	20
CAPITULO SEGUNDO	
CONCEPTOS GENERALES	
2.1 Concepto de Arraigo	22
2.2 El Arraigo domiciliario	23
2.3 El Presunto Responsable	25
a) Diversas denominaciones	25
b) Imputabilidad e inimputabilidad	26
c) Respecto a las garantías individuales del indiciado y procesado	27
2.4 El Ministerio Público	29
2.5 El Juez	30

CAPITULO TERCERO

EL ARRAIGO DEL PRESUNTO RESPONSABLE, ASI COMO DE TESTIGOS, EN LA FASE INDAGATORIA Y DURANTE LA INSTRUCCIÓN RESPECTIVAMENTE

3.1 Fundamento Legal:	
a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	32
b) Código Federal de Procedimientos Penales	33
c) Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	35
d) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal	37
e) Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.	40
3.2 Diversos tipos de arraigo	41
3.3 Formas de solicitar el arraigo	43
3.4 Casos en que se decreta el arraigo	44
3.5 Tramite para decretar el arraigo y su procedencia	45
3.6 Duración del arraigo y sus prórogas	45
3.7 Garantía de audiencia del arraigado	48
3.8 Violación de Garantías Individuales en el arraigo	50
3.9 Quebrantamiento o Levantamiento del arraigo	53
3.10 Vigilancia del arraigado por parte de la autoridad	55
3.11 El arraigo como alternativa de libertad durante la Averiguación Previa.	56

CAPITULO CUARTO

EL ARRAIGO CONSUMADO FRENTE AL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL O ANTE UNA SENTENCIA ABSOLUTORIA.

4.1 Daños y perjuicios ocasionados al presunto responsable, procesado o testigos, por el arraigo	59
a) Daños y perjuicios económicos	66
b) Daños y perjuicios morales	76
c) Daños y perjuicios familiares	80
d) Daños y perjuicios sociales	81
4.2 Error o deficiencia del Ministerio Público al solicitar el arraigo y del Juez al autorizarlo o decretarlo.	82
4.3 Ausencia de los elementos del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal del inculgado	84
4.4 Regulación de daños y perjuicios ocasionados por el arraigo	84

CAPITULO QUINTO

CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS Y DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION RESPECTO DE LA LEGALIDAD DEL ARRAIGO Y ANALISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD

5.1 Constitucionalidad	91
5.2 Inconstitucionalidad	92
5.3 Anticonstitucionalidad	92
5.4 Violación de garantías Individuales	107
5.5 Principio de la exacta aplicación de la ley	108
5.6 Penas prohibidas por nuestra Constitución	110

5.7 Propuesta para derogar los artículos 215, 270 bis, 271 párrafo sexto, fracciones VI y VII, 301 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal	111
5.8 Propuesta para derogar los artículos 133 Bis. 135 segundo párrafo, 256, 367 fracción VII del Código Federal de Procedimientos Penales	114
5.9 Propuesta para derogar el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.	118

CAPITULO SEXTO

DERECHO COMPARADO

6.1 Estados Unidos	122
6.2 España	130
6.3 Brasil	138
6.4 Argentina	142
CONCLUSIONES	148
PROPUESTAS	153
BIBLIOGRAFÍA	155

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis, que lleva por nombre: "El Arraigo Domiciliario en el Proceso Penal Mexicano", independientemente de que constituye uno de los requisitos tendientes a obtener el Título de Licenciado en Derecho, tiene como finalidad poner de manifiesto ante los estudiosos del derecho, así como de toda persona que tenga oportunidad de leerlo, conozcan que la aplicación del arraigo en materia penal en nuestro país, vulnera una de las garantías más preciadas del ser humano, que es la libertad personal, la cual en todas las naciones está protegida por su Constitución Política, así como por los Tratados Internacionales.

Tal es el caso de nuestro país, que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 14, en lo conducente señala: Que nadie puede ser privado de la libertad, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Sin embargo, el arraigo es contrario a este mandato constitucional, porque cuando se decreta, no existe juicio donde previamente se le escuche a la persona que se pretende arraigar, es decir, no ha sido oída ni vencida en juicio; en este orden de ideas, es preciso señalar que en el desarrollo de este tema, se indica en qué casos y bajo qué circunstancias o condiciones nuestra ley Suprema, autoriza por excepción la privación de la libertad de las personas.

En efecto, el artículo 16 Constitucional es específico al señalar que la autoridad Judicial sólo podrá ordenar la aprehensión de una persona cuando existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Lo cual no ocurre al momento de decretar el arraigo en la fase de Averiguación Previa, porque aún no está acreditado el cuerpo del delito, ni existen datos suficientes para considerar responsable al detenido, ni siquiera como probable responsable, pues prueba de ello, es que hasta ese momento el Órgano Investigador no ha logrado integrar su Averiguación y por eso indebidamente solicita el Arraigo para recabar mas elementos de convicción.

Así mismo, este artículo señala que la autoridad que ejecute la orden de aprehensión debe poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna, señalando que en los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público, y sólo en casos urgentes tratándose 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, pudiendo retenerlo cuarenta y ocho horas o noventa y seis horas en los casos de delincuencia organizada.

Pero no excederse de estos términos como ocurre en el

arraigo, donde el detenido es privado de su libertad, durante treinta, sesenta, noventa días, o por el tiempo que constitucionalmente dure el proceso, ejecutando esta medida cautelar en cárceles especiales o privadas, como son, casas de seguridad, hoteles, etc., contraviniendo flagrantemente dicho precepto constitucional.

En el presente trabajo, también se habla de los términos de detención ante el Juez, y las órdenes de arraigo, por tal razón, debemos tener presente que el artículo 18 Constitucional, respecto a la privación de la libertad nos indica, que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva; más no al arraigo, en esta tesitura se hace énfasis en que el artículo 19 Constitucional señala, que ninguna detención ante autoridad Judicial podrá exceder de setenta y dos horas, contadas a partir de que sea puesto a su disposición, con la excepción de prórroga a petición del indiciado. Por su parte el artículo 20 Fracción VII de nuestra Carta Magna señala, que el inculcado será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.

Otra excepción para restringir la libertad de las personas la encontramos en el artículo 21 Constitucional, la cual se refiere al arresto decretado por la autoridad administrativa, por infracciones a los Reglamentos Gubernativos y de Policía, el cual no podrá exceder de treinta y seis horas. Y por último, hablando de restricciones a la libertad personal, tenemos la pena de prisión impuesta por la autoridad judicial mediante sentencia definitiva.

Como podrá apreciar el lector, estos son los casos y condiciones bajo las cuales se puede privar de la libertad a las personas; razón por lo que resulta inconstitucional el arraigo del probable responsable, procesado y testigos, solicitado por el Órgano Investigador y decretado por la autoridad Judicial, fundados en los Códigos de Procedimientos Penales Federal y Estatales, así como en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, y Leyes Orgánicas de las Procuradurías de Justicia en México, que son leyes secundarias que no deben estar por encima de lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que a todas luces es una medida cautelar Inconstitucional, que debe desaparecer de estas leyes, sin embargo, mientras se siga aplicando el arraigo debe combatirse mediante el juicio de Amparo, toda vez que nuestro mas alto Tribunal por contradicción de tesis resolvió que el arraigo domiciliario sí afecta la libertad personal.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARRAIGO.

Todo lo que en la actualidad existe, tiene antecedente, tiene historia en la vida del ser humano, pues a medida que ha pasado el tiempo, han cambiado las diversas disciplinas y áreas que se encuentran íntimamente relacionadas con el hombre en sociedad, impactando en forma trascendental los aspectos políticos, económicos y sociales de todo el mundo, es por ello que con motivo de este trabajo de tesis, me es grato abordar dentro de la disciplina del Derecho Procesal Penal, un tema tan controvertido y polémico en la actualidad, como lo es el arraigo domiciliario del presunto responsable, procesado o testigo.

En este orden de ideas el maestro Juan José González Bustamante indica que: "Es sabido que el origen de la Ley es la costumbre; que las leyes jurídicas se diferencian de las físicas, en que aquéllas son mutables y se encuentran limitadas por las necesidades que demanda la vida colectiva y por las modificaciones que se introducen en la organización estatal de un pueblo determinado, en el curso del tiempo.

El proceso penal ha pasado por cuatro periodos. El primero comprende el proceso penal de la antigüedad y encuentra en las instituciones griegas y romanas sus principales exponentes. Después, aparece el proceso penal canónico, creación de la Iglesia, que conserva las peculiaridades del proceso penal antiguo, pero contiene substanciales modificaciones. Más tarde aparece el proceso penal común o proceso mixto, así llamado por estar constituido por elementos

del proceso penal romano y del canónico. Por último, el advenimiento del proceso penal moderno revive, perfeccionadas, las excelencias del proceso penal antiguo y es la consecuencia de la labor ideológica emprendida por los pensadores que precedieron a la Revolución Francesa, al consagrar el reconocimiento de los postulados democráticos y los derechos del hombre de la Francia Revolucionaria de 1791".¹

Habiendo hecho las anteriores precisiones, es oportuno conocer los orígenes del arraigo domiciliario del presunto responsable en:

1.1 ROMA.

El antecedente más remoto del arraigo del presunto responsable en la época Romana, lo encontramos dentro del procedimiento conocido como acción de la ley de aprehensión corporal (*manus iniectio*), el cual tenía características primitivas, pues al respecto nuestros ilustres maestros Martha Morineau Iduarte y Román Iglesias González, nos explican que este procedimiento consistía en que: "el acreedor prende a su deudor y si este no satisface su obligación en un cierto plazo, el primero podía venderlo como esclavo en el extranjero (*trans Tiberim*), o matarlo, lo cual constituye una especie de venganza. Cuando la justicia privada constituía el único medio de que disponía el acreedor, era suficiente la existencia de una deuda cualquiera para aplicar la *manus iniectio*; su acción no estaba sujeta más que al control de la opinión pública. Cuando el

¹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. 3ª Ed. Editorial Porrúa, S. A., México, 1959. pág. 9.

Estado asume la administración de justicia, se conserva la manus iniectio, aunque rodeada de múltiples garantías:

Primera: el acreedor debería llevar al deudor moroso ante el magistrado, y recitar una fórmula determinada y, poniendo su mano sobre él –manus iniectio-, dar a conocer el título sobre el que apoyaba su pretensión y la cuantía de su crédito. Después repetía el gesto de aprehender al deudor por el cuello. Si las palabras y gestos del actor se ajustaban al texto prescrito por los pontifices, el magistrado autorizaba al acreedor a llevarse al deudor, que era conducido a la cárcel privada del acreedor, quien lo retenía allí durante sesenta días. En este lapso debería exhibirlo por tres veces en el mercado, para ver si alguien se compadecía y lo liberaba pagando por él; si esto no sucedía podía venderlo o matarlo.

Segunda: la Ley de las XII Tablas fijó los plazos que debían mediar entre la aprehensión corporal y la ejecución de la venganza, para que el deudor pudiera pagar.

Tercera: la ley sólo permitía la manus iniectio cuando una deuda había sido reconocida judicialmente en un proceso, o cuando el deudor la reconocía. A partir del pronunciamiento de la sentencia, el deudor tendría treinta días de gracia antes de la aprehensión.

Cuarta: cualquier tercero –vindex- o el propio deudor podían oponerse a la manus iniectio, sino estuviera justificada, como cuando no se siguieran las reglas del procedimiento, en cuyo caso el magistrado suspendía el proceso y nombraba a un juez que debía establecer si existía o no el título invocado.

Si el vindex perdía el proceso, la manus iniectio se dirigía en su contra y por el doble del valor".²

Como se puede deducir de lo anterior, en este tipo de acción el procedimiento de ejecución era una venganza privada, ya que permitía al acreedor hacerse justicia por propia mano, aprehendiendo a su deudor, y si éste no cumplía su obligación de pago en cierto plazo, su acreedor lo podía vender como esclavo o inclusive lo podía matar.

Sin embargo, a partir de que el Estado asumió la administración de justicia, y se encargó de regular esta figura de la manus iniectio, ya no era tan fácil que el acreedor arrestara y retuviera a su deudor en su cárcel privada, toda vez que el Estado estableció diversas garantías a favor del deudor, tales como: exhibir el título de la deuda, o que la deuda le hubiese sido reconocida mediante un proceso judicial, también le concedía treinta días al deudor para pagar a partir de la sentencia, si no cumplía, entonces se lo podía llevar a su a su cárcel privada, pero previamente tenía que recitar una fórmula sacramental acompañada de diversos gestos ante el magistrado, y si este rito sacramental se ajustaba al texto escrito por los pontífices, le autorizaban aprehender a su deudor y llevárselo a su cárcel privada y retenerlo ahí por sesenta días, con la obligación de exhibirlo en el mercado por tres veces durante dicho plazo, con la finalidad de que alguien se compadeciera de él y pagara el adeudo liberándolo, y solo en caso de que su acreedor hubiese cumplido todas las formalidades del procedimiento, sin lograr el pago de su crédito, podía venderlo o matarlo. Aclarando que si el actor (vindex) perdía el proceso la

² MORINEAU IDUARTE, Martha e IGLESIAS GÓNZALEZ, Román. DERECHO ROMANO. Editorial Harla, S.A. de C.V., México Distrito Federal, 1987. págs. 59 y 60.

manus iniectio se dirigía en su contra y por el doble del valor de la deuda.

Por la forma en que se llevaba a cabo dicha privación de libertad, y el tiempo de retención (sesenta días), así como por el lugar donde recluían al probable responsable (cárcel privada), y las autoridades que conocían del juicio con sus formalismos (Magistrado y Pontífice), tiene equiparación con el arraigo, aunque no se conocía con este nombre.

1.2 EDAD MEDIA

Es importante precisar que este periodo de la humanidad, se inicia desde la caída del Imperio Romano de Occidente, año 476 d. c., hasta la toma de Constantinopla por los turcos año 1453, y no obstante que fue una época brillante en los aspectos literarios, filosóficos y de arte, para el derecho Procesal Penal, no fue así, ya que si bien es cierto que al inicio y final de esta época se aplicaban penas como la multa y la confiscación, también es cierto que se aplicaron penas como la mutilación, la flagelación y la pena de muerte, razón por lo que la figura del arraigo domiciliario del presunto responsable no existió como tal, pues únicamente tenemos como antecedente la prisión preventiva, o custodia, como una medida invariable para privar de la libertad a un individuo mientras se le sentenciaba, o en su caso se le ejecutaba.

En este orden de ideas, el jurista Krisberg, Barry señala lo siguiente: "La historia de los métodos penales y sistemas punitivos puede dividirse en varias épocas. Así, penitencias y confiscaciones fueron los métodos de castigo dominantes en la

temprana Edad Media, en tanto que en las postrimerías de ésta, lo fue un cruel sistema de penas corporales, y en especial, la pena de muerte, sistema que fue reemplazado durante el siglo diecisiete, por la pena de prisión como la mayor forma de castigo. El periodo moderno está caracterizado por un intrincado sistema de: prisión, multas y libertades bajo caución y bajo palabra. De esta manera se verá, como los cambios en la estructura social van acompañados de varias reformas en el sistema penal, distinguiéndose la prisión preventiva o custodia, como una medida invariable para privar de la libertad a un individuo, entre tanto le llega la hora de la sentencia o, en su caso, la ejecución de la condena".³

1.3 DERECHO CANÓNICO

El antecedente histórico del arraigo del presunto responsable dentro del proceso canónico, lo encontramos dentro de lo que se conoció como las pesquisas, las cuales eran detenciones y retenciones de personas en forma arbitraria e ilegal, ordenadas por obispos y ejecutadas por sacerdotes y seglares, en contra de diversas personas que tuviesen reuniones ocultas y realizaran actos contrarios a la fe, en estos casos eran privadas de su libertad y retenidas indefinidamente para ser juzgadas en forma arbitraria, ya que si bien, les eran admitidas algunas pruebas, entre ellas la confesional o testimonial, éstas se desahogaban bajo coacción, pues se les aplicaba el tormento para que confesaran, y su resultado era valorado al prudente arbitrio del Juzgador. Al respecto el Profesor Juan José González Bustamante, nos ilustra diciendo: "La pesquisa era el medio más frecuente empleado. Se clasificaba en pesquisa

³ BARRITA LÓPEZ, Fernando A. PRISIÓN PREVENTIVA Y CIENCIAS PENALES. 12ª. Ed. Editorial Porrúa, S. A., México, 1982. pág. 144.

general y pesquisa especial. La primera se empleaba para el descubrimiento de herejes y periódicamente se mandaba a hacer por los inquisidores en un obispado o en una provincia, en acatamiento a los acuerdos tomados en el Concilio de Tolsa: "En todas las parroquias, se nombrarán dos sacerdotes, con dos o tres seglares que después de juramentarse, harán continuas y rigurosas pesquisas en todas las casas, aposentos, soberados y sótanos, etc; para cerciorarse de que no hay en ellos herejes escondidos." La pesquisa especial se hacía, si por fama pública llegaba al conocimiento del inquisidor que determinada persona ejecutaba actos o tenía expresiones contrarias a la fe.

Acreditada la mala fama del acusado por medio de declaración de testigos, se procedía en su contra. Al acusado se le recibían sucesivamente tres declaraciones ordinarias desde su ingreso a la prisión, y en todas ellas se le exhortaba a que dijera la verdad, advirtiéndole que cuanto mejor es la confesión, tanto más suave es la penitencia. Enseguida, el Fiscal formulaba su acusación en términos concretos y el acusado debía responder, verbalmente a cada uno de sus capítulos acusatorios después de haberse enterado de los cargos existentes.

El Promotor Fiscal podía formular nuevas preguntas para que las contestara el inculcado; se recibían las pruebas sin que el inculcado supiese los nombres de las personas que habían declarado en su contra, pues sólo se le permitía el conocimiento de los cargos y se le vedaba saber su procedencia. Sólo se le autorizaba para carearse con los testigos por medio de una celosía, y antes del pronunciamiento de la sentencia podía el tribunal emplear el tormento. Dictado el fallo, se enviaba al Consejo Supremo de la Inquisición para que lo confirmara o

modificara".⁴

Continuando con la exposición de lo que era el Procedimiento Penal Canónico, el maestro Sergio García Ramírez nos dice: "La inquisitio ex officio ante las jurisdicciones eclesiásticas fue introducida por Inocencio III. En el concilio de Tolsa se reglamentó el funcionamiento de la inquisición episcopal, compuesta con un eclesiástico y dos laicos para perseguir y denunciar a los herejes. El proceso se iniciaba por acusación, delación o pesquisa. El fiscal y el defensor, indica Mac Lean Estenós, formaban parte del Tribunal. La acusación era formulada por el Procurador del Santo Oficio o Promotor Fiscal.

Ante el Santo Oficio la denuncia era obligatoria, so pena de excomunión mayor, refiere Pallares, invocando el Edicto de Juramento, publicado en Tenochtitlan el 3 de noviembre de 1571. Así se ordenaba que a los herejes "como a lobos y perros rabiosos, inficionadores de las ánimas cristianas y detractores de la esposa y viña del Señor, que es su iglesia Católica, los perseguiréis, manifestándoles y no encubriéndoles"; además, se maldecía a quien no hiciese tal cosa, apurando un voto de males para sus hijos."⁵

Ahora bien, por la forma en que el Ministerio Fiscal retenía a las personas, sometiéndolas a un proceso inquisitivo, podemos concluir, que este procedimiento constituye un antecedente remoto de lo que hoy conocemos como el arraigo domiciliario del probable responsable; ya que si observamos,

⁴ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. pág. 13.

⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL. 5ª. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1999. pág. 12.

que las detenciones eran mediante pesquisa, y que las personas eran retenidas por mucho tiempo, aplicándoseles el tormento para que confesaran, desahogando testimoniales al arbitrio tanto del Promotor Fiscal como del Juez, pues aunado a esto, la confesión era la prueba por excelencia, y el Juez interpretaba a su modo las contestaciones dadas por el inculpado, ya que disponía de un ilimitado poder para formar su convicción, validamente podemos concluir que se estaba en presencia de un arraigo.

1.4 ESPAÑA

El antecedente más antiguo del arraigo domiciliario del presunto responsable en España se introdujo a partir de 1931, sin embargo el Código Musoliniano de 1930, en su artículo 247, lo regulaba únicamente para delincuentes con características especiales, dándoles la oportunidad de que no se quedaran en prisión, sino que podían estar en su propio domicilio, pues a este respecto el maestro Jorge Alberto Silva Silva señala: "Esta figura del arraigo se introdujo en España a partir de 1931, pero el código musoliniano de 1930 (Artículo 247) ya daba la posibilidad de que la mujer encinta, o que lacte a la prole, o la persona que se encuentre en condiciones de salud grave, o bien por razones de "hecho" o "morales o sociales", no es necesario que quede en prisión, sino en su propia habitación".⁶

Considero importante señalar que dentro del Proceso Civil Español, el arraigo de persona tuvo mucha aplicación en los juicios por deudas civiles, pues era contemplada como una excepción dilatoria a favor de los Españoles nativos, cuando

⁶ SILVA SILVA, Jorge Alberto. DERECHO PROCESAL PENAL. 2ª. Ed. Editorial Harla, S.A. de C.V., México, 1995. pág. 528.

eran demandados por extranjeros que no tenían un domicilio fijo en España, debían otorgar caución de arraigo en la forma y términos que la legislación de su país les exigiera a los Españoles, a efecto de que si en el juicio eran condenados al pago de gastos, costas y perjuicios, no se burlaran de la justicia abandonando el país sin dejar representante expensado, o garantía para responder por dichos conceptos, esta medida precautoria estaba regulada por la Ley de Enjuiciamiento Civil Español, en su artículo 534 que textualmente señalaba: "Si el demandante fuera extranjero, será también excepción dilatoria la del arraigo del juicio, en los casos y en la forma que en la nación a que pertenezca se exigiere a los españoles".⁷

Esta regulación de arraigo en materia civil, actualmente tiene muy escasa aplicación, porque la mayor parte de los Estados europeos tienen suscrito el convenio de la Haya sobre procedimiento civil, de 17 de julio de 1905, ratificado por España en 24 de abril de 1909, al cual se han adherido a partir del 17 de enero de 1923 otros países, y que en sus artículos 17-19 suprime la exigencia de la Cautio Judicatum Solvi entre los súbditos de los contratantes, porque algunos otros Estados aunque no firmantes del anterior convenio, eximen de la caución y no ha lugar por tanto, a imponer ésta a título de reciprocidad (Chile, Uruguay, Guatemala, por ejemplo.), y porque además de que sólo exigirá el arraigo del juicio en los casos y en la forma que en la nación a que pertenezca el extranjero se exija a los españoles.

⁷ Ley de Enjuiciamiento Civil Español, 2ª. Ed. Editorial Civitas S.A., España, 1991. pág.17.

1.5 ARGENTINA

El antecedente más antiguo y parecido a la figura del arraigo domiciliario en el derecho argentino, se encuentra dentro de lo que originalmente se conoció como plagio, palabra que deriva del griego plagio que significa engañoso, oblicuo, y que a su vez viene del vocablo plazo: que quiere decir "yo golpeé, descarrío". Conducta que consistía en el dominio que una determinada clase de personas ejercía sobre otras, privándolas de su libertad convirtiéndolas en sus siervos y esclavos; se hace notar que a medida que ha pasado el tiempo los tratadistas en la materia, le han dado diferentes conceptos e interpretaciones, sin embargo esta conducta antisocial ha existido desde la antigüedad, ya que su antecedente histórico de este delito lo encontramos en la cárcel privada de la época romana, pues al respecto en la Enciclopedia Jurídica Omeba se encuentra lo siguiente: "Desde el tráfico negro, hasta la explotación del indio y del mensú en América existió la servidumbre hasta no hace muchos años. Y todavía no ha podido erradicarse del mundo el comercio de blancas, que como ya lo habían observado Rivarola, Moreno y González Roura, se encuentra incriminado por el artículo 140 del Código Penal argentino. La figura del plagio que estamos examinando, castiga dos conductas: la de aquel que redujere a una persona a servidumbre o condición análoga, y la del que la recibiere para mantenerla en ella".⁸

Ahora bien, esta conducta delictiva en Argentina actualmente se le conoce bajo el nombre de Privación de la Libertad Personal, sancionada por el artículo 141 del Código Penal Argentino, el cual castiga con prisión de un mes a un año de prisión al que ilegalmente priva a otro de su libertad personal.

⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XXIII. Pres-Razo, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. Buenos Aires Argentina, 1976, pág.189.

1.6 MÉXICO

El arraigo domiciliario del presunto responsable en México, se inició en el año de 1977, el cual fue de dos tipos, uno administrativo o policial concedido por el Ministerio Público en beneficio del indiciado, en el caso de delitos menores cometidos por imprudencia, siempre y cuando el delito se hubiese cometido bajo ciertas circunstancias y el indiciado reuniera determinados requisitos, y el otro era de tipo judicial, decretado por el Juez para restringir la libertad del presunto responsable, por existir evidencias de que se sustraerá a la acción de la justicia; el maestro Jorge Silva Silva al referirse a estos dos tipos de arraigo dice: "ARRAIGO ADMINISTRATIVO 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 5 años, los presuntos responsables podían quedar arraigados en sus domicilios. Concomitante al arraigo, se condicionó también esta libertad provisional, al hecho de que el potencial beneficiario señalara domicilio en el Distrito federal, no existiera temor de que se fugara, merced a la promesa de presentarse cuando se le citara, y pagara o garantizara, mediante convenio, que repararía 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 a fin de que cumpla sus obligaciones.

En 1981 se incorporó al código distrital (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 estableció en el Código Federal de Procedimientos Penales (Artículo 135 Bis) en la reforma de 1993.

ARRAIGO JUDICIAL, En 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, ésta 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 éste 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, ahora artículo 205)".⁹

⁹ SILVA SILVA, Jorge Alberto. DERECHO PROCESAL PENAL. págs. 528 y 529.

CAPITULO SEGUNDO CONCEPTOS GENERALES

2.1 CONCEPTO DEL ARRAIGO

La etimología de la palabra arraigo proviene del latín *ad* y *radicare*, que significa echar raíces, lo cual debemos entender como la acción y efecto de prender o asegurar algo, lo que aplicado al campo del derecho, la palabra arraigar significa asegurar la responsabilidad de las resultas de un juicio; en este orden de ideas el Doctor Armando V. Silva nos indica que la palabra arraigo proviene: "Del latín *ad* y *radicare*, del vocablo *radix*, raíz. En un sentido figurado, hace referencia a los bienes raíces, de modo que, como ya lo hacía notar Escriche, arraigar es asegurar la responsabilidad a las resultas de un juicio o con motivo de un compromiso cualquiera.

En el Derecho Procesal, tiene sus antecedentes como institución que comprende dos clases de fianzas reales: exigida una al demandado y otra al actor".¹⁰

Ahora bien, antes de precisar el concepto de la palabra arraigo en materia penal, se considera oportuno aclarar que el arraigo como figura jurídica, se aplica actualmente en diversas ramas del derecho, tales como administrativa, laboral, familiar, civil, penal etc., sin embargo, únicamente se abordará el estudio del arraigo en materia penal, por ser el tema medular de este trabajo.

¹⁰ V. SILVA, Armando. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. T. I. "A". Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. Buenos Aires Argentina, 2001. pág. 779.

En efecto, el concepto de arraigo penal según el Diccionario Jurídico nos dice que: "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 aquéllos en los que no proceda la prisión preventiva".¹¹

2.2 EL ARRAIGO DOMICILIARIO

Antes de precisar ¿qué es el arraigo domiciliario? se considera importante indicar, de dónde proviene la palabra domicilio, pues según el Diccionario Jurídico señala que la palabra domicilio proviene: "Del latín domus y colo, de domus colere, habitar una casa. La idea del domicilio parte de dos elementos: la residencia y la permanencia en un lugar. De éstos se deriva el ánimo de permanecer en la habitación, por lo cual el domicilio constituye una vinculación de persona y lugar con ánimo de nexo duradero. Morada fija y permanente. Lugar en que legalmente se considera establecida una persona, física o moral, para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones. Procesalmente, es el lugar donde se harán legalmente las notificaciones personales".¹²

Luego entonces, lo que debemos entender jurídicamente por domicilio, de acuerdo al Código Civil vigente para el Distrito Federal, es: "Artículo 29. El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a la falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar a donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar

¹¹ Diccionario Jurídico 2004. DESARROLLO JURÍDICO COPYRIGHT, DJ2K-224, Compac Disc.

¹² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL Y TERMINOS USUALES EN EL PROCESO PENAL, 4ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 2000. pág. 727.

donde se encontraren.

Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses. Artículo 30. El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente".¹³

Habiendo hecho las anteriores precisiones, y aunque no se esté de acuerdo con esta medida precautoria por conculcar garantías individuales, sin embargo, atendiendo a la letra de nuestra legislación procesal penal, el arraigo domiciliario del probable responsable o procesado, debe ser en su propio domicilio, a petición del Ministerio Público Investigador y previa la orden o decreto judicial, cuando habiendo pruebas suficientes que acrediten el cuerpo del delito y su probable responsabilidad, se trate de delito grave, y por las circunstancias personales del inculpado o procesado, se estime que podrá evadir la acción de la justicia, previa audiencia que se le dé, se podrá proceder a su aseguramiento mediante arraigo en su propio domicilio, no en hoteles ni en otros lugares, debiendo ser por treinta, sesenta días, prorrogables por otros treinta o sesenta días dependiendo de la Legislación de que se trate, y noventa días como lo señala la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; Sin embargo, se considera inconstitucional la práctica de esta medida de aseguramiento, por violar las garantías de libertad personal y Seguridad Jurídica, y ocasionar al que la sufre, daños y perjuicios irreparables en su persona, y en su familia.

¹³ Código Civil para el Distrito Federal. COMPILACIÓN DE LEYES MEXICANAS. 2ª. Ed. Editorial Grupo Editorial G.M.G., México, 2004. pág. 4.

2.3 EL PRESUNTO RESPONSABLE

Al respecto el maestro Guillermo Colín Sánchez, nos ilustra diciendo: "En la ejecución de conductas o hechos delictuosos, interviene un sujeto físico, quien mediante un hacer o un no hacer, legalmente tipificados, da lugar a la relación jurídica material de Derecho Penal y, en su caso, a la relación jurídica procesal".¹⁴

Ahora bien, tomando en cuenta que la figura central en el presente trabajo, es el sujeto activo del delito, es necesario conocer de este personaje lo siguiente:

a) Diversas denominaciones

Al autor del delito en sus diversas fases procesales, le han otorgado diferentes denominaciones, tanto por la doctrina como por la legislación, tales como: indiciado, presunto responsable, imputado, inculgado, encausado, procesado, inculcado, presunto culpable, enjuiciado, acusado, condenado, justiciables, reo, etc., Sin embargo es importante precisar el nombre correcto en concordancia con la etapa procedimental en que se encuentre el sujeto activo del delito, pues al respecto el maestro Guillermo Colín Sánchez indica que: "En razón de las distintas etapas del procedimiento penal, y a sus actos, formas y formalidades, el probable autor está ubicado en situaciones jurídicas diversas, de tal manera que a esto obedezca una denominación específica, que corresponda al momento procedimental de que se trate.

¹⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 12ª. Ed. Editorial Porrúa, pág. 223.

Adviértase que, no se justifica otorgarle un sólo nombre durante todo el procedimiento, porque su situación jurídica es variable; por lo tanto, me parece correcto llamarle indiciado durante la averiguación previa, porque tal nombre deriva de "indicio", "dedo que indica" y como existen "indicios" para considerar que pudo haber cometido el delito por eso es objeto de tal averiguación.

Concluido ese período, si se ejercita la acción penal, dictado el auto de radicación, adquiere el nombre de procesado.

Posteriormente, cuando el agente del Ministerio Público presenta ante el juez conclusiones acusatorias, recibirá el nombre de acusado hasta que se dicte sentencia; cuando ésta se pronuncia adquiere el carácter de sentenciado; y, finalmente, cuando la resolución judicial mencionada causa estado, se llamará reo".¹⁵

b) Imputabilidad e Inimputabilidad.

Por imputabilidad debemos entender, como la capacidad que una persona debe tener para comprender la magnitud del hecho o conducta que ha desplegado u omitido, y que tiene repercusiones jurídicas en su persona, en la de los ofendidos y en la sociedad; respecto de este tema el Jurista Luis Jiménez de Asúa, nos dice: "El concepto clásico de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y de responsabilidad moral, cuya doctrina supone Carrara aceptada. Desde este punto de vista, la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino ésta misma aplicada en concreto al autor del delito, y puede definirse, con el padre Jerónimo

¹⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 12ª. págs. 225 y 226.

Montes, como el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre".¹⁶

En razón de lo asentado en el párrafo que antecede, debemos concluir que cuando una persona no tiene la capacidad de querer y entender la magnitud de sus actos, conductas u omisiones, se le considera inimputable en el campo del derecho, por encontrarse dentro de alguna causa de inculpabilidad, las cuales pueden ser enajenación mental, desarrollo mental insuficiente, la minoría de edad, la embriaguez, etc. Mismas que se encuentran reguladas en los artículos 29 fracción VII, 62 al 67 del Código Penal para el Distrito Federal.

c) Respeto a las garantías individuales del indiciado y procesado.

Este es uno de los aspectos más importantes, trascendentales y delicados que se le deben hacer saber y respetar a toda persona que es detenida o retenida por cualquier autoridad, acusada de algún delito, en México estas garantías relacionadas con la libertad personal, se encuentran en los siguientes preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 13 (garantía de igualdad y de no ser juzgado por leyes privativas y juzgados especiales) 14 y 16 (garantías de estricta legalidad y seguridad jurídica) 17 (garantía de impartición de justicia pronta e imparcial, y prohibición de ser aprisionado por deudas civiles) 18 (garantía de no estar en

¹⁶ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. LECCIONES DE DERECHO PENAL. volumen 3, Ed. 5, Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V., México Distrito Federal, 2001, pág. 216.

prisión preventiva cuando el delito no amerite pena corporal, y extinguir penas en el país del sentenciado) 19 (garantía del detenido).

Así mismo el artículo 20 A. contempla a favor del inculcado los siguientes derechos y garantías (libertad provisional bajo caución, caución asequible, declarar o abstenerse, no ser incomunicado, ni intimidado o torturado, saber el nombre del acusador, naturaleza y causa de la acusación, indicándole los hechos que se le imputan, rendir declaración preparatoria, ser careado, de recibirle los testigos y demás pruebas que ofrezca, auxiliándolo para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, ser juzgado en audiencia por Juez o Jurado, facilitarle todos los datos que solicite para su defensa legal, ser juzgado antes de cuatro meses en delitos no mayores de dos años, y antes de un año si la pena del delito excediera de ese tiempo, concederle mayor plazo para su defensa, de nombrar defensor y que éste comparezca en todo acto del proceso las veces que se le requiera, no prolongar la prisión por prestación económica).

El referido artículo 20 A. constitucional, contempla a favor del indiciado en la fase de Averiguación Previa, las garantías y derechos siguientes (libertad provisional bajo caución, caución asequible, de recibirle los testigos y demás pruebas que ofrezca, auxiliándolo para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa legal, será informado de los derechos que a su favor consigna esta constitución, de nombrar defensor y que éste comparezca en todo acto del proceso las veces que se le requiera) 21 (garantía

de ser investigado únicamente por el Ministerio Público, e imposición de penas solo por la autoridad judicial, y en faltas administrativas obtener la libertad pagando multa o arresto máximo por treinta y seis horas) 22 (garantía de no aplicar penas inusitadas y trascendentales, ni confiscación de bienes; prohíbe la pena de muerte por delitos políticos, excepto al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiaro, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar) 23 (garantía de no más de tres instancias en juicios criminales, y no ser juzgado dos veces por el mismo delito y prohibición de absolver de la instancia).

2.4 EL MINISTERIO PÚBLICO.

Nuestro apreciable maestro, Carlos Barragán Salvatierra, al referirse al concepto indicado por el Jurista Fix – Zamudio, describe al Ministerio Público, diciendo: "Que es el organismo del Estado que realiza funciones judiciales, ya sea como parte o como sujeto auxiliar en las diversas ramas procesales, especialmente en la penal, y que en la actualidad efectúa actividades administrativas, ya que como consejero jurídico de las autoridades gubernamentales realiza la defensa de la legalidad".¹⁷

Es de gran importancia precisar, que la figura del Ministerio Público encuentra su fundamento legal en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en su parte conducente dice: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y

¹⁷BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. DERECHO PROCESAL PENAL. 2ª. Ed. Editorial Mc GRAWHILL/INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V., México, 2002, pág. 131.

persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato”.¹⁸

El Ministerio Público es un organismo administrativo dependiente del poder Ejecutivo Federal o Estatal, en su caso, representado por el Procurador de Justicia, que entre otras funciones tiene las de representar a la Federación, al Estado y a la sociedad en sus intereses públicos y privados. Es importante precisar que nuestra legislación mexicana contempla dos categorías de Ministerio Público, uno del fuero común y el otro del fuero Federal, los cuales intervienen en diferentes materias o áreas específicas de acuerdo con la ley. Por lo que respecta a la materia penal una de las obligaciones del Ministerio Público es investigar la comisión de los delitos, reuniendo las pruebas necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del (os) indiciado (s), auxiliándose para tal efecto, de la policía administrativa, así como de peritos; a efecto de poder ejercitar o no la acción penal ante los tribunales competentes.

2.5 EL JUEZ

El Juez es uno de los sujetos que integran la relación procesal, por lo que es importante saber que es un Juez, pues al respecto el Jurista Leopoldo De La Cruz Agüero señala que Juez es: “La persona física dependiente del Poder Judicial Federal o estatal, en quien el estado delega el ejercicio de la potestad jurisdiccional de aplicar la ley mediante un procedimiento judicial o administrativo, es pues, el funcionario encargado de

¹⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Alfaró, México 2004, pág. 22.

administrar justicia y aplicarla de una manera justa, honesta e imparcial".¹⁹

¹⁹ DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. 2ª. Ed. Editorial Porrúa , S.A. de C.V., México Distrito Federal, 1996. pág. 60.

CAPITULO TERCERO

EL ARRAIGO DEL PRESUNTO RESPONSABLE, ASÍ COMO DE TESTIGOS EN LA FASE INDAGATORIA Y DURANTE LA INSTRUCCIÓN RESPECTIVAMENTE.

3.1 FUNDAMENTO LEGAL:

a). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La práctica indebida que han venido sustentando diversos Agentes del Ministerio Público, Jueces o Magistrados, para pedir o decretar el arraigo domiciliario del probable responsable o testigos, fundamentan su petición de arraigo en los artículos 11 y 14 Constitucional y la motivan diciendo, que si bien es cierto que todo hombre tiene derecho para entrar y salir de la República Mexicana, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes, también es cierto, que en los casos de responsabilidad criminal este derecho queda subordinado a las facultades de la autoridad Judicial, la cual puede privar de la libertad a cualquier persona, cumpliendo con las formalidades esenciales del procedimiento, en los casos de delitos graves, tomando en cuenta las circunstancias peculiares del indiciado o procesado, y exista temor fundado de que evada la acción de la justicia.

Esta apreciación del Ministerio Público, es errónea, porque el citado artículo 11 constitucional, autoriza coartar la libertad de las personas, solo en caso de responsabilidad, sin embargo, en la fase de averiguación previa, o proceso, solo

existe una presunta responsabilidad, por lo que resulta inconstitucional e ilegal la petición de esta medida cautelar.

b). Código Federal de Procedimientos Penales.

En cuanto al arraigo del probable responsable y/o testigos el Código citado, establece en su artículo 133 bis, que: "La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga á la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

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

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

Por su parte el artículo 135 del mismo ordenamiento, en su segundo párrafo establece, que el Ministerio Público dispondrá la libertad del inculpado, en los supuestos y

cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 399 para los jueces, sin perjuicio de solicitar su arraigo en caso necesario. El Ministerio Público fijará la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustraerá a la acción de la justicia, ni al pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos. Tratándose de delitos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al inculpado que hubiese incurrido en el delito de abandono de persona o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares. Cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente.

Ahora bien, el artículo 256 del ordenamiento en comento, establece que, cuando tuviere que ausentarse del lugar en que se practiquen las diligencias alguna persona que pueda declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de la persona del inculpado, el tribunal, a solicitud de cualquiera de las partes, procederá a examinarla desde luego si fuere posible; en caso contrario, podrán arraigar al testigo por el tiempo que sea estrictamente indispensable para que rinda su declaración. Si resultare que la solicitud fue infundada y por lo mismo indebido el arraigo, el testigo podrá exigir al que lo solicitó que lo indemnice de los daños y perjuicios que le haya causado.

En materia de apelación respecto al arraigo, el artículo 367 del Código en estudio señala, son apelables en el efecto devolutivo: ... fracción VII. Los autos que nieguen el cateo, las medidas precautorias de carácter patrimonial, el arraigo del

indiciado o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica".²⁰

Como podemos apreciar de la transcripción de los artículos anteriores, el Código Federal de Procedimientos Penales, no contempla el pago de daños y perjuicios ocasionados al indiciado o procesado, para el caso de haber sido arraigado indebidamente, sino que únicamente le da ese derecho al testigo que haya sido arraigado indebidamente, sin embargo, tampoco precisa la forma en que el testigo debe tramitar la reparación del daño, y el tiempo que tiene para reclamar su pago.

c). Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

El artículo 12 de esta Ley, autoriza en forma ilegal al Ministerio Público Federal, para solicitar a la autoridad Judicial la orden de arraigo del inculcado en la fase de Averiguación Previa, por un término hasta de noventa días, en el lugar, forma y medios de realización señalados en su solicitud; así mismo, dicho precepto faculta en forma inconstitucional al Juez, para autorizar la referida medida cautelar en contra del inculcado, sin importarle violentar las garantías de legalidad y seguridad jurídica, contempladas en los artículos 14 y 16 Constitucionales, en efecto, el citado artículo 12 textualmente establece: "El Juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculcado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el

²⁰ Código Federal de Procedimientos Penales. LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL. Editorial Sista, S.A. de C.V., México Distrito Federal, 1989. págs. 128, 129, 150 y 160.

Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la Averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo".²¹

El artículo en estudio es Inconstitucional y atenta en forma grave contra las garantías individuales del indiciado; esto es así, porque en ninguna parte de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos se encuentra regulada dicha medida cautelar, pero además los noventa días de privación de libertad, que establece, viola los términos de detención permitidos por el artículo 16 Constitucional en la fase de investigación, pues este artículo únicamente permite la detención del inculpado en flagrante delito, en casos urgentes cuando por razón de la hora no se pueda ocurrir ante la autoridad Judicial, o bien por un término de cuarenta y ocho horas, o noventa y seis horas en los casos de delincuencia organizada; pero no autoriza ninguna detención por noventa días, como ilegalmente y en forma arbitraria lo lleva a cabo la Fiscalía Especializada contra la Delincuencia Organizada de la Procuraduría General de la República.

Pero además dicho precepto es inconstitucional porque no contempla la garantía de audiencia a que tiene derecho toda persona detenida, contraviniendo con esto, lo dispuesto por el artículo 14 Constitucional, pues se le priva de la libertad al inculpado sin previo juicio y sin darle la garantía de audiencia a que tiene derecho toda persona que es detenida.

²¹ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL. Editorial Sista, S.A. de C.V., México Distrito Federal, 1989. pág. 319.

d). Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Este Código regula en forma deficiente la figura del arraigo domiciliario del probable responsable, procesado y testigos, por las razones que más adelante se precisan, pues para tal efecto, es imprescindible observar lo que textualmente establece en los siguientes preceptos: "Artículo 215 Cuando hubiere de ausentarse alguna persona que pueda declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de la persona del acusado, el juez, a pedimento de cualquiera de las partes interesadas, podrá arraigar al testigo por el tiempo que fuere estrictamente indispensable para que rinda su declaración. Si de ésta resultare que el arraigado lo fue indebidamente, tendrá derecho de exigir que se le indemnice de los daños y perjuicios causados por el arraigo.

Artículo 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. Artículo 271 sexto párrafo: en las averiguaciones previas por

delitos que sean de la competencia de los juzgados de paz en materia penal o siendo de los juzgados penales cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión el probable responsable no será privado de su libertad en los lugares ordinarios de detención y podrá quedar arraigado en su domicilio, con la facultad de trasladarse al lugar de su trabajo, siempre y cuando proteste presentarse ante el órgano Investigador, no existan datos de que pretenda sustraerse a la acción de la justicia, realice convenio con el ofendido o sus causahabientes respecto a la reparación del daño, tratándose de delitos imprudenciales por tránsito de vehículos se requiere que no haya abandonado a la víctima, o cometido el delito en estado de ebriedad o bajo el influjo de psicotrópicos, que alguna persona a criterio del Ministerio Público se comprometa bajo protesta de decir verdad, a presentarle al probable responsable cuando así se resuelva.

Fracción VI: En caso de que el indicado o la persona a quien se refiere la fracción anterior, desobedecieren sin justa causa las órdenes que dicte el Ministerio Público, se revocará el arraigo y la averiguación previa será consignada en su caso, solicitando al Juez competente la orden de aprehensión o de comparecencia en su contra, según corresponda.

Fracción VII: El arraigo, no podrá prolongarse por más de tres días; transcurridos éstos el arraigado podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de que el Ministerio Público, si así procediere, consigne la averiguación y solicite la orden mencionada.

Artículo 301: Cuando por la naturaleza del delito o de la

pena aplicable, el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez fundada y motivadamente o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del término en que deba resolverse el proceso".²²

De los artículos anteriores, se infiere que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no contempla textualmente el pago de daños y perjuicios para el indiciado o procesado, en caso de haber sido arraigado indebidamente, pues únicamente señala en forma deficiente, el pago de daños y perjuicios para el (os) testigo (s) que haya (n) sido arraigado (s) indebidamente; visible en el mencionado artículo 215 del Código en comento, sin embargo, no indica quien debe pagarle los daños, ante quién los debe tramitar, el procedimiento y término que tiene (n) para hacerlo valer; otra deficiencia del referido artículo 215, es que al facultar expresamente al Juez para arraigar al testigo (s), por el tiempo estrictamente indispensable para que rinda (n) su declaración, omite establecer un término de duración del arraigo, dejando al arbitrio Judicial la duración del mismo, lo cual en mi opinión, viola flagrantemente las garantías individuales del (os) testigo (s), pues en la práctica es común que el Juez tiene saturada su agenda de audiencias y compromisos, y no puede tomarles su declaración de inmediato, sino pasados varios días, lo cual es grave y violatorio de garantías individuales, pues lo correcto debe ser, que éste artículo le señale un término breve y perentorio al juzgador para

²² Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. LEGISLACIÓN PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Sista, S.A. de C.V., México Distrito Federal, 1989. págs. 123, 128, 129, 132 y 133.

tomarle (s) su declaración al (s) testigo, dándole prioridad ante cualquier compromiso que tenga el Juez, apercibiéndolo con una sanción en caso de incumplimiento, independientemente de la responsabilidad penal en que incurra por su omisión; sin embargo, existen estas lagunas en la ley procesal penal en comento.

e). Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Esta ley establece la solicitud de arraigo del probable responsable, a través de los diversos Ministerios Públicos en el ámbito de sus respectivas competencias, lo cual podemos apreciar de los siguientes preceptos: "Artículo 3: Las atribuciones a que se refiere la fracción I del artículo 2 de esta Ley respecto de la averiguación previa, comprenden: ... fracción VIII: solicitar al órgano jurisdiccional las órdenes de cateo y las medidas precautorias de arraigo y otras que fueren procedentes, en los términos de lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 4º. Las atribuciones a que se refiere la fracción I del artículo 2 de esta ley respecto de la consignación y durante el proceso, comprenden: ... fracción II solicitar al órgano Jurisdiccional las órdenes de cateo, las medidas precautorias de arraigo y otras que fueren procedentes en los términos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".²³

Quiero señalar, que existe una incongruencia e ilegalidad en los artículos en comento, pues es incorrecto que

²³ Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. LEGISLACIÓN PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Sista, S.A. de C.V., México, Distrito Federal. 1969. págs. 229 y 230.

sostengan que el Ministerio Público esté facultado constitucionalmente para solicitar al órgano jurisdiccional el arraigo de determinada persona, cuando en ninguna parte de nuestra Constitución existe texto o apartado que expresamente lo faculte, razón por lo que resultan inconstitucionales dichos artículos.

3.2 Diversos tipos de arraigo

Las legislaciones procesales penales tanto en materia Federal como del Distrito Federal contemplan dos tipos de arraigo, uno que es en perjuicio del inculpado, procesado o testigo (s), mismo que ha quedado analizado con anterioridad; el otro tipo de arraigo que regulan, es supuestamente a favor del probable responsable, por tratarse de una alternativa de libertad durante la averiguación previa, pues al respecto el segundo párrafo del artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales, en lo conducente establece que: "El Ministerio Público dispondrá la libertad del inculpado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 399 para los jueces, sin perjuicio de solicitar su arraigo en caso necesario... cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente".²⁴

Por su parte el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, también establece el arraigo aparentemente en beneficio del probable responsable, pues en su artículo 271 sexto párrafo, en lo conducente señala: "En las averiguaciones previas por delitos que sean de la competencia de los juzgados

²⁴ Código Federal de Procedimientos Penales. LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL, pág. 129.

de paz en materia penal o siendo de los juzgados penales, cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión, el probable responsable no será privado de su libertad en los lugares ordinarios de detención **y podrá quedar arraigado en su domicilio**; la fracción VI del artículo en comento nos dice: En caso de que el indiciado o la persona a quien se refiere la fracción anterior, desobedecieren sin justa causa las órdenes que dicte el Ministerio Público, **se revocará el arraigo y la averiguación previa será consignada en su caso, solicitando al juez competente la orden de aprehensión o de comparecencia en su contra, según corresponda; y la Fracción VII del mismo precepto, establece: El arraigo no podrá prolongarse por más de tres días; transcurridos éstos el arraigado podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de que el Ministerio Público, si así procediere, consigne la averiguación y solicite la orden mencionada**".²⁵

Como podemos apreciar, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, concede esta medida cautelar a favor del probable responsable, durante la fase de investigación, previo el cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones, a efecto de que no quede detenido ante el Ministerio Público, sin embargo, esto es letra muerta porque en la practica el Órgano Investigador, siempre pide fianza, para asegurar las sanciones procesales, pecuniarias y reparación de daños, aunado al hecho, de que los requisitos para la obtención de este beneficio, es difícil conseguirlos en pocas horas.

Mientras que el Código Federal de Procedimientos

²⁵ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. LEGISLACIÓN PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Págs. 128 y 129.

Penales, establece el arraigo del probable responsable, para que el Ministerio Público, lo utilice como un medio de coacción y de aseguramiento, a efecto de que el indiciado no evada la acción de la justicia y lo pueda tener disponible, con el único beneficio para el probable responsable, de no estar en prisión provisional, claro, previo el cumplimiento de ciertos requisitos. No obstante que estos arraigos existen en dichas legislaciones procesales, y que aparentemente son en beneficio del probable responsable, es de considerarse ilegales por los fines que persiguen.

3.3 Formas de solicitar el arraigo.

En cuanto a las formas de solicitar el arraigo, debo aclarar que existen dos formas; una es cuando el Ministerio Público lo solicita al Juez, y es por escrito fundando y motivando la necesidad de dicha medida precautoria, y la otra la decreta el juez de oficio, cuando el indiciado le ha sido consignado, y el Juez considera necesaria dicha medida cautelar, por la naturaleza del delito y circunstancias especiales del procesado (s), o bien cuando considera necesario arraigar al testigo (s), en ambos casos debe fundar y motivar por escrito su petición o determinación según sea el caso.

Es importante indicar, que la legislaciones procesales, tanto Federal como del Distrito Federal, no contemplan, el término que el Juez tiene para resolverle al Ministerio Público su petición de arraigo, también omite señalar si el Juez forzosamente debe contestarle por escrito a dicho Órgano Investigador, y en que momento el Juez debe escuchar en audiencia al indiciado, procesado o testigo (s) según sea el

caso, lo cual es totalmente ilegal.

3.4 Casos en que se decreta el arraigo.

Nuestros Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal, no señalan expresamente en que casos procede el arraigo del indiciado o procesado, pues únicamente indican, que 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 de arraigo; señalando estas legislaciones en forma muy similar, que cuando la pena máxima del delito no exceda de cinco años de prisión, incluyendo los delitos imprudenciales por tránsito de vehículos, cuando el indiciado proteste presentarse ante el Órgano Investigador, no existan datos que evidencien que se sustraerá a la acción de la justicia, realice convenio en cuanto a la reparación del daño, no hubiese abandonado a la víctima, ni cometido el delito en estado de ebriedad o bajo el influjo de psicotrópicos y exista una persona que se comprometa a presentarlo cuando así sea requerido.

No obstante estas condicionantes dichas legislaciones no precisan en qué otros delitos, y bajo qué requisitos es procedente el arraigo, tampoco indican si el indiciado, su abogado o persona de confianza lo puede solicitar, lo cual considero, que debe estar regulado en forma expresa y específica.

3.5 Trámite para decretar el arraigo y su procedencia.

La forma mediante la cual se decreta el arraigo, tanto en la materia Federal como en el fuero común, es de dos maneras, una es cuando el Ministerio Público lo solicita al Juez correspondiente, y debe ser por escrito fundando y motivando la necesidad de dicha medida precautoria, para lo cual le debe enviar copia certificada de todas las actuaciones de la indagatoria, y el Juez correspondiente debe contestarle por escrito, y la otra hipótesis, es cuando el Juez decreta el arraigo de oficio, por considerar necesaria dicha medida cautelar, lo cual debe hacer mediante acuerdo, fundando y motivando su proceder, este es el procedimiento que se sigue en el foro, sin embargo, no existe regulación expresa que especifique, en qué momento se le debe oír en audiencia a la persona que va a ser arraigada, el tiempo que tiene el Juez para resolverle al Ministerio Público sobre la petición de arraigo, y si negada la primera solicitud el Órgano Investigador puede volverla a solicitar. Ahora bien, se considera importante señalar que el Juez, al decretar de oficio el arraigo, está violando el principio de imparcialidad que debe prevalecer en todo juzgador, aunado al hecho de que la legislación no contempla quién va a regular la actuación del juez cuando decreta de oficio dicha medida cautelar.

3.6 Duración del arraigo y sus prórrogas.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece diferentes plazos para el arraigo, dependiendo de los casos y personas de que se trate, en el caso de testigos, su artículo 215, señala que la duración del arraigo

será por el tiempo estrictamente indispensable para que el testigo rinda su declaración, en cuanto a la persona del indiciado, el artículo 270 bis, Indica que el arraigo será por el tiempo estrictamente indispensable para integrar la averiguación correspondiente, que no excederá de treinta días prorrogables por otros treinta días a petición del Ministerio Público; el artículo 271 fracción VII de dicho ordenamiento legal, contempla tres días de arraigo del indiciado durante la averiguación previa, transcurridos los cuales el indiciado podrá desplazarse libremente, este tipo de arraigo, se puede considerar en beneficio del indiciado, pues se trata de una alternativa para obtener su libertad, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos: Que la pena máxima del delito no exceda de cinco años, proteste presentarse ante el Ministerio Público correspondiente, no existan datos de que pretenda sustraerse a la acción de la justicia, realice convenio de reparación de daños con el ofendido en tratándose de delito imprudencial por tránsito de vehículos, no haya abandonado al lesionado, y no hubiese cometido el delito en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos, que alguna persona a criterio del Ministerio Público se comprometa presentarle al indiciado cuando así lo solicite.

Así mismo el artículo 301 del Código en comento, establece otro plazo de duración del arraigo para el indiciado, señalando que debe ser por el tiempo que el Juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del término en que deba resolverse el proceso, este tipo de arraigo, lo autoriza o decreta el Juez correspondiente a petición del Ministerio Público, cuando por la naturaleza del delito y la pena aplicable al imputado no deba quedar en prisión preventiva, pero exista

riesgo de que evada la acción de la justicia.

Estas formas de arraigo domiciliario, son del todo violatorias de garantías individuales, ya que ni el Ministerio Público, ni la autoridad Judicial están autorizados Constitucionalmente, para retener y obligar a persona alguna, a permanecer privada de su libertad, en hoteles, hospitales, casas de seguridad, etc., durante los plazos que ilegalmente contemplan la legislación Federal procesal penal y las legislaciones procesales penales comunes o locales, con el argumento insólito, que si no lo hacen así, el (os) indiciado (s), procesado (s), o testigo(s) evadirán la acción de la justicia.

Ahora bien, el Código Federal de Procedimientos Penales, también establece diversos plazos de duración del arraigo, así tenemos que en su artículo 133 bis, Nos habla que el arraigo del indicado debe ser por el tiempo estrictamente indispensable y que no debe exceder de treinta días naturales, y de sesenta días naturales, en la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, estos tipos de arraigos son decretados por el Juez a petición del Ministerio Público, cuando existe el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia:

Así tenemos que el artículo 135 del Código en comento, establece el arraigo del indiciado en caso de ser necesario, pero es omiso en señalar la duración del mismo, así como en qué casos y bajo qué circunstancias se decretará dicha medida cautelar; ahora bien, el artículo 256 del mismo ordenamiento legal, al regular el arraigo de testigo (s) omite señalar en forma precisa el tiempo de duración del arraigo, pues solo señala que

cuando alguna persona tenga que ausentarse del lugar donde se practiquen las diligencias, y tenga que declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de la persona del inculpado, a petición de cualesquiera de las partes el Tribunal podrá decretar su arraigo, por el tiempo estrictamente necesario para que rinda su declaración; lo cual, resulta ilegal que estos dos últimos artículos dejen al arbitrio judicial la duración del arraigo, contraviniendo de esta manera sus garantías individuales.

3.7 Garantía de audiencia del arraigado

Este es uno de los derechos fundamentales de toda persona, el cual se encuentra consagrado básicamente en los artículos 14, 16 y 20 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues estos artículos en esencia establecen, que toda persona debe ser escuchada en audiencia antes de ser sancionada o sentenciada, en efecto el artículo 14 Constitucional en lo conducente dice: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

El artículo 16 en lo conducente establece: Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del

procedimiento”.²⁶

Por su parte el artículo 20 Constitucional, establece todas las garantías de que debe gozar cualquier persona, que es detenida y retenida tanto por el Ministerio Público, como por cualquier otra autoridad, así como para el caso de haber sido consignada ante la autoridad judicial; sin embargo, nuestra Carta Magna no regula en forma expresa la figura del arraigo domiciliario del presunto responsable, procesado y testigo, como acontece con las figuras jurídicas de las órdenes de comparecencia, aprehensión, reaprehensión, cateo etc., las cuales si están reguladas expresamente en nuestra Constitución, por consiguiente si nuestra ley suprema no contempla la figura del arraigo domiciliario como tal, ni prevé las garantías que debe gozar la persona que se pretenda arraigar, ni la autoridad que deba solicitar y autorizar dicha medida precautoria, ni la forma y términos para su tramitación, es de considerarse que dicha medida de arraigo es Inconstitucional, porque aún cuando aparezca semiregulada la figura del arraigo domiciliario, en diversos Códigos de Procedimientos Penales Locales y Federal, se debe considerar inconstitucional su aplicación, porque estas son leyes secundarias que no deben regular figuras jurídicas que no existen expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No obstante la inconformidad por la inconstitucionalidad y arbitrariedades que cometen las autoridades al decretar el arraigo domiciliario, se analizará la supuesta garantía de audiencia, que en forma deficiente contemplan los artículos en comento.

²⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pág. 15 y 16.

En efecto, tanto el Código Federal de Procedimientos Penales, como del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, hacen referencia a la garantía de audiencia, estableciendo que el Juez debe oír al indiciado, sin embargo omiten precisar en qué momento se le debe escuchar, absteniéndose de indicar si el Juez debe o puede trasladarse al lugar donde la persona se encuentre detenida, o si el Ministerio Público debe llevar al indiciado ante la presencia del Juez, para que le escuche en audiencia, y el tiempo que dispone el Juez para tal efecto, simplemente indican que se le debe oír en audiencia, tampoco señala si el probable responsable tiene derecho de ofrecer pruebas, para desvirtuar el arraigo que se le pretende imponer, omitiendo indicar, qué sucede si el presunto responsable en ese momento le presenta elementos de convicción al Juez y lo convence para negar el arraigo, omitiendo precisar que sanciones y responsabilidades le resultan al Juez, por no concederle la garantía de audiencia al imputado, o por haberlo arraigado indebidamente, ahora bien, por lo que respecta al (os) testigo (s), las legislaciones en comento, no contemplan ninguna garantía de audiencia en su favor, pues ningún artículo señala, que previamente se le escuche, lo cual a todas luces es ilegal, amén de ser inconstitucional dicha medida cautelar en estudio.

3.8 Violación de Garantías Individuales en el arraigo

En la práctica se observa que cualquier persona que es detenida, retenida o arraigada por el Órgano Investigador, y no cuenta con recursos económicos o por diversas circunstancias no está presente un abogado particular al momento de su declaración, le designan un abogado de oficio, que no se toma

la molestia de exigirle al Ministerio Público o Secretario Oficial de este, que le lean previamente sus derechos y garantías establecidas en el artículo 20 Constitucional, y que le expliquen lo que no entienda; pues esto se debe a que en la mayoría de los casos el defensor de oficio no está presente al momento de la declaración ministerial, sino que sólo llega a firmar el acta, una vez concluida la declaración del indiciado.

Pero además, el Ministerio Público y el Juez al retener y someter en arraigo a determinada (s) persona (s), por treinta, sesenta días o por el tiempo que dure el proceso, sin poder salir del lugar donde lo tengan, violan flagrantemente los términos Constitucionales establecidos en los artículos 16 y 19; pues en lo conducente el artículo 16 párrafo séptimo dice: "Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquéllos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

Y el artículo 19 Constitucional en la parte conducente dice: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición.... este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal".²⁷

Independientemente de violar estas garantías al

²⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, págs. 16 y 19.

arraigado, también se violan las garantías de tránsito (Artículo 11), la garantía de educación (Artículo 3), la garantía de trabajo (Artículo 5).

En este orden de ideas, se considera importante analizar la parte conducente del artículo 11 Constitucional, que establece la restricción a la libertad personal. En efecto, señala que toda persona tiene derecho para entrar, salir, de la República Mexicana, viajar por su territorio, mudar su residencia, sin necesidad de permiso, o autorización alguna, y que el ejercicio de este derecho está subordinado a la autoridad Judicial, en los casos de responsabilidad criminal. Hago notar la claridad de este precepto, al establecer que la autoridad Judicial únicamente puede restringir la libertad personal, en casos de responsabilidad criminal, sin embargo, en la fase de averiguación previa y proceso, solo existe una presunta responsabilidad, pues será hasta el momento en que quede firme la sentencia definitiva dictada, cuando exista responsabilidad penal. De lo que concluimos, que es ilegal que la autoridad Ministerial y Judicial utilicen el artículo 11 Constitucional para fundamentar sus arraigos, aunado al hecho, de que la medida cautelar en estudio no se encuentra regulada expresamente en nuestra Carta Magna.

De lo anterior se concluye, que al decretar el arraigo tanto en la fase indagatoria como a nivel de proceso en el juzgado, son violadas flagrantemente las garantías individuales del arraigado, llámese probable responsable, indiciado, procesado o testigo, lo cual es Inconstitucional, al mismo tiempo que les resulta una responsabilidad administrativa, civil y penal a las autoridades que solicitaron, ordenaron y autorizaron dicha

medida cautelar, por lo que los afectados pueden proceder legalmente contra dichas autoridades.

3.9 Quebrantamiento o Levantamiento del arraigo.

El quebrantamiento del arraigo se encuentra regulado en el Código Federal de Procedimientos Penales y algunos Códigos de Procedimientos Penales de los Estados de la República Mexicana y del Distrito Federal, así tenemos que el Código Federal de Procedimientos Penales, al referirse al arraigo domiciliario por treinta días, en su artículo 133 bis, tercer párrafo, contempla la posibilidad de que el afectado o arraigado pida que quede sin efecto esta medida cautelar, señalando que será el Juez quien resuelva si debe o no mantenerse el arraigo, escuchando previamente al Ministerio Público y al afectado.

De igual forma, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal hace referencia a las diferentes formas de subsistencia o levantamiento del arraigo, pues al respecto en su artículo 215 al referirse al arraigo de testigo señala que el arraigo será por el tiempo estrictamente indispensable para que rinda su declaración; Sin precisar si el Juez oficiosamente al dictar su acuerdo, debe levantar el arraigo del testigo.

Así mismo el artículo 270 bis, del mismo ordenamiento, en lo conducente señala que el arraigo no excederá de treinta días prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Ministerio Público, indicando, que el Juez resolverá escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o levantamiento del arraigo. Sin embargo, este artículo no hace distinción si la subsistencia o levantamiento del arraigo se debe

aplicar únicamente para el caso de la prórroga de treinta días, o bien si se refiere al supuesto de cuando la prórroga haya fenecido.

Ahora bien, el artículo 271 del mismo cuerpo de leyes, contempla dos modalidades de levantamiento de arraigo, una en beneficio y otra en perjuicio del indiciado, la primera la rige la fracción VII, que en lo conducente nos dice que el arraigo no podrá prolongarse por más de tres días; transcurridos éstos el arraigado podrá desplazarse libremente; de lo que se infiere que a los tres días queda sin efecto el arraigo, ya que tiene un término específico de duración; y la fracción VI contempla como sanción para el indiciado, para el caso de que él o su fiador desobedecieren las órdenes que dicte el Ministerio Público, le revocará el arraigo que le había dado en su beneficio para no estar en prisión, y consignará la Averiguación, solicitando la orden que proceda.

Otra hipótesis respecto de la subsistencia o levantamiento del arraigo lo encontramos en el artículo 301 del Código en comento, al referirse al imputado que no merezca prisión preventiva, y exista riesgo de que evada la acción de la justicia, nos indica que será arraigado por el tiempo que el juzgador señale, y que no debe exceder del término en que debe resolverse el proceso. De éste artículo apreciamos que si el Juez lo estima conveniente, puede prorrogar el arraigo, con la única limitante que no exceda del término en que deba resolverse el proceso, lo cual se considera ilegal que se deje al arbitrio judicial la duración del arraigo.

Del análisis anterior, se concluye que los preceptos en

comento regulan en forma deficiente el levantamiento del arraigo.

3.10 Vigilancia del arraigado por parte de la autoridad

Por lo que respecta a la vigilancia del arraigado, las legislaciones procesales penales tanto Federal como locales, encomiendan al Ministerio Público y a sus auxiliares el cuidado del arraigado, sin embargo es deficiente e imprecisa la regulación jurídica establecida por dichas legislaciones, pues sólo basta con observar, lo que en lo conducente señala el artículo 133 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, pues al referirse a la vigilancia del arraigado dice: corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido. Así mismo el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 270 bis. En esencia dice: que el Juez al oír al indicado, resolverá el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares.

De lo anterior, se observa que estas legislaciones no especifican la forma en que el Ministerio Público y sus auxiliares cuidarán al arraigado, también omiten indicar el lugar donde debe permanecer el probable responsable durante el arraigo, no indican si puede recibir visitas o familiares, tampoco precisan quien le proveerá de alimentos, ni como se procederá en el caso de que el arraigado se llegue a lesionar, enfermar, morir o a escapar, etc.

3.11 El arraigo como alternativa de libertad durante la Averiguación Previa.

Este tipo de arraigo, es en beneficio del inculpado para que pueda gozar de su libertad durante la Investigación Ministerial, siempre y cuando cumpla con determinados requisitos y bajo ciertas circunstancias.

Esta alternativa de libertad se encuentra regulada por diversas legislaciones locales, así tenemos que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 271 sexto párrafo, establece que en la fase indagatoria y tratándose de delitos cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión, el probable responsable no será privado de su libertad en los lugares ordinarios de detención y **podrá quedar arraigado en su domicilio**, con el derecho de trasladarse a su lugar de trabajo, siempre y cuando proteste presentarse ante el Ministerio Público que tramite la Averiguación cada vez que lo cite, no existan datos de que pretenda sustraerse a la acción de la justicia, realice convenio de reparación de daños con el ofendido o causahabientes, poniéndose de acuerdo en el monto, y en caso de delito imprudencial por tránsito de vehículos, no hubiese abandonado al lesionado, ni participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos, y que alguna persona a criterio del Ministerio Público, se comprometa bajo protesta a presentárselo cuando lo solicite, apercibiendo al indiciado que en caso de no cumplir se revocará el arraigo y se consignará la Averiguación, solicitándose la orden que corresponda.

El citado precepto 271, en su fracción VII, nos señala

que la duración de este arraigo será solo por tres días, y que transcurridos éstos el arraigado podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de que el Ministerio Público, si así procediese, consigne la averiguación y solicite la orden mencionada.

Ahora bien, el Código Federal de Procedimientos Penales, no es muy claro en cuanto a este beneficio, pues su artículo 135 segundo párrafo, hace alusión al arraigo como una prevención en contra del indiciado, al señalar, que el Ministerio Público podrá resolver sobre su libertad, previo el cumplimiento de los requisitos que para los Jueces exige el artículo 399, señalando que esta concesión de libertad será sin perjuicio de solicitar el arraigo en caso necesario; Así mismo, el artículo en comento al referirse a la libertad caucional en caso de delitos cometidos por tránsito de vehículos, nos dice, que cuando el delito no merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo.

El artículo en comento no señala con claridad si el arraigo se aplicará en beneficio del indiciado para obtener su libertad sin tener que dar caución, o bien como una amenaza de ponerlo bajo arraigo, en caso de que no cumpla con los requisitos de la libertad caucional.

Como podemos inferir de estos preceptos legales, las referidas legislaciones procesales contemplan el arraigo domiciliario a favor del probable responsable, solo que su regulación es imprecisa, incompleta e inusual en la práctica; Es imprecisa porque la regulación que hace Código Federal de Procedimientos Penales no indica si el arraigo se aplicará como

un legítimo beneficio del inculpado, o como una amenaza en su contra en caso de desobedecer las ordenes del Ministerio Público; y tampoco aclara quien debe solicitarlo pues vagamente señala, que esta concesión de libertad será sin perjuicio de solicitar el arraigo en caso necesario. Y es incompleta porque en ambas legislaciones no especifican quien cuidará al arraigado, y si se le va a permitir realizar todas sus actividades fuera de su casa, además de que solo tiene validez por tres días como lo establece la fracción VII del artículo 271, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, lo cual es absurdo, porque se supone que hace las veces de una caución, entonces su vigencia debe ser hasta que se determine su situación jurídica o bien en su caso el Juez la modifique.

Y es inusual, porque en la práctica los Ministerios Públicos no aplican el arraigo domiciliario en beneficio del probable responsable, por considerarlo inseguro, pues señalan que en cualquier momento el probable responsable puede evadir sus responsabilidades procesales, por lo que para evitarse problemas y responsabilidades como Servidores Públicos, prefieren no conceder libertades mediante arraigo.

CAPÍTULO CUARTO

EL ARRAIGO CONSUMADO FRENTE AL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL O ANTE UNA SENTENCIA ABSOLUTORIA.

4.1 Daños y perjuicios ocasionados al presunto responsable, procesado o testigos, por el arraigo.

Es oportuno precisar, que el Diccionario Jurídico Mexicano, nos dice que la raíz etimológica de la palabra daño, proviene: "Del latín, *damnum*, que significa daño, deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa, o dolor que se provocan en la persona, cosas, o valores morales o sociales de alguien.

Esta figura de la reparación del daño causado a otro, la encontramos regulada desde la época Romana, a propuesta del Tribuno Aquilio, al dictarse una ley conocida con el nombre de la Lex Aquilia, que aunque en forma limitada establecía: que matar injustificadamente es matar sin derecho; por tanto, quien mata para escapar a un peligro que no puede eludir, está exento de responsabilidad; (antecedente de la legítima defensa), de igual forma habla del caso fortuito, diciendo que el que mata por casualidad, no merece castigo; en cuanto a la culpa la asimila al dolo. Respecto del daño por deterioro, robo, incendio, etc., estos daños los contemplaba sólo para esclavos, animales que pasen en rebaños y objetos materiales, determinando su indemnización. Desde su antecedente remoto en el derecho romano, a través del Código de Napoleón, la obligación de indemnizar el daño fue acogida por las legislaciones de los

países latinos incluyendo México".²⁸

Como podemos observar, la figura del daño y su reparación ha estado regulada por el derecho civil desde la antigüedad, sin embargo en materia penal no ha sido así, pues ésta ha adoptado de la materia civil algunos parámetros para su regulación, razón por lo que en la legislación penal existen algunas omisiones o deficiencias respecto de los daños y perjuicios ocasionados, por ejemplo, en los Códigos Penales Federal y para el Distrito Federal, no tienen precepto que concretamente defina que debemos entender por daños y perjuicios, sino que únicamente describen los diferentes tipos de daños y su sanción, también omiten señalar con precisión que cantidades se deben pagar, en proporción al daño y perjuicio ocasionado.

Pues bien, para establecer que tipo de daños y perjuicios se le ocasionan a la persona que sufre un arraigo, y poder sentar las bases y procedimientos para su pago, es imprescindible, conocer lo que la Constitución Política establece en cuanto a los daños y perjuicios ocasionados al ofendido; así tenemos que su artículo 20, apartado "A", fracción I, penúltimo párrafo, en lo conducente indica: "Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculcado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculcado".²⁹

²⁸ Diccionario Jurídico Mexicano. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS U.N.A.M. 13ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 811.

²⁹ Idem, pág. 19.

En este orden de ideas, la ley Suprema, al referirse a los derechos de la víctima u ofendido, en la fracción IV, del artículo 20, apartado "B", textualmente señala: "Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño".³⁰

Como se puede apreciar, es muy escueto lo que la Carta Magna dice en cuanto a los daños y perjuicios, pues únicamente se refiere a la forma en que deben quedar garantizados ante la autoridad investigadora, así como a la obligación del Juzgador de condenar a su pago, siempre que dicte sentencia condenatoria, remitiéndonos a los Códigos Penales y de Procedimientos Penales para ejecutar la sentencia.

Es por ello, que más adelante se abordará su estudio, pero antes es importante dejar claro, ¿qué se debe entender por daños y perjuicios?, para lo cual, se remite a lo que el Código Civil para el Distrito Federal, establece en los siguientes artículos:

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

Artículo 2109. Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el

³⁰ *Ibidem*, págs. 19 y 20.

cumplimiento de la obligación".³¹

Es importante aclarar, que en este capítulo se estudiará únicamente la parte conducente de los daños y perjuicios ocasionados a la persona y no el daño ocasionado a las cosas, toda vez, que el arraigo recae solo en las personas; por lo que habiendo hecho las anteriores precisiones, es menester conocer de los Códigos Penales Federal y para el Distrito Federal, como regulan este tema; porque aún cuando el tratamiento que les dan a estas figuras jurídicas son similares, difieren en algunos aspectos, como se verá a continuación:

A este respecto, el Código Penal Federal en su artículo 29 señala que la sanción pecuniaria, se integra por la multa y la reparación del daño, y en su artículo 30 fracción II, establece que la reparación del daño, comprende la indemnización por el daño material y moral causado, debiendo pagar los tratamientos curativos necesarios para la recuperación de la salud de la víctima, y que tratándose de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y violencia familiar, además, comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos, los cuales se establecerán en sentencia; así mismo su artículo 33, establece que el pago de la sanción pecuniaria es preferente a cualquier otro crédito, con excepción al rubro de alimentos y relaciones laborales.

Ahora bien, el Código Penal para el Distrito Federal respecto de los daños y perjuicios ocasionados por delitos cometidos intrínsecamente a las personas, en su artículo 37 señala, que la sanción pecuniaria se integra por la multa y la

³¹ Código Civil para el Distrito Federal, COMPILACIÓN DE LEYES MEXICANAS, pag. 213.

reparación del daño, y en el segundo párrafo de su artículo 41, nos menciona que el importe de la multa y la sanción económica se destinará preferentemente a la reparación del daño; y su artículo 42 fracción III, nos dice, que la reparación del daño comprende el pago del daño moral causado, y en su caso, el pago de los tratamientos curativos para recuperar la salud psíquica y física de la víctima.

Bajo esta tesis, los Códigos en comento coinciden en señalar, que las personas con derecho a solicitar la reparación del daño, son: el ofendido, y que en caso de fallecimiento, será su cónyuge supérstite o concubina (o) y sus hijos menores de edad, y a falta de éstos, sus demás descendientes y ascendientes que dependan económicamente de él, al momento de su fallecimiento (artículo 30 bis. del Código Penal Federal), y artículo (45 del Código Penal para el Distrito Federal), con la única diferencia que este último cuerpo de leyes, además del ofendido, le da a la víctima el derecho a la reparación del daño, precisando, que los derechos de los dependientes económicos para que reclamen la prestación en comento, se deducirá en la proporción que establezca el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables.

Respecto a la cuantificación de los daños y perjuicios, estos ordenamientos indican, que el Juez debe determinarla, de acuerdo al daño que sea preciso reparar, con base en las pruebas obtenidas en el proceso (artículos 31 del Código Penal Federal, y 43 del Código Penal para el Distrito Federal), con la diferencia que el Código Penal Federal, establece que en los delitos por imprudencia, el Ejecutivo de la Unión reglamentará la forma de garantizarse la reparación del daño; en cambio, el

Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 48, incluye además de los daños, el pago de los perjuicios ocasionados, dando la oportunidad al responsable, de pagarlos a plazos fijados por el Juez, atendiendo a su capacidad económica, pidiéndole garantía si lo considera conveniente, pero además señala, que el Gobierno del Distrito Federal responderá solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones, lo cual se hará en una sola exhibición.

Es necesario precisar, que el Ministerio Público al consignar la averiguación, tiene la obligación de solicitar la reparación de los daños y perjuicios, y por su parte el Juez debe asumir la responsabilidad de resolver lo conducente, (artículos 31 Bis, del Código Penal Federal, y 44 del Código Penal para el Distrito Federal), con la diferencia de que este artículo, obliga a dicha autoridad investigadora a pedir la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, sancionando su omisión con multa, de cincuenta a quinientos días; sin especificar si son días de salario mínimo, o días de sueldo del responsable.

Respecto de quiénes deben reparar los daños y perjuicios ocasionados, se tiene que el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 46 fracción IV, entre otras personas señala, que el Gobierno del Distrito Federal responderá solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos; y el artículo 32 fracción VI del Código Penal Federal, hace solidariamente responsable al Estado, por los delitos dolosos cometidos por sus funcionarios públicos, y subsidiariamente cuando se trate de delitos culposos, sin embargo, el Código Penal para el Distrito Federal, no hace esta

distinción, simplemente se concreta a señalar, que el Gobierno del Distrito Federal, responderá solidariamente por los delitos cometidos por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de sus funciones.

En conclusión, ambos ordenamientos determinan que la reparación del daño es preferente a cualquier otra sanción pecuniaria, u obligaciones posteriores al delito, excepto tratándose de alimentos y relaciones laborales, indicando que el Ministerio Público oficiosamente está obligado a pedirlo (artículos 33, 34 del Código Penal Federal, y 44 del Código Penal para el Distrito Federal). Así mismo establecen, que cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán como pago preventivo a la reparación del daño, (artículos 35 del Código Penal Federal, y 50 del Código Penal para el Distrito Federal, con la diferencia, que este artículo determina, que cuando esto suceda, las garantías de la libertad caucional se aplicaran inmediatamente al fondo para la reparación del daño a las víctimas del delito.

Por otro lado, el Código Penal Federal indica, que cuando la reparación del daño deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil, y se tramitará incidentalmente en la forma que determine el Código de Procedimientos Penales, y que de no obtenerse la reparación del daño debido a un no ejercicio de la acción penal, sobreseimiento o sentencia absolutoria, el pago de los daños se podrá reclamar en la vía civil de acuerdo a la legislación correspondiente. Por su parte el Código Penal para el Distrito Federal, es omiso en este aspecto.

Ahora bien, dichos ordenamientos señalan, que la reparación del daño se hará efectiva en la misma forma que la multa, es decir, mediante el procedimiento económico coactivo según el artículo 37 del Código Penal Federal, y artículo 49 Código Penal para el Distrito Federal.

Como se desprende del análisis de los preceptos anteriores del Código Penal Federal, y del Código Penal para el Distrito Federal, se puede concluir, que si es posible obtener el pago de daños y perjuicios ocasionados por el arraigo, siempre y cuando se formule denuncia y /o querrela en contra del Ministerio Público, Juez o autoridad que corresponda, por el delito de abuso de autoridad y privación ilegal de la libertad.

Una vez que se sabe que son los daños y perjuicios, y su regulación en la legislación penal, a continuación se indican los daños y perjuicios ocasionados a la (s) persona (s) que haya (n) estado arraigada (s), indebidamente por el Ministerio Público, Juez o Magistrado, así tenemos que:

a) Daños y perjuicios económicos

Los daños económicos sufridos por el o los probable (s) responsable (s) procesado (s) o testigo (s), por haber estado arraigado (s) indebidamente, se hacen consistir; en todos los gastos erogados por concepto de pago de honorarios de Abogado (s) para su defensa, gastos de juicio, llamadas telefónicas, gastos de alimentación, etc.

Por otro lado, se debe considerar que los perjuicios económicos causados a la (s) persona (s) que fue (ron) arraigada (s)

indebidamente, son consecuencia directa e inmediata de los daños ocasionados por el arraigo, y estos perjuicios son, el dinero lícito que dejó (ron) de ganar por haber estado privado (s) de su libertad, y no poder realizar ninguna actividad o trabajo, además de no haber podido invertir dicho dinero y obtener una ganancia adicional.

Ahora bien, es oportuno hacer notar que cuando el Ministerio Público, Juez o Magistrado, arraiguen a un indiciado, procesado o testigo, independientemente de repararle los daños y perjuicios económicos ocasionados, deben ser sancionados como lo establecen las legislaciones vigentes.

En efecto, como se verá a continuación las leyes establecen sanciones administrativas, civiles o penales, para los servidores públicos, que en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, incurren en responsabilidad, como sucede al solicitar y decretar el arraigo; por lo que para fincarles responsabilidad, es necesario conocer quiénes tienen ese carácter.

Pues bien, la Carta Magna en su artículo 108, entre otros Servidores Públicos señala a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, funcionarios, empleados y en general toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza, en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal. Aclarando que de acuerdo a su primer párrafo del artículo 110, pueden ser sujetos de juicio político entre otros funcionarios, el Procurador General de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los

Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, los Magistrados y Jueces del fuero común del Distrito Federal. Ahora bien, en caso de que se declare procedente el juicio político, una de sus finalidades es desaforar al funcionario, para que pueda ser procesado penalmente por el delito que se le acuse, pues es evidente que el fuero Constitucional no significa impunidad; en este orden de ideas el Jurista Felipe Tena Ramírez, nos dice:

“La Constitución considera responsables de toda clase de delitos y faltas a los funcionarios públicos, incluyéndolos así en el principio de igualdad ante la ley. No obstante, la Constitución ha querido que durante el tiempo en que desempeñen sus funciones, algunos de esos funcionarios no puedan ser perseguidos por los actos punibles que cometieren, a menos que previamente lo autorice la correspondiente Cámara de la Unión. De este modo el sistema que nos proponemos estudiar no erige la impunidad de los funcionarios, sino sólo su inmunidad durante el tiempo del encargo. Tal inmunidad, por cuanto su destinatario está exento de la jurisdicción común, recibe el nombre de fuero, evocando así antiguos privilegios que tenían determinadas personas para ser juzgadas por tribunales de su clase u no por la justicia común”.³²

En tal virtud, es oportuno saber cuando procede el juicio político en contra de estos funcionarios, así tenemos que el artículo 6º. De la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, nos dice: “Es procedente el juicio político cuando los actos u omisiones de los servidores públicos a que

³² TENA RAMÍREZ, Felipe. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. 36ª. Ed. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2004. pág.559.

se refiere el artículo anterior, redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho".³³

Y el artículo 7º. de dicha ley, dice que: "redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho, fracción III, **las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales**".³⁴

Luego entonces, si los jueces y Magistrados, al autorizar o decretar el arraigo, cometen actos y omisiones que perjudican gravemente las garantías individuales del probable responsable, procesado o testigo; debe concluirse que sí procede el juicio político en contra de dichos servidores públicos.

Es importante señalar, que el procedimiento para el juicio político, se encuentra regulado en los artículos 110 constitucional, y 9 a 24 de la Ley Federal de Responsabilidad de Servidores Públicos, que en esencia establecen, que cualquier ciudadano puede formular la denuncia ante la Cámara de Diputados, que será el órgano instructor y de acusación, aportando pruebas suficientes para presumir la responsabilidad del servidor público, substanciándose el juicio ante dicha cámara, concediéndole al inculpado la garantía de audiencia, para posteriormente denunciar la causa, ante la cámara de senadores, quién se erigirá como jurado de sentencia, la que previo los trámites de ley, resuelva si es responsable o no el servidor público de que se trate. Y en su caso de ser responsable procederá a desaforarlo, aplicándole como sanciones, la destitución del cargo, así como la inhabilitación

³³ Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL. Editorial Sista, S.A. de C.V., pág. 234.

³⁴ Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL. pág. 234.

para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público (4º. Párrafo del artículo 110 Constitucional).

Aclarando, que el Ministerio Público que haya solicitado y ejecutado el arraigo, conjuntamente con sus auxiliares, no pueden ser sujetos de juicio político, por que estos funcionarios, no están comprendidos dentro de los servidores públicos que menciona el artículo 110 Constitucional; sin embargo, pueden ser sancionados administrativamente por la Contraloría Interna de la Procuraduría a la que pertenezcan, de acuerdo a la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos; por establecerlo así el artículo 58, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, que a la letra dice: "La Contraloría Interna de la Procuraduría impondrá sanciones a los servidores públicos de la institución, en los términos previstos por la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, mediante el procedimiento que dicha ley y las demás normas aplicables previenen".³⁵

Tratándose de Jueces o Magistrados que autorizaron o decretaron el arraigo, también se puede proceder en su contra, mediante queja escrita ante el Consejo de la Judicatura del lugar al que pertenezcan dichos funcionarios, indicando de que autoridad se trata, datos del asunto de que del que emana el acto, y aportando todas las pruebas conducentes, además de señalar el nombre del quejoso, su domicilio y firmar su escrito

³⁵ Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. LEGISLACIÓN PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Editorial Sista, S.A. de C.V., pág. 234

de queja, fundándose para ello, en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del lugar de que se trate.

Por ejemplo, si el arraigo ocurrió en el Distrito Federal, debe fundamentar su queja, en los artículos 195, 201 fracciones VI, VII, VIII, 202 fracción III, 210 a 219, y 220 fracciones III, XVIII, XIX de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, a efecto, de que la Comisión de Disciplina Judicial del Consejo de la Judicatura, forme expediente y le pida el informe al servidor público presuntamente responsable, quien deberá rendirlo por escrito, dentro de un término de tres días, aportando las pruebas que estime necesarias. Hecho lo anterior, la referida Comisión dictará sentencia en un término de veintidós días hábiles para la primera instancia, y de treinta días hábiles para la segunda y definitiva, en su caso. Por lo que de resultar culpable, en la sentencia, se debe determinar la sanción correspondiente, que puede ser, desde amonestación, multa de diez a cien días de salario del servidor público, suspensión temporal de cinco días a cinco meses sin goce de sueldo, separación del cargo (artículo 215 fracciones I, a IV de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal).

Para el caso, de que el (os) afectado (s) por el arraigo, pretenda (n) que el Juez o Magistrado que autorizaron o decretaron esta medida cautelar sean sancionados penalmente, y condenados a la reparación de los daños ocasionados; primero debe (n) lograr el desafuero de dichos servidores públicos, mediante el juicio político ya mencionado, a excepción del Ministerio Público y sus auxiliares, que no tienen fuero constitucional; posteriormente se deberá presentar por escrito denuncia o querrela, fundamentándose en la legislación que

corresponda, por ejemplo, si los hechos por los que se decretó el arraigo, y las autoridades responsables son del fuero federal, se deben aplicar, los siguientes artículos del Código Penal Federal, que en esencia señalan:

Artículo 30 fracción II, que establece: la reparación del daño comprende la indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima, y que en los delitos contra la libertad comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos; artículo 30 bis, otorga el derecho al ofendido, o a sus familiares para demandar la reparación del daño; así mismo el artículo 31, nos dice que la reparación del daño será fijada por los Jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, y el artículo 32, establece en su fracción VI, que están obligados a la reparación del daño, el Estado solidariamente por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente, cuando aquéllos fueren culposos; por su parte el artículo 33, coloca la reparación del daño en forma preferente a cualquier adeudo, a excepción de las deudas por alimentos y relaciones laborales; el artículo 34, nos habla de la reparación del daño exigible a un tercero, aclarando, que en este caso tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales.³⁶

En efecto, el derecho para reclamar los daños ocasionados por el arraigo, en materia Federal, se encuentra en

³⁶ Código Penal Federal. LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL. Ed. Sista, S.A. de C.V. México, Distrito Federal, 2004, págs. 9 y 10.

el artículo 30 bis, del Código Penal Federal, que textualmente indica:

“Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1º. El ofendido; 2º. En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento”.³⁷

Independientemente de lo anterior, el ofendido debe precisar los delitos de que fue víctima, que en mi opinión, se configuran los delitos de privación ilegal de la libertad y abuso de autoridad, debiendo precisar nombres, domicilios y cargos que desempeñaban los servidores públicos, en la época que se decretó el arraigo, pero además, debe aportar todas las pruebas necesarias, para demostrar la existencia de los hechos (cuerpo del delito), así como la presunta responsabilidad y en su momento la plena responsabilidad penal, señalando y acreditando en que consistieron los daños y perjuicios ocasionados, así como su cuantificación, a efecto de que el Juez en sentencia, esté en posibilidad de condenarlo (s), tanto a la pena de prisión que le (s) corresponda por los delitos cometidos, y al pago de la reparación de los daños y perjuicios causados.

Por lo que respecta a la acción civil para obtener el pago de daños y perjuicios ocasionados por el arraigo, el interesado debe presentar demanda en la vía ordinaria civil, dentro de los dos años siguientes a la fecha en que haya quedado en libertad, precisando en que consistieron los daños y perjuicios,

³⁷ Código Penal Federal. LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL, Ed. Sista, S.A. de C.V., México, Distrito Federal, 1989. pág. 10.

acompañando a su demanda los documentos fundatorios de su acción, consistentes, en copias certificadas de todas las actuaciones de la averiguación previa o juicio, donde se decretó el arraigo en su contra, y especialmente la resolución que determinó absolverlo del arraigo, y en el momento procesal oportuno, aportar todas las pruebas que tenga, tales como, testimoniales, comprobantes de todos los gastos que erogó, incluyendo los honorarios de sus abogados, y constancias que acrediten las ganancias que dejó de percibir; a efecto de demostrar los daños económicos y morales sufridos, fundándose para ello, en la legislación civil del lugar donde fue arraigado, pues en el caso de que el arraigo haya sido en el Distrito Federal, debe apoyarse en el Código Civil para el Distrito Federal, a la luz de los siguientes artículos, 1910 que establece:

“El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

“Artículo 1913: Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.³⁸

³⁸ Código Civil para el Distrito Federal, *Ob. cit.* pag. 196.

También debe apoyar su reclamo, en el artículo 1915 del mismo ordenamiento, que da la opción al ofendido, de pedir la restitución de las cosas al estado que guardaban antes de la conducta dañosa, y solo cuando ello resulte imposible, se debe proceder a la indemnización consistente en el pago de daños y perjuicios ocasionados.

Ahora bien, en caso de reclamar el pago por daño moral, debe fundarse en el artículo 1916 que contempla una indemnización en dinero cuando se le haya afectado a una persona en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, o cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Bajo este contexto, es de considerarse que la privación de la libertad por el arraigo, es un hecho ilícito, que en términos de los artículos antes indicados, es procedente una sanción administrativa, penal o civil, pudiendo obtener en su caso, la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, dependiendo el tipo de acción que ejercite el agraviado; inclusive ésta obligación se hace extensiva al Estado, como responsabilidad objetiva civil, de acuerdo al artículo 1927 del mismo Código, que en síntesis menciona: "El Estado debe responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos, cuando con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas, incurran en responsabilidad, la cual será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, la cual solo podrá hacerse efectiva, en contra del Estado, cuando el servidor público responsable carezca de

bienes o los que tenga sean insuficientes para responder de los daños y perjuicios ocasionados".³⁹

b) Daños y perjuicios morales

En cuanto a lo que debemos entender por daño moral, su procedencia y cuantificación, nuestra legislación penal es omisa, razón por lo que para este tema, me remito a lo que el Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 1916, que textualmente dice: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo, tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva, conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

³⁹Idem. pág. 197.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Quando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiera tendido la difusión original".⁴⁰

El artículo en comento, es muy claro al establecer lo que debemos entender por daño moral, pues precisamente la persona que es arraigada, se le vulnera ilegítimamente su libertad y su integridad física o psíquica, sufriendo una afectación en sus sentimientos, afectos, creencias, honor, reputación, vida privada y social, al haber sido expuesto a la crítica y desconfianza de su persona, ocasionándole en la mayoría de los casos, problemas con sus familiares y entorno social.

Quando el acto haya tenido difusión en los medios informativos, el afectado debe exigir al Juez que ordene dar publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia de la difusión original; considero que los responsables de estos

⁴⁰ Idem. pág. 197.

arraigos indebidos, que actualmente son Ministerios Públicos, Jueces y Magistrados, están obligados a reparar de esta forma, los daños morales ocasionados al (os) afectado (s), pagándole (s) una indemnización en dinero, más los daños materiales causados; aunado a lo anterior, el artículo en comento, hace extensiva esta obligación al Estado, al señalar que debe responder en forma solidaria por los actos ilícitos dolosos cometidos por sus servidores públicos, y subsidiariamente en los demás casos, cuando el servidor público responsable carezca de bienes, o los que tenga sean insuficientes para responder de los daños y perjuicios ocasionados, pudiendo el Estado repetir contra del servidor público, por lo que hubiere pagado (Artículo 1928 del mismo ordenamiento).

Continuando con el análisis del referido artículo 1916, se observa que establece circunstancias muy generales, para cuantificar el daño moral, tales como tomar en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso; sin embargo, es de hacer notar, que esta forma de regular y cuantificar el daño moral, no es acertada, pues debía de precisar una cantidad determinada para cada caso, verbigracia la tabla de indemnizaciones que por enfermedades y riesgos de trabajo establece la Ley Federal del Trabajo, por ejemplo si la persona que fue arraigada se le ocasionó un daño psicológico, previa la valoración médica, el especialista debe especificar ¿cuál es el daño causado?, para que la autoridad correspondiente esté en posibilidad de encuadrar el daño en la tabla de valores o cantidades previamente establecida.

Es importante puntualizar que el artículo 1916 bis, del ordenamiento en estudio, exime de la reparación del daño moral a quienes ejerzan sus derechos de opinión crítica, expresión e información, con las limitaciones que refiere la Constitución General de la República, también nos aclara que quien demande el daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual, deberá demostrar plenamente la conducta ilícita del demandado y el daño causado.

Ahora bien, por lo que toca al daño moral en el ámbito penal, es muy pobre su regulación, pues nuestros Códigos Penales Federal y para el Distrito Federal, omiten indicar ¡qué debemos entender por daño moral!, su indemnización en dinero y las bases para su cuantificación, la forma de repararse, así como las sanciones que se le deben imponer a las autoridades que no solicitan su reparación, pues únicamente, se refieren a la reparación de los daños y perjuicios que en forma genérica resulten de los delitos que afectan la vida o la integridad corporal, señalando que el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte de aplicar las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo.

Hay que enfatizar, que el agraviado por el arraigo, que pretenda obtener en la vía penal el pago de daños y perjuicios morales ocasionados por el arraigo indebido, forzosamente debe querrellarse o denunciar el delito en que hayan incurrido las autoridades que lo arraigaron, ya que si no denuncia la comisión de algún delito, de acuerdo con lo que hemos visto, no procede penalmente el pago de daños y perjuicios ocasionados.

c).- Daños y perjuicios familiares

Por lo que respecta a este tema, se considera que independientemente, que estos daños y perjuicios pueden encuadrar dentro de los daños morales, por tratarse de la vida privada, del arraigado, pues sentimentalmente y afectivamente causan mucho malestar en su relación familiar, resultando invaluable los daños y perjuicios familiares perpetrados al (s) arraigado (s) indebidamente, lo cual acontece cuando el Ministerio Público y Juez, determinan que no existen elementos para presumir su responsabilidad en los hechos materia de la investigación o proceso, y que por lo tanto, se debe levantar o dejar sin efecto el arraigo decretado.

A manera de ejemplo, podemos pensar que este tipo de daños se pueden dar cuando el arraigado (s), es padre de familia, y que durante el tiempo que estuvo arraigado, cualquiera de sus hijos se haya dedicado a algún vicio, o bien haya dejado de estudiar y superarse, deprimiéndose al ver a su papá privado de su libertad, o bien, porque el papá durante la duración del arraigo, no pudo percatarse, de cuando alguno de sus hijos empezaba a delinquir y andaba en malos pasos, y no tuvo oportunidad de darle consejos, o bien llamarle la atención.

Otro caso puede ser, cuando la esposa aprovechando que el marido está arraigado, y no puede convivir con ella, ni brindarle la atención que toda mujer requiere, llega a tener una relación extramarital, arruinando posiblemente su matrimonio, o cuando por virtud del arraigo no se puede acudir a visitar a algún familiar que se encuentra en agonía, ni tampoco puede acudir al velorio o sepelio de un ser querido, este tipo de daños

y perjuicios familiares que se le ocasionan tanto al arraigado como a su familia, no se encuentran regulados en nuestra legislación, a favor de la persona (s) que ha (n) sido arraigado (s) indebidamente, y mucho menos para que sus familiares puedan reclamar el pago de estos daños, pues las legislaciones civil y penal expresamente no contemplan este tipo de daños.

d).- Daños y perjuicios sociales

No obstante que estos daños forman parte de los daños morales, curiosamente no están regulados en forma expresa por las legislaciones, pues casi son intangibles, ya que pasa desapercibida la repercusión social causada a la persona que ha sufrido indebidamente un arraigo, lo cual es grave, si tomamos en cuenta que desde el momento en que es detenida una persona, y es arraigada por la presunción de haber cometido algún delito, la sociedad empieza a dudar de su buen nombre que ha tenido en sociedad, y aún cuando, posteriormente quede en libertad, por no existir elementos que hagan presumir fundadamente su participación en los hechos, materia de la investigación o del proceso según sea el caso, para la sociedad queda en duda, su responsabilidad o inocencia, siendo expuesto al desprecio y desconfianza de la sociedad, lo cual le resta oportunidades para relacionarse, e inclusive para poder desempeñar algún cargo público, representando a sus vecinos o colectividad, sin embargo estos daños no se encuentran regulados en forma concreta en nuestras legislaciones, por lo que es muy aventurado que judicialmente se obtuviera su pago, ya que los Jueces normalmente son codigueros, y muy pocas veces aplican los principios generales del derecho, y que en estos casos se pueda establecer la cuantía del negocio y

resolver su pago.

4.2 Error o deficiencia del Ministerio Público al solicitar el arraigo y del Juez al autorizarlo o decretarlo.

Se iniciará por señalar, ¿qué debemos entender por error?, pues según el diccionario de derecho procesal penal de Díaz de León, indica: "Error. Concepto equivocado o juicio falso. Acción desacertada o equivocada. Contrario a la verdad.

Bajo este contexto, el mismo diccionario nos dice que cuando un Juez durante la secuela del procedimiento aplica mal la ley procesal, comete un error de procedimiento o in procedendo, pues al respecto textualmente señala: "ERROR DE PROCEDIMIENTO O IN PROCEDENDO. En la doctrina procesal se le conoce tradicionalmente como error in procedendo; es el error que comete el Juez durante la secuela del procedimiento aplicando mal la ley procesal a los actos del proceso, provocando su nulidad. Se trata de un error de procedimiento que afecta la validez formal del proceso.

El órgano jurisdiccional puede incurrir en error en dos aspectos de su labor. Uno de ellos consistente en la desviación o apartamiento de los medios señalados por el derecho procesal para su dirección del juicio. Por error de las partes o por error propio, puede con ese apartamiento disminuir las garantías del contradictorio y privar a las partes de una defensa plena de su derecho. Este error compromete la forma de los actos, su estructura externa, su modo natural de realizarse".⁴¹

⁴¹ DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL Y DE TÉRMINOS USUALES, págs. 797 y 799.

Consecuentemente se tiene, que tanto el Ministerio Público, Juez o Magistrado pueden equivocarse al solicitar una orden de arraigo o decretarlo según sea el caso, por haber apreciado mal los elementos de prueba o convicción con que cuentan, considerando que determinado indiciado (s) o procesado (s) debe (n) ser sujeto (s) de arraigo, o bien pueden cometer el error de interpretar o aplicar mal un precepto de la ley, lo cual se da a nivel de averiguación previa, o bien durante el proceso ante el Juez de la causa, cuando se les está venciendo el término constitucional para definir la situación jurídica del (s) imputado o procesado (s), y les faltan pruebas por recabar o diligencias por practicar, es entonces cuando recurren al arraigo.

Pero además, en algunas ocasiones existe deficiencia por desconocimiento o interpretación de la ley, por parte de las autoridades que piden o decretan el arraigo, ya que es un error que apliquen el arraigo, fundándose en las legislaciones procesales, sin tomar en cuenta que constitucionalmente no está regulado, y que por lo tanto es inconstitucional el arraigo, pues más que errores, son actuaciones dolosas, o abusos de poder, de las citadas autoridades, porque como abogados que son, y previo los cursos de formación Judicial, saben por qué, ésta figura jurídica del arraigo, es inconstitucional a todas luces, amén de que nuestro más alto Tribunal así lo ha sustentado mediante jurisprudencia definida, de lo cual, en el capítulo correspondiente abundaré al respecto, ya que nuestras autoridades por error o dolo siguen aplicando el arraigo en forma indebida e ilegal.

4.3 Ausencia de los elementos del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal del inculpado.

Se empezará por indicar la definición del cuerpo del delito, al respecto el Jurista Gustavo Malo Camacho, nos dice: "Cuerpo del Delito es la descripción de la conducta prevista por la norma jurídico penal, dentro del ámbito situacional, en que aparece regulado en la ley para la salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad social, misma que aparecen protegidos, en los términos del contenido preceptivo, o prohibitivo contenido en la misma ley".⁴²

Así mismo, se señala ¿qué debemos entender por responsabilidad penal?, por lo que al respecto manifiesto, que es el deber jurídico que le recae a una persona o personas, por haber cometido un delito, mediante una acción u omisión tipificada en la ley penal, de lo que debemos entender, que en el caso de que el Ministerio Público o Juez, hayan solicitado o decretado un arraigo en contra de cualquier persona, y tengan que dejar sin efecto dicha medida cautelar, por no encontrarla probable ni plenamente responsable, decretando un no ejercicio de la acción penal o una sentencia absolutoria, están obligados a repararle los daños y perjuicios que le (s) haya (n) ocasionado, tal y como se precisó en líneas anteriores.

4.4 Regulación de daños y perjuicios ocasionados por el arraigo.

Como se señaló con anterioridad, las legislaciones civil y penal son muy deficientes, en cuanto a la regulación y cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados a la

⁴² MALO CAMACHO Gustavo. DERECHO PENAL MEXICANO. 4ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 2001. pág. 295.

persona que estuvo arraigada indebidamente, por lo que a efecto de poder obtener el pago de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados a la (s) persona (s) arraigada (s), y con la finalidad de hacer una crítica constructiva, a continuación se señalan algunos preceptos legales que se ocupan de este tema, haciendo notar las omisiones e imprecisiones, y agregando posibles soluciones o sugerencias; Así se tiene que el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Por su parte el artículo 1913 del citado Código refiere, que cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima".⁴³

Así mismo, el artículo 1916 del citado cuerpo de leyes, al respecto, en síntesis estatuye, que cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, indicando, que igual responsabilidad tendrá de reparar los daños y perjuicios ocasionados, quien incurra en responsabilidad objetiva, conforme al artículo 1913,

⁴³ *Ibidem.* pág. 153.

así como el Estado y sus servidores públicos, de acuerdo a los artículos 1927 y 1928 del citado Código.

No obstante, que estos preceptos contemplan la obligación que tiene el responsable de reparar los daños materiales y morales causados, por actuar ilícitamente, o aunque no haya obrado ilegalmente (responsabilidad objetiva), sin embargo, son deficientes respecto a la cuantificación de dichos daños y perjuicios, pues el referido artículo 1916, no determina ninguna cantidad líquida, que, de acuerdo al daño ocasionado se deba pagar, pues únicamente refiere cuestiones genéricas, al señalar, que el monto de la indemnización lo determinará el juez, tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Ahora bien, lo ideal sería que de acuerdo al daño y perjuicio ocasionado, estos preceptos contemplaran, una cantidad determinada para su reparación, verbigracia, la tabla de indemnizaciones que por enfermedades y riesgos de trabajo establece la Ley Federal del trabajo (artículos 472 a 514), por ejemplo, si la persona que fue arraigada se le ocasionó un daño psicológico, previa la valoración médica, el especialista debe especificar, cual fue la lesión o enfermedad causada, para que de acuerdo a la tabla de valores previamente establecida, se le indemnice.

Por otro lado, el artículo 1916 en comento, establece que cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará, a

petición del ofendido y con cargo al responsable, que publique un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes, agregando que en los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiera tendido la difusión original; ésta última forma de resarcir el daño moral, es muy acertada, sin embargo, se sugiere que este precepto indique que la publicación deberá hacerse en los mismos medios de comunicación, durante cinco ocasiones, con intervalos de dos días, en el lugar donde se llevó a cabo el arraigo.

Por último, es importante hacer notar que la acción civil para reclamar el pago de los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados, prescriben en dos años contados a partir del día en que se hayan causado, de acuerdo al artículo 1934 del Código en cita, que a la letra dice: "La acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño".⁴⁴

A manera de ejemplo señalo, que el ofendido o cualquiera de las personas legitimadas con arreglo a la ley, que pretendan reclamar en la vía civil, el pago de daños y perjuicios ocasionados por el arraigo, deben demandar en un juicio ordinario civil, ante un Juez del fuero común o federal, dependiendo del tipo de autoridades que intervinieron en el arraigo, y los hechos que lo motivaron, precisando los cargos

⁴⁴ *Ibidem*. págs. 155 y 156.

que desempeñaban, sus nombres completos, domicilios, cuantificando los daños y perjuicios sufridos, así como los gastos y costas de este juicio, estableciendo con toda claridad, ¿en qué consisten estos daños y perjuicios! anexando a su demanda todos los documentos base de la acción, tales como, las copias certificadas de la averiguación previa o proceso que dió origen al arraigo, incluyendo la resolución que lo dejó sin efecto, así como los comprobantes de todos los gastos erogados por dicha privación de la libertad, mencionando en los hechos de su demanda, los nombres completos de sus testigos incluyendo sus domicilios, y en caso de que la persona arraigada trabaje por su cuenta, y no tenga comprobante de ingresos, debe calcular y exhibir un promedio mensual de sus ingresos, y en su momento procesal oportuno, aportar y desahogar la prueba testimonial o cualquier otra prueba para corroborar su dicho.

Por ejemplo, si se trata de un taxista, además de presentar la cuantificación de sus ingresos, debe aportar por lo menos dos testimoniales de taxistas de su misma categoría, para acreditar la percepción diaria o mensual promedio, y con base en la cantidad resultante, cuantificar los intereses bancarios o legales dejados de percibir, ofreciendo para ello una prueba en materia de contabilidad, a efecto de que queden debidamente cuantificados, tanto los daños como los perjuicios ocasionados.

En tal virtud, debe sustentar su reclamo en la legislación aplicable, de acuerdo al lugar de los hechos, y tipo de servidores públicos que lo arraigaron, verbigracia, si esto ocurrió en el Distrito Federal, debe fundar el fondo de la litis, en los preceptos 1916, 1917, 1927, 1934, 2108, 2109, 2110 y

demás relativos y aplicables del Código Civil para el Distrito Federal, sustentando el procedimiento, en los artículos 255, a 262, 264, 266 a 272-G, 273 a 284-Bis. 285 a 301, 308 a 375, 379 a 400, 402 a 405, 422, 426 a 429 y demás relativos y aplicables del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En cuanto a las deficiencias que existen en la legislación penal en comento, respecto del pago de daños y perjuicios ocasionados, nos percatamos que se deja al arbitrio judicial su resarcimiento, pues el artículo 31 del Código Penal Federal, en lo conducente señala: "La reparación será fijada por los Jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso".⁴⁵

Lo cual me parece incorrecto, pues este artículo no establece ningún parámetro concreto, o cantidad específica que deba tomar en cuenta, para que en forma congruente y precisa condene a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, pues es de considerarse que debe existir un precepto legal, que en forma precisa determine la cantidad que corresponda a cada daño y perjuicio ocasionado, o por lo menos indicar, que la cantidad por este concepto, se debe fijar con base en los dictámenes periciales necesarios, facultando al juzgador para mandarlos practicar oficiosamente, para estar en condiciones de resolver conforme a derecho.

Del análisis realizado en líneas anteriores, se arriba a la conclusión, de que el arraigado tiene la opción legal, de lograr el pago de daños y perjuicios en sus diversas modalidades,

⁴⁵ Código Penal Federal. *Ob. cit.* pág. 10.

mediante una acción civil o penal, independientemente de lograr que los funcionarios responsables de dicha medida cautelar, sean sancionados administrativamente y penalmente, como ha quedado puntualizado.

CAPITULO QUINTO

CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS Y DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, RESPECTO DE LA LEGALIDAD DEL ARRAIGO.

5.1 Constitucionalidad

Es imprescindible conocer primeramente ¿de dónde proviene la palabra Constitución?, dejando asentando su concepto, pues al respecto el Diccionario Jurídico Mexicano nos dice que la palabra Constitución proviene: "(Del latín constitutio-onis), forma o sistema de gobierno que tiene cada estado; ley fundamental de la organización de un Estado.) Ahora bien, el citado diccionario nos dice que por Constitucionalidad deberá entenderse ante todo el precepto al que se le hace referencia. Pero además el jurista intérprete o ejecutor del derecho puede captar la idealidad que anima el denominado espíritu de una Constitución".⁴⁶

En razón de lo anterior se debe entender, que la Constitución es la ley suprema o fundamental dentro de una sociedad o nación, la cual establece los derechos y obligaciones de sus ciudadanos, delimitando la organización, distribución y competencias de las Instituciones Públicas o autoridades, señalando sus facultades, atribuciones, límites y responsabilidades en que incurran en el ejercicio de sus funciones.

⁴⁶ Diccionario Jurídico Mexicano. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. 7ª. Ed. edit. Porrúa, México, 2004, págs. 790 y 791.

5.2 Inconstitucionalidad

El maestro Ignacio Burgoa Orihuela, nos dice que la Inconstitucionalidad es: "Palabra compuesta del prefijo negativo o privativo in y del sustantivo constitucionalidad. Denota, por ende, lo que no es conforme a la Constitución. La inconstitucionalidad puede ostentarse como la inticonstitucionalidad cuando se trata de leyes o actos de autoridad abiertamente opuestos a dicho ordenamiento supremo, es decir, que adolezcan de dicho vicio por modo indudable, manifiesto y notorio".⁴⁷

5.3 Anticonstitucionalidad

El diccionario de Derecho Procesal Penal nos dice, que la palabra anticonstitucional es: "Contrario a la Constitución. Alude a leyes, actos o disposiciones que contradicen el espíritu o la letra de la Carta Magna o ley fundamental del Estado. En México, el Amparo es el medio de control de constitucionalidad con que se preserva la vigencia del principio de supremacía constitucional".⁴⁸

Una vez que ha quedado asentado, lo que debemos entender por Constitucional, Inconstitucional y Anticonstitucional, es preciso conocer el tratamiento que le han dado a la figura del arraigo domiciliario en materia penal, los Juzgados, Tribunales Unitarios, Colegiados, y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esta última al resolver la contradicción 3/99, y establecer en forma definitiva mediante tesis de

⁴⁷ BURGOA ORIHUELA Ignacio. DICCIONARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL GARANTÍAS Y AMPARO, 4º. Ed. Editorial Porrúa, México, 1996. pág. 234.

⁴⁸ DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio. Ob. cit. pág. 141.

Jurisprudencia 78/99, que la orden de arraigo si viola la libertad personal, por lo que se señalan los siguientes casos de contradicción:

Así se tiene, que el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, el 10 de noviembre de 1998 al resolver el recurso de queja 88/98, interpuesto por Francisco García González, derivado del juicio de garantías que solicitó ante el Tercer Tribunal Unitario del Primer Circuito, contra la orden de arraigo dictada por el Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Primer Circuito y otras autoridades, determinó que la orden de arraigo domiciliario si afecta la libertad personal.

Ahora bien, es importante conocer lo que expresó el recurrente en esta queja, pues en esencia señaló: Que el arraigo domiciliario atenta contra la garantía consagrada en el artículo 11 constitucional, referente a la libre circulación de toda persona, en virtud de que limita su libertad personal, que el arraigo es un acto prohibido por los artículos 14 y 16 constitucionales, ya que estos artículos señalan que los únicos casos bajo los cuales se puede restringir su libertad a una persona, son:

Mediante orden de aprehensión decretada por juez competente, o por ser sorprendido en delito flagrante, o en caso urgente, o por alguna infracción administrativa que amerite arresto; que el auto que combate le causa agravios, porque la suspensión provisional, por naturaleza tiende a preservar la materia del juicio de amparo, dejando las cosas en el estado que guardan al momento de solicitarse la protección constitucional, y de no concedérsele la suspensión provisional y ejecutarse el

acto reclamado, contraría el espíritu que rige el juicio de amparo, porque dejaría de existir la litis constitucional al vencer el término del arraigo sin que el amparo se haya resuelto, contrariando así, lo que establece el artículo 124 de Ley de Amparo, agrega, que el arraigo limita notoriamente la libertad personal de un individuo, pues lo constriñe a estar en un lugar determinado bajo la vigilancia de la autoridad solicitante, pero que además, los jueces de amparo pueden tomar las medidas pertinentes para asegurar al quejoso, con el fin de estudiar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado, señalando que de una correcta interpretación de los artículos 124, 130 y 136 de la Ley de Amparo, procede revocar el auto y concederle la suspensión provisional a efecto de que no se vea privado de su libertad personal, pues con la suspensión provisional no se sigue perjuicio al interés social ni se contravienen disposiciones de orden público, y que de no concedérsele se le causarían daños de difícil reparación.⁴⁹

Ahora bien, el auto recurrido en el amparo dictado por la Magistrada del Tercer Tribunal Unitario del Primer Circuito, en lo que aquí interesa, proveyó: "Que con apoyo en el artículo 124 de la Ley de Amparo, no ha lugar a otorgar la suspensión provisional del acto reclamado, en virtud de que la orden de arraigo no afecta la libertad personal propiamente dicha, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario. Es aplicable a lo anterior la tesis I. 1º.P. 31P, visible a fojas 652 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo VI, septiembre de 1997, que a la

⁴⁹ Revista Mensual de Jurisprudencia Civil – Penal. No.27 -, Editorial Publicaciones Especializadas Mexicanas, S.A. de C.V., Celaya Guanajuato, Marzo 2000, pág. 18.

letra dice: ARRAIGO, ORDEN DE. NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL. (la transcribe).⁵⁰

En efecto, el Tribunal Colegiado en comento al resolver la queja, consideró parcialmente fundados los agravios señalados, pues indicó: "Que el arraigo afecta la libertad personal y no solamente la libertad de tránsito, en virtud de que obliga al quejoso a residir en un determinado inmueble sin que pueda salir de allí, impidiéndole trasladarse a otro punto geográfico del territorio nacional o del extranjero, con lo que se afecta su libertad de tránsito, en tales condiciones y con fundamento en los artículos 133 y 136 de la ley de amparo procedé concederle la suspensión provisional, fijándose las medidas necesarias para salvaguardar los objetivos propios de la investigación de delitos y la continuación del procedimiento penal, aspecto en que la sociedad está interesada, ordenando que para que surta efectos la suspensión provisional, deberá presentarse a firmar los días lunes de cada semana o al día siguiente hábil si aquel no lo fuera, en el libro de registro de quejosos del Tribunal Unitario de Amparo, agregando que si el delito que se le imputa es de los considerados como graves, en términos del artículo 194 párrafo final del Código Federal de Procedimientos Penales, la suspensión concedida solo surtirá el efecto de que el quejoso quede en el lugar en el que se designe y por el término en que se conceda, a disposición de la autoridad investigadora que lo solicitó en virtud de la averiguación previa que se integra en su contra y a disposición del Juez de Amparo, por cuanto a la continuación del juicio de garantías.

⁵⁰ Revista Mensual de Jurisprudencia. Civil - Penal. pág. 18.

La ejecutoria de mérito dio origen a la tesis consultable en la página 828, del tomo IX, correspondiente al mes de enero de 1999, de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, que dice:

ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRÁNSITO. La orden de arraigo no sólo afecta la libertad de tránsito sino también la personal, por lo que en términos de los artículos 133 y 136 de la Ley de Amparo, procede la concesión de la suspensión provisional respecto de actos de esa naturaleza, pues al concederse esa medida, se obliga a la parte quejosa a permanecer durante el tiempo que se le fije en un determinado inmueble, sin que pueda salir de éste.⁵¹

A continuación se señala otro caso resuelto en el mismo sentido, es decir, declarando que la orden de arraigo afecta la libertad personal, lo cual ocurrió, cuando el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, resolvió el 13 de febrero de 1998, el recurso de queja No.19/98, promovido por Jesús Miyazawa Álvarez, combatiendo el auto que le negó la suspensión provisional, contra la orden de arraigo domiciliario, dentro del juicio de garantías tramitado ante el Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Morelos.

Así se tiene que el quejoso en lo substancial expresó: Inobservancia e inaplicabilidad al contenido del artículo 124 fracción II de La Ley de Amparo, porque contrario a lo que sostuvo el Juez de Amparo con la suspensión provisional, no se contravienen disposiciones de orden público e interés social,

⁵¹ Revista Mensual de Jurisprudencia. Ob. cit. págs. 18 y 19.

que el arraigo domiciliario decretado en su contra, tiene su origen en la averiguación previa 061/90 y que las autoridades, tanto ordenadoras como ejecutoras fundamentaron su petición de arraigo en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, y que esta Ley no le concede la garantía de audiencia y defensa que consagra nuestra constitución política, por lo que se le causa un acto de molestia y que atenta contra sus garantías individuales pues se le pretende privar de su libertad personal fuera de procedimiento judicial, lo cual está prohibido por el artículo 22 de la Ley fundamental en relación con el artículo 17 de la Ley de Amparo, por lo que el Juez de Distrito oficiosamente debió haberle concedido la suspensión provisional, con fundamento en la fracción II del artículo 123 de la Ley de Amparo, y que el Juez Federal equivocadamente fundó su resolución en el artículo 133 bis. Que desde luego no es aplicable al presente caso, pues este artículo le da al Ministerio Público la facultad de practicar diligencias tales como el arraigo y con ello buscar la posible responsabilidad de quienes hubiesen intervenido en la comisión delictiva, pero que en especie se trata de la Ley contra la Delincuencia Organizada, que independientemente de ser inconstitucional no concede al quejoso la garantía de audiencia y defensa a que tiene derecho todo gobernado y que el juez de Amparo no hizo una interpretación hermenéutica de los artículos 123 fracción II y 124 de la Ley de Amparo.⁵²

El A quo por su parte, en el auto recurrido en lo sustancial señaló: Se niega la suspensión provisional en contra del acto que reclama, consistente en la orden de arraigo domiciliario, toda vez que, de concederse se contravendrían

⁵² Ibidem, págs. 20 y 21.

disposiciones de orden público e interés social, como lo estatuye la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo. Lo anterior es así, en virtud de la naturaleza jurídica del acto reclamado, según se advierte tiene su origen en la integración de la averiguación previa a que se refiere el quejoso, lo cual permite concluir que el acto reclamado forma parte de las diligencias que estimó necesarias la representación social, para la adecuada integración de una averiguación previa, pues dentro de las actividades que desempeña el Ministerio Público con objeto de investigar los hechos posiblemente delictuosos que lleguen a su conocimiento, previo los requisitos de procedibilidad, para lo cual, requiere llevar a cabo diligencias, tales como asegurar los objetos e instrumentos del delito, las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración, así como también el arraigo, y con ello, buscar la posible responsabilidad de quienes hubiesen intervenido en su comisión.

Agregando que, de acuerdo al artículo 124 fracción II de la Ley de Amparo, no es procedente conceder la suspensión provisional porque se contravendrían disposiciones de orden público e interés social, ya que no debe prevalecer el interés particular del quejoso sobre el interés social, pues la sociedad está interesada en el esclarecimiento de conductas o hechos posiblemente delictuosos, y que para la responsable no pasa desapercibido, que el quejoso señaló, que la orden de arraigo que reclama tiene como finalidad privarlo de su libertad fuera de procedimiento judicial, lo cual está prohibido por el artículo 22 constitucional y 17 de la Ley de Amparo, lo cual, a criterio de la responsable es inatendible, al señalar que por la naturaleza del acto, el mismo no afecta la libertad personal del quejoso, e invoca el siguiente criterio sostenido por el Primer Tribunal

Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, que dice:

ARRAIGO, ORDEN DE. NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.- La orden jurisdiccional de arraigo que contempla el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no afecta la libertad personal propiamente dicha, a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulada por el artículo 11 de la Constitución General de la República. (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VI, septiembre de 1997. La Tesis I. 1º. P.31P página 652).⁵³

El Tribunal Colegiado en comento, al resolver la queja señaló: Que parcialmente eran procedentes los agravios expresados por el quejoso, en virtud de que el Juez de Distrito aplicó indebidamente la Jurisprudencia sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, mediante la que sostuvo que la orden de arraigo no afecta la libertad personal, transcrita con anterioridad, y esto fue así, porque el Juez de Amparo invocó el artículo 136 bis Del Código Federal de Procedimientos Penales, cuando dentro de dicho cuerpo de leyes este precepto no existe, ya que el que existe es el 136, sin el bis mismo que habla del ejercicio de la acción penal, pero que independientemente de esto, el arraigo reclamado, tiene su fundamento en la Ley para la Delincuencia Organizada, y que si ésta no da derecho a la garantía de audiencia, como lo señaló el quejoso, ello es materia que atañe al fondo del asunto, sin embargo, por tratarse de una orden de arraigo que restringe la libertad personal fuera de juicio, procede conceder la suspensión provisional, en términos de los

⁵³ Revista Mensual de Jurisprudencia. *Ibidem*. pág. 20.

artículos 130 en sus dos últimos párrafos y 136 de la Ley de Amparo.

Señalando el primer artículo mencionado, que cuando hubiere peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado, tratándose de la libertad personal fuera de juicio con notorios perjuicios para el quejoso, procede que el Juez de Distrito conceda la suspensión provisional, estableciendo el segundo artículo mencionado, que el Juez de Amparo debe tomar las medidas necesarias para el aseguramiento del quejoso, indicando que por lo que hace a su libertad personal, éste debe quedar a disposición del Juez Federal, y en cuanto a la orden de arraigo, éste debe quedar disposición de la autoridad judicial que autorizó dicha orden, bajo las modalidades y condiciones que le señale, indicando que esto lo hace, equilibrando el interés particular del quejoso, y el interés social, pues señala, que el juzgador en cada caso debe estudiar objetivamente las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de una comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social, a modo de evitar que con la suspensión se causen perjuicios mayores que los que se pretende evitar con esta institución, por lo que al ser infundados en parte y fundados en otra, los agravios hechos valer por el recurrente, lo procedente es declarar fundado el recurso de queja, de manera que el Juez a quo, deberá proveer nuevamente sobre la suspensión en los términos precisados por esta resolución.⁵⁴

A continuación se hace referencia, al primer asunto que dio origen a la tesis de Jurisprudencia mencionada en líneas anteriores, establecida por el Primer Tribunal Colegiado en

⁵⁴ *Ibidem*. págs. 21, 22 y 23.

Materia Penal del Primer Circuito, en el sentido de que la orden de arraigo no afecta la libertad personal; lo cual sostuvo al resolver el recurso de queja 33/97, promovido por Víctor Manuel Salazar Huerta, contra el auto que le negó la suspensión provisional de la orden de arraigo, dentro del juicio de Amparo 432/97, tramitado ante el Juzgado Segundo de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal, promovido contra la orden de arraigo decretada en su contra y el cumplimiento que pretendían dar a dicha orden, el Juez Noveno Penal del Distrito Federal y otras autoridades.

El recurrente en la queja, en esencia expresó los siguientes agravios: Que la orden de arraigo no se ha ejecutado físicamente, y por lo tanto de conformidad con el artículo 130 de la Ley de Amparo, se le debió conceder la suspensión provisional, para que las cosas se mantuvieran en el estado en que se encuentran, que de concederse la suspensión provisional no se sigue perjuicio al interés social.⁵⁵

El auto combatido, en lo que aquí interesa dice: Se niega al quejoso la suspensión provisional del acto reclamado, consistente en el arraigo, ya que en el caso de concedérsela, se darían efectos restitutorios al arraigo domiciliario decretado en su contra, quedando sin materia el juicio de amparo, de donde deriva este incidente; además, que la finalidad del arraigo, es que el indiciado arraigado no se ausente de cierto lugar, mientras se integra la averiguación previa de que se trate, pues de concederse la suspensión provisional, se propiciaría que el indiciado quedara fuera de la vigilancia del Ministerio Público y

⁵⁵ *Ibidem.* pág. 24.

sus auxiliares, lo que es contrario al orden público.⁵⁶

Por su parte, el Tribunal Colegiado resolutor de la queja, en esencia determinó: "Son infundados los agravios que hace valer el recurrente, pues el Juez de amparo en forma correcta le negó la suspensión provisional del acto reclamado, consistente en la orden de arraigo, que de conformidad con el artículo 133 bis. del Código Federal de Procedimientos Penales, la finalidad de la orden de arraigo es permitir al Ministerio Público la debida integración de la averiguación previa, ya que la suspensión entrañaría contravención a las disposiciones de orden público, por lo que con apego en lo dispuesto por los artículos 130 y 124 de la ley de amparo, el Juez de Distrito actuó con acierto al negar la suspensión solicitada; a mayor abundamiento refiere que una orden de arraigo no afecta la libertad personal propiamente dicha, a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulada por el artículo 11 de la Constitución General de la República. Por tal razón dicho Colegiado declaró infundado el recurso de queja y confirmó el auto recurrido".⁵⁷

En este mismo sentido, el referido Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, resolvió cuatro quejas más, siendo las números 61/98, 73/98, 85/98, 89/98, con las cuales acumuló cinco ejecutorias, sosteniendo que la orden de arraigo no afecta la libertad personal, integrando la jurisprudencia publicada en la página seiscientos diez, Tomo IX, correspondiente al mes de enero de mil novecientos noventa y nueve, de la novena época del Semanario Judicial de la

⁵⁶ *Ibidem.* págs. 24 y 25.

⁵⁷ *Ibidem.* pág. 25.

Federación y su gaceta, que dice: "ARRAIGO, ORDEN DE. NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.- La orden jurisdiccional de arraigo que contempla el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no afecta la libertad personal propiamente dicha, a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulada por el artículo 11 de la Constitución General de la República".⁵⁸

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de criterios de los Tribunales Colegiados antes indicados, señaló que el Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, se pronunció respecto de una orden de arraigo diversa a las contradicciones de los Tribunales Colegiados del Primer Circuito, pues la orden de arraigo que estos Tribunales Colegiados, estaba fundada en el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, disposición que previene que la orden de arraigo se lleve a cabo en el lugar que indique el Ministerio Público, de acuerdo a la forma y con los medios de realización que éste señale en su solicitud, la cual, es diferente a la prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que simplemente regula una orden de arraigo domiciliario.

Bajo esta tesitura, la Primera Sala de nuestro más alto Tribunal, consideró que la única contradicción de los criterios sostenidos por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en materia Penal del Primer Circuito, era determinar si la orden de arraigo domiciliario decretada en términos de lo dispuesto por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales,

⁵⁸ *Ibidem.* pág. 34.

constituye un acto restrictivo de la libertad personal y en consecuencia, dilucidar si es un acto susceptible de suspensión de acuerdo a los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, sin que exista contradicción respecto a los requisitos y efectos a que debe sujetarse la medida suspensiva, en caso de concederse.

Así mismo nos explica, que éstas contradicciones se refirieron al artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes de su reforma del 8 de febrero de 1999, que entró en vigor al día siguiente, pues textualmente establecía: "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 éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, no pudiendo exceder de 30 días, prorrogables por igual término a petición del Ministerio Público. El Juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o levantamiento del arraigo".⁵⁹

Mismo precepto, que reformado establece: "La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal,

⁵⁹ *Ibidem.* pág. 41

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

En este orden de ideas, dicha sala del conocimiento, en lo substancial señaló: Que la reforma del precepto en comento, no cambia la naturaleza jurídica de la orden de arraigo, además de que para el caso en estudio, no interesan los efectos y requisitos que para su procedencia deban cumplirse, ya que únicamente se trata de dilucidar si dicha orden constituye o no un acto restrictivo de la libertad personal, susceptible de suspenderse en términos de los artículo 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo.

En esa virtud, la Sala de referencia concluyó que la orden de arraigo al generar una obligación de permanecer en un domicilio, constituye una imposición que afecta la libertad personal del agraviado, ya que mediante ella se le aplica el deber de ubicarse el mismo bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, de tal forma que no debe abandonarlo ni salir de él, es decir, aún cuando se encuentre en

⁶⁰ *Ibidem*. Pag. 41.

su domicilio, con todas las comodidades posibles, con los medios que estén a su alcance, tales como alimentarse, distraerse, descansar, etcétera, la libertad personal del individuo se altera porque no puede salir del inmueble a realizar sus actividades cotidianas, las que desee o tenga obligación de desarrollar fuera del mismo, como bien pudieran ser laborales, de vigilancia y supervisión de sus propiedades o riqueza, de recreo, salud, etcétera, esto es, a diferencia de la generalidad de las personas, al indiciado se le impone la obligación de ubicarse en un inmueble.⁶¹

En razón de lo expuesto y fundado por la Sala del conocimiento, **resolvió la contradicción en comento, estableciendo en forma definitiva el siguiente criterio jurisprudencial de rubro:**

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

⁶¹ *Ibidem*, págs. 41.

136 y demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma ley".⁶²

5.4 Violación de garantías Individuales.

Es de vital importancia señalar, que las garantías individuales son los derechos humanos fundamentales, reconocidos y garantizados por la constitución o ley suprema de un país, teniendo su antecedente protector universal en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia. Ahora bien, en nuestro país estos derechos humanos y garantías individuales, se encuentran protegidos por nuestra Constitución Política, en forma prioritaria, en sus primeros 29 artículos, por estar consideradas como los valores humanos, más preciados que tiene toda persona en territorio mexicano, es por ello, que estas garantías participan del principio de supremacía Constitucional, en esa virtud todas las autoridades mexicanas están obligadas a observarlas y respetarlas en forma preferente ante cualquier disposición ordinaria, sean códigos, reglamentos o circulares, es por ello, que si nuestra carta magna no contempla expresamente el arraigo domiciliario de personas, resulta violatorio de garantías individuales que las legislaciones penales de nuestro país, siendo leyes secundarias, impongan y regulen el arraigo domiciliario de personas, contraviniendo a todas luces nuestra ley suprema.

⁶² *Ibidem.* págs. 41, 42 y 43.

5.5 Principio de exacta aplicación de la ley.

Este principio o garantía constitucional, está establecido en el párrafo tercero del artículo 14 de nuestra Carta Magna, que textualmente dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".⁶³

Esta garantía de legalidad es esencial en el enjuiciamiento penal, pues se le conoce tradicionalmente por el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine iudicio*, lo que significa, que no puede haber pena sin una ley exactamente aplicable al caso de que se trate, esta garantía constitucional se considera que debe ser respetada por todo tipo de autoridades, sin importar su rango, las circunstancias del caso, o la clase de personas involucradas, sin embargo los Ministerios Públicos, Jueces y Magistrados, al solicitar o aplicar el arraigo domiciliario, no respetan esta garantía, pues bien saben, que nuestra Constitución Política, expresamente no regula dicha medida cautelar, sólo se encuentra establecida en los Códigos de Procedimientos Penales y en la ley Federal para la Delincuencia Organizada.

Por tal razón su aplicación resulta inexacta y por ende inconstitucional, sin embargo, dichas autoridades en forma reiterada fundamentan y motivan su solicitud y aplicación del

⁶³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ob. cit. pág.15.

arraigo en materia penal, en el artículo 11 constitucional, argumentando que éste artículo los faculta para coartar la libertad de tránsito del probable responsable (s) o procesado (s), en los casos de responsabilidad criminal, lo cual en mi opinión es infundado, e inexacto, toda vez, que el citado precepto expresamente no contempla que durante la averiguación previa o proceso, proceda el arraigo de dichas personas, coartándoles su libertad de tránsito, y menos aún, que se les impida salir de su domicilio, o que se les arraigue en casas de seguridad, hoteles u otros lugares, privándolo de realizar sus actividades cotidianas; Por lo que para una mejor comprensión de esta ilegalidad, a continuación se transcribe textualmente el referido artículo 11 constitucional: "Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país".⁶⁴

De lo anterior se colige, que al fundamentar el arraigo domiciliario en el artículo 11 constitucional, se está aplicando en forma inexacta nuestra Ley Suprema.

⁶⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Op. cit. pág.14.

5.6 Penas Prohibidas por nuestra Constitución.

El artículo 22 de nuestra Carta Magna en lo substancial establece: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales..., queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiaro, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar".⁶⁵

Como podemos apreciar, el citado precepto constitucional prohíbe las penas inusitadas y trascendentales, precisando cuales son y en qué consisten, sin embargo las autoridades que aplican el arraigo, violentan flagrantemente esta garantía constitucional, primero, porque al decretar el arraigo, están aplicando un tormento al arraigado, pero además lo están marcando como delincuente ante la sociedad, aplicándole anticipadamente penas inusitadas y trascendentales, cuando ni siquiera ha sido juzgado previamente con las formalidades de ley; lo cual en mi opinión, es grave y aberrante que esto suceda, con el argumento insólito de evitar que el probable responsable o procesado evada la acción de injusticia, ya que el espíritu de nuestra Carta Magna en este artículo, es prohibir penas que dañen física y mentalmente a las personas, lo cual los Ministerios Públicos, Jueces y Magistrados pasan por alto.

⁶⁵ Ibidem. pág. 23.

5.7 Propuesta para derogar los artículos 215, 270 bis 271 sexto párrafo, fracciones VI, VII y 301 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En efecto, se considera que estos preceptos deben desaparecer de dicho cuerpo legal, por las siguientes razones:

El artículo 215 contempla el arraigo de testigos en la etapa indagatoria, o proceso ante el Juez, cuando el testigo pretenda ausentarse, lo cual se hará cuando una de las partes interesadas lo solicite al Juez, agregando, que si el arraigo se decreta indebidamente, el afectado tendrá derecho a que se le paguen los daños y perjuicios ocasionados.

Ahora bien, se estima que este precepto vulnera las garantías individuales, porque conforme al artículo 14 constitucional, a nadie se le puede privar de su libertad, pues a mayor abundamiento, el artículo 11 de nuestra Ley Suprema nos da el derecho de transitar y desplazarnos libremente, por todo el territorio nacional, y mientras estos artículos constitucionales, no autoricen expresamente el arraigo, las leyes secundarias no deben coartar este derecho.

Por su parte el artículo 270 bis, se refiere al arraigo del indiciado durante la averiguación previa, señalando, que tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del indiciado, el Ministerio Público fundando y motivando su petición podrá pedir al Juez el arraigo del indiciado, y el Juez oyendo al indiciado resolverá la procedencia del arraigo, indicando que el arraigo no debe exceder de treinta días, prorrogables por otros treinta,

agregando que para el levantamiento del arraigo, el Juez escuchará al Ministerio Público y al arraigado.

Este artículo es violatorio de garantías individuales, porque al autorizar que en la fase de averiguación previa, se arraigue a una persona hasta por sesenta días, está contraviniendo lo dispuesto por el artículo 16 constitucional, que en lo conducente señala: "Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal".⁶⁶

Por su parte el artículo 271 sexto párrafo, fracciones VI y VII, se refiere a otra clase de arraigo en la fase de averiguación previa, aparentemente a favor del indiciado para que pueda obtener su libertad, sin necesidad de dar caución, tratándose de delitos cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión (delitos no graves), sin embargo, en la practica rara vez el probable responsable se llega a conseguir este beneficio, debido a tantos requisitos que la ley exige y lo difícil de conseguirlos en poco tiempo, por lo que en la practica el detenido prefiere dar caución para obtener su libertad.

Otra de las causas, por las cuales se considera que debe desaparecer este tipo de arraigo, es el hecho de su vigencia, pues según la fracción VII del artículo en comento, el arraigo no puede prolongarse por más de tres días, pues dice que fenecido

⁶⁶ *Ibidem.* pág. 16.

este término, el indicado podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de que el Ministerio Público, dado el caso, consigne la averiguación y solicite la orden correspondiente; de lo que se aprecia, que pasado los tres días de estar arraigado, hay riesgo fundado de que vuelva a ser privado de su libertad, el probable responsable, entonces ¿en donde queda el beneficio del arraigo?

El artículo 301 del Código en estudio, se refiere al **arraigo durante el proceso**, al señalar textualmente: "Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez fundada y motivadamente **o éste disponer de oficio**, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del término en que deba resolverse el proceso".⁶⁷

Como se puede apreciar, este artículo se refiere al arraigo de la (s) persona (s) procesada (s), cuando exista el riesgo de que se sustraiga (n) a la acción de la justicia, no obstante que por la minoría de la pena aplicable, esté gozando de su libertad; sin embargo, se le debe arraigar; lo cual me parece inconstitucional, pues contraviene lo preceptuado por el artículo 19 constitucional, que estatuye: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo

⁶⁷ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ob. cit. pág. 132.

y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal".⁶⁸

En efecto, este artículo es muy claro al establecer el término de la detención ante el juez de la causa, con la excepción de prorroga en caso de solicitarlo el indicado, además, precisa las formalidades que debe observar el juzgador dentro de este término constitucional, pero jamás contempla como excepción el arraigo del indiciado por el tiempo que el juez determine o hasta que dure el proceso, como indebidamente lo hacen en la práctica, con el argumento de que el procesado pretende evadir la acción de la justicia; de lo que resulta ilegal el arraigo decretado en términos del artículo 301 en comento, razón suficiente para derogar dicho precepto.

5.8 Propuesta para derogar los artículos 133 bis 135 segundo párrafo, 256, 367 fracción VII del Código Federal de Procedimientos Penales.

Es importante precisar, que el artículo 133 bis del Código en estudio, al ordenar el arraigo hasta por treinta días, en contra de la persona que se prepare el ejercicio de la acción penal, y de sesenta días, para prohibirle abandonar una demarcación geográfica, por existir el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, privándolo ilegalmente de su

⁶⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Ob. cit.* pág. 19.

libertad; vulnera la garantía de legalidad y seguridad jurídica que contemplan los artículos 14 y 16 constitucionales, toda vez que estos preceptos en esencia establecen respectivamente, que nadie puede ser molestado o privado de su libertad, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; las cuales, deben respetarse circunscribiéndose a los términos de detención señalados en nuestra constitución, siendo cuarenta y ocho horas en la fase de investigación ministerial o noventa y seis horas en caso de delincuencia organizada, y de setenta y dos horas ante el Juez de la causa, prorrogable por otras setenta y dos horas, sin embargo, los treinta días de duración del arraigo, que contempla el referido artículo 133 bis del citado Código, rebasa estos términos constitucionales, violando en consecuencia las garantías de legalidad y seguridad jurídica, contempladas en los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Magna; razón suficiente para derogar este precepto.

El artículo 135 segundo párrafo del Código en estudio, al referirse a la fase indagatoria, contempla por un lado la libertad provisional bajo caución, y por otro lado, la posibilidad de que el Ministerio Público pueda solicitar el arraigo del inculcado, si lo considera necesario, en delitos que tengan pena alternativa o no privativa de libertad; este artículo se encuentra íntimamente relacionado con el artículo 205 del mismo cuerpo de leyes al establecer expresamente que: "Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez, fundada y

motivadamente, o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del termino máximo señalado en el artículo 133-bis, tratándose de la averiguación previa o bien del proceso por el término constitucional en que este deba resolverse".⁶⁹

En efecto, estos dos preceptos guardan cierta similitud porque aparentemente regulan el arraigo en beneficio del inculcado, con la única diferencia que el artículo 205, faculta al Juez para decretar el arraigo del imputado, una vez que le ha sido consignado; lo cual es contrario a derecho, porque no se debe dejar al arbitrio judicial, la aplicación del arraigo, como una forma de garantía para que el indiciado no se evada la acción de la justicia, pues aceptarlo así, es tolerar que el juez actúe con parcialidad, extralimitándose en sus facultades, pero además, no se debe aplicar este precepto para el arraigo, por no ser explícito en cuanto a la forma, casos, y bajo qué condiciones se debe llevar a cabo esta medida cautelar, pues aplicar el arraigo, en hoteles, casas de seguridad, etc., es contrario a la Constitución; razones suficientes para derogar dichos preceptos.

Así mismo el artículo 256 del ordenamiento en estudio, es ilegal, porque nuestra Constitución Política, no contempla el arraigo de testigos, pero además, dicho precepto no señala ningún término específico de duración del arraigo; pues en lo substancial indica: "Que cuando alguna persona tuviere que ausentarse del lugar donde se practiquen las diligencias, y deba declarar acerca de las circunstancias del caso, a petición de cualesquiera de las partes, la autoridad investigadora procederá

⁶⁹ Código Federal de Procedimientos Penales. *Op. cit.* pág. 145.

a tomarle declaración, o podrán arraigarlo **por el tiempo estrictamente indispensable**, para que rinda su declaración. Y que en caso de resultar infundado el arraigo, podrá exigir únicamente del que lo solicitó, el pago de daños y perjuicios que se le hayan causado.⁷⁰

Como se ha venido sosteniendo, esta medida precautoria de arraigo, violenta flagrantemente las garantías individuales de la (s) persona (s), a quienes se aplica, toda vez, que resulta inadmisibles que nuestras legislaciones penales siendo de orden secundario, regulen dicha medida cautelar, cuando la Constitución no tiene apartado que contemple expresamente el arraigo domiciliario.

Pero en el caso de testigos, aún es más grave porque sin tener el carácter de probables responsables o procesados, se les está privando de su libertad, fuera de procedimiento judicial.

El artículo 367 del cuerpo de leyes en estudio, se refiere a las resoluciones en las cuales procede el recurso de apelación en efecto devolutivo, y su fracción VII textualmente establece: "Los autos que nieguen el cateo, las medidas precautorias de carácter patrimonial o el arraigo del indiciado o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica".⁷¹

Es importante hacer notar, que este tipo de apelación contra el auto que niega el arraigo del indiciado o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, resulta absurdo, si tenemos presente que el arraigo es antijurídico y que por lo

⁷⁰ Código Federal de Procedimientos Penales. Ob cit. pág. 150.

⁷¹ Código Federal de Procedimientos Penales. Ob cit. pág. 150.

tanto está al margen de la ley, por lo que con este recurso no puede hacerse legal lo que de origen es ilegal e inconstitucional.

5.9 Propuesta para derogar el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

En efecto, se debe derogar el artículo 12 de esta Ley, por contravenir las garantías de legalidad y seguridad jurídica, establecidas en los artículos 14 y 16 constitucionales, específicamente por exceder de los términos y condiciones de detención permitidos por estos preceptos constitucionales, esto es así porque dicho artículo textualmente señala: "El Juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo".⁷²

Como podemos apreciar de esta transcripción, el referido artículo 12, es violatorio de la garantía de libertad, pues le da al Órgano Investigador la facultad de proporcionarle al Juez, el lugar, forma y medios de realización del arraigo; así mismo, faculta al Juez para que autorice dicha medida cautelar hasta

⁷² Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL. pág. 319.

por noventa días, en los términos que lo solicite el Ministerio Público.

Lo cual, carece de sustento Constitucional, ya que la Carta Magna no contempla estas condiciones, y mucho menos noventa días de detención del inculcado en la fase de averiguación previa, pues por un lado contraviene, lo dispuesto por el artículo 14 Constitucional, ya que se le priva de su libertad al inculcado sin previo juicio, es decir, no le da la garantía de audiencia y defensa a que tiene derecho todo gobernado; y por otro lado, se violentan los términos de detención permitidos por el artículo 16 Constitucional en la fase de investigación, pues este artículo únicamente permite la detención del inculcado en flagrante delito, en casos urgentes cuando por razón de la hora no se pueda ocurrir ante la autoridad Judicial, o bien, por un termino de cuarenta y ocho horas, o noventa y seis horas en los casos de delincuencia organizada; pero no por un término de noventa días como ilegalmente y en forma arbitraria lo llevan a cabo dichas autoridades; por todas estas irregularidades, debe ser derogado dicho artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Estas son las razones por las que se deben derogar los preceptos relacionados con el arraigo domiciliario en el proceso penal mexicano, ya que las autoridades por mandato constitucional están obligadas a respetar y hacer que se respeten las garantías de libertad y seguridad jurídica que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos brinda a toda persona que se encuentre en territorio mexicano, pues como se ha dejado analizado, esta medida cautelar afecta la

libertad personal y restringe ilegalmente la libertad de tránsito del arraigado, pues a mayor abundamiento, el Doctor en Derecho Fernando Arilla Bas, nos dice:

“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 lo prohíba.

En efecto, siendo las garantías individuales derechos subjetivos públicos limitativos de poder del Estado, derechos que, según el artículo 1º. de la 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 locomoción, solamente podrán ser legitimados por la propia Constitución, la cual no autoriza más limitaciones a la libertad procesal del individuo que la detención (artículo 16) y la prisión preventiva (artículo 18); 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 lo es menos que, debiendo ser dicha responsabilidad, objeto de declaración jurisdiccional, que obviamente no concurren en un simple procesado, y menos aún en un simple sujeto de averiguación previa, contra quien ni siquiera se ha ejercitado acción penal, de donde se infiere, lógica y jurídicamente que el mencionado artículo 11 constitucional no autoriza ninguna mediada restrictiva de libertad de carácter procesal”.⁷³

De este estudio y análisis, validamente podemos

⁷³ ARRILLA BAS, Fernando. EL PROCESO PENAL EN MÉXICO. 22ª. Ed. Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2003, págs. 98 y 99.

concluir, que el arraigo domiciliario como medida precautoria, debe desaparecer de nuestras legislaciones procesales penales, por no estar regulado en forma expresa en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CAPÍTULO SEXTO

DERECHO COMPARADO

6.1 Estados Unidos

A efecto de conocer la legalidad y aplicación del arraigo domiciliario en este país, es menester tomar en cuenta, que la Constitución de los Estados Unidos de América, desde la fecha de su promulgación (1787), sentó las bases en materia de administración de Justicia, garantías individuales, y restricciones a la libertad personal, al señalar:

"Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una unión más perfecta, establecer la justicia, garantizar la tranquilidad nacional, proveer para la defensa común, fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y para nuestra posteridad, promulgamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América".⁷⁴

En efecto, en materia de administración de justicia, garantía a la libertad personal y su restricción, substancialmente establece:

"ARTÍCULO I

Sección 9

No se suspenderá el privilegio del auto de habeas corpus, a menos que, en caso de rebelión o invasión, la seguridad pública así lo exija.

⁷⁴ Constitución de los Estados Unidos de América. Editorial Luclana, México, 2000, pág.5.

No se aprobará ningún proyecto de ley para condenar sin celebración de juicio ninguna ley ex post facto.

ARTÍCULO III

Sección 1

El Poder Judicial de los Estados Unidos, residirá en una Suprema Corte y en aquellos tribunales inferiores que periódicamente el Congreso instituya y establezca. Los jueces, tanto de la Suprema Corte como de tribunales inferiores, desempeñaran su cargo, mientras observen buena conducta y en determinadas fechas recibirán por sus servicios una compensación que no será rebajada mientras desempeñen su encargo.

Sección 2

El Poder Judicial se extenderá a todo caso que en derecho y equidad surja de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos, así como de tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; ...Todas las causas criminales se juzgarán ante jurado, excepto las que den lugar al procedimiento de destitución; y el juicio se celebrará en el Estado en que se cometió el delito; si no se cometió en ningún Estado, se celebrará el juicio en el sitio o en los sitios que el Congreso ordene por ley.

ARTÍCULO VII

ENMIENDA IV

No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y bienes, contra registros y

aseguramientos irrazonables, y no se expedirá ninguna orden, sino a virtud de causa probable apoyada por juramento o declaración solemne, y que describa en detalle el lugar que ha de ser registrado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas.

ENMIENDA V

Ninguna persona será obligada a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de denuncia o acusación por un gran jurado, excepto en los casos en que ocurran en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando se hallen en servicio activo en tiempos de guerra o de peligro público; ni podrá nadie ser sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la vida o de la integridad corporal; ni será obligado en ningún caso criminal; a declarar contra sí mismo, ni será privado de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido proceso legal; ni se podrá tomar propiedad privada para uso público, sin justa compensación.

ENMIENDA VI

En todas las causas criminales, el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público, ante un jurado imparcial del Estado y Distrito en que el delito se haya cometido, Distrito que será previamente fijado por ley; a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación, a confrontarse con los testigos en su contra; a que se adopten medidas compulsivas para la comparecencia de los testigos que cite a su favor y a la asistencia de un abogado para su defensa.

ENMIENDA XIV

Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, serán ciudadanas de los Estados Unidos y del Estado en que residan. Ningún Estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún Estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad (sic) o de su propiedad, sin el debido proceso de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes".⁷⁵

Se considera importante hacer notar, que los artículos antes transcritos, son los que regulan las garantías individuales, las formalidades y requisitos para llevar a cabo detenciones, y procesos criminales, en los Estados Unidos de América, sin embargo, como se observa ninguno habla de la figura del arraigo domiciliario.

Ahora bien, no obstante que la Ley Suprema de los Estados Unidos de América, expresamente no contempla esta medida cautelar, en la practica dentro del ámbito penal si se aplica, con la finalidad de que el probable responsable no evada la acción de la justicia, y no sea enviado a la cárcel; este tipo de arraigo se equipara al que se lleva a cabo en el Distrito Federal, aparentemente a favor del probable responsable, cuando la pena máxima del delito no excede de cinco años de prisión (párrafo sexto del artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

⁷⁵ Constitución de los Estados Unidos de América. *Ob. cit.* págs. 11, 15, 18, 20, 21 y 23.

En efecto, en Estados Unidos como en muchos otros Países para ser arraigado o arrestado, es menester que la Corte emita la orden, una vez que el (os) acusado (s) ha (n) sido enterados de sus derechos y del motivo de la acusación, lo cual podemos apreciar del denominado Sistema de Acusación y Procedimiento Judicial, visible en la página de internet que se señala, y que textualmente nos indica: "En la mayoría de los sistemas legales, a los acusados se les leen sus derechos al momento del arresto, si no es que antes, y se les pregunta si los entienden. El acusado es presentado ante un tribunal dentro de un lapso de tiempo razonable para tener listos y leer los cargos formales en su contra, momento en el cual normalmente se presenta una declaración de culpabilidad o inocencia. Este proceso es llamado un arraigo.

Un arraigo expedito puede ser otra salvaguarda contra un arresto arbitrario, una detención prolongada o una táctica poco ética de la policía. Un arraigo también le permite a los arraigados saber qué cargos han sido presentados contra ellos para que puedan preparar su defensa o impugnar la legalidad de su detención".⁷⁶

En la hipótesis en comento el Juez o Tribunal que conozca del juicio, es el que determina si el acusado debe quedar en libertad bajo fianza, o continuar arraigado en su casa, pues el sistema legal de los Estados Unidos de Norte América, considera que toda persona es inocente hasta que se le demuestre lo contrario, consecuentemente nadie debe purgar una pena en prisión hasta que haya sido sentenciado por un crimen, a menos que se trate de un delito grave, pues a la

⁷⁶ INTERNET. <http://www.aceproject.org/main/espaol/lei/ein03.htm>, pág. 3.

mayoría de los acusados se les permite la libertad bajo fianza, o libertad bajo arraigo domiciliario, a efecto de que puedan preparar su defensa y continuar con su vida laboral y familiar; como ocurrió en el caso del Ex - Subprocurador General de la República Mexicana, Mario Ruiz Massieu, cuando en 1995, fue detenido en el aeropuerto de Newark, Nueva Jersey, al no declarar la posesión de 40 mil dólares que llevaba al pasar por la aduana estadounidense, por lo que un Juez de inmigración al considerar que no era un delito grave, le concedió un arresto en su domicilio de Nueva Jersey, mientras era juzgado por dicha conducta, al mismo tiempo que el Gobierno Mexicano, realizó cuatro intentos para extraditarlo, y juzgarlo en México por obstrucción de la justicia y narcotráfico, sin embargo al no lograrlo, el Departamento de Justicia de los Estado Unidos decidió enjuiciarlo por otros delitos, que eran lavado de dinero proveniente del narcotráfico y conspiración de la justicia estadounidense, juicio que enfrentaría estando arraigado, cuando el 15 de septiembre de 1997, aparentemente se quitó la vida con una sobredosis de antidepresivos.

También se impone el arresto domiciliario como pena alternativa de prisión al dictarse sentencia, siendo aplicada con base en la Ley de Reforma de Sentencias de 1984, pues al respecto, el Presidente de la Comisión Federal de Sentencias Richard P. Conaboy, nos dice: "El confinamiento domiciliario es la más nueva de las sanciones intermedias, y su uso ha aumentado drásticamente en los tribunales federales de Estados Unidos durante la última década. A partir de 1996, más de 18,000 presos federales pasaron algún tiempo bajo detención domiciliaria. Originalmente llamado "arresto domiciliario" (y desafortunadamente asociado en algunos países con la

oposición política y la detención policial), el programa federal de confinamiento domiciliario, es un sistema administrado judicialmente de castigo y control de delincuentes a quienes se considera suficientemente seguros para que vivan en sus propios hogares pero que requiere un alto grado de supervisión".⁷⁷

Se hace notar al lector, que este tipo de confinamiento domiciliario, lo llevan a cabo funcionarios encargados de la libertad condicional, a través de llamadas telefónicas, visitas periódicas a los hogares de los delincuentes, además de un constante monitoreo mediante un sistema electrónico por computadora, para asegurar que se encuentran en sus casas; pues al respecto el citado funcionario Richard P. Conaboy, dice:

"Durante el confinamiento domiciliario el delincuente lleva un brazalete electrónico que se comunica mediante señales de radio con receptores instalados en las líneas telefónicas de su hogar. Si el delincuente se aleja más de 55 metros de los receptores, estos llaman automáticamente a las computadoras que los controlan. Las computadoras verifican los archivos para determinar si el delincuente estaba autorizado a salir de su casa a esa hora en particular. Si no lo estaba, se notifica al funcionario de libertad condicional del delincuente y comienzan las acciones para localizarlo. El equipo de control electrónico también detecta los intentos de sacar o alterar el brazalete transmisor que lleva el preso, o la pérdida de servicio telefónico con su casa. El criminólogo James M. Byrne ha observado que "la evidencia hasta la fecha indica que el confinamiento domiciliario podría ser una sanción intermedia viable, y el

⁷⁷ CONABOY P. Richar LA JUSTICIA FEDERAL Y LAS NORMAS DE SENTENCIAS, Internet dirección <http://usinfo.State.Gov/journals/fidhr/1296/fids/apple.htm>, pág.3.

cumplimiento del control electrónico con las órdenes de confinamiento domiciliario parece funcionar por lo menos tan bien como los métodos manuales de control". En efecto, muchos delincuentes consideran que el confinamiento domiciliario es tan punitivo como la prisión. Algunos incluso se han negado a ser puestos bajo confinamiento domiciliario, prefiriendo pasar el tiempo en la cárcel donde hay más interacción social e instalaciones recreativas.

En 1996 el 93.5 por ciento de los reos en libertad condicional sentenciados a confinamiento domiciliario en el sistema federal complementaron con éxito sus sentencias. Alrededor del 6% habían violado las reglas del programa, saliendo repentinamente de sus casas, dando resultados positivos en los análisis para detectar el uso de drogas o tratando de alterar el equipo electrónico".⁷⁸

De lo anterior se aprecia, que el arresto domiciliario en la Unión Americana, es aplicado por los Jueces o la Corte al inicio de la investigación y al final del proceso según sea el caso, siempre y cuando se trate de delitos no graves, previo los requisitos y circunstancias que en cada asunto observen las autoridades, quedando la vigilancia del cumplimiento de esta medida cautelar a cargo de las autoridades administrativas referidas; haciendo notar, que no obstante el beneficio que dicha medida representa para el acusado para no enviarlo a la cárcel, es inconstitucional su imposición por no estar regulada dentro en la Ley Suprema de este País.

⁷⁸ CONABOY P. Richar La Justicia Federal y las Normas de Sentencias, Internet dirección, Ob. cit. pág.3.

6.2 ESPAÑA

Respecto al arraigo domiciliario en España, el maestro Jorge Alberto Silva Silva, nos dice lo siguiente: "Esta figura del arraigo se introdujo en España a partir de 1931, pero el código musoliniano de 1930 (Artículo 247), ya daba la posibilidad de que la mujer encinta, o que lacte a la prole, o la persona que se encuentre en condiciones de salud grave, o bien por razones de "hecho" o "morales o sociales", no es necesario que quede en prisión, sino en su propia habitación".⁷⁹

En efecto, desde esa época se ha venido aplicando en España el arraigo domiciliario del inculpado, mejor conocido como arresto en domicilio, prisión preventiva atenuada, vigilancia a domicilio; esta medida precautoria se encuentra regulada por la Ley de Extradición Pasiva y el Código de Comercio, como veremos más adelante, lo cierto es que en España el arraigo de personas procede en diferentes situaciones, solo que para una mejor comprensión de este trabajo, únicamente se señalarán dos casos:

El primero se encuentra, dentro del procedimiento de extradición del probable (s) responsable (s) o condenado (s) por algún delito, y procede cuando los órganos de justicia de países extranjeros, previamente solicitan la extradición, pues a mayor abundamiento el jurista Víctor Moreno Catena, nos menciona que este procedimiento se encuentra regulado por la Ley de Extradición Pasiva conocida como Ley 4/1985, específicamente en su artículo 8, que textualmente señala:

"1. En caso de urgencia podrá ser interesada la detención como

⁷⁹ SILVA SILVA Jorge Alberto. *Ob. cit.* pág. 528.

medida preventiva, si bien deberá hacerse constar expresamente en la solicitud que ésta responde a una sentencia condenatoria o mandamiento de detención firmes con expresión de la fecha y hechos que lo motiven, tiempo y lugar de la comisión de éstos y filiación de la persona cuya detención se interesa, con ofrecimiento de presentar seguidamente demanda de extradición.

2. La solicitud de detención preventiva se remitirá por vía postal, telegráfica o cualquier otro medio que deje constancia escrita, bien por vía diplomática, bien directamente al Ministerio de Justicia, bien por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, y si en ella constaren todas las circunstancias necesarias, se procederá a la detención del reclamado, poniéndolo a disposición del Juzgado Central de Instrucción de guardia en plazo no superior a veinticuatro horas, para que si lo estima procedente, decrete la prisión provisional, que dejará sin efecto si transcurridos cuarenta días el país requirente no hubiere presentado en forma la solicitud de extradición.

3. El Juez podrá, en cualquier momento y en atención a las circunstancias del caso, acordar la libertad del detenido, adoptando alguna o algunas de las medidas siguientes para evitar su fuga: vigilancia a domicilio, orden de no ausentarse de un lugar determinado sin la autorización del Juez, orden de presentarse periódicamente ante la autoridad designada por el Juez, retirada de pasaporte y prestación de una fianza. El incumplimiento de estas medidas dará lugar a la prisión provisional dentro del plazo establecido en el apartado anterior. La puesta en libertad, con o sin medidas alternativas de la

prisión provisional, no será obstáculo para una nueva detención ni para la extradición, si la solicitud de ésta llegara después de la expiración del plazo mencionado en el apartado anterior.

4. En todo caso, se informará al país reclamante de las resoluciones adoptadas, especialmente y con la urgencia posible, de la detención y del plazo dentro del cual deberá presentarse la demanda de extradición".⁸⁰

Un segundo caso donde se aplica el arraigo domiciliario, es en la quiebra, pues al respecto el citado jurista Víctor Moreno Catena nos dice lo siguiente: "El denominado <<arresto del quebrado>> se prevé en los Artículos 1.333 a 1.335 Ley de Enjuiciamiento Civil y Artículos 1.044 a 1.046 del Código de Comercio de 1929, vigente en la materia.

En efecto, conforme al Artículo 1.044 del Código de Comercio.

En el acto de hacerse por el Juzgado la declaración de quiebra se proveerán también las disposiciones siguientes: ...2." El arresto del quebrado en su casa, si diere en el acto fianza de cárcel segura; y en defecto de darla, en la cárcel.

Se trata también de una detención que sólo podrá acordar el juez de primera instancia, es decir, el juez del orden civil competente para conocer de la quiebra.

Por su parte, establece el Artículo 1.335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que para el arresto del quebrado, se

⁸⁰ MORENO CATENA, Víctor. EL PROCEDIMIENTO PENAL. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000, pág. 1552.

expedirá (por el juez de Primera Instancia) mandamiento a cualquiera de los alguaciles del Juzgado (hoy Agentes judiciales), arreglado al párrafo segundo del artículo 1.044 del Código de Comercio, en virtud del cual requerirá el ejecutor (es decir el alguacil o funcionario policial comisionados al efecto) por ante el actuario (secretario Judicial) al mismo quebrado para que en el acto preste fianza de cárcel segura en cantidad que el Juez hubiere fijado. Si lo hiciere (es decir si presta dicha fianza en cualquiera de sus modalidades: hipotecaria, personal o metálica) quedará el quebrado arrestado en su casa; y en su defecto se le conducirá a la cárcel, expidiéndose el correspondiente mandamiento al Alcaide que haya de recibirlo".⁸¹

Como se puede apreciar de estos dos casos, estas leyes autorizan el arraigo en favor de personas inculpadas o condenadas por algún delito, con la finalidad por un lado de que no permanezcan en prisión preventiva, y por otro, que no evadan la acción de la justicia, aclarando, que tratándose de extradición, debe existir previamente la solicitud de los órganos de justicia del país requirente, quien deberá presentar su demanda formal de extradición.

Cabe señalar, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 505, señala la prisión atenuada, estableciendo que: "Para llevar a efecto al auto de prisión se expedirán dos mandamientos: uno cometido al alguacil del Juzgado o portero del Tribunal o al funcionario de Policía Judicial que haya de ejecutarlo, y otro al Director del Establecimiento que deba recibir al preso. Los Jueces podrán acordar la prisión atenuada cuando por razón de enfermedad del inculpado el internamiento

⁸¹ FLORES PRADA Ignacio. EL PROCESO PENAL. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000, pág. 1552.

entrañe grave peligro para su salud".⁸²

En efecto, en el ámbito penal el arraigo en domicilio o prisión atenuada, es aplicado por los Jueces a favor del inculcado que se encuentra enfermo. También es importante puntualizar, que esta figura jurídica fue incorporada en España por el código de Justicia Militar, pues bajo esta tesitura el Doctor en Derecho Ignacio Flores Prada, nos dice: "El artículo 473 del Código de Justicia Militar se incorpora a la Ley Criminal con la siguiente redacción: La atenuación de la prisión preventiva consistirá: en el arresto en el propio domicilio, con la vigilancia que se considere necesaria. En la posibilidad que los sujetos a prisión preventiva atenuada salgan de su domicilio durante las horas necesarias 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 encargado. Sin embargo tales disposiciones han de entenderse sustituidas por la nueva redacción que al artículo 505.2 LECRIM dio la Ley del 22 de abril de 1980, modificadora de esta última, según el cual los Jueces podrán acordar la prisión atenuada cuando por razón de enfermedad del inculcado el internamiento entrañe grave peligro para su salud; En la actualidad y en el ámbito del proceso penal militar la prisión atenuada se halla regulada en los artículos 225 a 229 LPM".⁸³

No obstante que estas leyes secundarias regulan la prisión atenuada o arresto en domicilio, la Constitución Española no contempla en forma expresa el arraigo de personas, o prisión atenuada, lo cual podemos observar, de los siguientes preceptos Constitucionales que regulan los casos de restricción

⁸² Ley de Enjuiciamiento Criminal. LEYES PROCESALES PENALES. 5ª Ed. Editorial Civitas, S.A. España, 2002, pág. 298.

⁸³ FLORES PRADA, Ignacio. EL PROCEDIMIENTO PENAL. Ob. cit. pág. 1553

a la libertad personal.

Artículo 17 Constitucional, textualmente establece:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes (sic) al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Así mismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

Artículo 19 Constitucional: Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Así mismo tienen derecho a entrar y salir libremente

de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos".⁸⁴

Vale la pena conocer las diferentes formas y casos de restricción a la libertad personal, que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues a saber son:

a) La detención, artículo 489: Ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban.

Artículo 490, Cualquiera (sic) persona puede detener:

1. Al que intentare (sic) cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo.

2. Al delincuente <<in fraganti>>.

3. Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.

4. Al que se fugare de la cárcel en que estuviere (sic) esperando su traslación (sic) al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.

5. Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.

6. Al que se fugare estando detenido o preso por causa

⁸⁴ Constitución Española. LEGISLACIÓN COMPENDIADA. Editorial Paraninfo, España, 1998. pág. 9.

pendiente.

7. Al procesado o condenado que estuviere (sic) en rebeldía.

b) La prisión provisional, artículo 502, mientras que la causa se halle en el estado de sumario, sólo podrá decretar la prisión provisional el juez de instrucción o el que forme las primeras diligencias o el que en virtud de comisión o interinamente ejerza las funciones de aquel".⁸⁵

c) El arresto de fin de semana, el cual sólo se aplica cuando se trata de faltas o delitos menores.

Por otro lado se tiene que el artículo 530 del Código Penal español, estatuye: "La autoridad o funcionario público que mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años".⁸⁶

De lo anterior se concluye, que la Constitución Política de España, textualmente no contempla el arraigo domiciliario o prisión atenuada, del (os) probable (s) responsable (s), sin embargo el artículo 17 constitucional y 489 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, dejan abierta la posibilidad de que la autoridad decrete la medida cautelar en comento, al señalar, que

⁸⁵ Ley de Enjuiciamiento Criminal. LEYES PROCESALES PENALES. págs. 282, 283, 284, 285, 290 y 298.

⁸⁶ DEL ARCO TORRES Miguel Angel. CÓDIGO PENAL Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA, Editorial Comares, S. L. España, 1998. pág. 175.

puede privarse de la libertad a las personas en los casos y en la forma previstos en la ley; como ocurre en la ley de extradición 4/1985, Código de Comercio y la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular la quiebra, decretando el arresto del quebrado. Ahora bien, no obstante que estos tipos de arraigos son en beneficio del inculcado o sentenciado, para que pueda estar en libertad y no mandarlo a prisión, técnicamente al no estar regulado por la Constitución Española, se considera que su aplicación es inconstitucional.

6.3 BRASIL

Este país históricamente surge de una mezcla de portugueses, indígenas y negros, a los cuales se añadieron inmigrantes de otros países durante los siglos XIX y XX, tales como, alemanes, españoles, italianos, polacos, y japoneses, no obstante esta diversidad de razas, prevaleció el derecho portugués, de ahí que en 1830, nace a la vida jurídica su primera Constitución Política y su Código Penal, y en 1832 crean su Código de Procedimientos Penales con el idioma portugués.

Bajo este contexto, es preciso señalar que la Ley Suprema de Brasil protege los derechos de las personas, así como sus garantías individuales y colectivas, pues al respecto la Enciclopedia Microsoft en Carta 2000, indica: "Los derechos y garantías individuales y colectivos están definidos en 77 incisos en su artículo 5, destacando entre ellos los siguientes: "prohibición de tortura o tratamiento degradante; libre manifestación del pensamiento; libertad de conciencia y creencias; libertad de expresión intelectual, artística, científica

y de comunicación; inviolabilidad de la intimidad, vida privada, honra e imagen personal; libertad de trabajo, oficio o profesión, atendidas las cualificaciones profesionales establecidas por la ley; libertad de reunión pacífica, sin armas; libertad de asociación; derecho de propiedad; derecho de herencia; defensa del consumidor; garantía del derecho adquirido, del acto jurídico perfecto y de la cosa juzgada; inexistencia de crimen sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa conminación legal; ley penal sin efectos retroactivos, salvo para beneficiar al reo; racismo como crimen no sujeto a fianza e imprescriptible; ausencia de concesión de extradición de extranjeros por crimen político o de opinión; prisión solo en flagrante delito u orden escrita y fundamentada de autoridad judicial; derecho a hábeas corpus, hábeas data (libre información) y mandato de seguridad individual y colectivo contra atentado de la autoridad pública contra un derecho concreto y cierto".⁸⁷

En razón del tema en estudio, se debe destacar primeramente que la Constitución de Brasil, en forma expresa no contempla el arraigo o arresto domiciliario del (os) probable (s) responsable (s), pues por el contrario, establece y protege la libertad personal, estableciendo solo por excepción la privación de a esta garantía fundamental, en su artículo 5º., y sus fracciones, que son del tenor siguiente:

Fracción XV: "Es libre el desplazamiento en el territorio nacional en tiempo de paz, pudiendo cualquier persona, en los términos de la ley, entrar en él, permanecer o salir de él con sus bienes.

⁸⁷ Enciclopedia Microsoft R Encarta R 2000. C 1993-1999 Microsoft Corporation. Reservados Todos los Derechos, pag.1.

Fracción XL: Nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal.

Fracción XLV: La ley regulará la individualización de la pena y adoptará, entre otras, las siguientes: la privación o restricción de libertad.

Fracción LIII: Nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal.

Fracción LX: Nadie será detenido sino en flagrante delito o por orden escrita y fundamentada de la autoridad judicial competente, salvo el de los casos de trasgresión militar o delito propiamente militar, definidos en la ley.

Fracción LXI: La detención de cualquier persona y el lugar donde se encuentre serán comunicados inmediatamente al juez competente y a la familia del detenido o a la persona indicada por él.

Fracción LXIV: La detención ilegal será inmediatamente levantada por la autoridad judicial.

Fracción LXVII: Se concederá "habeas corpus" siempre que alguien sufriera o se creyera amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción, por ilegalidad o abuso de poder.

Fracción LXXV: Nadie será llevado a prisión, ni mantenido en ella, cuando la ley admitiere la libertad provisional, con o sin fianza.

No obstante que la Constitución Política de Brasil expresamente no autoriza el arraigo o arresto domiciliario, la ley

No. 7.960, del 21 de diciembre de 1999, la contempla como prisión temporal, aplicada en delitos graves cuando no existe flagrancia y aún no están reunidos los elementos necesarios para decretar la prisión preventiva, en efecto, con un profundo conocimiento en la materia los Juristas Laura Tucci, Rogério y Cruz e Tucci, José Rogérico, indican: "Los crímenes atroces (hediondos), la practica de la tortura o el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines y el terrorismo no son susceptibles de: I- amnistía, gracia e indulto; II- fianza y libertad provisional (...) 2º. En caso de sentencia condenatoria el juez decidirá fundamentadamente si el reo podrá apelar en libertad. 3º. La prisión temporal sobre la cual dispone la Ley No. 7.960, del 21 de diciembre de 1999, en los crímenes previstos en este artículo, tendrá el plazo de treinta días, prorrogable por igual periodo en caso de extrema y comprobada necesidad. Adúzcase que la señalada modalidad de prisión provisional –temporal- fue instituida para incidir sobre las situaciones en las cuales, no ocurriendo captura en flagrante delito, aún no estén reunidos los requisitos determinantes para decretar la prisión preventiva".⁸⁸

De lo anterior apreciamos, que esta medida precautoria se aplica en la fase de investigación cuando se trata de delitos graves, como ocurrió en el caso de la cantante Gloria Trevi, cuando el 25 de julio del 2002, luego de ser acusada de raptó, corrupción de menores y secuestro, el presidente del Supremo Tribunal Federal, Marco Aurelio de Mello, le autorizó quedar en prisión domiciliaria junto con su hijo Ángel Gabriel, en el convento de las Hermanas Misioneras de San Carlos Borromeo Scalabrinianas, mientras se recopilaban más elementos de prueba para enviarla o no a prisión preventiva o bien conceder

⁸⁸ ZAFARONI Eugenio Raúl. EL PROCESO PENAL. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2000, pág. 124.

la extradición solicitada por México.

Es importante hacer notar que esta medida personal, es inconstitucional por no estar regulada en la Ley Suprema de Brasil, y encontrarse establecida en una ley secundaria, pero además su regulación es muy escueta y deficiente, ya que no señala en qué otros casos se aplica, las condiciones bajo las cuales se resguardará al arraigado, si se le concede o no la garantía a ser escuchado previamente al arraigo, la procedencia o improcedencia del pago de daños y perjuicios que en su caso se ocasionen, etc.

6.4 ARGENTINA

Es importante señalar que la Constitución Política de este país protege la libertad personal, al señalar en su artículo 28, que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, así mismo, el artículo 14 tutela la garantía de libre tránsito de las personas, al establecer: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociaciones con fines útiles, de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender".⁸⁹

Estas protecciones constitucionales respecto de la de libertad de las personas y su libre tránsito, tienen sus

⁸⁹ CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. 3ª. Ed. Editorial Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V. México, 1999. pág. 8.

excepciones como a continuación se precisa; el artículo 23 de la Constitución en estudio, le da facultades al presidente de la República, para decretar el arresto de personas restringiendo su libertad de tránsito en casos especiales, pues señala que: "En caso de conmoción interior o de ataque exterior que ponga en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendidas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso, respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino".⁹⁰

Cabe aclarar, que con base en esta facultad constitucional y con fundamento en el acta Institucional de fecha 1º. de septiembre de 1977, el presidente de la República Argentina, decreta el arraigo de personas involucradas en las causas que originan la declaratoria del estado de sitio, pues su Artículo 3º. establece: "El arresto dispuesto por el presidente de la Nación en ejercicio de las facultades que le confiere el Artículo 23 de la Constitución Nacional, podrá cumplirse:

- a)- En establecimiento penal o carcelario.

- b)- En establecimiento militar o de las fuerzas de seguridad.

- c)- En el lugar que en cada caso se determine, fijando

⁹⁰ Constitución de la Nación Argentina. Ob. cit. págs. 10 y 11.

los límites de desplazamiento del arrestado, bajo un régimen de libertad vigilada.

d)- En el propio domicilio del arrestado".⁹¹

En este caso, el Presidente de la República mediante decreto señala la forma de cumplirse el arresto domiciliario, indicando el domicilio donde deberá permanecer el arraigado y la autoridad o policía que controlará el cumplimiento de esta medida cautelar, de acuerdo a las circunstancias del caso, y antecedentes de la persona.

En este país Argentino, existe otro tipo de arraigo aplicado a un número de personas determinadas que tienen cualidades y características especiales, pues al respecto el maestro Raúl Carrancá y Trujillo, señala: "Poco extendido en las legislaciones, se ha propuesto también como sustitutorio de la corta prisión el arresto domiciliario Argentina lo establece para mujeres honestas y personas mayores de 60 años o valentudinarias (Artículo 10 C.P. argentino); España para sustituir la prisión de menos de diez días, no originada por hurto o defraudación (Artículo 88 C. P. español)".⁹²

Como lo señala el citado jurista, este tipo de arraigo tiene su fundamento legal en el artículo 10 del Código Penal de la Nación Argentina que a la letra establece: "Cuando la prisión no excediera de 6 meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de 60 años

⁹¹Informe de la Comisión Internacional de Derechos Humanos. EL DERECHO A LA LIBERTAD. internet: <http://www.nuncamas.org/document/internac/cidh79/04.htm>, pág. 1.

⁹² CARRANCA Y TRUJILLO Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO. 20°. Ed. Editorial Porrúa, México, 2001. pág. 817.

o valetudinarias".⁹³

Desde luego que el arraigo decretado con fundamento en el referido artículo 10, es aplicado para los acusados que reúnan las características apuntadas; así mismo, en Argentina se aplica el arraigo decretado por el Ministerio Público en la fase de investigación, cuando no puede ejercitar acción penal por faltar elementos para enviar a prisión al (os) probable (s) responsable (s), en este orden de ideas el jurista Vincenzo Manzini nos dice: "Arresto en el domicilio.- En determinados casos, el Procurador de la República, incompetente para promover la acción penal (si es competente provee al tenor del artículo 259 del Código de Procedimiento Penal o del Artículo 9 de las disposiciones reglamentarias para el mismo Código), puede ordenar la continuación provisional del arresto en domicilio, o sea, que la persona arrestada, "en lugar de ser custodiada en la cárcel, quede provisionalmente (hasta que la Autoridad competente haya provisto sobre su libertad personal) en estado de arresto en su habitación" (artículo 247), sin custodia por parte de los agentes de la fuerza pública.

La providencia, que se debe dar con decreto motivado (bajo pena de nulidad, artículo 148, segundo párrafo), no se la puede emitir cuando se trate de un caso en que sea obligatorio el mandato de captura (artículo 253), ni cuando, aun siendo facultativo dicho mandato, el arrestado por delito no culposo haya sido condenado mas de dos veces por delito no culposo o haya sido condenado otra vez por delito de la misma índole o no tenga residencia fija en el territorio del Estado o resulte que está por darse a la fuga (artículo 254, 2, del Código

⁹³ Código Penal. de Argentina. LEYES COMPLEMENTARIAS. 17ª. Edición, Editorial A-Z Editora, S.A. Buenos Aires, 2002. pág. 4.

de Procedimiento Penal, al que remite el artículo 247, último párrafo)".⁹⁴

Así mismo la legislación de Buenos Aires, contempla la prisión en domicilio como un beneficio de libertad anticipada en la fase de Ejecución de Sentencia, beneficio que según el Jurista Valentín Lorences, debe hacerse extensivo en la fase de la prisión provisional, pues al respecto nos dice: "La prisión o arresto domiciliario resulta, en principio, una modalidad en el cumplimiento de una pena privativa de la libertad que se dispone al tiempo de dictar sentencia, conforme al artículo 33 de la Ley 24.660; sin embargo, la correcta lectura del instituto deberá hacerse en forma amplia y extenderse también a una modalidad en el cumplimiento de la prisión preventiva o proceso. La norma establece: el condenado mayor de 70 años o el que padezca una enfermedad incurable en periodo terminal, podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria por resolución del Juez de ejecución o Juez competente, cuando mediare pedido de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado previo informe médico, psicológico y social que fundadamente lo justifique".⁹⁵

Es menester, hacer un análisis del arraigo en domicilio aplicado en la Nación Argentina; pues bien, como se aprecia de estas transcripciones, en la Constitución de esta País no existe el arraigo como tal, sin embargo, para aplicar esta medida cautelar, lo hacen fundándose en el arresto, contemplado en el artículo 23 Constitucional, que le otorga facultades al Presidente de la República, para los casos de urgencia y estado de sitio, a

⁹⁴ MANZINI Vincenzo, TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL. T. III. 16ª. Ed. Editorial Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1996. pág. 622.

⁹⁵ H. LORENCES, Valentín. EXCARCELACIÓN Y EXENCIÓN DE PRISIÓN. Editorial Universidad S.R.L. Buenos Aires, 2002, pág.131.

efecto de que pueda decretar el arresto de personas; por su parte el artículo 18 de dicha Ley Suprema, faculta a la autoridad investigadora y Judicial, para aplicar el arraigo domiciliario como una modalidad del arresto establecido en dicho precepto Constitucional; no obstante esta autorización para aplicar el arresto, los funcionarios que lo lleven a cabo deben ser cuidadosos para no incurrir en el delito de retención ilegal de un detenido, ya que como lo señala el Jurista Carlos Montan Palestra, el artículo 143, inciso 1º. del Código Penal, establece: "Que el funcionario que en forma ilegal retuviera a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar, se hará acreedor a una pena de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial por doble tiempo".⁹⁶

Ahora bien, no obstante que las leyes secundarias mencionadas, regulan esta figura jurídica en beneficio del probable responsable, procesado o sentenciado para que no permanezca en la cárcel, se concluye, que al no estar regulada en la Constitución de este país, técnicamente su aplicación resulta inconstitucional.

⁹⁶ FONTAN PALESTRA Carlos. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. 13ª. Ed. Editorial Abeledo Perrot, 1999, pág.323.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA. En el derecho antiguo, no se conoció el arraigo domiciliario con este nombre, sin embargo, dentro de lo que se llamó las acciones de la ley de aprehensión corporal, existió una figura jurídica, conocida como la manus iniectio, la cual, se puede considerar que es el antecedente del arraigo domiciliario, debido a la similitud que tenía con esta medida cautelar en estudio, pues dicha acción, consistía en que el acreedor arrestaba a su deudor, con autorización del magistrado, y se lo llevaba arrestado a su cárcel privada, donde lo retenía por sesenta días, exhibiéndolo al mercado para ver quién pagaba su adeudo, a cambio de su persona, pero si esto no ocurría, el acreedor podía matarlo.

Indudablemente que la manus iniectio constituyó también, el antecedente de la venganza privada, y no obstante, que esta ley era de naturaleza civil, tenía matices penales, como era el arresto en domicilio, por la forma en que se llevaba a cabo. Razón por lo que se concluye, que el antecedente más remoto del arraigo en domicilio, lo encontramos en la manus iniectio.

SEGUNDA. Se concluye, que el arraigo domiciliario también se aplica en el ámbito laboral, familiar y civil, sólo que su ejecución, es diferente a la aplicación que se le da en materia penal, ya que únicamente se constriñe a obligar al arraigado a que no abandone el lugar del juicio, sin dejar una persona con capacidad suficiente para responder de las resultas de un juicio.

TERCERA. Ahora bien, el arraigo en domicilio se le debe considerar como una forma de prisión preventiva ilegal, por no tener regulación expresa en nuestra Constitución Política, y rebasar los términos constitucionales de detención, en cambio, tratándose de la prisión preventiva, la Ley Suprema de nuestro País, explícitamente señala en qué casos procede, los requisitos de legalidad previos a su aplicación, quién la ordena y aplica, dónde debe cumplirse y sus términos de duración.

CUARTA. En efecto, el denominado arraigo domiciliario, es una medida inconstitucional, toda vez, que no tiene una regulación expresa en nuestra Constitución sino en leyes secundarias, y su duración, excede de los términos de detención permitidos por nuestra Ley Suprema, por tal razón, es urgente que nuestros legisladores se preocupen por elaborar leyes, que sean acordes con los preceptos constitucionales, así como con los cambios sociales que estamos viviendo, sin violentar las garantías individuales del gobernado, pues deben tomar en cuenta, que la aplicación de la ley penal es muy delicada, pues trastoca, dos de los valores más preciados que tiene el ser humano, como son: la VIDA y la LIBERTAD PERSONAL, es por ello que se requiere de los poderes, legislativo y judicial, un alto profesionalismo y un profundo sentido de responsabilidad para avanzar adecuadamente en esta disciplina tan delicada como es el derecho penal.

QUINTA. Como se dejó asentado en este trabajo, los referidos valores fundamentales (la VIDA y la LIBERTAD PERSONAL), se encuentran resguardados y protegidos en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contra los abusos de autoridad, específicamente en sus artículos

14, 16 y 22 último párrafo, mismos que en lo conducente establecen: artículo 14. Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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.

Artículo 22. Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

De lo anterior se concluye, que en caso de que alguna autoridad con su actuar infrinja estos derechos o garantías individuales, el afectado debe hacer valer el recurso o medio de defensa que corresponda, fundándose para ello en dichos preceptos constitucionales, a efecto de lograr que la autoridad responsable respete dichos valores fundamentales del gobernado.

SEXTA. Constituye otra violación Constitucional, el lugar donde resguardan al arraigado, pues sin conceder, los Códigos de Procedimientos Penales Federal y Locales, expresamente no

indican que el arraigo deba cumplirse en casas de seguridad, hoteles, u otros; como comúnmente lo hacen.

SEPTIMA. Queda claro que la aplicación del arraigo domiciliario del probable responsable, es inconstitucional, por las razones que he dejado apuntadas, sin embargo, en México el Ministerio Público en la fase de la Averiguación Previa sigue solicitando al Juez la autorización para arraigar al (os) probable (s) responsable (s), de algún (os) delito (s), lo cual constituye un abuso de autoridad, que se debe combatir mediante una denuncia penal, por abuso de autoridad y privación ilegal de la libertad, solicitando la reparación del daño, además de pedir la destitución de estos servidores públicos.

OCTAVA. Los daños y perjuicios ocasionados por el arraigo, pueden ser reclamados, a los funcionarios que lo solicitaron o autorizaron, inclusive al Estado, mediante una demanda civil, previa la acreditación de los mismos.

NOVENA. Pueden ser sujetos de juicio político, por haber decretado o autorizado, un arraigo, el Procurador General de la República, Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito, y Jueces del fuero común del Distrito Federal (artículo 110 constitucional).

DÉCIMA.- Del análisis del presente trabajo, también se arriba a la conclusión, que no obstante que en Estado Unidos, España, Argentina, y Brasil, aplican el arraigo o arresto en domicilio, como pena alternativa de libertad a favor del sentenciado por algún delito, este beneficio no le quita la

inconstitucionalidad a dicha medida cautelar, en virtud de que esta medida precautoria, expresamente no se encuentra regulada en sus Constituciones.

PROPUESTA

Tomando en cuenta lo que se ha dejado apuntado en el presente trabajo, propongo que se deroguen los artículos: 215, 270 bis. 271 sexto párrafo, fracciones VI y VII, 301 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y artículos 133 bis., 135 segundo párrafo, 256, 367 fracción VII del Código Federal de Procedimientos Penales, así como el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, y artículos 51 fracción XIV, 56 fracción I, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y artículos 8 fracción I inciso h, fracción II inciso b, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, por regular el arraigo domiciliario, al margen de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, por no estar debidamente fundada y motivada constitucionalmente dicha medida cautelar, contraviniendo de esta manera las formalidades esenciales del procedimiento, así como por exceder los únicos términos de detención autorizados en los artículos 14, 16 y 21 Constitucionales.

No obstante lo anterior, se propone la aplicación del arraigo domiciliario solo como un beneficio de libertad anticipada, en la etapa de Ejecución de Sanciones Penales, para que determinados sentenciados puedan compurgar su pena de prisión en sus casas, previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que exija la Ley de Ejecución correspondiente, para lo cual, se debe elevar a rango Constitucional dicha figura jurídica, por lo que se sugiere modificar el último párrafo del artículo 18 Constitucional, para quedar de la siguiente manera: "Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la

ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, **así como en sus propios domicilios, que en este caso, será mediante el beneficio de libertad anticipada denominado arraigo domiciliario**, previo el cumplimiento de las condiciones y requisitos que exija la Ley de Ejecución de Sanciones Penales del lugar de que se trate, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social”.

Es importante hacer notar, que para aplicar el arraigo domiciliario como un beneficio de libertad anticipada, en el caso del Distrito Federal, es menester adicionar una cuarta fracción al artículo 41 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, a efecto de establecer esta nueva modalidad.

B I B L I O G R A F Í A

- A. Barrita López, Fernando. PRISIÓN PREVENTIVA Y CIENCIAS PENALES. 2ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1992.
- Arilla Bas, Fernando. EL PROCESO PENAL EN MÉXICO. 22ª. Ed. Editorial Porrúa S.A. de C.V., México, 2003.
- Barragán Salvatierra, Carlos DERECHO PROCESAL PENAL. 2ª. Ed. Editorial McRAWILL/INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C.V., México, 2002,
- Carrancá y Trujillo, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO. 20ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 2001.
- Colin Sánchez, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 17ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1998.
- De La Cruz Agüero, Leopoldo. EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. 2ª. Ed. Editorial Porrúa, S.A de C.V., México, Distrito Federal, 1996.
- Fontan Palestra, Carlos. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. 13ª. Ed. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- Flores Prada, Ignacio. EL PROCESO PENAL. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000.
- García Ramírez, Sergio. CURSO DE DRECHO PROCESAL PENAL. 5ª. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1999.
- González Bustamante, Juan José. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. 3ª Ed. Editorial Porrúa, México 1959.

- H. Lorences, Valentín. EXCARCELACIÓN Y EXENCIÓN DE PRISIÓN. Editorial Universidad S.R.L. Buenos Aires, 2002.
- Jiménez de Asúa, Luis. LECCIONES DE DERECHO PENAL. volumen 3, Ed. 5, Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V., México, Distrito Federal, 2001.
- Krisberg, Barry. CRIME AND PRIVILEGE. TOWARD A NEW CRIMINOLOGY. PRENTICE MAY, INC. ENGLEWOOD CLIFFS, NEW JERSEY. México, 1999.
- Manzini, Vincenzo. TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL. Tomo III, 16ª. Ed. Editorial Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1996.
- Malo Camacho, Gustavo. DERECHO PENAL MEXICANO. 4ª. Ed. Editorial Porrúa, México 2001.
- Moreno Catena, Víctor. EL PROCEDIMIENTO PENAL. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000.
- Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román. DERECHO ROMANO. 6ª. Ed. Editorial Harla, S.A. de C.V. México, 1995.
- Silva Silva, Jorge Alberto. DERECHO PROCESAL PENAL. 2ª. Edic. Editorial Harla, S.A. de C.V., México, 1995.
- Tena Ramírez, Felipe. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. 36ª. Ed. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2004.
- Zafaroni Eugenio, Raúl. EL PROCESO PENAL. Editorial Porrúa, México, 2000.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Alfaro, México, 2004
- Constitución de los Estados Unidos de América. Editorial Luciana, México, 2000.
- Constitución Española. LEGISLACIÓN COMPENDIADA, 2ª. Ed. Editorial Paraninfo, España. 1998.
- Constitución de la Nación Argentina. 4ª. Ed. Editorial Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México. S.A. de C. V., México 1999.
- Código Civil para el Distrito Federal. CÓDIGO CIVIL Y LEYES COMPLEMENTARIAS DEL DISTRITO FEDERAL. 2ª. Ed. Grupo Editorial G.M.G. México, 2004.
- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. LEGISLACIÓN PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Sista, S.A de C.V. México, Distrito Federal, 2004.
- Código Penal Federal, y Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL. Editorial Sista, S.A de C.V. México, Distrito Federal, 2004.
- Código Penal y Leyes Complementarias. Editorial A-Z editora, S.A. 17ª. Ed. Buenos Aires, 2002.
- Del Arco Torres, Miguel Ángel. CÓDIGO PENAL Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA. Editorial Comares, S.L. Granada, 1998.
- Rodríguez Devesa, LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. Leyes Procesales Penales, Editorial Civitas, S.A. España, 1998.

- Ley de Enjuiciamiento Civil Español. 2ª.Ed. Editorial Civitas S.A., España, 1991.
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL. Editorial Sista, S.A. de C.V. México, Distrito Federal.
- Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL Editorial Sista, S.A de C.V.

DICCIONARIOS

- Burgoa Orihuela, Ignacio. DICCIONARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL GARANTÍAS Y AMPARO, 4ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1996.
- Díaz de León, Marco Antonio. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL Y DE TÉRMINOS USUALES EN EL PROCESO PENAL. 4ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 2000.
- Diccionario Jurídico 2004. DESARROLLO JURÍDICO COPYRIGHT. DJ2K-224, Compac Disc. 2000.
- Diccionario Jurídico Mexicano INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. 7ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 2004.
- Enciclopedia Jurídica ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Editorial Bibliográfica Omeba, Tomo XXIII, Pres-Razo, Buenos Aires, Argentina, 1997.
- Enciclopedia Microsoft R Encarta 2000. Editorial Microsoft Corporation. Reservados Todos los derechos, 1993-1999.
- V. Silva Armando. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Editorial Bibliográfica Omeba, Tomo I "A". Buenos Aires Argentina, 2001.

PÁGINAS WEB

INTERNET.<http://WWW.aceproject.org/main/espanol/ei/eih03.htm>
CONABOY P. Richar LA JUSTICIA FEDERAL Y LAS NORMAS DE SENTENCIAS, Internet dirección <http://usinfo.State.Gov/journals/itdhr/1296/ijds/apple.htm>.

INTERNET:<http://www.nuncamas.org/document/internac/cidh79/04.htm>.INFORME DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. EL DERECHO A LA LIBERTAD.

REVISTAS

REVISTA MENSUAL DE JURISPRUDENCIA CIVIL – PENAL.
No.27, Editorial Publicaciones Especializadas Mexicanas, S.A. de C.V., Celaya Guanajuato, Marzo 2000.