



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN



**ESTUDIO DE LAS HIPÓTESIS DE AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD DEAMBULATORIA
PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA
REPÚBLICA,
VIGENTE EN EL ORDEN FEDERAL.**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ALAN ENRIQUE CORTÉS BECERRIL

ASESOR: MTRO. NARCISO RAÚL JUÁREZ GARCÍA

Nezahualcóyotl, Edo. Mex. 2014



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.

ÍNDICE

	Página
1. CAPÍTULO I CONCEPTOS GENERALES	
Introducción	1
1.1. Medidas Cautelares o Precautorias.	3
1.1.1. El arraigo domiciliario.	8
1.1.2. La prohibición de abandonar una demarcación geográfica	11
1.2. El arraigo.	11
1.2.1. Concepto Convencional.	11
1.2.2. Concepto Legal.	12
1.3. Clases de Arraigo.	15
1.3.1. Domiciliario.	16
1.3.2. En lugar distinto.	16
1.3.3. En materia civil.	17
1.3.4. En materia laboral.	18
1.4. Domicilio.	20
1.4.1. Concepto legal.	21
1.4.2. Clasificación.	22
1.4.2.1. Legal.	22
1.4.2.2. Convencional.	23
1.5. El probable responsable.	24
1.6. Delincuencia organizada.	28
2. CAPÍTULO II MARCO JURÍDICO	
2.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.	44
2.2. Código Penal de Procedimientos Penales 1933.	47

2.3.	Código Penal Federal de 1931.	54
2.4.	Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada de 1996.	55
2.5.	Ley Contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal del 2004.	59
3.	CAPÍTULO III EL ARRAIGO CONTEMPLADO EN LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.	
3.1.	El arraigo en el fuero común.	61
3.2.	Estudio del arraigo contemplado en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.	63
3.3.	Aseguramiento y decomiso de bienes señalado en la Ley General Contra la Delincuencia Organizada.	67
3.4.	El proceso penal democrático y el arraigo.	69
3.5.	Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.	76
4.	CAPÍTULO IV ESTUDIO DE LAS HIPÓTESIS DE AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD DEAMBULATORIA PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, VIGENTE EN EL ORDEN FEDERAL.	
4.1.	Plan Nacional 2007 – 2012.	80
4.2.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	92
4.3.	Código Federal de Procedimientos Penales.	98
4.4.	Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.	108

4.5.	La orden de aprehensión.	110
4.6.	Detención en caso de flagrante delito.	113
4.7.	La retención practicada por el Ministerio Público.	114
4.8.	Detención ilegal.	116
4.9.	Retención ilegal.	117
4.10.	El arraigo.	119
	PROPUESTA	143
	CONCLUSIONES	148
	BIBLIOGRAFÍA	151
	LEGISLACIÓN	154

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación de tesis, exponemos las garantías individuales de los gobernados, las libertades del ser humano y los derechos públicos subjetivos. Los derechos de los gobernados nacen universalmente como una fuerte carga de defensa en contra de los actos arbitrarios de las autoridades. Mientras que las ramas de la normatividad jurídica constituyen la regulación de la conducta humana en su vida en sociedad, que afectan la libre determinación y actuación de los seres humanos.

El derecho penal lleva a cabo la afectación de valores destacadísimos del individuo como son la vida, la libertad, la integridad corporal, el desplazamiento sin cortapisas, las propiedades y posesiones, el ejercicio de otros derechos o libertades connaturales a él.

La vida del hombre es el primero de los bienes jurídicamente tutelados por la norma penal sustantiva, y después de ella, se ha considerado que la libertad deambulatoria como la que más es necesario proteger, por lo tanto, y para evitar que se le agravie o se le disminuya con actos de autoridad que no se ajusten al mandato Constitucional y de las leyes secundarias, la alternativa sería: en primer lugar el respeto absoluto y total de la libertad de los individuos, salvo en los caso que la misma ley faculte y siempre y cuando se reúnan los requisitos previstos por nuestra carta magna.

Resulta así, que la libertad personal de los individuos, como principal bien jurídico protegido por la normatividad moderna, puede legalmente ser afectada, y en vez de ser el resultado de una sanción impuesta en resolución final, es utilizada como una medida cautelar o preventiva, que se ordena antes del proceso penal, y no después de agotar todas las etapas procesales. Por eso, en forma genérica se concluye con frecuencia, que en la legislación penal mexicana se ha adoptado la regla de que para sancionar finalmente se empieza por sancionar preventivamente, es decir, se detiene para investigar y no se investiga para detener.

La problemática Constitucional, consiste en disponer de una regulación congruente que se reglamente por las leyes procesales secundarias, en donde se tomen en cuenta tanto la libertad deambulatoria de los gobernados sujetos a la investigación de algún delito. Misma regulación jurídica que evitará el actuar arbitrario de las autoridades encargadas de la investigación de los delitos y servirá como el órgano de control de la actuación del Ministerio Público investigador, quien en caso de

transgredir el parámetro legal puede incurrir en responsabilidad penal. Como es sabido, en la reforma del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2008, introdujo innovaciones respecto al régimen de la privación cautelar de la libertad, esto es, la detención de individuos a quienes se atribuye la comisión de un delito. A este respecto, el precepto constitucional invocado contiene modificaciones necesarias de verdadera relevancia, explicables a la luz de las nuevas detenciones en el procedimiento penal mexicano.

El presente trabajo de tesis pretende ser un instrumento que sirva para desentrañar el sentido y contenido de las garantías Constitucionales de seguridad jurídica, que se contienen en el artículo 16 Constitucional, y que se encuentran estrechamente relacionadas con la libertad deambulatoria de los gobernados, ya que en este precepto constitucional se establecen los requisitos que se deben de reunir las autoridades, para poder restringir esta libertad.

Se hace el análisis crítico de las reformas de 2008 al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para así, llegar a establecer plenamente las diferencias que existen entre las modalidades que establece el artículo que se enuncia, para poder privar de su libertad a los particulares. Modalidades que se enuncian bajo los términos de aprehensión, detención retención y arraigo, los cuales evidentemente contienen sus propias características, y los momentos en que las autoridades del orden penal deben de aplicarlas, para que con sus actos positivos no se vulneren las garantías individuales del particular, a quien se le pretenda instaurar un procedimiento penal, como probable responsable de una conducta que la ley tipifique como delito.

Así mismo, se analizan las leyes vigentes en las cuales se regulan y salvaguardan la libertad deambulatoria de los particulares, marcando los límites al actuar de las autoridades del Estado, pasando desde nuestra Carga Magna, las leyes secundarias que las regulan, como son el Código Penal, el Código Federal de Procedimientos Penales y la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS GENERALES

Antes de abordar el tema central del presente capítulo, es importante destacar que dentro de este apartado abordaremos algunos de los conceptos y definiciones que resultan de suma importancia conocer, para una mejor comprensión del tema, ya que existen vocablos que dentro del mundo jurídico adquieren una connotación diversa a aquella con la cual generalmente los utilizamos en la vida cotidiana y algunos otros que por no usarlos en nuestro léxico cotidiano, desconocemos completamente su significado: razón por la cual, para lograr una mayor comprensión del tema es necesario entender aquellos vocablos que utilizaremos con mayor frecuencia y en torno a los cuales versará el desarrollo de la investigación.

1.1 MEDIDAS CAUTELARES O PRECAUTORIAS.

Para poder entender la naturaleza jurídica del arraigo, es menester comprender el concepto de medida cautelar, para lo cual, primeramente diremos que en el sentido gramatical el vocablo cautelar significa: *“Prevenir o dificultar la consecución de algo, precaución y reserva con que se procede; precaution, it cautela, I caution, cautela”*.¹

En el diccionario jurídico del maestro Rafael de Pina Vara, las medidas cautelares son definidas de la siguiente manera: *“dícese de aquellas establecidas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo...”*²

Ahora bien, para el maestro Pallares son: *“... las que autoriza la ley para que el*

¹ Diccionario enciclopédico Espasa, Calpe III, Editorial Porrúa, México. 1987.

² DE PIÑA VARA. Rafael, Diccionario de Derecho, vigésimo tercera edición. Editorial Porrúa, México, 1996.

titular de un derecho subjetivo asegure oportunamente su ejercicio cuando carece de un título ejecutivo mediante el cual puede de inmediato obtener la ejecución judicial del mismo. Además se dictan siempre con el carácter de provisionales y se encuentran sujetas a lo que resuelve la sentencia definitiva”. Siguiendo al mismo autor, también las define como “un proceso preliminar... cuando se trata de asegurar con anticipación las condiciones necesarias para la ejecución de la eventual sentencia definitiva...”³

Para Enrique Lino Palacio, son: “... una pretensión cautelar dado que carece de autonomía funcional, por cuanto a su funcionalidad consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o la resolución que debe dictarse en otro nexo de Instrumentabilidad o subsidiaria pues, más que para hacer justicia, sirve para asegurar el eficaz funcionamiento de ésta..”⁴

Por su parte Piero Calamandrei indica que: “... la providencia cautelar es definitiva, pues está encaminada a prevenir el daño que se podría derivar por el retardo de la misma...”⁵ Así mismo cuando nos da la Justificación y finalidad de las medidas cautelares hace el siguiente análisis: “... A fin de que la integración del Derecho obtenido por vía jurisdiccional pudiera resultar prácticamente de Igual eficacia y oportunidad qua la ejecución voluntaria, serla necesario que la declaración de certeza y práctica de los medios de coacción actuasen instantáneamente, de manera que tomasen la situación de hecho como era en el momento en que, de la norma abstracta nació en precepto individualizado y de poder prever así re adhuc Integra. Pero esta Instantaneidad del acto Jurisdiccional no es prácticamente posible porque el desarrollo de las actividades Indispensables para llegar a la declaración de certeza y después a la coacción, exige casa siempre un tiempo no breve, de suerte que exista el peligro de que mientras los Órganos Jurisdiccionales suponen a la obra para prever, la situación de hecho.se altera de un modo tal que haga resultar

³ PALLARES Eduardo, Derecho Procesal, Editorial Fontamara, México 1997, Pág. 119

⁴ PALACIOS LINO, Enrique, derecho Procesal Civil, tomo VIII, Argentina 1993, Pág. 453

⁵ CALAMANDREI PIERO, Introducción al estudios sistemático de las providencias cautelares, Argentina, 1994, Pág. 99

Ineficaces e ilusorias sus providencias, destinadas así a llegar demasiado tarde, cuando el daño sea ya irremediable. A evitar que el daño producido por la inobservancia del derecho resulte agravado por este inevitable retardo del remedio jurisdiccional (periculum in mora), esta pre ordenado precisamente la actividad cautelar, la cual, mientras se esperan las providencias definitivas destinadas a hacer observar el derecho, prevé a anticipar provisoriamente sus posibles efectos ...”⁶ Así la garantía cautelar aparece “... como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho, la misma está destinada, más que a hacer justicia a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su cometido ...”⁷

Respecto a este tema asume el maestro Carnelutti que: “...cautelar se llama el proceso cuando en vez de ser autónomo sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo), a lo largo de cuyo curso puede disponerse una cautela, por eso, cautelar puede ser o no un proceso entero, sino un acto (una providencia) del proceso definitivo...”⁸

Después de haber analizado a algunos de los juristas más reconocidos, es recomendable establecer que las medidas cautelares, también conocidas en nuestro derecho como precautorias, tienen como finalidad la de evitar que en el curso de un proceso, acontecimientos imprevistos, en relación con las circunstancias relativas tanto a las personas como a sus bienes, produzcan el resultado de que la sentencia que se dicte resulte total o parcialmente ineficaz.

En el diccionario jurídico de los grandes juristas las medidas cautelares se explican: “... como aquellas establecidas por el juez con el objeto de Impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y

⁶ Idem, pág. 157

⁷ Idem, pág., 158

⁸ CARNELUTTI Francesco, Instituciones del Proceso Civil, Ediciones Jurídicas Europea, Argentina, pág. 86

con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo”.

El mismo diccionario sigue diciendo que son las recomendables recabar para evitar la salida de algún bien del patrimonio del deudor en desmedro de la garantía colectiva de los acreedores.

En principio pueden ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, la cual implica que no es menester aguardar el reconocimiento del derecho que se invoca por la otra parte ni la sentencia que en su caso así lo declare y sólo presupone la verosimilitud del derecho invocado.

En tanto que por medida precautoria se entiende que: *“son medidas jurídicas para anticipar algunos efectos de las sentencias o bien para mantener la situación existente hasta que se emita la sentencia firme. Actos previos al proceso que pretenden fundadamente conservar la materia del litigio, el objeto de la Controversia...”*⁹

Por cuanto toca a la materia penal que es la que nos ocupa las medidas precautorias o cautelares, son un medio creado por el legislador atendiendo a las necesidades imperantes en un momento histórico determinado y que dichas medidas sean las adecuadas para procurar a toda una sociedad, la justicia que el mismo pueblo reclama de la autoridad encargada para tal efecto.

El máximo Tribunal de nuestro país se ha pronunciado al respecto en sus jurisprudencias, como en la que a continuación se transcribe:

⁹ CANALES MENDEZ Javier G. Gran diccionario de los grandes juristas editores libros técnicos, México.

MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICION NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA.

Conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la garantía de previa audiencia, establecida en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, únicamente rige respecto de los actos privativos, entendiéndose por estos los que en sí mismos persiguen la privación, con existencia independiente, cuyos efectos son definitivos y no provisionales o accesorios. Ahora bien, las medidas cautelares, constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan generalmente, por ser accesorias y sumarias; accesorias, en tanto la privación no constituye un fin en sí mismo; y sumarias, debido a que se tramitan en plazos breves y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia, por lo que tales medidas, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo. Constituyen un instrumento no sólo de otra resolución, sino también del interés público, pues buscan restablecer el ordenamiento jurídico conculcado desapareciendo, provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica, por lo que debe considerarse que la emisión de tales providencias no constituye un acto privativo, pues sus efectos provisionales quedan sujetos, indefectiblemente, a los resultados del procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten, donde el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere convenientes; consecuentemente, para la Imposición de las medidas en comento no rige la garantía de previa audiencia.

Amparo en revisión 284/94 Cuauhtémoc Alvarado Sánchez. 27 de febrero de 1995
Once votos Ponente.

Humberto Román Palacios. Secretaria: Laura G de Velasco de J. O'Farri.

Amparo en revisión 322/94 Elia Contreras Alvarado 9 de julio de 1996 Once votos.

Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario Juan Carlos Cruz Razo.

Amparo en revisión 710/95. Jorge Arturo Elizondo González 16 de mayo de 1996. Unanimidad de nueve votos Ausentes Juventino V. Castro y Castro y Genaro David Góngora Pimentel Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia Secretario Óscar Germán Cendejas Gleason.

Amparo en revisión 1749/94. Adalberto Hernández Pineda y otro. 29 de enero de 1996. Unanimidad de diez votos Ausente José Vicente Aguinaco Alemán Ponente Juan Díaz Romero. Secretario Jacinto Figueroa Salmorán

Amparo directo en revisión 262/97 Gabriel Neira Rodríguez, 29 de septiembre de 1997 Unanimidad de diez votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano Ponente. Juan N Silva Meza Secretario Alejandro Villagómez Gordillo.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de febrero en curso, aprobó, con el numero 21/1998, la tesis Jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

1.1.1 EL ARRAIGO DOMICILIARIO.

El arraigo domiciliario es una de las dos figuras que el derecho penal mexicano contempla como medida cautelar o precautoria, ésta se encuentra plasmada en los artículos 133 bis y 205 del Código Federal de Procedimientos Penales, nos referimos exclusivamente a dicho ordenamiento, puesto que el tema de investigación se refiere a la materia federal.

Dentro de este apartado haremos una breve reflexión de lo que implica el arraigo domiciliario, primeramente diremos que arraigar a una persona en su domicilio implica que ésta no tenga libertad para desplazarse de un lugar a otro, es decir, debe

permanecer por un lapso determinado dentro de su domicilio, y esta situación puede ser por dos razones, por ser un testigo y que el juez estime necesaria su permanencia, además de que existan razones que hagan presumir que de no imponerle el arraigo, sea imposible lograr su ubicación y comparecencia a declarar o bien porque se tenga un temor fundado de que de no arraigarse a la persona, ésta pueda ser dañada por las personas contra las que testificó, por otro lado el arraigo domiciliario también lo puede dictar el juzgador en contra del indiciado dentro de la averiguación previa a petición del órgano investigador o durante el proceso en contra del encausado cuando no haya lugar a prisión preventiva, pero exista el riesgo de que dicho inculcado o procesado pueda darse a la fuga y así evadir la acción de la justicia.

Después de haber puntualizado lo anterior se puede decir con plena certeza que el arraigo es un instrumento que tiene el juzgador para evitar un grave e irreparable daño a alguna de las partes o a la sociedad.

El arraigo domiciliario se justifica porque los intereses de la sociedad son de orden colectivo y se ven involucrados en la persecución de los delitos y si bien es cierto que se ve agraviada la libertad de tránsito de una o varias personas, también lo es que el interés personal o particular no puede ni debe estar por encima del interés colectivo; ya que de otro modo no se aseguraría el debido desarrollo de los procedimientos penales y además se evita que los inculcados burlen la acción de la justicia.

Las anteriores aseveraciones tienen sustento con el criterio jurisprudencial que se cita:

SUSPENSIÓN, EFECTOS. ORDEN DE APREHENSIÓN, SI ESTÁ
ARRAIGADO EI QUEJOSO.

Si bien es cierto que de la interpretación a contrario sensu del párrafo quinto del artículo 136 de la Ley de Amparo, se desprende que cuando la orden de aprehensión se refiera a delito que conforme a la ley permita la libertad provisional bajo caución, la suspensión respectiva deberá tener el efecto de que no se cumpla mientras tanto se resuelva el juicio de amparo sin perjuicio de que el Juez de Distrito dicte las medidas que estime necesarias para el aseguramiento del quejoso, con la finalidad de que pueda ser entregado a la autoridad responsable en caso de no concedérsele el amparo; dicha regla no tiene aplicación cuando el quejoso ya se encuentra limitado en su libertad de tránsito en virtud de un arraigo decretado por la autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público, de conformidad con la legislación secundaria. Lo anterior en virtud de que al tener la institución del arraigo, la doble finalidad de facilitar tanto la integración de la averiguación previa respectiva como llegado el caso, el evitar que se imposibilite el cumplimiento de la orden de aprehensión que llegue a dictarse y el hacer efectiva la sanción privativa de la libertad, funciones que tiene encomendadas constitucionalmente el Ministerio Público, es indudable que la suspensión que se llegara a otorgar contra la respectiva orden de aprehensión, para que no sea cumplimentada a pesar de que pudiera tratarse de un delito no grave y que por tal circunstancia permitiere la libertad provisional bajo caución, frustraría la culminación de un proceso que ya se inició y que está autorizado por la propia ley, sin ninguna justificación, contrariando el espíritu con el que tanto la jurisprudencia como la doctrina, han concebido la medida cautelar de la suspensión en el juicio de amparo, esto es, el simple mantenimiento de las cosas en el estado que guarda pero bajo ningún concepto, el frustrar de manera definitiva el objetivo de una medida cautelar legalmente establecida cuyo inicio ya tuvo verificativo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 77/98. Salvador Giordano Gómez. 20 de octubre de 1998 Unanimidad de votos. Ponente Elvia Díaz de León de López Secretaria. Celia García Luna.

1.1.2 LA PROHIBICIÓN DE ABANDONAR UNA DEMARCACIÓN GEOGRÁFICA.

Esta figura se encuentra contemplada en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y tiene la misma finalidad del arraigo, solo que con mayores libertades de tránsito para el afectado por dicha providencia, con más amplitud en el radio de acción en las actividades cotidianas de que se trate, con la salvedad de que esta medida precautoria solamente se dicta dentro de la averiguación previa, ambas figuras persiguen el mismo objetivo y aunque son muy similares entre sí, ya se han señalado las diferencias que tienen.

1.2

ARRAIGO.

En aras de buscar una mejor comprensión del tema central de este trabajo, es menester precisar primeramente qué debemos entender por el vocablo "arraigo", dentro de la comprensión común o cotidiana para posteriormente trasladar ese concepto al campo jurídico y en última instancia, al ámbito del derecho procesal penal federal.

1.2.1

CONCEPTO

CONVENCIONAL.

El diccionario enciclopédico universal, define al arraigo como *"...el efecto de arraigar y entendiéndose éste como echar raíces, establecer firmemente, afirmar una cosa."*¹⁰

La palabra arraigo se deriva de las raíces latinas "ad" y "radicare", del vocablo "radix", raíz. *En un sentido figurado hace referencia a los bienes raíces, de modo que arraigar es asegurar la responsabilidad a los resultados de un juicio o con motivo de un*

¹⁰ Diccionario Enciclopédico Universal; Editorial Credsa, España, 1972

1.2.2

CONCEPTO

LEGAL.

Rafael De Pina en su diccionario jurídico define al arraigo como:

"...acto procesal de naturaleza precautoria que procede a petición de parte, cuando hubiere el temor de que se ausente u oculte la persona que vaya a ser demandada o lo haya sido ya, la cual en virtud del arraigo, no podrá ausentarse del lugar del juicio sin dejar representante legítimo suficientemente instruído y expensado para responder de las resultas del procedimiento judicial de que se trate ...".¹²

En el diccionario jurídico Joaquín Escriche se conceptualiza al arraigo como: *"...latín-ad-a y radicarse, radicar, int. Echar raíces, afianzarse, consolidarse mucho en un vicio, una virtud, un afecto, una costumbre, etc. De manera de que sea difícil de erradicar o quitar..."* 13

Respecto al arraigo en el diccionario jurídico mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, se localiza la siguiente definición: *"...(Acción y efecto de arraigar; del latín ad y Radicare, echar raíces). En la legislación actual se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte, .. Arraigo penal. I. 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*

¹¹ Enciclopedia Jurídica Omeba

¹² DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, vigésimo tercera edición, Editorial Porrúa, México 1996

¹³ ESCRICHE, Joaquín, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia civil, penal, comercial y forense.

imprudenciales (sic) (ahora denominados culposos) o de aquellos en los que no proceda la prisión preventiva... IV. En materia federal, la disposición del artículo 133 bis es más escueta, en cuanto dispone en términos genéricos que, cuando con motivo de una averiguación previa, el Ministerio Público, estime necesario el arraigo, de acuerdo con las características del hecho impugnado y las circunstancias personales del inculpado, solicitará dicha medida al Juez respectivo, el cual, oyendo al presunto responsable, ordenará el arraigo con vigilancia a cargo del Ministerio Público y de sus auxiliares. El arraigo en la esfera federal se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa, no pudiendo exceder de treinta días, prorrogables por igual plazo a petición del Ministerio Público. El juez resolverá escuchando al propio Ministerio Público y al arraigado sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo. V. Por lo que respecta a la medida precautoria durante el proceso, los artículos 301 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 205 del Código Federal de Procedimientos Penales, disponen que cuando por la naturaleza del delito o la pena aplicable, el inculpado no deba ser internado en prisión preventiva, pero existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público, podrá solicitar al juez en forma fundada y motivada, o éste disponer de oficio con audiencia del procesado el arraigo de éste, con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún, caso pueda exceder del plazo en que deba resolverse el proceso. El citado artículo 205 del Código Federal de Procedimientos Penales establece además, que el arraigo no puede prolongarse más allá del plazo establecido durante la Investigación por el artículo 133 bis del mismo ordenamiento, es decir, treinta días prorrogables por el mismo tiempo; pero dentro del proceso, deben respetarse los plazos constitucionales, es decir, de cuatro meses cuando se trate de delitos sancionados con pena de prisión que no exceda de dos años (actualmente son cuatro años) y dentro de un año, cuando la sanción corporal sea mayor (artículo 20, fracción VIII Constitucional)". ¹⁴

Por su parte, Marco Antonio Díaz de León en su diccionario de derecho procesal penal y de términos usuales define como arraigo: “...en nuestro sistema procesal

¹⁴ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, decima edición, 1997

penal, el arraigo es una medida cautelar que, durante la averiguación previa, se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que éste cumpla con los requerimientos del Ministerio Público en razón de la investigación de un hecho delictivo (artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales). Es decir, las medidas de aseguramiento en los procedimientos penales pueden ser también de carácter personal, para garantizar el desarrollo del proceso, así como la efectividad de la sanción, privativa de libertad, en los casos de sentencias condenatorias de tal pena.

Para estos supuestos, nadie duda que desde la averiguación previa se deben efectuar las medidas conducentes a efecto de estar en posibilidad de integrar el cuerpo del delito, la presunta responsabilidad y así, ejercitar la acción penal; asimismo, nadie ignora que los sujetos a averiguación son proclives a eludirla ocultándose o fugándose, por lo cual es manifiesta la dificultad que enfrenta el representante social para integrar los elementos antes señalados, con objeto de hacer factible la función persecutoria encomendada por el arraigo en el Código Federal de Procedimientos Penales; en el citado artículo 133 bis de la ley precitada, por ejemplo, se determina la facultad de dicho Ministerio Público Federal, para solicitar al órgano jurisdiccional el arraigo del inculcado en los casos en que se estime necesario.

Concedido el arraigo por el juez, en los términos descritos, se entiende que la regla general sobre su duración será la del tiempo estrictamente indispensable para determinar en la averiguación previa si existe o no la presunta responsabilidad del inculcado, debiendo levantarse dicho arraigo. No obstante, la indicada regla general, el legislador dispuso un plazo de treinta días, prorrogables por otros treinta a petición del Ministerio Público, como máximo de la duración del arraigo...”¹⁵

Sobre este concepto Palomares lo describe como: “...fianza de arraigo, dicese la que

¹⁵ DIAZ DE LEON Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, tercera edición, México 1997

se da hipotecando u obligando bienes raíces. Derecho a que se exija de algunos litigantes de que permanezcan con el juicio y respondan de sus resultados, se exige más bien a extranjeros...”¹⁶

Martínez García Jorge Sebastián establece que: *“...el arraigo procesalmente hablando, es considerado como un acto prejudicial, cuando se realiza con anterioridad a un juicio, cuando hubiere temor de que se ausente o se oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda Como providencia precautoria. El arraigo podrá decretarse cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, encaminada a asegurar el cumplimiento de una sentencia definitiva que dicte el juzgador a petición de la parte Interesada. La finalidad es impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio, sin dejar un mandatario o representante que pueda contestar la demanda, según corresponda al proceso y responda de la sentencia que se dicte. El arraigo se extiende al deudor, tutores, albaceas, socios y administradores de bienes ajenos...”¹⁷*

Cabe hacer mención que cada uno de los diferentes juristas aquí citados, incluso aquellos a los que no se ha hecho referencia, tienen un concepto muy similar, ya que son coincidentes en que el arraigo es una medida cautelar o precautoria, con la que se pretende que el indiciado no se sustraiga a la acción de la justicia, es decir se trata de mantenerlo en un lugar determinado hasta que se resuelva su situación jurídica.

1.3 CLASES DE ARRAIGO.

Después de haber definido al arraigo tanto convencional como legalmente, debemos

¹⁶ PALOMAR DE Miguel, Diccionario para juristas, Editorial Mayo, México 1996

¹⁷ MARTINEZ GARCIA Jorge Sebastián, revista juridical *Locus Regis Actum*, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, numero 22, junio del 2000,p.161

establecer algunos de los tipos o clases que del mismo se contemplan en nuestro derecho actualmente, ya que aunque todos persiguen un fin similar, tienen diferencias que resultan importantes al momento de solicitarlo al juez y cuando éste decide concederlo o negarlo.

1.3.1 DOMICILIARIO.

Este tipo de arraigo es el que contempla el Código Federal de Procedimientos Penales vigente en nuestro país y como su nombre lo indica, es aquel que se lleva a cabo en el domicilio del afectado por tal medida.

1.3.2 EN LUGAR DISTINTO.

Al establecer que se arraiga a una persona en lugar distinto hacemos referencia a que dicha medida cautelar se lleva a cabo fuera del domicilio de ésta, pudiendo ser cualquier lugar el cual se destine para alojar a la persona contra la cual se dicta la medida, amén de señalar que el arraigo en nuestro país solamente se encuentra regulado cuando se decreta en el domicilio del afectado por esta providencia, por lo cual es recomendable establecer que cualquier arraigo que se lleve a cabo en un lugar diverso, no tiene ningún sustento jurídico y da como resultado que las autoridades de manera arbitraria e infundada le impongan al arraigado permanecer en un lugar que en un momento dado podríamos llamar una "cárcel privada", en la cual quizás no existan los servicios mínimos para poder vivir adecuadamente el tiempo que dure la medida dictada por el juzgador, en la actualidad es común que las personas que son arraigadas sean llevadas a lugares previamente establecidos para ello.

Primeramente es menester señalar que en materia civil esta figura jurídica es considerada como una medida precautoria dictada por el Juzgador a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente o se oculte la persona contra quien deba entablarse una demanda *“...tiene por objeto o finalidad, impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder a la sentencia que se dicte. Se solicita no solo contra el deudor, sino contra los tutores, albaceas, socios y administradores de bienes ajenos.*

También se solicita como acto prejudicial (providencia precautoria), además de acreditar el derecho que tiene el solicitante para gestionarlo y la necesidad de la medida solicitada, deberá dar una fianza suficiente a satisfacción del juez para responder de los daños y perjuicios que se causen si no se entabla la demanda (artículos 235. 239 y 24 1 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Quien haya pedido la providencia precautoria del arraigo de una persona, además de interponer la demanda, deberá presentar éste dentro de los tres días, si el juicio debe llevarse a cabo en el lugar en que se dictó, sino, el Juez deberá aumentar un día más por cada doscientos kilómetros; lo anterior de acuerdo con lo que establece el artículo 250 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En el segundo caso, al tiempo de presentar la demanda, bastará la petición del actor para que se haga la notificación correspondiente y la providencia consistirá en prevenir al demandado para que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, instruido y autorizado para responder de las resultas del juicio.

Y en el tercer supuesto, es decir, después de iniciado el juicio, se substanciará en incidente por cuerda separada, en el cual el peticionario deberá acreditar el derecho que tienen para gestionarse y la necesidad de la medida...”¹⁸

1.3.4 EN MATERIA LABORAL.

La figura del arraigo existe también en materia laboral y la encontramos en el capítulo XV de la Ley Federal del Trabajo en el título de las providencias cautelares, donde se sigue la técnica legislativa de estas medidas en la materia civil, inicia en el artículo 857 que a la letra reza: *“los presidentes de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, o los de las mesas especiales de las mismas a petición de parte, podrán decretar las siguientes medidas precautorias.*

1.- Arraigo, cuando haya temor de que se ausente u oculte la persona contra quien se Interponga o se haya entablado una demanda...”¹⁹, en la regulación por nuestro ordenamiento procesal laboral, aunque las precautorias se decretan a petición de parte, el principio que rige las relaciones laborales es el principio de justicia social; en este sentido, nos parece más bien que la precautoria va dirigida al patrón, que se presume que quiera evadir las responsabilidades de las demandas contra él interpuestas, el artículo 858 menciona que: *“las providencias precautorias podrán ser solicitadas al presentar la demanda o posteriormente, ya sea que se formulen por escrito o por comparecencia. En el primer caso se tramitarán previamente al emplazamiento y en el segundo por cuerda separada. En ningún caso se pondrá la solicitud en conocimiento de la persona contra quien se pida la providencia. En este artículo se precisan los tiempos en los que se presenta la solicitud, cómo se puede formular y el tiempo en que se tramita.*

¹⁸ PALLARES Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México 1994

¹⁹ Ley Federal del Trabajo, Sista. México. 2013.

La nota distintiva que plantea el propio artículo y marca la diferencia con el proceso civil donde se proporciona oportunidad al arraigado de ser informado de la medida precautoria interpuesta en su contra; en materia laboral se prohíbe informar de dicha medida y dice: “en ningún caso se pondrá la solicitud en conocimiento de la persona contra quien se pida la providencia; en otro punto similar al civil, se le otorga la posibilidad de dejar representante legítimo instruido y expensado sin señalar ninguna pena en caso de no cumplir, y por último la penalidad del arraigado en caso de quebrantar ésta figura respecto de la cual el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció, al resolver sobre la constitucionalidad del artículo 564 de la Ley Federal del Trabajo de 1931, cuyo contenido se reiteró en el actual artículo 857 de la vigente legislación laboral, según se ve de la siguiente tesis:

*“LEY FEDERAL DEL TRABAJO. SU ARTÍCULO 564 ES CONSTITUCIONAL.
ARRAIGO EN MATERIA LABORAL.*

Es verdad que falta una disposición normativa que comprenda expresamente, dentro de las autoridades a que estará subordinado el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 11 Constitucional, a las juntas de conciliación y arbitraje, pero tal situación no se debe a otra cosa que a la circunstancia de que el derecho del trabajo no era concebido como una rama autónoma del derecho, sino que estaba encuadrado aún dentro del derecho privado. En efecto la disposición aprobada por el Constituyente de 1916, que no ha sufrido modificaciones, fue tomada por el proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, del artículo 11 de la Constitución de 1857 y de la reforma que sufrió en el año de 1908, ésta agregó al precepto de 1857, las restricciones a la libertad de tránsito impuestas por necesidades migratorias y de salubridad, en tanto que el artículo 11 del proyecto de Carranza adicionó la disposición relativa a los extranjeros perniciosos. Así pues, el no incluir en el precepto a las Juntas, se debió a que al elaborar el artículo en cita, se siguió un procedimiento de tradición legislativa en la que la materia laboral se encuentra regulada en el derecho común, procedimiento que no se relacionaba, lógicamente,

con el impulso renovador que introdujeron los derechos obreros que otorga el artículo 123 Constitucional en cuya fracción XX se establecieron las juntas de conciliación y arbitraje que dio como resultado la Ley Federal del Trabajo, contenida en el decreto del día 18 de agosto de 1931. De lo expuesto se concluye que el arraigo en materia del trabajo tiene la misma fundamentación constitucional del artículo 11, al disponerse que el ejercicio del derecho que tal precepto consagra, estará subordinado a las facultades de la autoridad Judicial, en los casos de responsabilidad civil, siendo equivocados los argumentos que hacen una interpretación literal y errónea del artículo Constitucional a que se ha hecho mención, ya que este admite una interpretación en relación con la época en que el derecho del trabajo estaba clasificado aún dentro del derecho privado. El precepto en cuestión tampoco infringe el artículo 14 Constitucional al privar de derechos sin cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento, porque no prohíbe ninguno, de los derechos que comprende la libertad de tránsito, consignados en el artículo 11 Constitucional, sino que la persona sujeta al arraigo podrá ejercitarlos libremente, sin requisito alguno, siempre que deje apoderado debidamente expensado para responder de los resultados de la controversia.

Tampoco viola el artículo 16 Constitucional, porque la autoridad que ordene el arraigo no funde ni motive la causa legal del mismo. puesto que el auto que origina la molestia de que habla el artículo 16 se funda en una ley que lo autoriza, la Ley Federal del Trabajo en su artículo 564, que, como se ha demostrado, no viola los artículos 11 y 14 constitucionales, y por consiguiente tampoco el 16²⁰

1.4

DOMICILIO.

“... la palabra domicilio viene del latín domus y colo, de domus colere, habitar una casa....”²¹

²⁰ Impresión de la página 27, Volumen 09, Primera Parte, Séptima Época, Seminario Judicial de la Federación.

²¹ DIAZ DE LEON Marco Antonio, Diccionario Penal, Tercera edición, Editorial Porrúa, México 1998

Según Marco Antonio Díaz de León, “... el domicilio parte de dos elementos, la residencia (ánimo de pertenecer en la habitación) y la permanencia en un lugar (vinculación de persona y lugar con ánimo de nexo duradero). Es decir, podría entenderse como morada fija o permanente. Al respecto, se entiende por residencia el lugar en que la persona tiene su morada habitual y por permanencia con el propósito de establecerse”.²²

En casos ordinarios, no ofrece ninguna dificultad la noción de domicilio. Pero, algunas situaciones excepcionales, cuando una persona divide su tiempo en varias residencias, ha sido necesario determinar cuál es la que al predominar sobre las demás, merece verdaderamente el nombre de domicilio. En este orden de Ideas, ha llegado a definirse domicilio como “...lugar donde una persona establece el asiento principal de su morada o negocios...”²³

1.4.1

CONCEPTO

LEGAL.

Se denomina domicilio legal de las personas físicas aquél que de manera imperativa se fija a determinadas personas generalmente para su protección en atención a su incapacidad o el desempeño de determinadas funciones, así el domicilio de los incapaces es el de sus representantes; para los casados, el domicilio conyugal es el que han elegido de común acuerdo, aunque después alguno lo abandone; el de los militares, servidores públicos y funcionarios diplomáticos, es el lugar en donde desempeñen sus respectivos empleos; para los extranjeros en misiones en el país, el que tenían antes de su comisión.

“...sin embargo, el concepto Jurídico de “domicilio”, comprende dos elementos: uno

²² Ídem.

²³ DE PINA BARRERA Rafael, Diccionario de Derecho. Decima edición, Editorial Porrúa, México 1990

objetivo y el otro subjetivo. El primero está constituido por la residencia de una persona en un lugar determinado y el segundo por el propósito de dicha persona de radicarse en ese lugar.

La ley presupone que se conjuntan estos dos elementos cuando una persona reside por más de seis meses en ese lugar”. 24

1.4.2

CLASIFICACIÓN.

Cuando hablamos de clasificación nos referimos a la manera en cómo se ordenan determinados conceptos de acuerdo a su origen o naturaleza y a continuación veremos cómo se ha clasificado el concepto domicilio.

1.4.2.1

LEGAL.

En este orden de Ideas, el domicilio se encuentra regulado en el título tercero del Código Civil para el Distrito Federal, de aplicación supletoria para la materia penal en los artículos 29 al 34 así, el domicilio de las personas físicas es el lugar en donde residen habitualmente y, a falta de este, el lugar del centro principal de sus negocios, en ausencia de éstos, el lugar en donde simplemente residan y en su defecto, el lugar donde se encuentren.

Conforme al artículo 29 del Código en mención, señala que se presume que una persona reside habitualmente en el lugar cuando permanezca durante seis meses.

El domicilio legal de una persona física, es el lugar en donde la ley fija su residencia

²⁴ MARTINEZ GARCIA Jorge Sebastián, revista jurídica *Locus Regis Actum*, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, número 22, junio del 200, p.165

para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones aunque de hecho no esté físicamente presente.

Si una persona tuviere varios domicilios, más de dos, se le considera domiciliada en el lugar que simplemente reside, y si viviere en varios, aquél en que se encontrare.

El domicilio voluntario es aquél que surge cuando una persona, a pesar de residir en un lugar por más de seis meses, desea conservar su domicilio anterior, para lo cual debe hacer la declaración correspondiente ante las autoridades respectivas, lo anterior con fundamento en el artículo 34 de la Ley en Cita. Pese a lo anteriormente anotado, la entonces Tercera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto al domicilio definió:

"DOMICILIO, CONCEPTO DE. El domicilio, conforme al artículo 29 del Código Civil del Distrito Federal, no es la casa habitación, sino el lugar o población donde reside una persona con el propósito de establecerse, o el lugar en que tenga el principal asiento de sus negocios, a falta del primero".²⁵

1.4.2.2

CONVENCIONAL.

El concepto convencional es aquel que toda persona comprende y utiliza para designar el lugar en el que vive, es decir no se necesita haber estudiado una determinada carrera, se explica en términos sencillos y sin tecnicismos, por ello este concepto lo podemos expresar en unas cuantas palabras, en este entendido, domicilio a la casa o morada, vivienda fija y permanente, donde uno habita o se hospeda.

²⁵ Quinta época del Semanario Judicial de la Federación, tomo XC, página 2579.

Indudablemente, en la comisión de los hechos delictuosos siempre interviene un sujeto que mediante un hacer o un no hacer tipificado, da lugar a la relación jurídica material y posteriormente a la relación procesal. Esto no implica necesariamente que, por ese solo hecho, pueda ser considerado como sujeto activo del delito, pues esta calidad la adquiere cuando se dicta la resolución judicial condenatoria. No obstante, habrá sido objeto de los actos y formas del procedimiento. Razón por la cual se le debe calificar, en tal caso, como supuesto sujeto activo, nombre aplicable en términos generales, sin desconocer las otras denominaciones que adquiera conforme al momento procedimental de que se trate.

En la actualidad, el hombre es el único autor o posible autor de delitos, pero esto no siempre ha sido igual, antiguamente, entre los árabes y los hebreos, los animales y los difuntos fueron considerados sujetos autores de delitos. El ser humano era tan sólo instrumento de investigaciones y material probatorio. Posteriormente al adquirir carta de naturalización la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, el hombre pasó a ser, en todos los regímenes democráticos, un sujeto de derechos y obligaciones, y su calidad de "parte", se acentúa en forma plena en el sistema acusatorio, en el cual, dentro de la relación jurídico – procesal es la figura principal en torno al cual, gira todo el proceso.

Tanto en la doctrina como en la legislación, al supuesto autor del delito se le han otorgado diversas denominaciones que no necesariamente le corresponden, lo que conduce a la utilización de una terminología carente de técnica.

Para demostrar esta aseveración, basta citar los siguientes nombres: indiciado, probable responsable, imputado, inculcado, encausado, procesado, inculcado, presunto culpable, enjuiciado, acusado, condenado, reo, etc.

El significado de esta terminología es el siguiente:

Indiciado es el sujeto en contra de quien existe sospecha de que cometió algún delito porque se le ha señalado como tal, pues la palabra indicio significa *"el dedo que indica"*.

Imputado es aquél a quien se atribuye algún delito.

Inculcado es aquél a quien se atribuye la comisión o la participación de un hecho delictuoso, tradicionalmente este término se tomaba como sinónimo de "acusado" y se aplicaba a quien cometía un delito, desde que se iniciaba el proceso hasta su terminación.

Encausado es el sometido a una causa o proceso.

Procesado es aquél que está sujeto a un proceso; en consecuencia, la aplicación de tal calificativo dependerá del criterio que se sustente respecto al momento en que se estime se ha iniciado el proceso.

Incriminado, a este término corresponde la misma significación que establecimos para imputado e inculcado.

Probable responsable es aquél en contra de quien existen elementos suficientes para presumir que ha sido autor de los hechos que se le atribuyen y en un momento procesal determinado será objeto de una declaración judicial que lo considere culpable.

Enjuiciado es aquél que es sometido a juicio.

Acusado es aquél en contra de quien se ha formulado una acusación.

Condenado es aquél que está sometido a una pena.

Reo es aquél cuya sentencia ha causado ejecutoria y en consecuencia está obligado a someterse a la ejecución de la pena por la autoridad correspondiente.

Calificar impropriamente al supuesto sujeto activo del delito no sólo es demostración de un atraso inconcebible en esta materia, sino también, conduce a situaciones injustas para quien por efecto de la denuncia o de la querrela se ve sujeto a ciertos actos procedimentales, sin que ello signifique siempre que esté colocado dentro de las normas del Derecho Penal Sustantivo.

Con relación a la terminología, es conveniente determinar si debe emplearse solamente uno de los calificativos mencionados y en tal caso, precisar cuál sería el indicado; o de lo contrario, si debe utilizarse uno distinto para cada etapa procedimental.

En la legislación mexicana, el Constituyente de 1917, al referirse al supuesto sujeto activo del delito, usó inapropiadamente los conceptos: acusado, procesado y reo, sin tomar en cuenta el momento procedimental que afecta al sujeto.

Lo mismo ocurrió con los redactores de los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y para el Distrito Federal, pues en ambos ordenamientos le llaman indistintamente inculcado, procesado, probable responsable, indiciado etc.

En la exposición de motivos del Proyecto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, formulado en noviembre de 1963 por una comisión encabezada por el Procurador del Distrito Federal indica: *“De igual manera, al suprimirse las diversas fases del procedimiento, que obedecen fundamentalmente a razones de carácter didáctico, fue menester adoptar una denominación para el sujeto primordial del drama penal, sintetizando sus alusiones en un solo denominador: el imputado, habida cuenta que desde el inicio del proceso, la acción penal se ejercita contra un sujeto de imputación, que termina de serlo hasta que se precisa con la verdad legal su condición de sentenciado”*.

En el proyecto de referencia, se utilizó el nombre de imputado en los artículos 27, 30, 31, 32, 36, 39, 54, 89, 91, 93, 102,151, 156, 168, 180,186,3,194,215,223, 233, 240, 244, 247, 256, 260; sin embargo, en los artículos 263 y 266 se hace referencia al reo y en el 269 a sentenciado y reo.

A mi juicio dejó de preverse que, aún proscribiendo la división de las diversas fases del procedimiento, la situación del supuesto sujeto activo del delito sigue siendo cambiante, por eso es más técnico, por ejemplo, llamarle acusado cuando se han formulado conclusiones acusatorias, independientemente que siga siendo objeto de imputación.

En razón de las distintas etapas del procedimiento penal, y atendiendo a sus formas y técnica legal, el supuesto sujeto activo del delito se va colocando en situaciones jurídicas diversas, de tal manera que a ello obedece el que reciba una denominación específica, correspondiente al momento procedimental de que se trate.

No se justifica el otorgarle un solo nombre durante todo el procedimiento debido a que su situación jurídica es variable; por lo tanto me parece correcto llamarse indiciado durante la averiguación previa porque tal nombre deriva de *“indicio, dado*

que señala" y como existen "indicios" de que cometió el delito, será objeto de tal averiguación.

Concluido ese periodo y habiéndose ejercitado la acción penal, al avocarse el juez al conocimiento de los hechos, es decir, a partir del auto de radicación, adquiere el nombre de procesado.

Posteriormente cuando el Ministerio Público ha formulado conclusiones acusatorias, recibirá el nombre de acusado hasta que se dicte sentencia; cuando ésta se ha pronunciado, adquiere el carácter de sentenciado; finalmente cuando la resolución judicial mencionada cause estado, se llamará reo.

1.6 DELINCUENCIA ORGANIZADA.

La delincuencia en México y el mundo es uno de los problemas más grandes en la actualidad; para poder hablar de ella, es necesario saber todo lo que su concepto encierra, el fenómeno de la delincuencia puede considerarse desde una perspectiva social y desde otra jurídica.

Desde el punto de vista jurídico se considera delincuente a quien comete una acción o una omisión contraria a la ley vigente.

Desde un punto de vista social se puede decir que el delincuente es quien comente "actos dañosos" para con uno mismo, para sus semejantes o para los intereses morales y materiales de la sociedad. Sin embargo en este caso no hablaremos solo de la delincuencia sino una de sus formas como es la delincuencia organizada que se ha convertido en uno de los problemas más grandes que atraviesa la comunidad mundial y para que ir tan lejos, si en nuestro país día con día se sabe de cualquier

suceso relacionado con éste tema.

Por lo que hace a la historia en nuestro país respecto al fenómeno llamado delincuencia organizada, comienza a finales de los años setenta, con el surgimiento de un nuevo fenómeno delictivo, el cual mostraba como una de sus características principales, el acaparamiento de enormes recursos económicos y la organización jerarquizada de sus integrantes.

Debido a la capacidad económica que poseían, el camino de la impunidad y corrupción se les facilitaba: las conductas antisociales y delictivas en su caso, eran observables en todos los niveles del acontecer social y es cuando empiezan a formarse los primeros antecedentes de la delincuencia organizada.

Este fenómeno delictivo que sufre la sociedad moderna en el ámbito mundial, se sale del delito común "tradicional", con el cual "cuenta y ha contado" toda sociedad porque siempre ha existido el robo, el homicidio, la lesión, el fraude, posiblemente en otros tiempos con nombres distintos; pero el delito ha acompañado siempre al hombre, por lo que a esto se le llamarla delincuencia convencional.

Respecto al tipo de organizaciones Guadalupe González González refiere: *"...se habla de mafias o cárteles de la droga para referirse a las redes de crimen organizado que mueven al mercado, lo cual es impreciso y confuso, pues se trata de organizaciones laxas, abiertas y dinámicas que operan en un mercado altamente competitivo y diversificado, se trata de organizaciones sin líneas claras de autoridad o jerarquías definidas, que en ocasiones operan como empresas de carácter familiar. Estas diferencias en las formas de organización y operación criminal, sugieren que no siempre los golpes directos y fuertes a las supuestas cabezas resultan eficaces para controlar el tráfico de drogas".* 26

²⁶ GONZÁLEZ GONZÁLEZ Guadalupe, La procuración de justicia; problemas, retos y perspectivas, Editorial Procuraduría General de la República, 1994, p. 432

La experiencia ha mostrado que si bien es cierto son entes delictivos organizados, se sabe de antemano que puesto o jerarquía tiene cada uno de ellos en la agrupación, además está definida la actividad que le toca realizar a cada uno; y no se debe olvidar que estos grupos son originalmente un conjunto de familias con una forma de “gobierno” patriarcal, que con sus normas de jerarquía y lealtad entre sus miembros conservan la organización, la cual es de tipo mafioso, pero son también dinámicos, abiertos y tiene un objetivo o finalidad muy clara en cuanto a las actividades que realizan, y si tomamos en cuenta que en el origen de este tipo de entes delictivos se cuenta con la característica familiar.

Álvaro Bunster Briceño la señala como:

“...la reiteración de acciones delictivas enderezadas a lucrar con la apertura, mantenimiento y explotación de mercados de bienes y servicios, afectados por grupos de personas dispuestas en una estructura jerárquica, dotada al efecto de recursos materiales y de redes especialmente ilimitadas de operación..”²⁷

De igual forma para el maestro Jesús Zamora Pierce, la delincuencia organizada debe estar orientada, entre otros, por los siguientes criterios: *“...la unión de varios delincuentes dentro de algún grupo permanente, jerárquicamente estructurado, con finalidades de lucro, mediante la comisión de delitos que afecten bienes fundamentales de los individuos y de la colectividad, y que, a su vez, alteren seriamente la salud o la seguridad pública.*

El estudio de la delincuencia organizada obliga a pensar en el ejercicio del comercio. En efecto, tanto los delincuentes organizados como los comerciantes, movidos por un afán de lucro, forman asociaciones estructuradas jerárquicamente, a fin de maximizar la productividad de sus recursos humanos y económicos, mediante la

²⁷ BUNSTER BRICEÑO Álvaro, La procuración de justicia; problemas, retos y perspectivas, Editorial Procuraduría General de la Republica, 1994, pag.387.

realización de su conducta profesional en forma masiva. La diferencia radical en este tipo de delincuencia y el comercio estriba en que la conducta del delincuente persigue fines ilícitos...”²⁸

Fernando García Cordero se pronuncia al respecto de la siguiente forma: “... *la delincuencia organizada no es un tipo delictivo, la delincuencia organizada, es una organización genérica que remite al modus operandi de ciertos grupos de delinquentes en la sociedad moderna. Se trata de un modo operativo sustentado en estructuras de organización empresarial, con cuerpos de seguridad propios, con sistemas de comunicación altamente sofisticados y con un apoyo logístico en equipos, armamento, medios de transporte, casas de seguridad, y otro tipo de instalaciones que hacen posible la afirmación en el sentido de que se trate de un Estado dentro de otro Estado. El modelo convencional que suele ser citado, es la producción y tráfico de estupefacientes...”²⁹*

El concepto de delincuencia, no es un concepto eminentemente jurídico, sino que se trata de un vocablo sociológico y de política criminal, que debe preferirse al de criminalidad, puesto que en nuestra dogmática jurídica, no empleamos el término de crimen, sino el de delito.

La diferencia entre ambos vocablos, estriba en las directrices de política criminal que el Estado asume frente a los hechos delictivos. Así, el término crimen, es un concepto sociológico y criminológico que agrupa a todas aquellas conductas que de alguna u otra manera lesionan a la sociedad.

El crimen puede ser desde un insulto menor hasta un delito que lesiona a la humanidad, sin que esto implique que se encuentre regulado por el Derecho en todas las manifestaciones en que se presenta. Y es precisamente la regulación

²⁸ ZAMORA PIERCE Jesús, *La procuración de Justicia; problemas, retos y perspectivas*, Editorial Procuraduría General de la Republica, 1994, pág. 412

²⁹ GARCÍA CORDERO Fernando, *Criminalia*, Editorial Porrúa, año LXII, mayo-agosto, 1996, núm. 2, pág. 154

jurídica, lo que hace que se note la diferencia entre delito y crimen, pues es aquél el único que se encuentra sistematizado en preceptos legales, es la agresión a un bien social y jurídico regulado y reconocido por el Estado, lo que hace que la conducta adquiera el carácter de delito, dejando a todas aquellas lesiones a bienes sociales en general no reconocidas por el derecho, ese nombre de crimen, que sin duda también abarca el concepto mismo de delito.

Por crimen entiende la Real Academia española, “... *la calidad o circunstancia que hace que una acción sea criminosa, número proporcional de crímenes cometidos en un territorio y tiempo determinados.*” ³⁰

De esta manera, el crimen se presenta como un género, mientras que el delito constituye una especie de aquél, que es mucho más lato que éste, pues no discrimina conductas, ya que no atiende al reconocimiento jurídico de éstas.

Ya entendida esta diferencia entre crimen y delito, salta a la vista que no se está hablando directamente de delito, sino de un fenómeno íntimamente relacionado con él, que es la delincuencia.

Se entiende por delincuencia, según la Real Academia Española, como: “... conjunto de delitos, ya en lo general o referidos a un país, época o especialidad en ellos...”³¹

Debe resaltarse el hecho de que al margen de estas diferenciaciones doctrinarias, pero no por ello menos importantes y trascendentales, se encuentran cuestiones consuetudinarias que revelan la constante tradición de llamar en nuestra sociedad delitos a las acciones sin valor. Y lo mismo sucede con la doctrina dogmática que se

³⁰ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Espasa Clape, España, 1992, voz criminalidad.

³¹ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Espasa Clape, España, 1992, voz delincuencia.

empeña por definir el concepto de delito y no así el de crimen como objeto de estudio propio y que le da vida a su rama del conocimiento.

Doctrinalmente hay una diferencia conceptual entre crimen y delito, ya que crimen es la conducta antisocial, propiamente dicha, es un episodio que tiene un principio, un desarrollo y un fin y delito, todos sabemos que es una violación a la ley penal.

La tradición criminológica latinoamericana nos ha llevado a usar más el término delito que el término crimen el cual tiene un origen anglosajón.

El crimen internacional es un acto calificado como delito por la ley nacional, pero que presenta un carácter internacional porque en algunas de sus etapas, ya sea de preparación, desarrollo, ejecución o cuestiones que llenen que ver con la complicidad, intervienen uno o varios países.

En cuanto a los delitos y crímenes, se explican en el ámbito penal o criminológico; actualmente algunos ordenamientos distinguen entre estas figuras, señalando que los ilícitos graves son los crímenes y los leves son los delitos.

Es importante resaltar que la legislación mexicana no realiza la diferencia, a pesar de que en México no se clasifica a los ilícitos atendiendo a su gravedad en crímenes y delitos, sino que se habla de delitos graves y no graves, pero cabe señalar que la gravedad se vincula con un aspecto procesal.

Ahora bien, es importante destacar que la delincuencia organizada o la figura de la delincuencia organizada se ha conceptuado bajo dos normas en el Estado Mexicano, una fue como forma de cometer ciertos delitos y a partir de la creación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, como una figura penal autónoma.

Por lo general, se indica que el tipo penal de asociación delictuosa y delincuencia organizada son figuras Jurídicas muy similares. Ésta afirmación es correcta ya que según el Código Penal Federal se entiende por asociación delictuosa a la asociación o banda integrada por tres o más personas que tienen el propósito de delinquir.

El tipo penal de asociación delictuosa, únicamente exige dos elementos para su integración, uno es la asociación o banda de tres o más personas y dos, el propósito de cometer actos delictivos.

Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han establecido otras características, la permanencia y la jerarquía de los miembros que integran la asociación.

En cuanto a la delincuencia organizada, se desprenden los siguientes elementos: existe pluralidad del sujeto activo; abarca dos comportamientos, uno es que las personas acuerden organizarse y la otra que se organice.

Debe notarse que el objetivo del acuerdo para organizarse o la organización en sí, es para realizar ciertas conductas. Estas conductas deben llevarse a cabo en forma permanente o reiterada y dichas conductas tienen como fin o resultado, cometer algunos de los delitos que se anuncian a continuación, y los sujetos activos serán sancionados por el solo hecho de acordar organizarse o porque se hayan organizado para cometer determinados delitos.

En este sentido, se puede afirmar que la figura delictiva de asociación delictuosa y la de delincuencia organizada comparten los siguientes elementos la concurrencia de tres o más personas y el propósito de cometer delitos.

Consecuentemente, el concepto de delincuencia organizada se compone por algunas características estipuladas ya en la asociación delictuosa; es decir, se tomaron algunos elementos del Código Penal, referentes a la asociación delictuosa y otras características atribuidas por la jurisprudencia y la doctrina.

En este sentido, podríamos decir que la delincuencia organizada se considera como una forma especial y evolucionada de la asociación delictuosa.

Los agentes del delito de delincuencia organizada son merecedores de una sanción, sin importar, si han realizado cualquiera de los ilícitos que se enuncian en el artículo segundo; es decir, la pena correspondiente es independientemente de los delitos que se hayan propuesto cometer o que se hayan cometido efectivamente.

Cabe resaltar que esto mismo contempla en el tipo de asociación delictuosa, se castiga por el simple hecho de pertenecer a la organización; el delito se consume por el solo hecho de tomar participación en una asociación o banda de tres o más personas organizadas para delinquir, es decir, el tipo exige la mera asociación, no requiere que los delitos se cometan.

Sin embargo, el tipo de delincuencia organizada sanciona un acto anterior a la constitución de la organización; es decir, el acuerdo. De tal forma que el tipo de delincuencia organizada se integra con dos vertientes, el acuerdo para asociarse y la organización en sí.

En el primer paso, los sujetos expresan sus voluntades e intercambian ideas para pasar a una segunda etapa que consiste en la organización; en consecuencia, el simple acuerdo para organizarse se castiga.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado como a continuación se señala:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. CONFIGURACIÓN DEL DELITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MEXICO).

El delito de delincuencia organizada (antes asociación delictuosa) previsto por el artículo 178 del Código Penal del Estado de México, tiene como elementos los siguientes a) Que una persona tenga participación en una agrupación o banda organizada , b) Que la finalidad de ésta sea cometer delitos, y c) Que con lo anterior afecte bienes jurídicos de las personas o de la colectividad , en la virtud, cuando no existe elemento probatorio alguno que indique que la agrupación o banda estaba organizada, es decir, que tuviera un carácter más o menos permanente , con un régimen establecido y el fin de ejecutar diversos hechos delictuosos, por no advertirse la repetida actuación de sus integrantes en la ejecución de delitos indeterminados, es claro que no basta la participación conjunta de personas en la comisión de un delito para estimar que se actualizaría el ilícito en comento toda vez que de ser así se confundiría el delito con la coautoría.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 238/99.2 de julio de 1999. Unanimidad de votos Ponente: Luis Pérez de la Fuente Secretarlo Marco Antonio Téllez Reyes.

Amparo directo 287/99 2 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Pérez de la Fuente Secretario Marco Antonio Téllez Reyes.

Amparo directo 344/99 20 de agosto de 1999 Unanimidad de votos Ponente- Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz Secretaria: .Gabriela González Lozano.

Amparo en revision 16/2001, 15 de febrero de 2001 Unanimidad de votos Ponente; Rogelio Sánchez Alcáuter Secretario: Francisco Javier Maya González.

Amparo en revisión 211/2001 21 de febrero de 2002 Unanimidad de votos Ponente Luis Pérez de la Fuente. Secretario: Marco Antonio Téllez Reyes.

CONSIGNACIÓN ANTE LOS TRIBUNALES .DUPLICIDAD DEL TÉRMINO PARA LA.

El artículo 16 Constitucional reformado, establece el plazo de cuarenta y ocho horas para consignar al detenido, el cual podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. En concordancia, el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales define la delincuencia organizada, al señalar que se actualiza cuando tres o más personas se organicen bajo las reglas de disciplina y jerarquía, para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos, algunos de los delitos previstos en la ley sustantiva penal que ahí enumera. La correcta interpretación de los preceptos citados, lleva a concluir que en principio corresponde al Ministerio Público, al momento de realizar su función de persecución e investigación de los delitos, en la averiguación previa que realiza y de acuerdo a los datos que hubiere recabado, estimar si es procedente o no la duplicidad del término, para efectuar la consignación de los indiciados. por reunirse al menos de forma presuntiva los requisitos que establece el artículo 194 bis del citado Código Federal de Procedimientos Penales, facultad que no debe ser ejercida en forma arbitraria y con menoscabo de los derechos constitucionales de los detenidos, por cuyo motivo corresponderá al órgano jurisdiccional al momento de valorar las pruebas y resolver sobre la situación jurídica de los procesados, determinar si fue legal o no la aplicación de la ley que autoriza la duplicidad o ampliación del término para consignar y consecuentemente, si procedía legalmente aplicar o no lo dispuesto por el penúltimo párrafo del artículo 134 de la codificación adjetiva penal en comento. La sanción en caso de error, sería dejar sin valor las declaraciones rendidas ante el órgano acusador.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO.

*Amparo en revisión 100/95. Carlos Antonio Lechuga Ávila, 30 de mayo de 1995
Unanimidad de votos. Ponente. Juan Manuel Arredondo Ellas Secretario; Francisco
Martínez Hernández.*

Es posible afirmar que a este tipo de delincuencia lo caracterizan aspectos como son la organización, el equipamiento, la obediencia o autoridad, la juventud, el conocimiento y experiencia y sobre todo la impunidad, traducida ésta, en la protección con que se cuenta en su actuar.

El problema de la delincuencia organizada proviene de la producción y tráfico ilícito de estupefacientes (narcotráfico), ha sido la dificultad coyuntural, el cual no solo ha invadido a nuestro país, sino que ha echado raíces en él, pero éste se considera pasajero, porque en la medida que se prevenga y se ataque el narcotráfico desaparecerá junto con sus secuelas.

Las dificultades que presenta la delincuencia las tiene toda la sociedad y nuestro país no es la excepción, también la organización, el agrupamiento o reunión de personas dentro del delito, siempre han existido, tan es así que se reflejan en la creación de tipos penales como asociación delictuosa y pandillerismo en nuestra legislación penal.

Por lo anterior puede decirse que la delincuencia organizada ataca o pone en peligro los bienes y desestabiliza las instrucciones sociales de gobierno; sin embargo, además de eso, entre líneas se puede apreciar que ataca los intereses del grupo político que esté en el poder en un momento determinado.

México, a través de su legislación, se convierte en uno de los pocos países de la comunidad internacional en establecer un concepto de delincuencia organizada, y

lo encontramos en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que en su artículo 2° dice:

"Que cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organizan para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras tienen como fin o resultado cometer algún o algunos de los delitos siguientes, será sancionado por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada".

Un ejemplo contundente de la delincuencia organizada es la mafia, la cual tiene su nacimiento en "sociedades arcaicas, que es precisamente el modelo de familia patriarcal, con sus reglas de jerarquía y lealtad entre sus miembros", lo que sirve de base común para la organización de los grupos mafiosos.

Es importante mencionar las principales características de la delincuencia organizada, algunas de ellas son:

No tiene metas ideológicas. Sus metas son el dinero y el poder. (Salvo el caso del Terrorismo)

Su estructura es vertical y rígida con dos o tres mandos por mucho.

La membresía implica criterios de aptitud y procesos de selección rigurosa.

La permanencia en estos grupos va más allá de la vida de sus miembros.

Opera mediante la división de trabajo por células.

Desarrollan hegemonía sobre determinada área geográfica Reglamentación obligatoria para los miembros.

Estas son sólo algunas, pero también podemos mencionar que la delincuencia se vale de todos los medios que pone a su alcance el desarrollo social de la organización, *“así, las formas de trabajo colectivo- y el desarrollo tecnológico - como también, los instrumentos de comunicación o traslado de ideas, personas, valores o cosas”*.

Pero hay algo más: la relación entre el delito y poder; supuesto, de todas las expresiones del poder, a veces organizada, y otra desde el poder, violenta o ingeniosa, la tortura y los "negocios" son sus expresiones más fuertes, que también se beneficia de la organización.

Además es posible definir a la delincuencia organizada como un negocio, un negocio que no tiene escrúpulos y es muy potente, pues responde a intereses creados que mueven miles de millones de dólares, pero a pesar de esto no es invencible.

El problema de la delincuencia organizada en México no es nuevo y todos lo sabemos, sin embargo el crimen y la impunidad en México ha llegado a un grado tan alto que le ha sido imposible al gobierno actual ocultar este problema; en los últimos tiempos se ha convertido en el pan de todos los días ver noticias que hablen sobre temas de asesinatos a políticos o personas relacionadas con el narcotráfico.

Y es por eso que se puede afirmar que la criminalidad se ha agudizado en todo el país, sobre todo en este momento en que la nación se encuentra en una transición de cambio de poder, que muchos lo han considerado como un vacío de poder.

Lo anterior ha sido interpretado por la delincuencia mexicana como una invitación a cometer ilícitos sin consecuencias penales. La inhabilidad del gobierno de México para combatir el crimen organizado y el permitir que exista la impunidad, ha servido de incentivo para la delincuencia organizada y por lo tanto, el número de incidentes criminales ha aumentado y desafortunadamente todo esto se ha convertido en un verdadero círculo vicioso. Así tenemos que entre más crímenes hay, más impunidad existe.

Las formas de la delincuencia son variadas y han ido cambiando en gran medida según los periodos de la historia y los tipos de sociedad. Actualmente se observa un desarrollo general de formas de delincuencia organizada basadas en el modelo de mafias dedicadas principalmente al tráfico de drogas y armas facilitadas por la evolución de los medios de comunicación.

Es de suma importancia mencionar que la delincuencia en el marco jurídico mexicano, implica una política criminal que sea diferente para los delitos no violentos como por ejemplo la delincuencia económica, burocrática a la de los delitos violentos y a combatir la delincuencia organizada.

En México la delincuencia organizada se tipificó en 1933, y se llevó a la Constitución y a los Códigos Penales y se identifica como la participación de tres o más personas, bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer delitos como terrorismo, sabotaje, evasión de presos, ataque a las vías de comunicación, tratantes de blancas, violación, narcotráfico, prostitución, lavado de dinero, entre otros.

Al hablar de la delincuencia nos damos una idea de los grandes índices que existen de este problema en nuestro país porque es común ver en la nota roja, algún suceso ocurrido sobre asesinatos a grandes personajes, pero alguna vez nos hemos preguntado:

¿Quién está detrás? Sería importante ver ¿cuál es el inicio de todo esto, cuáles son las causas principales del por qué se da este problema en nuestra sociedad, por qué todos los participantes de estos actos son orillados a llevar a cabo asesinatos, narcotráfico, secuestros, drogas, robos y prostitución?

Todos hablamos de que la pobreza, las necesidades, la discriminación son en muchos casos las causas de que los que viven con estas características, se ven en la necesidad de ser delincuentes, pero al hablar de delincuencia organizada deberíamos preguntarnos con qué características viven las personas que se dedican a este negocio, pues quizás ellos viven bien y son gente que tiene por decirlo de una forma dos caras, la cara pública, es decir en muchos casos los principales jefes de estas organizaciones son gente pública que tiene buenos cargos dentro de los gabinetes de algún gobierno, son políticos, o encargados de la policía judicial, entonces deberíamos preguntarnos que estamos haciendo para acabar con esta delincuencia:

¿A qué debemos atenernos si las principales cabecillas de estas organizaciones son los encargados de cuidar a la nación?

Al hablar de antecedentes de la delincuencia sólo podemos decir que éste no es un problema de hoy, éste ha sido y sigue siendo un problema de siempre, que va a existir mientras nosotros queramos, porque sólo nosotros decidimos qué acciones tomar.

Si acabar con el problema de raíz tomando en cuenta que además nunca hemos tenido un gobernante capaz y que dé el ancho como para terminar con este tipo de problemas que afectan a todos sectores del país, sinceramente podemos decir que el crimen es parte de una evolución desafortunada de nuestra sociedad, que desembocó en la instalación de un nuevo gobierno lleno de corruptos dentro de el país.

Este solo podrá vencerse con una sólida unidad cívica, que aplique mano dura y privilegie nuestra propia perspectiva en la lucha contra el narcotráfico y la delincuencia organizada.

La delincuencia organizada es ante todo un negocio político, una estructura de poder, con cuatro formas básicas: el Estado, parte del Estado, la empresa transnacional y la guerrilla.

Hay algo repugnante en aceptar que la delincuencia organizada viene del poder y ya cavilando un poco podemos darnos cuenta que es cierto, porque si no, ¿de dónde más puede venir? No puede haber contrabando en gran escala sino a la sombra de la Secretaría de Hacienda; no puede haber narcotráfico sino a la sombra de la policía y el ejército. Y esto lo podemos ver no solo en México sino en todo el mundo. Este es el verdadero problema, y no tiene antecedentes siempre ha sido así sin soluciones de mercado. El Estado legítimo debe acabar con el poder ilegítimo, es decir todos aquellos delincuentes que están dentro del mando, deben acabar con ellos o integrarlos: Volverse legítimo. La única solución política consiste en aprovechar el secreto de Estado para que los buenos maten a los malos o celebren pactos de no agresión, dentro de ciertos límites, mientras llega la oportunidad de matarlos: lo cual termina fácilmente en que los buenos se quedan con el negocio de los malos, y esto se convierte en un círculo vicioso.

Sin embargo la solución moderna está en el otro extremo: la transparencia del Estado, el hacerse un hecho público que dé a conocer la sombra del poder. Después de conocer los conceptos y definiciones de los vocablos que cobrarán mayor relevancia porque se utilizarán dentro del contenido de la presente, es posible afirmar que más que conceptos, dentro del apartado podemos apreciar un panorama general de los temas principales a los cuales se constriñe la investigación, como son el arraigo domiciliario y la delincuencia organizada, aspectos que son la parte medular en torno a la cual se desarrollará el tema, así como la propuesta de

reforma a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, por tanto es posible que se llegue a la comprensión del por qué es importante utilizar adecuadamente los términos dentro del mundo jurídico y las consecuencias que puede acarrear el no hacerlo.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO JURÍDICO.

Una vez que se tienen los elementos mínimos necesarios para la comprensión del tema, resulta preponderante conocer la historia, entendida ésta como las situaciones que generaron la necesidad de la creación de la figura jurídica como un principio denominado arraigo y posteriormente arraigo domiciliario. Así como la evolución que fue teniendo con el paso del tiempo en los diversos ordenamientos en los que se encontraba contemplado dentro del ámbito de la materia penal y por supuesto en el máximo ordenamiento jurídico de la República, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dicho cambio se da, en cuanto a la forma y requisitos que debían cubrirse para que ésta fuera concedida y considerada como una medida cautelar apropiada para afrontar las necesidades que se fueron presentando a lo largo del tiempo en nuestro país.

2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.

Es bien sabido que la Constitución Política de nuestro país es el máximo ordenamiento legal, es decir, del cual derivan o emanan las leyes secundarias que se crean para tratar de mantener una sana convivencia entre la sociedad y acorde a las necesidades más apremiantes de ésta en que se promulgan.

Ahora bien, es menester señalar que las leyes, al ser creadas para una sociedad que se encuentra en constante cambio, requieren que con el paso del tiempo se les hagan modificaciones que la tomen acorde al momento histórico en que se está viviendo; luego entonces en esta tesitura, podemos señalar que nuestra Constitución

no ha podido escapar a lo antes señalado, ya que a través del tiempo ha sufrido diversas reformas en muchos de sus numerales, sin embargo, en este apartado debemos dejar bien precisado que la figura del arraigo como tal no se encuentra contemplada en la Carta Manga, solamente se regula en las leyes secundarias que posteriormente analizaremos. Es cierto que existen en la Constitución algunos preceptos como el numeral 11 que, a la letra establece: *“la libertad de tránsito que toda persona tiene dentro de nuestro país”*, el artículo 14 del cual se desprende que para poder ser privado de la libertad, debe haber un juicio seguido ante tribunales previamente establecidos y con las formalidades esenciales del procedimiento, el artículo 16 mismo, señala los casos y plazos en que una persona puede ser privada de su libertad y finalmente, el numeral 20, el cual en su apartado A establece propiamente las garantías que todo inculpado tiene durante el proceso penal; artículos de los cuales se aprecia que básicamente salvaguardan las garantías individuales de los gobernados, todos ellos con un matiz enfocado al ámbito penal y la administración de justicia, pero de ninguna manera reconocen al arraigo como una medida que se pueda emplear para mejorar la investigación de los delitos y mucho menos para hacer más eficaz la impartición de la justicia.

Es importante dejar en claro que, aún y cuando en las reformas que se fueron realizando a la Constitución, se utilizaron frases que no se contemplaban en las mismas, como delincuencia organizada; las citadas modificaciones, de ninguna manera resultaron acertadas y suficientes, ya que los legisladores se olvidaron que, al ser la Constitución el máximo ordenamiento legal, debía regular y poner límites a figuras que se contemplarán en las leyes secundarias para evitar que éstas se consideraran inconstitucionales o a quienes se facultaba para emplearlas no abusaran de los atributos que la misma ley les confería.

Ahora bien, cabe destacar que aún y como ya se ha señalado, la promulgación de nuestra Constitución política data de principios del Siglo XX y no ha sufrido grandes avances en cuanto al tema del arraigo porque, como se ha señalado en el ordenamiento jurídico en comento, no se contempla la figura antes enunciada

denominada como tal; sin embargo, cabe destacar que en 1993 se realizaron importantes reformas constitucionales en materia penal, la iniciativa efectuada en fecha 30 de junio se refería a varios artículos de los cuales solo comentaremos los numerales 16 y 20 que son aquellos que se refieren al aspecto que nos ocupa, la segunda iniciativa de reforma, se presentó el 08 de Julio, relativa al numeral 19, la exposición de motivos del decreto que reforma y adiciona los artículos 16 y 20, señaló que el objetivo de la reforma era beneficiar a la sociedad con vistas de proteger los derechos humanos, las garantías individuales y contar con una administración rápida y expedita de la justicia, tanto en la etapa de la investigación como durante el procedimiento judicial; el numeral 16 se reformó en muchos aspectos, uno de los más destacados fue el de establecer el plazo máximo para retener al indiciado y algunos cambios respecto de los casos de urgencia, también por primera vez el término *delincuencia organizada* se incorporó en la legislación mexicana y en esta ocasión fue en nuestro máximo ordenamiento legal, dicha expresión se relacionó con el plazo para retener al indiciado.

El 19 de marzo de 1996 se presentaron ante la Cámara de Senadores dos proyectos de reformas constitucionales, uno de ellos contenía reformas de entre otros, el artículo 16 (se refería a la intervención en comunicaciones privadas) y el segundo planteaba reformas a la fracción primera y al penúltimo párrafo del numeral 20 (refiriéndose a la libertad provisional bajo caución); ese mismo día, el Presidente de la República y algunos legisladores federales, también presentaron el proyecto de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y reforma a otros ordenamientos relacionados con el mismo tema, esto demostró una vez más la “gran urgencia” por aprobar una ley con disposiciones inconstitucionales: de esta forma, independientemente de lo desafortunado o no que haya sido la modificación de la Constitución para legislar en materia de delincuencia organizada, el hecho es que la decisión política del gobierno mexicano para combatir la delincuencia organizada a través de instrumentos jurídicos era de carácter urgente y necesario.

Cabe precisar que en el contexto político social que se presenta hoy en día, se ha

rebasado por mucho a las reformas constitucionales efectuadas por los legisladores y, muchas de las veces, dichas reformas no han sido del todo acertadas ya que algunas ocasiones la norma secundaria rebasa los señalamientos de la norma Constitucional, es por ello que al efectuar tanto las propuestas como al aprobarlas, se debe tomar en cuenta que al hacer una modificación, se deben analizar todas y cada una de las leyes en las que dicha modificación pueda tener repercusión, es decir, se deben reformar todos los ordenamientos que contemplen una situación similar para evitar preceptos que se contradigan o bien planteen situaciones diversas para un mismo caso.

2.2 CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES 1933.

Por lo que respecta al momento histórico en el cual el arraigo se vio contemplado en el Código Federal de Procedimientos Penales, hemos de mencionar que aún y cuando el citado ordenamiento legal entra en vigor en el año de 1933, no es sino hasta el día 27 de diciembre de 1983 cuando se introduce como una innovación de las medidas precautorias y que previamente a dicha reforma, solo se hablaba de la libertad caucional administrativa durante el periodo de la integración de la averiguación previa, exclusivamente tratándose de delitos de naturaleza imprudencial (ahora denominados culposos) ocasionados por el tránsito de vehículos; y ante la autoridad judicial *“una vez que se había iniciado el proceso, tratándose de la prisión preventiva...”*³²

Fue en esa fecha en la cual se adicionaron al Código Federal de Procedimientos Penales los artículos 133 bis, que a la letra señalaba:

Artículo 133 bis. “Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al Órgano Jurisdiccional fundado (sic) y motivando su petición, para que éste, oyendo al

³² MARTÍNEZ GARCÍA Jorge Sebastian, Revista Judicial Locus Regis Actum, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, número 22, junio del 2000, p. 176.

indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad en 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 trata, no pudiendo exceder de treinta días prorrogables por igual término a petición del Ministerio Público, y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.”

Así como el diverso 205 que rezaba:
“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 este disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que ningún caso pueda exceder del máximo señalado en el artículo 133 bis o bien tratándose de la averiguación previa o bien en el proceso por el término constitucional en que éste deba resolverse...”

De lo anterior es posible afirmar que el espíritu del arraigo fue considerado como una medida precautoria, decretada con el objeto de obtener la disponibilidad del indiciado a fin de que no se ocultara o ausentara del lugar en el que se estaba llevando a cabo la investigación o sustrajera a la acción de la justicia.

El proceso legislativo que dio lugar a la reforma mencionada en la exposición de motivos, señaló entre otras cosas: *“por lo que toca al aseguramiento personal del presunto responsable, fuera de los casos a que se refiere el artículo 16 de la Constitución, existe la expresa limitante prevista por el artículo 11 de la misma ley fundamental, en el sentido de que el ejercicio del derecho de tránsito está subordinado únicamente a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad civil y criminal. Consecuentemente, el Ministerio Público no puede disponer por sí mismo, pese a ser con frecuencia notoriamente indispensable, el arraigo de personas contra las que se sigue una averiguación previa”*. Es por ello que se propone, a través de un artículo 133 bis, que el Ministerio Público pueda recurrir a

la autoridad judicial cuando esté practicando una averiguación previa, antes del ejercicio de la acción penal y precisamente para que éste sea posible, a efecto de requerir fundada y motivadamente que dicha autoridad, al amparo del artículo 11 Constitucional y observando el derecho de audiencia del indiciado, disponga el arraigo de éste, que se prolongará sólo por el tiempo estrictamente indispensable y siempre bajo el control del juzgador, para la integración de la averiguación previa, igual orientación tomando en cuenta además las necesarias garantías del inculpado para que el arraigo no se prolongue indebidamente, que al ser discutida ante la Cámara de Diputados, se obtuvo la modificación en el sentido de que: *“en el artículo 133 bis, el arraigo se limitó a treinta días, prorrogables por igual término a petición del Ministerio Público...”*, de lo anterior se infiere que el ánimo del legislador en ese momento histórico, fue el de regular la figura del arraigo, aunque esto significara restringir o afectar la libertad de tránsito que tutela el artículo 11 de la Carta Magna.

Por lo que respecta al arraigo durante el proceso, el artículo 205 del Código Federal de Procedimientos Penales actualmente en vigor, dispone que cuando la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el inculpado no deba ser internado en prisión preventiva pero existan elementos para suponer que pueda sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez en forma fundada y motivada o éste disponer de oficio, con audiencia del procesado, las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del plazo que prevé el diverso numeral 133 bis, es decir, treinta días prorrogables por el mismo tiempo (actualmente sólo son treinta días improrrogables), ni más allá de los plazos constitucionales señalados para resolver los procesos penales.

Es una iniciativa de ley, enviada al Congreso de la Unión por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, en fecha del 09 de Diciembre de 1997, entre otras disposiciones se propuso reformar el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en cuya exposición de motivos, en lo conducente expuso: *“ante el sensible incremento de la delincuencia, tanto en el ámbito Federal como en el Distrito Federal, resulta indispensable realizar reformas al Código Penal para el*

Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal, el Código Federal de Procedimientos Penales y la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de contar con los instrumentos jurídicos necesarios para enfrentar con eficacia el fenómeno de la criminalidad que se vive en la actualidad”³³.

Se crea un tipo penal para sancionar a quien desobedezca el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica dictada por la autoridad judicial, a fin de asegurar el debido desarrollo de los procedimientos penales y evitar que los indiciados burlen la acción de la justicia, adicionalmente en el Código Federal de Procedimientos Penales, se propone la reforma al artículo 133 bis para incluir el concepto de prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica y se suprime el requisito de que el Órgano Jurisdiccional oiga previamente al indiciado para resolver sobre la procedencia de la medida cautelar, en virtud de que éste requisito hacía negatoria la eficacia de dicha medida.

En ese mismo sentido, se establece como uno de los requisitos para otorgar libertad provisional bajo caución que no se hubiere incumplido el mandato de arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica y que no medie oposición del Ministerio Público en términos de lo dispuesto por el artículo 20, fracción I Constitucional; la nueva reglamentación procesal de estas medidas cautelares se justifica constitucionalmente en que se trata de actos de molestia que para su validez únicamente requieren ser dictados por autoridad competente, fundada y motivadamente.

Como se puede apreciar, en la iniciativa presidencial de reforma al artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, se propuso incluir en ese numeral la figura procesal de prohibición de abandonar una demarcación geográfica, amén de describir ahora al arraigo como domiciliario, suprimiendo el requisito de que el Órgano Jurisdiccional oiga previamente al indiciado para resolver sobre la

³³ MARTÍNEZ GARCÍA Jorge Sebastián. Loc. Cit.

procedencia de las medidas, en virtud de que este requisito lo hacía ineficaz y justifica constitucionalmente tal inaudición, por tratarse de actos de molestia que para su validez solo requieren ser dictados por la autoridad competente, fundando y motivando su mandamiento.

En la minuta de proyecto de decreto formulada por la Cámara de Senadores, la cual fungió como Cámara de origen, de fecha 1º de octubre de 1998, se aprobó la iniciativa de reforma en cita, haciendo las modificaciones que estimó pertinentes, que concluyó con la redacción del actual texto del artículo 133 bis aludido. Del contenido del dictamen aprobado por la Cámara de Senadores, en lo que interesa se lee: *“...Cuarto. Que sin desconocer el espíritu de justicia que impulsó a formular la iniciativa, las Comisiones Unidas advierten en su contenido la necesidad de establecer algunas modificaciones a diversas disposiciones... Del Código Federal de Procedimientos Penales: modificaciones que desde luego, a su juicio no alteran sustancialmente la propuesta inicial y que se traducen en las siguientes: Al Código de Procedimientos Penales. “Quinto. Las Comisiones Unidas estiman que el decreto del arraigo domiciliario, en los términos que establece el artículo 133 bis, debe proceder solo tratándose de delitos graves. Lo anterior, toda vez que la violación del arraigo se encuentra tipificada como delito en la reforma al Código Penal de la iniciativa en estudio, con sanción corporal especial”³⁴.*

En el caso particular, se estima se suprima el requisito actual que consiste en escuchar previamente al indiciado para resolver sobre la procedencia de la medida, circunstancia que es posible que provoque la ineficacia de la misma al poner sobre aviso a su destinatario. La reforma incorpora la figura de la prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica para ser decretada en circunstancias que no ameriten la imposición del arraigo, pero que sea necesario asegurar la presencia del indiciado dentro de un ámbito territorial determinado.

³⁴ Idem.

Además, en esta figura se concede la posibilidad al afectado se dejen sin efecto ambas medidas, decisión que la autoridad federal asumirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado; ahora bien, la reforma al artículo 133 bis hará necesaria la modificación de la fracción VII del artículo 367 del Código Federal de Procedimientos Penales, para incluir entre las resoluciones apelables por el Ministerio Público la negativa del juez de decretar la prohibición de abandonar una demarcación geográfica. Así las cosas, la redacción del numeral quedó como sigue:

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

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

La Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, el 24 de noviembre de 1998, redactó el proyecto de decreto, aprobando la iniciativa de ley en términos de la minuta elaborada y aprobada, a su vez por la Cámara de Senadores, asentando en lo que interesa: *“la misma argumentación se hace valer por lo que concierne a la ampliación de las facultades del juez para decretar el arraigo, porque ahora dicha medida comprende una demarcación geográfica, que ya no es el domicilio, con lo cual es indiscutible que se propicia mayor facilidad para la función ministerial en la*

averiguación del delito y del delincuente”³⁵ aprobando la actual redacción del citado precepto 133 bis.

De la discusión recaída a dicho proyecto, destaca la intervención del diputado Abelardo Perales Meléndez del Grupo Parlamentario de Acción Nacional, quién entre otras cuestiones dijo: “...estamos conscientes, desde luego, que falta mucho por avanzar para mejorar el desempeño operativo de nuestras instituciones de procuración y administración de justicia, pues ante todo se requieren programas eficientes de prevención del delito, del combate a la corrupción, la profesionalización de los policías y, sobre todo, atender primordialmente a las causas sociales, económicas y culturales que dan origen a los delitos; porque está en riesgo permanente la paz y seguridad pública que impiden a los individuos y a la sociedad vivir y trabajar en tranquilidad y en armonía social; porque es necesario facilitar la debida integración de las averiguaciones previas y evitar que los indiciados y presuntos responsables se sustraigan a la acción de la justicia ya que existe interés de la sociedad de acabar con la impunidad; porque es necesario, dado los momentos actuales de incrementar la criminalidad, crear nuevos tipos penales e incrementar las penas en otras conductas ya tipificadas y algunas de ellas considerarlas como delitos graves...”

En cuanto al Código Federal de Procedimientos Penales, se proponen modificaciones y se han aceptado por la Comisión, en cuanto al arraigo domiciliario y la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Primero: Ya no habrá la obligación del Juez de escuchar al indiciado antes de resolver sobre el arraigo.

Segundo: Se aprecia que el arraigo debe ser en el domicilio del indiciado y no en otro lugar, como en la práctica sucede.

³⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Jorge Sebastián, revista jurídica Locus Regis Actum, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, número 22, junio del 2000, p. 182.

Tercero: Se establece como medida la prohibición de abandonar una demarcación geográfica determinada, sin la autorización judicial y el arraigo no deberá exceder 30 días naturales”.

Finalmente, el proyecto de reformas fue aprobado por la Cámara de Diputados el 02 de diciembre de 1998 y por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 08 de febrero del 1999, se dio a conocer la reforma del artículo 133 bis para quedar como sigue:

Artículo 133 bis. La autoridad judicial podrá a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, su autorización a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando no exista el riesgo fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido”.

2.3 CÓDIGO PENAL FEDERAL DE 1931.

Respecto a este ordenamiento legal, es factible señalar que dada su naturaleza, únicamente contempla al arraigo domiciliario en su título sexto denominado “DELITOS CONTRA LA AUTORIDAD” numeral 178, párrafo segundo, que a la letra reza: *“Artículo 178. Al que desobedeciere el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, dictados por autoridad judicial competente, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de diez a doscientos días de multa...”*

La figura del arraigo domiciliario no se contemplaba en el Código en cita sino hasta la reforma que entra en vigor a partir del 08 de febrero de 1999, siendo que antes de ésta ley, el artículo 178 solo tenía un párrafo en el que se sancionaban la resistencia y la desobediencia de particulares y posteriormente al darse a conocer la iniciativa de

reforma que daba paso a los cambios en los numerales 133 bis y 205 del Código Federal de Procedimientos Penales, en la enunciada iniciativa se pretendía que el desacato a la orden de arraigo debía considerarse como delito grave, lo anterior en razón de que la violación del arraigo se encuentra tipificada como delito que tiene una sanción corporal especial; amén de que se solicitaba que el arraigo contemplado en el artículo 133 bis del Código Federal adjetivo de la materia, también debía proceder solo tratándose de delitos graves; sin embargo, la Cámara de Diputados desechó tal propuesta. Cabe señalar que haber sido plasmado en dicho numeral, no ha sufrido modificaciones el texto, por lo cual es posible afirmar que el mismo se encuentra vigente actualmente.

2. 4. LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA DE 1996.

Esta ley secundaria o especial, como son conocidos en nuestro derecho los ordenamientos que emanan o adquieren vida para ocuparse de regular situaciones específicas, diversas a aquellas cuestiones contempladas o reglamentadas en la base jurídica de todo Estado, es decir la Constitución.

Ahora bien, la ley a la que nos referimos en el presente apartado, es la base total de la investigación, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 07 de diciembre de 1996 y entró en vigor al día siguiente de su publicación.

La citada ley, tiene antecedentes remotos, sin embargo sólo hablaré de los más relevantes y que tuvieron su origen en nuestro país, ya que cabe destacar que el problema de la delincuencia organizada es mundial, pero toda vez que la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada fue creada para regular esta materia en los Estados Unidos Mexicanos, se enunciarán los factores que influyeron en el ánimo de los legisladores hasta el extremo de llevarlos a contemplar la imperiosa necesidad de crear un ordenamiento más para tratar de mantener el orden en nuestra sociedad.

Una vez establecido lo anterior, es posible enunciar que en 1990 el Juez Giovanni

Fakione impartió un seminario en materia de delincuencia organizada en el Instituto de Ciencias Penales como parte del programa de formación profesional de los servidores públicos de la Procuraduría General de la República.

El seminario se tituló *“La lucha contra el crimen organizado, la estrategia italiana”*; de esto es posible destacar que en nuestro país, la delincuencia organizada empezaba a generar problemas que ya no se podían controlar con las leyes y estrategias existentes, por lo cual era necesario recurrir a los documentos que en la materia tenían personas ajenas a nuestra patria.

Posteriormente, en abril 08 de 1992, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM organizó una mesa redonda sobre algunas reflexiones en torno a la procuración de justicia y la seguridad pública, en dicha ocasión, el entonces procurador general de la República, Ignacio Morales Lechuga habló sobre los problemas suscitados a nivel práctico para combatir el narcotráfico y realizó diversas propuestas para modificar algunas cuestiones procesales y sustantivas respecto de delitos contra la salud.

El maestro Sergio García Ramírez se refiere a estos acontecimientos como *“la primer observación y al respecto señala que la exposición de aquél anteproyecto, que provocó muchos espavientos, oportunos u oportunistas, fue un acto de buena fe, en mi concepto otro acto de buena fe le fue la cancelación del anteproyecto.*

Sin embargo, por lo visto esta inquietud legislativa no estaba muerta, sólo dormida, ya que dicho anteproyecto contemplaba ya figuras jurídicas novedosas que más tarde se incluirían en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada”³⁶.

La Procuraduría General de la República, organizó del 04 al 19 de octubre de 1993 un ciclo de mesas redondas titulado *“La procuración de justicia: problemas, retos y*

³⁶ GARCÍA Ramírez, Sergio. *Delincuencia organizada, antecedentes y regulación penal en México*. Editorial Porrúa. Segunda Edición. México 2000. Pág. 37.

perspectivas”. En dicho evento se trataron diversos temas, entre ellos la defensa de la delincuencia organizada, la legislación vigente y poder de la delincuencia organizada: necesidad de reformas, perspectivas del control de drogas y crimen organizado.

En este mismo sentido, del 22 al 25 de febrero de 1995, la Universidad de Sonora, a través del departamento de Derecho y la Coordinación de Posgrado, organizó el Congreso Nacional sobre delincuencia organizada; el propósito del evento fue analizar la dinámica y estructura de las organizaciones delictivas, así como las actividades que éstas realizan, a fin de poner medidas concretas de política criminal de prevención, persecución, castigo y readaptación social; se llevaron a cabo conferencias magistrales y mesas redondas sobre diversos temas que atañen a la delincuencia organizada.

En el mismo año, el Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República organizó un diplomado internacional sobre el crimen organizado, su fin era identificar las organizaciones criminales, redes de operación, impacto socio – político, cultural y económico, así como las relaciones con los factores reales de poder para establecer políticas criminológicas para combatir el crimen organizado.

En sentido ya más formal, el plan nacional de desarrollo 1995 – 2000, se integra por cinco capítulos que en orden se denominan “soberanía”, “por un estado de derecho y un País de leyes”, “desarrollo democrático”, “desarrollo social” y “crecimiento económico”.

En el segundo capítulo se hace referencia al crimen organizado, señalándose como una prioridad nacional el combatir este tipo de delincuencia, considerando que su *“existencia atenta contra todo el tejido social, por su potencialidad desintegradora”*. En este sentido, se proponen diferentes estrategias y líneas de acción para combatir con eficiencia el crimen organizado.

Ahora bien, partiendo de los antecedentes ya enunciados y muchos otros que a lo largo de los años se fueron presentando, finalmente, el 19 de marzo de 1996 se presentó la iniciativa de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada ante la Cámara de Senadores.

El presidente de la mesa directiva turnó la iniciativa a las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos, primera sección y Justicia; y se acordó que para la elaboración del dictamen respectivo se integraría una subcomisión redactora.

Después de recibir propuestas alternativas y de analizar el proyecto, el texto se modificó considerablemente y se presentó el dictamen ante el pleno el 15 de octubre del mismo año.

La Cámara de Senadores aprobó la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; la Cámara de Diputados recibió el 17 de octubre de 1996 las minutas con los proyectos de reforma a diversos ordenamientos legales y el de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, proceso que culminó con la publicación de la citada ley en el Diario Oficial de la Federación el 07 de noviembre del mismo año.

Cabe señalar que dicha ley plantea un derecho penal de excepción pues regula materias sustantivas, adjetivas, ejecutivas y orgánicas, respecto un solo supuesto. La delincuencia organizada ahora bien, en la inteligencia de que ésta ley fue creada recientemente no ha sufrido grandes reformas y por lo que hace al numeral 12 de la misma, que es de la cual nos ocuparemos, por ser en el que se señala la figura del arraigo, no ha sufrido modificación alguna. Ahora bien, en la inteligencia que el nacimiento a la vida jurídica de la esta ley se da tres años antes de las reformas de 1999, es factible entender que en su redacción se haya omitido el término “*domiciliario*” cuando se refiere a la figura del arraigo, ya que antes de estas reformas no se hablaba de arraigo domiciliario; sin embargo hasta la fecha han transcurrido años de que el propio legislador hizo patente la necesidad de denominar al arraigo como domiciliario, con todas las implicaciones jurídicas que

dicho término acarrea y dado que en la propia exposición de motivos se señalaba la urgencia de una reforma en torno a dicha situación, los ordenamientos que en cierta forma recogieron o adoptaron ciertas figuras procesales preestablecidas en las leyes de la materia, lógicamente también requieren ir adaptándose a los cambios que las primeras leyes, que fueron las que en cierta forma les dieron las bases y con el paso del tiempo fueron evolucionando ante las necesidades de la sociedad para la cual deberán ser funcionales; de ahí la importancia de la reforma que en el trabajo de investigación se propone.

2.5 LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA PARA EL DISTRITO FEDERAL DEL 2004.

Es menester señalar que aún y cuando el tema central de la presente investigación radica en lo referente a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, resulta de suma importancia señalar y dejar sentado que en materia local existe también una Ley que se encarga de regular la delincuencia organizada y que dicho ordenamiento es mucho más joven que su antecesor, dicha ley, el día 15 de septiembre del 2004 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, mediante un decreto por el que se expide la Ley Contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal, la cual de acuerdo a lo dispuesto por su artículo segundo transitorio, entró en vigor a los noventa días posteriores a su publicación, lo cual fue en fecha 15 de diciembre del 2004.

Es de resaltar que dicha ley contiene un total de 32 artículos, dentro de los cuales se contemplan delitos similares a los que se sancionan dentro de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, por lo que hace al tema que nos ocupa, que es el arraigo, se debe resaltar que el mismo contempla dentro del TÍTULO SEGUNDO llamado DE LAS REGLAS Y MEDIDAS EN MATERIA DE DELINCUENCIA ORGANIZADA, CAPÍTULO II DEL ARRAIGO DE LOS INCULPADOS, en su numeral 6º, el cual a la letra reza:

“Cuando existan indicios suficientes que acrediten fundadamente que alguien es miembro de la delincuencia organizada, el juez de la causa podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público y tomando en cuenta las características del hecho imputado, así como las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, corresponde al Ministerio Público y a la policía judicial, ambos del Distrito Federal, ejecutar el mandato de la autoridad judicial.

El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa, no pudiendo exceder de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la declaración”³⁷.

Una vez hecho el análisis correspondiente al texto escrito líneas arriba, comparándolo con la redacción del numeral 12º de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se puede apreciar claramente que ambas disposiciones mantienen el hecho de señalar que el arraigo se decretará a solicitud del Ministerio Público en el lugar señalado en la solicitud de dicho representante social, por ello es posible afirmar que aún y cuando han transcurrido ocho años entre la entrada en vigor de una ley y otra, sigue existiendo por parte del legislador, el mismo error al señalar que el arraigo podrá ser en un lugar distinto al domicilio del probable responsable, situación que no debe pasar desapercibida para las autoridades, porque como se ha venido sosteniendo, da pauta a la creación de una inseguridad jurídica para el afectado por la medida cautelar.

Como se ha podido apreciar, los argumentos que dan vida en un principio al arraigo, así como posteriormente al arraigo domiciliario, obedecen a la problemática que a través del paso del tiempo se presenta ante las autoridades para lograr frenar un fenómeno que cada día va creciendo y cuya complejidad, deja con pocas alternativas de acción a las instituciones encargadas de la seguridad de los gobernados, así como a aquellos entes en quienes recae la obligación de impartir justicia, de ahí que

³⁷ BOLETÍN JUDICIAL, NÚMERO 45, Gaceta Oficial del Distrito Federal, Época 94, Septiembre 15 del 2004, Pág. 6.

dadas las carencias existentes en un momento determinado, deba buscarse la forma que parezca más apropiada para lograr el objetivo y plasmarla en los ordenamientos jurídicos.

CAPÍTULO III.

EL ARRAIGO CONTEMPLADO EN LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

3. 1. EL ARRAIGO EN EL FUERO COMÚN.

Esta figura la encontramos en el fuero común cuando el agente del Ministerio Público, al no poder comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del presunto responsable en el término constitucional y aún aplicando la duplicidad del mismo, solicita al juez penal una orden de arraigo.

Por lo tanto, si podemos encontrar en el fuero común esta figura, pero la importancia de esta investigación es determinar si es o no es legal tal figura, por lo que tenemos que hacer el análisis concretamente sobre los elementos que deben considerarse para que el juez penal otorgue al Ministerio Público la orden de arraigo.

Podemos decir que es costumbre, en esos casos, que el juez penal si es convencido a través del argumento jurídico que expone el agente del Ministerio Público de una manera correcta y apegada a derecho, podrá tomar la determinación que se le requiere y así arraigue en el lugar del juicio al que va a ser procesado, para que responda por las imputaciones que se le van a señalar.

La mecánica de aplicación de la medida, de hecho fue simplista. Arbitrariamente un Procurador se empeña en hacer procesar a una persona posiblemente inocente. A pesar de tener pruebas para consignar al indiciado a un juez, comprende que son endebles, y que el juez lo más probable es que lo deje en total libertad y para

impedirlo

podría

arraigarlo.

El arraigo evade una detención llena de requisitos y que el perseguido resulte totalmente intocable ante la pobre calidad de las pruebas que ha reunido el Ministerio Público. Solamente en el caso de flagrancia, el agente del Ministerio Público podría tener la certeza de que el arraigo estuviera justificado, por la simple razón de que el presunto responsable estaba realizando una conducta delictiva, pero para lograr establecer una serie de condiciones que establece el propio tipo penal, se tendría la facultad de solicitar el arraigo con el objeto de comprobar estos elementos que exige el tipo penal, pero recordemos que el arraigo se solicita por simple imputación que se hace en contra de una persona, como sucede con el testigo protegido y de estos casos tenemos muchos ejemplos que últimamente han sido conocidos por los medios de comunicación.

Así tenemos que el arraigo debe satisfacer ciertos requisitos a cumplir por el agente del Ministerio Público y por supuesto la argumentación del por qué se está solicitando y en muchas ocasiones se ha visto que el juez la otorga por el simple hecho de tratarse de un delito grave, pero no toma en cuenta la conducta, principalmente, del presunto responsable.

Pero mediante un criterio sin fundamento legal, el Ministerio Público mantiene detenido al probable responsable que a todas luces puede ser o es inocente, sujetando el acusador a la ventaja de encontrar a la larga, pruebas adecuadas de su responsabilidad, esto es, lo que no puede hacer el Ministerio Público en el término de 72 horas, lo hace en el tiempo que dura el arraigo, lo que hasta cierto punto le permite encontrar las pruebas que en muchos de los casos son elaboradas.

Pero la figura del arraigo no puede “encajarse” en el derecho penal ya que contraviene los principios constitucionales, así tenemos en el artículo 16, en forma

expresa, en donde ordena que nadie será molestado en su persona, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente; y el 19 que ninguna detención puede exceder de 72 horas, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso, que tiene garantías expresas insalvables por parte del juez y del Ministerio Público, no es posible que las garantías individuales se contrapongan con este ordenamiento que además existe en la propia Constitución, es claro que el arraigo será justificado siempre que se trate de un delito grave, sin embargo, también es cierto que en nuestro país no funciona adecuadamente cuando se trata de una situación de índole político o los medios de comunicación le hayan dado la difusión suficiente como para que los jueces actúen de esta forma tan injustificada y sobre todo, violando los artículos antes aludidos de nuestra Carta Magna.

Por ello los afectados por los ilegales arraigos, decretados en su perjuicio, recurrieron a la Justicia Federal para que examinara las inconstitucionalidades de las autoridades. Con criterio firme, sostenido y definitivo, la Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucionales los arraigos penales.

3.2. ESTUDIO DEL ARRAIGO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Así mismo podemos hacer un análisis del artículo 12, del capítulo II, De La Detención y Retención de Indiciados, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y como se dijo en el punto anterior, esta ley fue creada con el único propósito de atender o darle más énfasis a los delitos graves, ya que la ciudadanía reclama del gobierno federal más atención a este tipo de delitos, sin darse cuenta que los delitos quedan impunes cuando se trata de personas comunes y corrientes, no del medio político, artístico o empresarios renombrados.

CAPÍTULO SEGUNDO DE LA DETENCIÓN Y RETENCIÓN DE INDICIADOS

Artículo 12.- *El Juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2o. de esta Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación.*

La duración del arraigo podrá prolongarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que la duración total de esta medida precautoria exceda de ochenta días.

Si tomamos en cuenta que delincuencia la define la Procuraduría General de la República de la siguiente manera:

*“Cuando con el transcurso del tiempo la delincuencia "común", llega a tal extremo de "evolución" o "perfeccionamiento"; cuando rebasa los límites de control gubernamental; cuando establece líneas especiales de operación basadas en un sistema complejo, tipo empresarial, bien estructurado en su comisión; cuando persigue a través de determinadas acciones violentas la búsqueda del poder, ya sea político, económico o social, es cuando podemos decir, sin lugar a dudas, que estamos frente a un caso de delincuencia organizada”.*³⁸

Este tipo de delincuencia fue designada con la palabra "organizada", ya que se refiere a la "asociación", a la "sociedad", a la "corporación", al "grupo", al "sindicato", a la "liga", al "gremio", a la "coalición", en sí a la "unión", como forma de conjuntar esfuerzos en grupo; y con el empleo de la violencia, soborno, intimidación y fuerza, los delincuentes llevaban a cabo sus actividades ilegales.

38

<http://www.pgr.gob.mx/Combate%20a%20la%20Delincuencia/Delitos%20Federales/Delincuencia%20Organizada/Delincuencia%20Organizada.asp>

La fuerza de la delincuencia organizada radica en el establecimiento de "*alianzas y vínculos*" que logra en todos los niveles, incluyendo el político y el militar con la ayuda de actos de corrupción logran su impunidad.

Así, las organizaciones dedicadas a la delincuencia organizada emprenden operaciones ilegales de tipo financiero, mercantil, bancario, bursátil o comercial; acciones de soborno, extorsión; ofrecimiento de servicios de protección, ocultación de servicios fraudulentos y ganancias ilegales; adquisiciones ilegítimas; control de centros de juego ilegales y centros de prostitución.

Por ello, la delincuencia en su manifestación organizada constituye uno de los más graves y vitales problemas que dañan y perjudican a la humanidad.

Cuando la delincuencia organizada construye conexiones con organizaciones similares formando redes en todo el mundo, la Organización de las Naciones Unidas la identifica como delincuencia organizada transnacional.

La delincuencia organizada tiene un eje central de dirección y mando y está estructurada en forma celular y flexible, con rangos permanentes de autoridad, de acuerdo a la célula que la integran; alberga una permanencia en el tiempo, más allá de la vida de sus miembros; tienen un grupo de sicarios a su servicio; tienden a corromper a las autoridades; estos son dos de los recursos conocidos para el cumplimiento de sus objetivos; opera bajo un principio desarrollado de división del trabajo mediante células que sólo se relacionan entre sí a través de los mandos superiores.

Por tal razón no se le puede aplicar a cualquier persona el arraigo, si no está debidamente comprobado que pertenece a la delincuencia organizada, aunque se tenga la sospecha de que dadas sus actividades, éste podría pertenecer a la delincuencia organizada, sin embargo, recordemos que no se puede aplicar la ley

por analogía o mayoría de razón.

Así mismo, dice este artículo 12, que el juez podrá otorgar la orden de arraigo por las características del hecho imputado, por lo que es de comprenderse que se deja abierta esta posibilidad para el juez penal, ya que solamente toman en cuenta el delito que se le imputa y por el hecho de tratarse de delito grave y sin comprobar o acreditar el agente del Ministerio Público que existe la delincuencia organizada, es otorgada la orden de arraigo.

Otro aspecto que determina el otorgamiento del arraigo por parte del juez penal, es la situación personal del inculcado, lo que no deja claro el legislador, ya que se puede tratar de una persona sin trabajo, de escasos recursos o alguna otra característica que permita aplicar un criterio muy abierto para otorgar el arraigo.

Por otro lado, el agente del Ministerio Público y la policía judicial son los encargados de cumplir la orden de arraigo, lo que tampoco se considera en este artículo en estudio, es el determinar el lugar en donde se llevará a cabo el arraigo y principalmente las condiciones, ya que no se tiene la certeza de que los lugares designados cumplan con los requisitos para un trato digno y humano, como sucede en los centros de reclusión, en donde se supone que los internos cuentan con un apoyo técnico y especializado para empezar a aplicarles el tratamiento para su reinserción social, no así en los centros de arraigo, no tenemos la seguridad jurídica de que a las personas arraigadas se les trate dignamente o no se les apliquen métodos de tortura.

“La duración del arraigo podrá prolongarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que la duración total de esta medida precautoria exceda de ochenta días”.

Y en el último párrafo podemos observar que el arraigo no podrá exceder de

ochenta días, sin embargo, es de considerarse que ochenta días es demasiado tiempo para poder determinar en primer lugar que la persona arraigada no va a sufrir daño psicológico y por otra parte, el agente del Ministerio Público pudiera realizar su trabajo con la simple duplicidad del término constitucional, siempre y cuando en verdad se contara con los medios técnicos para tal función, ya que desgraciadamente se ha visto en la práctica que el sistema de impartición de justicia no cuenta con los recursos necesarios para cumplir cabalmente con sus funciones.

3.3. ASEGURAMIENTO Y DECOMISO DE BIENES SEÑALADO EN LA LEY GENERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

En el Capítulo V, Del Aseguramiento y Decomiso de Bienes, de la Ley General Contra La Delincuencia Organizada, en su artículo 19, dice:

“Artículo 29.- Cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que una persona es miembro de la delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación podrá disponer, previa autorización judicial, el aseguramiento de los bienes de dicha persona, así como de aquellos respecto de los cuales ésta se conduzca como dueño, quedando a cargo de sus tenedores acreditar la procedencia legítima de dichos bienes, en cuyo caso deberá ordenarse levantar el aseguramiento”.

En este artículo se especula sobre la culpabilidad del presunto responsable, ya que dice que cuando hayan indicios, más no que se tenga la seguridad de que se pertenezca a ella, el Ministerio Público, previa autorización judicial, podrá disponer de los bienes del presunto responsable, lo que da como resultado una violación a las garantías individuales de los gobernados, ya que es un acto de molestia por parte de la autoridad que la ejecuta y en algunas ocasiones, no siendo culpable al final del proceso, sus bienes ya no son devueltos en un tiempo considerado.

“ARTÍCULO 31.- El aseguramiento de bienes a que se refiere esta Ley, podrá realizarse en cualquier momento de la averiguación o del proceso”. Así tenemos que con el artículo 31, que la autoridad podrá disponer de los bienes del inculpado o del procesado en cualquier momento del proceso, pero debería establecer cuáles serían las circunstancias para poder disponer de los bienes, si tomamos en cuenta que en el momento en que una persona es mencionada en cualquier etapa del procedimiento, éste artículo se toma como base para disponer de sus bienes y determinar el arraigo, lo que sigue siendo una violación a las garantías individuales, ya que no se dispone en qué términos se considera *“en cualquier momento del procedimiento”*.

“ARTÍCULO 32.- Los bienes asegurados se pondrán a disposición del juez de la causa, previa determinación del Ministerio Público de las medidas provisionales necesarias para su conservación y resguardo, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 40, 41 y 193 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de fuero Federal y 181 del Código Federal de Procedimientos Penales”.

Por otro lado, en el primer párrafo, el artículo 31 dispone que los bienes asegurados se pondrán a disposición del juez previa determinación del ministerio público, previas medidas provisionales para la conservación y resguardo pero estamos ante la hipótesis de que el destino que se le da a los bienes, tratándose de bienes muebles, ya que esta ley en estudio no determina a qué bienes se refiere y mucho menos las medidas que se deben tomar para garantizar la devolución de los mismos en el estado en que se encontraban.

“El juez de la causa, en todo momento durante el proceso, tomará las determinaciones que correspondan para la supervisión y control de los bienes asegurados conforme a las disposiciones de esta Ley”.

En el segundo párrafo, ya determina que el juez a quien pongan a disposiciones los bienes asegurados deberá tomar el control sobre los mismos, sin embargo, no dice las medidas a tomar y mucho menos las reglas que conforme a derecho se aplicarán, de esta manera es de entenderse que el juez penal determinará el lugar en que deberán permanecer sin que el procesado tenga la certeza de que sus bienes estarán en buen resguardo y con la seguridad de que estos le serán devueltos.

3.4. EL PROCESO PENAL DEMOCRÁTICO Y EL ARRAIGO.

El denominado “*proceso penal democrático*”, está basado en el respeto a los derechos humanos y en los intereses tanto de la víctima o del ofendido, como del inculpado y por supuesto, en los límites punitivos del Estado.

En nuestro país la figura del arraigo empezó a tomar una mayor relevancia a partir del 2001, año en que se propone ampliar esta figura en el marco de la Conferencia de Procuradores de Justicia; los servidores públicos al indicar que esta medida era necesaria para garantizar una mejor procuración de justicia, sin considerar las lesiones que podría acarrear su decisión a los derechos humanos.

Es clara la serie de violaciones de derechos interrelacionados que se daría con esta medida, violación al derecho de libertad personal, a la presunción de inocencia, al derecho de tránsito, al de trabajo y buen nombre, como consecuencia de esta medida precautoria.

El arraigo es el acto formal y jurisdiccional que prohíbe a la persona en el marco de una investigación penal abandonar un lugar específico, durante un tiempo que la ley determinará para tal efecto, siempre que exista el riesgo fundado de que la persona sujeta a la investigación pueda sustraerse de la acción de la justicia. En este sentido,

uno de los fines es poder incrementar el tiempo con el que cuenta la autoridad para la investigación y ante el riesgo fundado de que la persona pueda sustraerse de la acción de la justicia, mantenerla privada de su libertad fue la salida.

Respecto de esta figura controversial, hay opiniones que versan en el sentido de que, el objetivo del arraigo no es declarar la inocencia o culpabilidad de la persona, sino privarla de su libertad mientras la autoridad investiga. Es curiosa la manera que en nuestro país se realizan las cosas, pareciera que no se investiga para obtener pruebas y sustentos necesarios para arraigar sino que, se arraiga para investigar, si tomamos en cuenta que el agente del Ministerio Público tiene la función de investigador y esto implica comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado, utilizando los medios de prueba que la propia ley señala, sin embargo, en cumplimiento cabal de lo ordenado en los principios constitucionales, esto lo debe hacer dentro del plazo que la misma establece, por lo tanto, es de considerarse que la figura del arraigo es un plazo violatorio de todo precepto constitucional y por demás innecesario.

El 18 de junio de 2008 en nuestro país se publicaron reformas constitucionales en materia de justicia penal, mediante las cuales se introducen importantes cambios como la oralidad en los juicios y la presunción de inocencia, que representan un avance en la materia y en aras de un sistema que establezca estándares con más apego a la justicia; pero la incongruencia no se hizo esperar y apareció la figura del arraigo, esta vez para asignarle rango constitucional, la justificación fue el tormentoso combate a la delincuencia organizada y preponderar la seguridad pública, bajo este argumento se permitió mermar una vez más los derechos humanos. Insisto en que somos una sociedad algo peculiar, aceptamos el principio de *“presunción de inocencia y a la par el arraigo”*. Se busca prevalecer la seguridad jurídica y se trastoca el derecho a la libertad personal, libre tránsito, integridad física y mental.

La reforma al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que en casos de delincuencia organizada, se podrá decretar el arraigo de una persona por 40 días, plazo que puede ser flexibilizado y ampliado, extendiéndose hasta un máximo de 80 días, esto quiere decir que se permite al agente del Ministerio Público realizar su trabajo de investigación o no hacerlo en menos o en más tiempo, o sea, investigar con toda la calma del mundo sin preocuparse por el estado de salud mental o el daño que se le pueda causar a la persona arraigada, violando sus derechos constitucionales y su derechos humanos y por supuesto, causándole el mismo daño a la familia de éste.

El decreto de esta reforma en su transitorio undécimo, señala que mientras entra en vigor el sistema procesal acusatorio del sistema de justicia penal que se prevé y que no podrá exceder del plazo de ocho años, cuando se trate de delitos graves, el arraigo domiciliario del indiciado se concederá por un máximo de 40 días.

Pero esta reforma no nos dice concretamente en calidad de qué se priva a la persona sujeta a arraigo, atinando a señalar, que esta medida precautoria viene a tener los mismos efectos que la prisión: privación de la libertad, pero con una sorpresa grave, la arbitrariedad y la ausencia de elementos suficientes para configurar una probable responsabilidad, ya que por lo menos cuando una persona es sujeta a proceso, podemos encontrar en el sistema penitenciario que el Estado tiene la obligación de asegurar al procesado en una instalación especial para dicha función, ya que el sistema penitenciario se encarga de resguardarlo, asegurar su integridad física y trabajar en lo concerniente a la reinserción social, que consiste en aplicarle el sistema progresivo a través de profesionistas que se encargan de brindarle o darle lo que en libertad no tuvo, desde atención médica, escolaridad, trabajo, capacitación del mismo, escolaridad y principalmente valores.

Sin embargo, en la figura del arraigo, ya establecida en la Constitución, no señala en qué lugar deberá ser arraigado y menos nos dice las medidas de seguridad jurídica, física y psicológica que el arraigado tendrá como un simple derecho natural, el respeto a sus derechos humanos, debiéndose entender que estos son los que conservan la dignidad de las personas.

Antes de la reforma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mantenía el criterio que el arraigo violaba diversos derechos constitucionales, tales como la libertad personal, en 1999 en la tesis jurisprudencial 78/99, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) "*Arraigo domiciliario, orden que afecta la libertad personal*", la Suprema Corte consideró que la orden de arraigo era inconstitucional, al afectar la libertad personal y es susceptible de suspensión.

Pero la resolución de gran valía y trascendencia fue la asentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión ordinaria del 19 de septiembre de 2005, en la que resolvió la acción de inconstitucionalidad promovida por los Diputados de la LX Legislatura del Estado de Chihuahua en contra del Congreso y del gobernador del estado, en la que demandaban la invalidez del artículo 122 del Código Procesal Penal del Estado de Chihuahua; el Pleno declaró por mayoría de votos la inconstitucionalidad de la figura del arraigo domiciliario, para retener a probables delincuentes, en tanto se investiga y se reúnan elementos de prueba en su contra.

Al respecto, el entonces ministro Genaro David Góngora Pimentel, emitió un voto particular, para explicar sus motivos por los cuales se oponía al proyecto que declaraba la invalidez del artículo mencionado, expresando sus dudas sobre la interpretación basada en que la orden de arraigo domiciliario afecta la libertad personal ya que, en su opinión, el arraigado no se encuentra privado de su libertad, ni mucho menos en un centro penitenciario, agregando que, la delicada situación de

la inseguridad nos lleva a considerar sumamente delicada la invalidez del arraigo que se propone, cuando la misma institución existe en nivel federal en diversos estados, máxime que al no implicar privación de la libertad, puede reconducirse a una restricción de la libertad de tránsito que además encuentra su fuente en la propia Constitución Federal.

Y efectivamente la negativa de invalidar la figura del arraigo es bajo el concepto de que no se trata de una prisión preventiva, pero eso deja establecido que si no es prisión preventiva tampoco se dice en qué lugar se retendrá al arraigado y mucho menos las condiciones que debe reunir el lugar y seguirá siendo de alguna manera prisión, ya que el arraigado, hasta este momento, no puede ir a ningún lugar por su propio pie hasta que no se determina su situación, que en la mayoría de los casos es destinado a un reclusorio y por supuesto, es de considerarse que afecta y viola el concepto constitucional de libre tránsito.

Por otro lado, el arraigo viola la Convención Americana de Derechos Humanos, la Reforma Constitucional en materia de juicios orales y debido proceso legal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, elevó a rango Constitucional la figura del arraigo en el párrafo octavo del artículo 16 de la Carta Magna. Se trata de una medida cautelar que se dicta antes de que haya iniciado un juicio, para el efecto de que se prive de la libertad a una persona mientras se le investiga con el objeto de reunir los elementos necesarios para poder abrir un proceso penal en su contra.

La citada reforma señala que el arraigo será decretado solamente por la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y cuando se trate de delitos considerados como de delincuencia organizada. Además de esa reserva “*competencial*”, el párrafo en cuestión determina que el arraigo podrá durar un máximo de 40 días, los cuales sin embargo podrán ser extendidos por otros 40. Es decir, una persona puede

permanecer arraigada durante casi 3 meses sin que se formalice en su contra una acusación o se le vincule a proceso, lo que resultaría violatorio de sus garantías siendo culpable y aun más siendo inocente, si tomamos en cuenta que las personas arraigadas, sin excepción, terminan con un daño psicológico.

La reforma precisa que el arraigo solamente se podrá imponer cuando *“sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia”*. Hay por tanto una carga de la prueba que tendrá que ser superada por el órgano que solicita el arraigo y adecuadamente valorada por el juez que deba decidir sobre su otorgamiento; cabe recordar que los delitos considerados como de delincuencia organizada caen bajo la competencia Federal únicamente, según el artículo 73 fracción XXI, adicionada también mediante la reforma publicada el 18 de junio de 2008, pero debemos considerar que este razonamiento no es adecuado para darle validez a la figura del arraigo, ya que el agente del Ministerio Público al hacer la solicitud al juez penal para que éste le otorgue el arraigo en contra del presunto responsable, prácticamente está diciendo que no cuenta con los elementos suficientes para solicitarle la orden de aprehensión y si estamos en este entendido, también estamos conscientes de que es ilegal la detención, por lo que el juez penal al otorgar la orden de arraigo está violando los derechos constitucionales de la persona a la que van a arraigar.

Infortunadamente, el artículo undécimo transitorio de la misma reforma extiende la potestad de los jueces de todos los niveles de gobierno para conceder el arraigo hasta por 40 días, cuando se trate de delitos graves. Tal potestad no existe para aquellas entidades federativas en las cuales ya se haya producido la declaratoria de la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal, tal como lo exige el artículo segundo transitorio vigente del decreto del 18 de junio. Esta regla se aplica tanto a las entidades federativas que ya cuentan con el nuevo sistema penal como para aquellas que lo irán implementando en los siguientes años, insisto en que el arraigo

es concedido solamente por tratarse de un delito grave, pero no se cuenta con el cuerpo del delito y menos con la presunta responsabilidad, por lo que el agente del ministerio público cuenta con mayor tiempo para cumplir con sus funciones de investigador sin la consideración constitucional que asiste al presunto responsable.

Cabe destacar que el transitorio autoriza nada más el “*arraigo domiciliario*”, por lo que no podrá decretarse que el detenido sea ubicado más que en su propio domicilio, con lo cual se extingue la posibilidad de llevarlos, como ha sucedido durante tantos años, a casas de seguridad o “*centros de arraigo*”, lugares que eran considerados como cárceles privadas en donde se aplicaban torturas en lo que duraba el arraigo porque el hecho de darles el nombre de centros de arraigo no implicaba que se respetaran los derechos humanos de las personas que eran llevados a dichos espacios de retención.

El nivel Constitucional del arraigo ha generado fuertes críticas por parte de los especialistas. Se trata de uno de los aspectos más cuestionables o débiles de la reforma, ya que lleva hasta la Carta Magna el muy vernáculo principio de “*detener para investigar*”, cuando en la mayoría de países democráticos del mundo sucede lo contrario: primero se investiga a una persona y cuando se reúnen los elementos suficientes, se le detiene. Los autores de la reforma quisieron ser muy “*internacionales*” en ciertos temas, pero resultaron excesivamente domésticos en otros, como se ha venido refiriendo, el arraigo no puede ser considerado una garantía ni para la víctima del delito, ya que a todas luces el agente del Ministerio Público no está cumpliendo con su función, que es la de investigar y consignar ante el juez penal cuando ha comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, como ya se ha mencionado.

En el fondo de las críticas que se le han hecho a esta parte de la reforma, un problema más general, sobre el que tendremos oportunidad de volver en su

momento: el problema de si el combate a la criminalidad organizada puede hacerse con las reglas comunes del procedimiento penal o si por el contrario, hacen falta reglas específicas que permitan enfrentar a las grandes bandas de asaltantes, contrabandistas, tratantes de personas, roba coches, secuestradores o narcotraficantes. Se trataría de discutir sobre la justificación y el espacio que se le debería dar, o no dar, a un “*derecho penal de excepción*” o con “*garantías atenuadas*”, lo importante en este caso sería la organización y regulación profesional del sistema de Seguridad Nacional, así como la implementación de medios de profesionalismo de los cuerpos policíacos.

Es importante señalar que la figura del arraigo está también prevista en distintos Códigos de Procedimientos Penales.

Pues bien, hay al menos dos sentencias, dictadas por valientes jueces de distrito, con sede en San Luis Potosí y en Chiapas, que declaran la incompatibilidad de dicha figura cautelar con la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José.

3.5. LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL.

El 20 de junio de 2011, siendo presidente de la República Mexicana, Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, se expide la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Distrito Federal, en donde se señala en el *TITULO PRIMERO, DEL OBJETO DE LA LEY Y ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO, CAPITULO I, DEL OBJETO DE LA LEY*, en su artículo 1º, segundo párrafo, “*La Procuraduría General de la República, ubicada en el ámbito del Poder Ejecutivo Federal, ejercerá sus atribuciones respondiendo a la satisfacción del interés social y del bien común. La actuación de sus servidores se regirá por los principios de certeza, legalidad, objetividad,*

imparcialidad, eficiencia, profesionalismo, honradez, lealtad, disciplina y respeto a los derechos humanos”.

En donde podemos ver que la esta Ley Orgánica tiene un sentido muy propio para las funciones que tiene que desempeñar el agente del Ministerio Público, si tomamos en cuenta que la figura del arraigo se separa de este principio básico y fundamental, ya que uno de estos principios, podemos mencionar, los principios de legalidad, como se ha comentado con anterioridad; la legalidad consiste en observar todas las reglas que el proceso penal señala en la Carta Magna y en las leyes penales, por lo que es de considerarse que la figura del arraigo se sale del contexto de la llamada legalidad y principalmente del debido proceso.

Otro de los principios que menciona esta Ley Orgánica, es la certeza, si tomamos en cuenta que la certeza consiste en tener la seguridad no solo de lo que se está actuando al integrar una averiguación previa, también es el actuar a través de los medios de prueba, si los indicios se han comprobado con las pruebas, entonces el agente del Ministerio Público no tendría la necesidad de recurrir a la figura del arraigo, luego entonces, es de entenderse que cuando se solicita al juez penal una orden de arraigo, no se tiene la certeza de la culpabilidad del presunto responsable.

Otro principio es la objetividad, el agente del Ministerio Público al solicitar el arraigo se considera que no está siendo objetivo, ya que basa sus pretensiones en simples analogías, como ha resultado y se ha comprobado a través de los medios de comunicación, se ha dado el caso de personas que no solo han sido arraigadas, también procesadas y después de un tiempo son inocentes o resultan inocentes, pero esto se debe a la falta de objetividad al integrar la averiguación previa, ya que literalmente el objeto de la averiguación previa es la de investigar, pero sobre bases firmes, no sobre la presunción.

Otro principio es el profesionalismo y a través de la figura del arraigo, el agente del Ministerio Público no lo está demostrando, tomando en cuenta que como ya se ha

dicho, el agente del Ministerio Público tiene la obligación de investigar, independientemente de hacerlo en el plazo Constitucional, la integración de la averiguación previa se realiza a través de la comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad, así mismo, estas se demuestran con la comprobación de los elementos positivos del delito y estos a su vez, a través de los medios de prueba, y en este caso, empleando la figura del arraigo el agente del Ministerio Público está demostrando que no tiene los elementos necesarios para realizar su trabajo, aunado al gran problema de que las procuradurías no cuentan con los medios suficientes para realizar un trabajo profesional, por varias causas, falta de recursos humanos o recursos materiales principalmente.

Otro principio es el de eficiencia, hasta ahora no se ha demostrado que la figura sea eficiente y menos el actuar del agente del Ministerio Público, como ya se mencionó, cuando se tiene a un presunto responsable es porque hay imputación directa o cuando se encuentra en flagrante delito, por lo tanto, no puede ser eficiente el actuar del agente del Ministerio Público cuando es arraigada una persona para buscar o fabricar las pruebas que lo pondrán en la posición de culpable ante el juzgador, de tal suerte que podemos asegurar que el actuar del integrador de la averiguación previa actué con la eficiencia que por obligación debe observar.

Por último, menciona como el principal principio, el respeto a los derechos humanos, sin dejar de contemplar que estos principios son las bases por medio de los cuales el agente del Ministerio Público debe fundar su actuar, es claro que la figura del arraigo de ninguna manera salvaguarda los derechos humanos de las personas que sufren esta detención, que a todas luces es ilegal, pero señalada en la ley; por otro lado, no es comprensible que la constitución prevenga y prohíba todo acto que vaya en contra de los derechos humanos y por otro lado se legisle a favor de una figura que viole los principios constitucionales.

Así mismo en las funciones del agente del Ministerio Público primero se trata de establecer cuáles son los principios básicos, pero cabe hacer el comentario sobre la

forma en que el agente del Ministerio Público debe investigar los delitos, por lo que tenemos en el artículo 4º, fracción I, referente a la investigación de los delitos que establece:

“Artículo 4.- Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

I. Investigar y perseguir los delitos del orden federal. El ejercicio de esta atribución comprende...”³⁹

Concretamente debemos entender que el agente del Ministerio Público debe investigar los delitos, si tomamos en cuenta que la función del agente del Ministerio Público es la investigación de los delitos a través de la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad penal.

En la fracción I, inciso w, dice:

“Cuando el Ministerio Público de la Federación tenga conocimiento por sí o por conducto de sus auxiliares de la probable comisión de un delito cuya persecución dependa de querrela o de cualquier otro acto equivalente, que deba formular alguna autoridad, lo comunicará por escrito y de inmediato a la autoridad competente, a fin de que resuelva con el debido conocimiento de los hechos lo que a sus facultades o atribuciones corresponda. Las autoridades harán saber por escrito al Ministerio Público de la Federación la determinación que adopten”.

En esta fracción encontramos que el Ministerio Público cuando tenga conocimiento de la probable comisión de un delito derivada de una denuncia, éste deberá actuar conforme a derecho, esto es, con la observación de los preceptos constitucionales y lo establecido en las leyes secundarias, por lo que es improcedente el arraigo, ya que la creación de esta figura es con la finalidad de comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad pero dentro del término constitucional, cuarenta y ocho horas o la duplicidad, pero el arraigo permite al Ministerio Público la posibilidad de justificar la consignación a través de la elaboración de las pruebas para lograr su

³⁹ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOPGR.pdf>

objetivo.

Así mismo podemos reforzar el comentario anterior con el texto contenido en el apartado B, inciso B del mismo artículo que a la letra dice:

“b) Solicitar las medidas cautelares que procedan, en términos de la legislación aplicable, así como la constitución de garantías para los efectos de la reparación del daño...”

El agente del Ministerio Público debe practicar por ende, las diligencias necesarias para la acreditación de los requisitos constitucionales, por ende, como ya se ha comentado con anterioridad, si es un mandamiento Constitucional, es innecesario el arraigo, ya que esta figura, aun que se encuentra en la propia Carta Magna, esta se contrapone con otros preceptos constitucionales, ya que por un lado se ordena el respeto irrestricto de las garantías constitucionales y por otro lado se permite violar estos mismos.

CAPÍTULO IV

ESTUDIO DE LAS HIPÓTESIS DE AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD DEAMBULATORIA PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, VIGENTE EN EL ORDEN FEDERAL.

4.1. PLAN NACIONAL 2007-2012.

Con el objeto de hacer un análisis sobre la hipótesis de afectación de la libertad deambulatoria previstas en el artículo 16 de la Constitución General de la República, vigente en el orden Federal, es necesario, examinar minuciosamente el Plan Nacional 2007-2012 propuesto por el Gobierno Panista, para tratar de entender la razón de las reformas constitucionales y con ellas la intención del ejecutivo al establecer las estrategias tendientes a la seguridad nacional y el combate a la delincuencia.

“El Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 establece una estrategia clara y viable

para avanzar en la transformación de México sobre bases sólidas, realistas y, sobre todo, responsables⁴⁰”.

Está estructurado en cinco ejes rectores:

- 1. Estado de Derecho y seguridad.*
- 2. Economía competitiva y generadora de empleos.*
- 3. Igualdad de oportunidades.*
- 4. Sustentabilidad ambiental.*
- 5. Democracia efectiva y política exterior responsable.*

Este Plan asume como premisa básica la búsqueda del Desarrollo Humano Sustentable; esto es, del proceso permanente de ampliación de capacidades y libertades que permita a todos los mexicanos tener una vida digna sin comprometer el patrimonio de las generaciones futuras.

Hoy tenemos la oportunidad histórica de impulsar el Desarrollo Humano Sustentable como motor de la transformación de México en el largo plazo y, al mismo tiempo, como un instrumento para que los mexicanos mejoren sus condiciones de vida.

La elaboración de este Plan estuvo sustentada en gran medida en la perspectiva del futuro que queremos los mexicanos a la vuelta de 23 años, de acuerdo con lo establecido en el proyecto Visión México 2030.

Los objetivos nacionales, las estrategias generales y las prioridades de desarrollo plasmados en este Plan han sido diseñados de manera congruente con las

⁴⁰ <http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/>

propuestas vertidas en el ejercicio de prospectiva.

Visión 2030 es una apuesta común por un Desarrollo Humano Sustentable, una descripción del México deseable y posible por encima de las diferencias. La imagen del país en el que deseamos vivir dentro de 23 años da sentido y contenido a las acciones que como gobierno y como sociedad emprendemos a partir de ahora.

Pretende fomentar un cambio de actitud frente al porvenir y detonar un ejercicio de planeación y prospectiva que amplíe nuestros horizontes de desarrollo.

Se trata de un referente, una guía, un anhelo compartido y a la vez un punto de partida para alcanzar el desarrollo integral de la nación. Existe el firme propósito de que los logros que consigamos los mexicanos en los próximos seis años nos acerquen al país que queremos heredar a las nuevas generaciones.

Para el Gobierno de la República es fundamental tomar decisiones pensando no sólo en el presente de los mexicanos, sino también en su futuro. La única forma de afrontar con éxito el porvenir es actuar con eficacia hoy.

Para la elaboración de este Plan, el conocimiento de las aspiraciones de los ciudadanos ha sido decisivo. Esto, con el fin de ir de lo general a lo particular en el diseño de instituciones, estrategias, programas y proyectos gubernamentales previstos en el Plan Nacional de Desarrollo.

Al tomar como referente la Visión México 2030, el Plan Nacional de Desarrollo constituye la fase inicial de un proyecto para lograr la transformación de nuestro país con vistas al futuro.

Es el primer paso para poner a México en la ruta del Desarrollo Humano Sustentable.

Es tiempo de asumir que la superación de los retos del siglo XXI y la construcción del país que queremos son una responsabilidad colectiva.

México está inmerso en un proceso de transformaciones que no puede ni debe detenerse. La consolidación democrática del país está abriendo paso a una etapa de modernidad en diversas áreas de nuestra vida económica, política y social.

Como nunca antes, el destino de nuestra nación dependerá de lo que los mexicanos hagamos o dejemos de hacer. Enfrentamos retos nacionales y globales que exigen respuestas inmediatas y eficaces.

No podemos dejar para después la atención de desafíos como los que representa la sociedad del conocimiento, la competitividad del mundo, el calentamiento global, el crimen organizado y la equidad de género.

No debemos evadir la atención de problemas tan apremiantes como la inseguridad, la pobreza, la desigualdad, el analfabetismo, la falta de oportunidades educativas, la mortalidad materna y la infantil, la insuficiente generación de empleo, los rezagos en el campo y la pérdida de recursos naturales, entre otros.

Éstas son tareas que comprometen y convocan al Poder Ejecutivo, pero también al Congreso de la Unión, a las legislaturas de los estados, al Poder Judicial, a los gobiernos estatales y municipales, a los partidos políticos, al sector privado, a la academia, a las organizaciones sociales y a los ciudadanos.

En esta etapa democrática del país, el mayor reto que tenemos los actores políticos, económicos y sociales es otorgar soluciones de fondo –soluciones duraderas y

definitivas— a los problemas que enfrentan los mexicanos. Compartimos el desafío de construir una nación de justicia y de leyes, de bienestar y progreso, de libertad y democracia. Ello exige no sólo sumar esfuerzos, voluntades y recursos, sino además acrecentar la confianza en nosotros mismos.

Si queremos superar los retos del siglo XXI, necesitamos trabajar juntos en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y hacer cambios profundos en la estructura del país. Sólo así romperemos las inercias que frenan nuestro desarrollo, aceleraremos el paso y cumpliremos las metas que nos proponemos.

El Desarrollo Humano Sustentable nos da la oportunidad de avanzar con una perspectiva integral de beneficio para las personas, las familias y las comunidades.

Para lograrlo, los actores políticos tenemos el deber de entendernos y la responsabilidad de construir los acuerdos que el país necesita. En suma, compartimos el reto de poner la política al servicio de la sociedad.

El interés superior de la nación debe estar por encima de cualquier interés partidista, económico o de grupo. Es momento de hacer de la política el verdadero sustento de nuestro sistema democrático.

La generación de mexicanos de hoy tenemos la energía, la capacidad, y el talento para conducir a México al futuro. Podemos construir un país distinto y mejor al que nos ha tocado vivir. Poseemos los recursos para lograrlo. Contamos con una posición geopolítica estratégica para cumplir nuestros objetivos. Tenemos los liderazgos para dar el giro que nos coloque en la trayectoria correcta.

El Plan Nacional de Desarrollo marca el rumbo a seguir para abrir cauces al porvenir que queremos, para que los ciudadanos tomemos las riendas de nuestro propio destino. Lo hace apoyado en las normas y valores de la democracia. Sus guías son la libertad, la legalidad, la pluralidad, la honestidad, la tolerancia y el ejercicio ético

del

poder.

En nuestra gente está la mayor riqueza del país, está el aliento vital de nuestra democracia. En los millones de mexicanos que no se doblegan ante las adversidades. En los millones de trabajadores que laboran de sol a sol para sacar adelante a su familia. En los millones de mujeres que asumen con valentía y entereza el rol de jefas de familia. En los millones de niños y jóvenes que se esfuerzan todos los días por prepararse y continuar sus estudios.

Se está forjando una generación de mexicanas y mexicanos libres de complejos, de tabúes, de miedos y de prejuicios. Se está abriendo paso una generación de ciudadanos con una mentalidad ganadora.

En cumplimiento con lo dispuesto en el Artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por lo previsto en los Artículos 4 y 20 de la Ley de Planeación, el gobierno federal presenta el Plan Nacional de Desarrollo que habrá de regir nuestras acciones en los próximos seis años. Este Plan es resultado de un auténtico proceso de deliberación, democrático, plural e incluyente, que recoge las inquietudes y necesidades de todos los sectores de la sociedad.

Asimismo, conforme a lo establecido en los Artículos 5 y 21 de la Ley de Planeación, el Ejecutivo a mi cargo remite este Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 al Honorable Congreso de la Unión para los efectos previstos en la Ley”.

Lo anterior se basa primordialmente en la necesidad social y en el compromiso que el Gobierno Federal tiene con la ciudadanía ante la preocupación del incremento de la delincuencia, que a todas luces no se ha combatido y mucho menos controlado, no obstante esta problemática es importante que en toda propuesta conlleve una solución lógica – jurídica, con estricto apego a derecho y el respeto a las garantías

individuales y a los derechos humanos de cada individuo, de esta manera, el Plan Nacional 2007-2012, establece en su rubro 1.1 Certeza jurídica:

“1.1 Certeza jurídica

Un sistema jurídico con principios y planteamientos ambiguos o anacrónicos, que derivan en situaciones como la discrecionalidad de funcionarios en la toma de decisiones o en procedimientos largos y complejos, impacta negativamente en los niveles de certeza jurídica, es decir, en la certidumbre de los ciudadanos de que las leyes se cumplen”.

Lo anterior, no garantiza la efectividad de una ley y mucho menos el cumplimiento de la misma, por no estar apegadas al respeto irrestricto de los mandatos constitucionales al no observarse el más mínimo de lo respeto por parte de las propias autoridades.

“Lo anterior genera no sólo espacios propicios para la corrupción y la búsqueda de beneficios, sino la falta de atención social a la legalidad al generar una percepción de aplicación selectiva de la ley. Ello, a su vez, se traduce en obstáculos para el desarrollo nacional. La certeza jurídica, a pesar de los diversos esfuerzos realizados en el pasado, dista de ser óptima.

Resulta entonces fundamental que el Gobierno Federal establezca estándares que permitan no sólo fomentar la certeza jurídica, sino hacer predecible la aplicación de la ley mediante estrategias que incidan en la reducción de la discrecionalidad de la autoridad administrativa judicial, fortalezcan al Poder Judicial, incrementen la calidad del sistema de justicia y del ejercicio profesional de los abogados y, en general, eleven la confianza ciudadana en las instituciones y fomenten una cultura de la legalidad”.

En este sentido, el Gobierno Federal trató de establecer estándares que fomenten la certeza jurídica, esto es, a través de reformas constitucionales, las cuales se analizarán más adelante, sin embargo es de considerarse que la eficacia de una ley se basa en la educación y profesionalización de las personas encargadas de impartir justicia, contemplando la observancia del proceso y del procedimiento, si tomamos en cuenta que el proceso penal consiste en una serie de pasos concatenados y debidamente fundamentados en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que no se pueden dejar de observar.

Así mismo, el Plan Nacional, contiene un objetivo de interés general y que es el siguiente:

“OBJETIVO

1

Garantizar la certeza jurídica y predictibilidad en la aplicación de la ley para toda la población.

ESTRATEGIA 1.1 Reducir la discrecionalidad de las autoridades administrativas y judiciales en la aplicación de las normas.

El fundamento básico para que haya certeza jurídica y sea predecible la aplicación de la ley radica en que los ciudadanos tengan la seguridad de que la norma se hará cumplir y en que éstos conozcan los criterios básicos bajo los cuales se aplicará.

Esto implica que ni la autoridad administrativa ni la judicial puedan hacer distinciones en atención a cuestiones personales, políticas o económicas. Para ello se propondrán reformas sustantivas y procesales, algunas de ellas mencionadas más adelante”.

Si se habla de criterios básicos para la aplicación de la ley, es de suponerse que los criterios serán, como se dijo anteriormente, con estricto apego a la observancia Constitucional, con el objeto de respetar las garantías del presunto responsable de

la comisión de un delito.

Por esta razón, encontramos otra propuesta en el Plan Nacional referente a la procuración de justicia y es la siguiente:

“1.2 Procuración e impartición de justicia.

México necesita leyes que ayuden a perseguir y encarcelar a los delincuentes, para que los encargados de hacer valer el Estado de Derecho actúen con firmeza y con honradez, sin permitir que ningún acto ilícito quede en la impunidad. Es impostergable la modernización del sistema de seguridad pública, de procuración e impartición de justicia mediante instituciones más eficientes y leyes más adecuadas”.

En base a este razonamiento, podemos considerar que el encarcelamiento de todo delincuente se basará en lo establecido en los preceptos constitucionales al encontrar en esta propuesta la firmeza y la honradez.

En el objetivo siguiente, encontramos las bases de la aplicación del sistema de impartición de justicia a través de la modernización del sistema de justicia penal.

“OBJETIVO 4

Modernizar el sistema de justicia penal encaminado a lograr un marco normativo que garantice justicia pronta y eficaz.

Distintos componentes integran el proceso de transformación que requiere nuestro sistema penal. Entre los principales elementos está el cambio de un sistema inquisitorio a uno acusatorio mediante el establecimiento de la oralidad en juicios penales y el mejoramiento de las competencias técnico – operativas de las agencias del Ministerio Público, principalmente en los procesos de averiguación previa e

integración

de

expedientes”.

Se propuso un cambio total, del sistema inquisitorio al acusatorio por medio de la oralidad a través de la aplicación de una moderna técnica operativa, con la profesionalización de la policía investigadora y al referirse a nuevas técnicas, solo se refiere a la organización operativa, sin embargo, no se hace mención de los programas que se aplicarían en el Instituto de Formación Profesional.

“ESTRATEGIA 4.1 Hacer más eficientes los sistemas y procedimientos utilizados por los Ministerios Públicos, así como fortalecer la investigación ministerial y policial para elevar el nivel de eficacia en la integración de la averiguación previa.

La procuración de justicia requiere de Ministerios Públicos profesionales, honestos, con procedimientos claros y eficaces. Bajo esta lógica, se impulsará la capacitación y especialización de los agentes y sus auxiliares, de acuerdo con estándares internacionales. Asimismo, se establecerán controles de confianza para monitorear la ética y la calidad con la que se desempeñan.

La iniciativa de reforma constitucional que presentó el Ejecutivo recientemente, busca redefinir a la policía como un órgano corresponsable de la investigación penal para que esté facultada para recibir denuncias, recabar evidencias físicas y datos relacionados con los hechos posiblemente delictivos. Esta redistribución de facultades entre los órganos responsables tiene como objetivo propiciar una investigación más científica, objetiva y profesional, que jurídicamente seguiría a cargo del Ministerio Público, pero que contaría con la participación autónoma, en términos técnicos y funcionales, de la policía”.

En esta estrategia, se propuso que la policía, tenga corresponsabilidad con el Ministerio Público en la investigación, tomando en cuenta que será el personal que se encargue de reunir los elementos necesarios para que el agente del Ministerio

Público pueda integrar la averiguación previa al comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del presunto responsable.

“ESTRATEGIA 4.2 Establecer más y mejores instrumentos para la impartición de justicia en los delitos asociados con la delincuencia organizada.

El reto que implica el crecimiento y expansión del crimen organizado exige que las leyes e instrumentos con que cuenta el Estado para combatirlo se adecuen a la realidad. Entre otras cosas, se implementarán nuevas medidas de investigación y redistribución de las facultades entre los órganos judiciales y el Ministerio Público, para que el sistema de procuración e impartición de justicia pueda perseguir y sancionar con mayor eficacia a la delincuencia organizada.

La propuesta de reforma al sistema penal prevé como herramientas especiales en materia de investigaciones de la delincuencia organizada las órdenes de arraigo, cateos e intervenciones de comunicaciones privadas, que durante la investigación podrán ser autorizadas por el Ministerio Público, de tal forma que estos instrumentos puedan ser utilizados de manera oportuna. También se propone el establecimiento de un mecanismo de control posterior, para que sea el juez quien, de manera oficiosa, revise la legalidad de las intervenciones y los cateos.

Asimismo, se promoverá que las conductas tipificadas como delincuencia organizada sean consideradas siempre graves, para que den lugar a prisión preventiva”.

Con el incremento de la delincuencia organizada da lugar a esta propuesta de reforma al sistema penal utilizando como herramienta las órdenes de arraigo, cateos e intervenciones de comunicaciones privadas, por lo que se analiza la posibilidad de que las mismas no sean utilizadas de conformidad con los preceptos constitucionales debido a la poca importancia que representa para los impartidores de justicia, las

garantías individuales del ciudadano, ya que ahora lo que más preocupaba al estado es el combate a la delincuencia organizada.

“ESTRATEGIA 4.7 Promover el Código Penal Único.

En México contamos con un código penal y un código procesal penal por cada entidad federativa, más el Código Penal Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales. Tal diversidad legislativa resulta en contradicciones y vacíos legales que abren espacios para la impunidad.

Por ello, la iniciativa de reforma al sistema de justicia penal presentada por el Ejecutivo propone la unificación legislativa, tanto en la tipificación de las conductas delictivas y sus penas, como en los procedimientos para su persecución, investigación y ejecución. La adopción de tipos penales únicos para todo el país impacta positivamente en la certeza jurídica.

La soberanía de los estados y la vigencia del federalismo no se verán violentadas, pues la ley determinará las competencias correspondientes y la facultad de organizar las instituciones de procuración y administración de justicia se mantendrá como una facultad reservada a las entidades federativas”.

En esta propuesta se plantea la posibilidad de crear un solo Código Penal y un Código de Procedimientos Penales, mismos que servirán para toda la República Mexicana, y dicha propuesta se basa en la cantidad de lagunas jurídicas que encontramos en los códigos actuales, por lo que de hacerse realidad la creación de dichas leyes, solamente habrá de observarse que sean apegados a la realidad de la entidad federativa de que se trate y sobre todo a que los mismos establezcan los lineamientos exactos y correctos, para establecer el respeto a las garantías del

ciudadano y vaya implícita la sanción a los impartidores de justicia que no observen las conductas establecidas por la nueva legislación.

De manera general, podemos observar que el Plan Nacional 2007-2012, fue elaborado por el gobierno federal con la intención de erradicar el mal social llamado delincuencia organizada, sin embargo lo que teníamos que esperar de este proyecto era la elaboración de los códigos que regulen el sistema penal mexicano y que este, no trasgreda los derechos de los ciudadanos al no cumplir de manera estricta con lo establecido en las leyes, al emplear las figuras jurídicas de manera inapropiada y sobre todo, que estas conlleven una serie de violaciones a las garantías individuales por no hacer el estudio que ubiquen en el lugar adecuado a cada una de ellas.

4.2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Para darle continuidad al tema que nos ocupa, es necesario hacer el estudio y análisis del artículo 16 Constitucional con el objeto de establecer qué figuras jurídico – penales menciona y cuál sería la objetividad que quisieron plantear los legisladores al hacer la reforma en el años 2008, y el texto quedó de la siguiente manera:

“PUBLICACIÓN EN DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 18-JUNIO/2008

DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

*Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.-
Presidencia de la República.⁴¹*

⁴¹ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

FELIPE DE JESÚS CALDERÓN HINOJOSA, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que la Comisión Permanente del Honorable Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente:

DECRETO

“LA COMISIÓN PERMANENTE DEL HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN, EN USO DE LA FACULTAD QUE LE CONFIERE EL ARTÍCULO 135 CONSTITUCIONAL Y PREVIA LA APROBACIÓN DE LAS CÁMARAS DE DIPUTADOS Y DE SENADORES DEL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ASÍ COMO LA MAYORÍA DE LAS LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS, DECRETA:

SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Único. Se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Quedando el artículo 16 de la siguiente manera:

“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”.

En el primer párrafo de este artículo, encontramos que el estado protege al

gobernado en el sentido estricto de que no se podrá molestar a persona alguna, sin embargo, desde el momento que el agente del ministerio público retiene a un presunto responsable ya se encuentra éste ante la molestia, por otro lado, se entiende que solamente una autoridad competente, o sea, el juez, podrá ordenar ésta molestia, siempre y cuando esté debidamente fundada la petición y sobre todo, argumentado jurídicamente hablando.

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

En el segundo párrafo, ordena que, refiriéndonos al agente del Ministerio Público, este no puede ni tiene la calidad de ejecutor, por lo que tiene la obligación de solicitar la retención del presunto responsable al juez, una vez que le haya expuesto las razones lógicas jurídicas del caso en concreto.

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

En el tercer párrafo, podemos observar la disposición expresa de que, el que ejecute la orden judicial, en este caso la policía investigadora, deberá poner a disposición del Director del reclusorio de que se trate al presunto responsable e informar al juez que ya ha sido cumplida su orden, para que éste ordene lo que a derecho corresponde, como lo es, la presencia del presunto responsable para que rinda su declaración en los términos de ley y con esto, respetar los derechos constitucionales, procesales y administrativos correspondientes.

“Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención”.

En el cuarto párrafo, el Estado le da la facultad al gobernado de retener a un presunto responsable cuando esté ante la comisión de un delito, poniéndolo a disposición de la autoridad competente inmediatamente con el objeto de cumplir con los principios constitucionales, garantía de audiencia, derechos del presunto responsable o procesado y los principios procesales.

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

En el quinto párrafo, se prevé la posibilidad de retener a una persona por parte del agente del Ministerio Público cuando por razón de la hora no se pueda recurrir al juez para que éste, libre la orden correspondiente, de tal suerte, que de esta manera no se violan los preceptos constitucionales de los cuales hemos venido mencionando.

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

En el sexto párrafo, cuando el presunto responsable es puesto a disposición del juez

correspondiente, esté una vez comprobada la legalidad del actuar del agente del ministerio público, realizará lo que administrativa y jurídicamente corresponda para garantizar los preceptos constitucionales exigidos por nuestra carta magna.

“La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días”.

En el séptimo párrafo, encontramos la figura del arraigo, considerada en esta reforma Constitucional, como la oportunidad del agente del Ministerio Público para integrar debidamente la averiguación previa, observando en esta figura que el término máximo de retención de las personas arraigadas de cuarenta días y su duplicidad, justificando el arraigo con la posibilidad en tiempo para la integración debida de la averiguación previa o el peligro de sustracción del presunto responsable al respetar el término de cuarenta y ocho horas más la duplicidad, sin embargo, esta figura a todas luces es violatoria de los mismos conceptos Constitucionales, atendiendo la idea primordial del respeto irrestricto al ser humano, el derecho a la libertad y a no ser molestado innecesariamente.

“Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.

En el octavo párrafo, encontramos la definición de delincuencia organizada, y esto

nos dice que estaremos en presencia de esta figura cuando se cumplan las condiciones que el propio tipo penal señale, por lo que es de considerar que al crear la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, lo único que debieron hacer es concretarse a aumentar la penalidad en todo caso y señalar cuáles son los delitos que están contemplados dentro de las actividades de la delincuencia organizada.

“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”.

En el párrafo noveno, podemos observar y entender, que solamente cuando se trate de delincuencia organizada y actividades señaladas en la ley respectiva, operará el arraigo, sin embargo, es de considerarse que se trata de una figura violatoria de todo precepto constitucional.

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

En el párrafo décimo, no hay comentario, toda vez de que no hubo reforma en su contenido ni esencia.

4.3. CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

El Capítulo IV del Título V del Código Federal de Procedimientos Penales establece las reglas a que se debe de someter el Ministerio Público Federal para decretar el aseguramiento del inculpado durante la etapa de averiguación previa.

En primer lugar el artículo 193 establece que en los casos de flagrante delito, 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.

“Se considerará que hay delito flagrante cuando el indiciado es detenido en el momento de estarlo cometiendo, o inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso:

a) *Aquel es perseguido materialmente; o*

b) Alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito.⁴²

En estos casos el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según procediere, decretará la retención del indiciado si el delito es perseguible de oficio o perseguible previa denuncia, querrela u otro requisito equivalente, ya se encuentre satisfecho, o bien ordenará la libertad del detenido.

La violación a lo dispuesto en el artículo en comento, hará penalmente responsable

⁴² <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/7.pdf>

al Ministerio Público o al funcionario que decreta indebidamente la retención y la persona así detenida será inmediatamente puesta en libertad.

Respecto a la orden de detención girada por el Ministerio Público en caso urgente (art. 194), éste la libraré bajo su más estricta responsabilidad, bajo los requisitos de legalidad jurídica, es decir que debe de ser por escrito, debe estar fundada y expresando lo indicios que acrediten que:

“a) El indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves.

b) Que exista el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y

c) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no puede ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión”.

Como en el caso del delito flagrante, la orden de detención que no se realice con las formalidades esenciales que previene el artículo 194, hará responsable penalmente al Ministerio Público o al funcionario que ordene la orden de aprehensión y el sujeto será puesto en libertad inmediatamente.

“Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;

- 2) *Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;*
- 3) *Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;*
- 4) *Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter, financiamiento al terrorismo previsto en los artículos 139 Quáter y 139 Quinquies y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter.*
- 5) *Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;*
- 6) *Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;*
- 7) *Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;*
- 8) *Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;*
- 9) *Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;*
- 10) *Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;*
- 11) *Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;*
- 12) *Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.*
- 13) *Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de*

personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis.

- 14) Se deroga
- 15) Se deroga
- 16) *El desvío u obstaculización de las investigaciones, previsto en el artículo 225, fracción XXXII;*
- 17) *Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237;*
- 18) Se deroga.
- 19) *Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo;*
- 20) *Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis;*
- 21) *Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo;*
- 22) *Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 Bis;*
- 23) *Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;*
- 24) *Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;*

- 25) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV, XVI y XVII, y el previsto en la fracción IV del artículo 368 Quáter;
- 26) Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis;
- 27) Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter;
- 28) Robo de material radiactivo, material nuclear, combustible nuclear, mineral radiactivo o fuente de radiación, previsto en el artículo 368 Quinquies;
- 29) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;
- 30) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis;
- 31) Los previstos en el artículo 377;
- 32) Extorsión, previsto en el artículo 390;
- 33) El previsto en el artículo 400 Bis;
- 33) **Bis.** Contra el Ambiente, en su comisión dolosa, previsto en los artículos 414, párrafos primero y tercero, 415, párrafo último, 416, párrafo último y 418, fracción II, cuando el volumen del derribo, de la extracción o de la tala, exceda de dos metros cúbicos de madera, o se trate de la conducta prevista en el párrafo último del artículo 419 y 420, párrafo último.
- 34) En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis.

- 35)** *Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A.*
- 36)** *En materia de delitos ambientales, el previsto en la fracción II Bis del artículo 420.*
- II.** *De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el previsto en el artículo 2.*
- III.** *De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los delitos siguientes:*
- 1)** *Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III;*
- 2)** *Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11;*
- 3)** *Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83 Ter, fracción III;*
- 4)** *Los previstos en el artículo 84, y*
- 5)** *Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 Bis, párrafo primero.*
- IV.** *De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3o. y 5o.*
- V.** *De la Ley de Migración, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 159.*
- VI.** *Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:*
- 1)** *Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en*

las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104, y

- 2) *Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados.*

VII. *De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III.*

VIII. *De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V; 112 Bis; 112 Ter; 112 Quáter, y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112;*

VIII Bis.- *De la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los previstos en los artículos 432, 433 y 434;*

IX. *De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los delitos previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, 100, fracciones I y II, y 101;*

X. *De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis; 112 Bis 2, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 4, fracción I, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo;*

XI. *De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracción II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146;*

XII. *De la Ley del Mercado de Valores, los delitos previstos en los artículos 373, 374, 375, cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 2, fracción XIV, de dicha Ley, exceda de 350,000 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, 381, fracción II y 382, fracción II;*

- XIII.** De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y
- XIV.** De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el artículo 96.
- XV.** De la Ley General de Salud:
- 1) La alteración y la contaminación de bebidas alcohólicas, previstas en las fracciones II y III, párrafo segundo, del artículo 464 de la Ley General de Salud.
 - 2) Los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter, y en los artículos 475 y 476.
- XVI.** Los previstos en el Título Segundo de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de Estos Delitos, excepto en el caso de los artículos 32, 33 y 34 y sus respectivas tentativas punibles;
- XVII.** Los previstos en el artículo 49 de la Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas, y
- XVIII.** De la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los previstos en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18.
- XIX.** De la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, el delito previsto en el artículo 114.
- XX.** De la Ley de Sociedades de Inversión, el delito previsto en el artículo 88.

XXI. De la Ley de Uniones de Crédito, el delito previsto en el artículo 125.

XXII. De la Ley de Ahorro y Crédito Popular, el delito previsto en el artículo 140.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave”.

El artículo 194 Bis, establece los plazos de tiempo en los cuales puede estar retenido una persona que haya sido detenido en flagrante delito y en caso urgente, estableciéndole al Ministerio Público un plazo de cuarenta y ocho horas, para poner a disposición del órgano jurisdiccional al detenido o dejarlo en libertad sino se reúnen los requisitos para consignarlo, mismo plazo que se podrá duplicar en los casos de que exista delincuencia organizada.

Misma delincuencia organizada, se encuentra definida en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y nos dice que: *“Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:*

- I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter, financiamiento al terrorismo previsto en los artículos 139 Quáter y 139 Quinquies y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; el previsto en la fracción IV del artículo 368 Quáter en materia de hidrocarburos; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;*
- II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;*
- III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración;*
- IV. Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud;*

- V. *Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tiene capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y Robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal;*
- VI. *Delitos en materia de trata de personas, previstos y sancionados en el Título Segundo de la Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, excepto en el caso de los artículos 32, 33 y 34 y sus respectivas tentativas punibles.*
- VII. *Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.*

Ahora bien si la integración de la averiguación previa requiriere de mayor tiempo del señalado, el detenido deberá ser puesto en libertad, sin perjuicio que posteriormente el Ministerio Público al momento de ejercitar acción penal, solicite del Órgano Judicial se libre orden de aprehensión en su contra.

El Código Federal de Procedimientos Penales se adelantó a la reforma Constitucional de junio de 1993, respecto a los derechos que se deben de conceder al detenido durante la averiguación previa mismos derechos que se encuentran regulados en el artículo 128, mismo artículo que fue reformado en 1990.

4.4 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL.

El artículo 266 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, otorga facultades al Ministerio Público y la Policía Judicial a su mando a detener al responsable sin esperar a tener orden judicial, solamente en caso de delitos flagrantes y en caso de urgencia. Entendiéndose que se está en la hipótesis de flagrante delito según el artículo 267, cuando al indiciado no sólo cuando es detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

En estos casos el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según proceda, decretará la retención del indiciado, si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de libertad o bien, ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción no sea privativa de libertad, o bien alternativa.

Es caso de que la detención y retención del inculpado no reúna los requisitos que han quedado establecidos, esto dará lugar a imputarle responsabilidad penal al Ministerio Público, que ordene dicha detención y haga la retención del particular, y por lo tanto el inculpado debe ser puesto inmediatamente en libertad.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala en el artículo 268 los requisitos que deben reunirse para decretar que existe el caso urgente para ordenar la detención del particular, mismos requisitos que a saber son:

- a) *Se trate de delito grave, así calificado por la ley;*
- b) *Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y*
- c) *Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.*⁴³

Para que se dé cumplimiento al principio de legalidad jurídica, a la orden de detención ordenada por el Ministerio Público en caso de urgencia fundada, dicho acto debe de ser por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en los incisos que anteceden.

La orden de detención deberá de ser ejecutada única y exclusivamente por la Policía Judicial, quien sin dilación alguna deberá de poner al detenido a disposición del Ministerio Público.

Respecto a los periodos en los que pueden ser retenidos los inculpados de un delito, en caso de delito flagrante y en casos urgentes, el artículo 268 bis, establece al respecto, que el indiciado no podrá ser retenido por más de cuarenta y ocho horas por el Ministerio Público, plazo en el cual deberá de ordenar su libertad o a ponerlo a disposición de la autoridad judicial (consignación). Este plazo podrá duplicarse en los casos de que de autos se desprenda la existencia de delincuencia organizada.

El artículo 268 bis del Código de Procedimientos Penales vigente en el Distrito Federal, prevé la situación cuando la averiguación previa no se puede integrar en el tiempo señalado en el artículo 268. Para tal efecto el Ministerio Público dejará en libertad al indiciado, sin perjuicio de que la averiguación previa continúe su curso normal sin detenido hasta su consignación.

⁴³ <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/6.htm?s=>

4. 5 LA ORDEN DE APREHENSIÓN.

La orden de aprehensión fue considerada por muchos años como la única forma en la que se podía detener al probable sujeto activo de delitos, con la intención de hacerlo comparecer a proceso.

Actualmente, el artículo 16 de la Constitución General de la República en su párrafo segundo, manifiesta que:

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

De lo anterior se desprende en una forma por demás contundente que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, únicamente otorga facultades para ordenar la aprehensión de una persona ante la autoridad judicial. Entendiéndose por autoridad judicial a la comunidad jurídica con potestad para juzgar y sentenciar un litigio, un conflicto sometido a su decisión.

La orden de aprehensión se dará única y exclusivamente en el procedimiento penal.

La autoridad judicial penal competente para que pueda ordenar la aprehensión de alguna persona, necesita reunir los requisitos que la misma Constitución le señala, los cuales se enuncian a continuación y faltando alguno de ellos se considerará que el acto emanado de la autoridad responsable de su expedición es completamente inconstitucional y por ello violatorio de la Garantía de Seguridad Jurídica.

Se entiende como aprehensión, gramaticalmente hablando a la acción de

aprehender o coger⁴⁴.

Requisitos de la orden de aprehensión:

- a) Debe ir precedida por denuncia, acusación o querrela.
- b) Que esa denuncia, acusación o querrela sea de un hecho determinado que la ley señale como delito.
- c) Que dicho delito sea sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.
- d) Que existan datos que acrediten los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Mientras que etimológicamente se entiende que aprehensión es un término de origen latino, éste vocablo expresa la idea básica de coger o asir alguna persona o alguna cosa para retenerla. (Del latín *apprehension*, derivado del verbo *apprehenderé*, de adjetivo *a* y *prehendere*, asir, tomar).

La palabra aprehensión es bien definida por la lingüística y no tiene necesidad de interpretación. El diccionario de la lengua española nos dice que “*aprehensión es coger, asir, prender a una persona*”⁴⁵.

Desde el punto de vista jurídico tiene diversa aplicación en situaciones distintas pero que tienen relación directa con la idea básica señalada.

“En el lenguaje de derecho procesal penal, se emplea la expresión con relación a la detención de personas. Por lo tanto se dice que la aprehensión o detención consiste

⁴⁴ DICCIONARIO PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO, 13ª Edición, 3ª Reimpresión. Editorial Larousse, México, Pág. 83.

⁴⁵ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Ed. Esparsa – Calpa, S. A, 19 edición, España, Pág. 622.

en la privación de la libertad de un individuo; situación que no puede prolongarse ante la autoridad administrativa más allá del tiempo necesario para poner al sujeto detenido a disposición de la autoridad judicial y frente a esta última, por más de setenta y dos horas sin que se justifique por auto de formal prisión”⁴⁶.

Así también, desde el punto de vista procesal, la orden de aprehensión es una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del Ministerio Público y satisfechos los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución General de la República, ordena la autoridad judicial la captura de un sujeto determinado para que sea puesto de inmediato a disposición de la autoridad judicial ordenadora que lo reclama o requiere con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le imputa.

Desde el punto de vista dogmático, *“la orden de aprehensión es una situación jurídica, un estado, un modo de lograr la presencia del imputado en el proceso”⁴⁷.*

Del análisis al artículo 16 Constitucional, como ya se hizo en el capítulo anterior, podemos deducir que la orden de aprehensión es una facultad exclusiva del juez penal que la emite, debiendo concurrir una serie de elementos, por lo que es de considerarse que el solicitante de la orden de aprehensión, el agente del Ministerio Público, deberá hacer la petición demostrando al juez que el presunto responsable realizó una conducta típica, antijurídica y punible, y esto lo tendrá que hacer a través de las diligencias correspondientes al caso en concreto, para demostrar la presunta responsabilidad y el cuerpo del delito.

El agente del Ministerio Público realizará esta actividad utilizando los medios de

⁴⁶ **DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991. Tomo I, Pág. 190.

⁴⁷ **COLÍN SÁNCHEZ**, Guillermo. **Derecho Mexicano de Procedimientos PENales**, 12ª edición. Editorial Porrúa, México, 1990. Pág. 267.

prueba que señala el Código de Procedimientos Penales, solo así el juez otorga la orden de aprehensión, si tomamos en cuenta que el requisito indispensable es la comprobación de la comisión del delito imputado. Por otro lado, debemos considerar que la correcta aplicación del procedimiento o funciones del agente del Ministerio Público, es lo que da convicción al juez para que este emita tal orden, ya que ambos garantizan el respeto a los derechos Constitucionales del presunto responsable.

4.6 DETENCIÓN EN CASO DE FLAGRANTE DELITO.

La regla general establecida por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme a la cual sólo puede privarse de su libertad a una persona por orden de autoridad judicial. se encuentra en la misma Constitución ya que en el párrafo cuarto del artículo 16, establece la primera causa de excepción mediante la cual se puede privar de su libertad al particular, que son los casos de delito flagrante, y establece el párrafo citado que: “...*Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público...*”, esta situación de inmediatez tiene por objeto dar al ciudadano la doble garantía de que no será detenido por más tiempo del estrictamente necesario para que se resuelva su situación jurídica, y que las actuaciones conducentes a investigar los hechos y decidir sus efectos jurídicos serán practicadas por una autoridad competente como lo es el Ministerio Público, único titular del ejercicio de la acción penal y evitar con esto que autoridades diversas al Ministerio Público realicen actos fuera de su competencia, que en determinadas ocasiones se convierten en privaciones ilegítimas de libertad.

Ahora bien, si los aprehensores cumplen con los requisitos establecidos para esta figura, estaremos en lo justo y autorizado por el legislador, al establecer que como

medio de seguridad social se creó la flagrancia, que no es otra cosa que, detener al sujeto activo del delito en el preciso momento de cometerlo, o perseguirlo después de haberse dado a la fuga y detenerlo y en su caso, ser señalado por la víctima para que se pueda detener, sin embargo, lo que no podemos dejar de observar, es que el aprehendido sea puesto inmediatamente a disposición de la autoridad competente, de esta manera no cabe la posibilidad de que se transgreda la ley y mucho menos, que se violen los derechos constitucionales del presunto responsable.

4.7. LA RETENCIÓN PRACTICADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO.

La privación cautelar de la libertad por parte del Ministerio Público, es la que la Constitución Política, denomina como “*retención*”, que en realidad implica un paliativo para referirse a la detención del sujeto por cierto tiempo necesario para integrar la averiguación previa y ejercitar en su caso la acción penal, de ser el caso.

Común resultaba que en las agencias del Ministerio Público antes de la reforma del artículo 16 Constitucional, que fueran presentados los acusados por particulares o por autoridades administrativas en caso de que se les detuviera en flagrante delito y en dicha circunstancia el estado jurídico del particular, quedara en estado de incertidumbre y ante tal situación se cometieran abusos de autoridad como detenciones prolongadas sin justificación alguna, y omisiones de carácter técnico por parte del personal adscrito a las Agencias Investigadoras, como es el caso de establecer desde que momento una persona quedaba a disposición de la Representación Social.

Ante tal situación el legislador estableció crear el párrafo noveno del artículo de referencia, en el cual se establece que: “*Ningún indiciado puede ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el cual deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo*

podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”.

Para el efecto de desentrañar el sentido constitucional de este párrafo debemos de entender que es lo que se considera como retención, mismo término que implica gramaticalmente el hecho de guardar, conservar, contener, de dicha interpretación se debe de entender que jurídicamente el legislador pretende establecer que el Ministerio Público, puede conservar en el interior de sus instalaciones a los indiciados, para el efecto de que se realicen las diligencia necesarias para poder integrar el tipo penal por el cual se le acusa y establece su probable responsabilidad.

Anteriormente a la reforma Constitucional de 1993 era común que las retenciones por parte del Ministerio Público fueran demasiado prolongadas, al cabo de ellas si no se reunían los extremos de los artículos 14, 16, 19 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se dejaba en libertad con reservas de ley a los acusados, para evitar esas retenciones prolongadas que traían aparejados vicios como es el hecho de que el Ministerio Público con intención económica retardara caprichosamente la detención del particular privada de su libertad hasta que no realizara alguna componenda con los familiares de indiciado. Ahora con las reformas constitucionales se hizo posible establecer un término de cuarenta y ocho horas para que el Ministerio Público, mantenga retenido al indiciado con la finalidad de que practique todas y cada una de las diligencias que conforme a derecho procedan para la debida integración y el perfeccionamiento de la averiguación previa donde se encuentre relacionado el detenido, ampliándose dicho término al doble en caso de que se desprenda de las diligencias de averiguación previa que los hechos que se investigan son derivados del crimen organizado.

La delincuencia organizada es tema de criminólogos y legisladores, por la aparición de crímenes de este carácter más complejos y a menudo más lesivos, que suelen trascender fronteras de un país y aparejar la presencia de números elevados o

indeterminados de personas bajo los conceptos de sujetos activos y sujetos pasivos. Y que con alguna frecuencia traen consigo la perpetración de delitos medios indiscriminadamente. La Constitución ha recogido esta necesidad de que para investigar este tipo de participación delinciente es necesario ampliar el tiempo necesario que se emplea para la investigación de la delincuencia ordinaria, debido a que resulta más difícil y demanda de más tiempo su investigación.

4. 8 DETENCIÓN ILEGAL.

Comete el delito de detención ilegal el servidor público que fuera de las circunstancias que previene el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para poder privar de su libertad a un gobernado.

Se considera detención ilegal, el acto material que ejecuta el servidor público, cuando en el ejercicio de sus funciones detiene a una persona cuando no existe flagrancia, en sus modalidades de flagrancia *stricto sensu*, *cuasi flagrancia* o no exista caso urgente para llevar a cabo dicha detención.

En este sentido, podemos entender a esta figura de detención ilegal, se da cuando el agente del Ministerio Público, desde el momento en que le ponen a disposición a un presunto responsable no cumple con lo dispuesto en la normatividad, no se apega a lo dispuesto en nuestra Carta Magna y en el Código de Procedimientos Penales, así podemos referir por ejemplo, que la orden de presentación emitida por el agente del Ministerio Público está sustentada en un acuerdo, más no así por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que el al momento de tomarle su declaración ministerial al presunto responsable, asienta el agente del Ministerio Público la leyenda: "...*quien se presenta voluntariamente...*", y en el caso de que no quiera firmar el presunto responsable, simplemente acuerda y dice que se negó a firmar, firmando dos testigos de asistencia.

Esta sería una de las tantas detenciones ilegales, ya que podríamos mencionar otras más, que en el afán de cubrir su abuso de autoridad, el agente del Ministerio Público realiza una serie de actos delictivos, como el decir que lo pusieron a disposición por portación de arma o algún otro objeto que permita la justificación de la detención.

4. 9. RETENCIÓN ILEGAL.

Comete el delito de retención ilegal, el servidor público que en investigación de un delito, retenga a un probable sujeto activo de delito por un tiempo mayor a, que establece el párrafo sexto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Se considera la retención ilegal de un indiciado (probable sujeto activo del delito), cuando el agente del Ministerio Público, no decreta la libertad o la consignación en los casos que proceda, cuando se exceda en el término constitucional que establece el numeral enunciado.

El funcionario público en este supuesto, se encuentra frente a una persona legalmente privada de su libertad, cuya retención debe cesar en término de 48 horas o del doble en caso de que se trate de delincuencia organizada o en caso de reunirse los extremos de los artículos 14, 16 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se ejercite acción penal. Al no hacerlo convierte la situación en una privación ilegal de la libertad. En realidad el detenido es alguien que procesado o no ha sido condenado. Existen aquí dos posibilidades en la conducta del funcionario.; o bien tiene facultades para decretar la libertad y no lo hace o ejercita acción penal y no hace la consignación al órgano jurisdiccional competente. Es un delito doloso y se consuma con la retención que en el caso asume la forma de mantener ilegalmente

privada de su libertad, a través de no hacer pasividad del sujeto activo, a alguien que se encontraba bajo su guarda, es un delito de comisión por omisión

La detención implica una restricción de la libertad pero la incomunicación es una restricción mayor. El remanente de libertad del detenido se ve disminuido por la incomunicación y su situación se agrava. No puede comunicarse con otras personas.

Debería ser una situación excepcional justificada por el éxito investigativo, por la necesidad de actuar con celeridad, para evitar la desaparición de pruebas que se pueden perder si el detenido tiene comunicación con el exterior. Es una restricción sumamente grave, pero en algunos casos imprescindible. La incomunicación tiene raigambre procesal, pero cuando es indebida vulnera una garantía individual.

Delitos que tienen por objeto prevenir la violación de las garantías individuales de seguridad jurídica previstas por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se encuentran estrechamente vinculadas a la libertad de ambulatoria de los gobernados.

Esta propuesta contribuirá a prevenir, que los servidores públicos en ejercicio de sus funciones en la investigación de los delitos, no violen flagrantemente la garantía de libertad deambulatoria, y que sus actos de autoridad se rijan bajo el mandato Constitucional y bajo los requisitos que prevé el artículo 16 Constitucional.

Esta figura, es la de mayor interés en el estudio de las formas de retener a un individuo en forma ilegal por parte del agente del Ministerio Público y no obstante la reforma constitucional, no queda clara la justificación de su creación. El Maestro César Augusto Mendoza Salazar, dice: *“Todo cuerpo normativo, incluido por supuesto el texto fundamental, es concebido para regir conforme a la experiencia vivida hasta el momento de su creación o, a lo más, anticipar la regulación de algún hecho cuyo acaecimiento se espera en el futuro. Pero indefectiblemente, con el transcurso del tiempo, requiere ajustar sus dispositivos a la realidad vigente en un lugar y tiempo determinados”* ⁴⁸.

De acuerdo a esta idea, las reformas entonces deberían ser de alguna manera, apegadas a la realidad social, ya que esta reforma en donde se justifica el arraigo no es del todo la solución al alto índice de crímenes en nuestro país.

Por otro lado, el mismo autor nos dice: *“En nuestro caso, la Constitución en su artículo 135, prevé la posibilidad de reformar o adicionar el texto constitucional, facultad conferida al doctrinariamente denominado constituyente permanente o poder revisor de la Constitución, el cual se encuentra representado por las dos terceras partes del Congreso General y la mayoría de las legislaturas estatales.”* ⁴⁹

De lo anterior, podemos apreciar que efectivamente el artículo 135 de nuestra Carta Magna, permite cualquier reforma a la misma Constitución, pero esto no significa que dichas reformas o cambios puedan transgredir los derechos que la propia Constitución consagra para los ciudadanos, quienes necesitan realmente ser protegidos de las propias disposiciones que el estado señalan.

⁴⁸ MENDOZA Salazar, Cesar Augusto. Reflexiones sobre la eliminación del arraigo. Instituto de Ciencias Penales. México. 2011. Pág.86

⁴⁹ Ob. Cit. Pág. 86

En este orden de ideas, el autor en comentario señala: *“El referido precepto no establece límite alguno para las reformas o modificaciones a la Constitución, dado lo cual, desde el punto de vista jurídico positivo, el poder revisor de la Constitución podría autorizar la esclavitud, prohibir el voto de las mujeres o instaurar la monarquía como forma de gobierno. La existencia de límites a la reformabilidad constitucional ha sido debatida, con base en la interpretación del artículo en estudio, arribando a la conclusión de que el constituyente permanente no tiene límite alguno, por supuesto desde un plano estrictamente positivo legalista. Empero si se discute desde la óptica de la justicia, la ausencia de límites resulta injustificada”.*⁵⁰

Dado el comentario anterior, si las reformas deben ser desde el punto de vista, respetuosas del derecho positivo, luego entonces, podemos hacer referencia de la figura en estudio y señalarla como una reforma no bien establecida y sobre todo, violatoria de las garantías individuales del gobernado.

Por otro lado, comenta el autor de manera acertada: *“Los derechos fundamentales son la base de la relación entre el Estado y los particulares, en tanto su respeto irrestricto soporta ideológicamente la existencia del primero. En otros términos, si el constituyente permanente determinara la instauración de la pena de muerte, los azotes, el tormento o bien dispusiese la distinción entre los nacionales a través de privilegios o títulos nobiliarios; la imposición de esas penas o la desigualdad generada por el otorgamiento de prebendas sería constitucional, en virtud de que el aludido numeral 135 no indica prohibición alguna para limitar o eliminar preceptos de la parte dogmática de la Constitución. Pero en ciertas ocasiones, el cambio constitucional aprobado ha contrariado otros dispositivos constitucionales con profundas raíces en el sistema jurídico mexicano, que deberán evolucionar precisamente hacia su ampliación y no a su acotación.*

⁵⁰ TENA Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. 34ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 2001. Págs. 45-50

No pasa desapercibido que la pretensión de la existencia de un Estado en donde las personas físicas en quienes recae su imperio no emitan actos ilegales y, por ende inconstitucional, resulta utópico, bien por ignorancia o bien por la invasión indirecta de la esfera de derechos de los gobernados. Pero de ahí a que sea el propio Estado, a través de sus órganos legislativos, quien de manera intencional lesione las libertades de los individuos, utilizando el poder contra quienes lo han conferido, resulta inaceptable.

Esta última hipótesis, en mi opinión, se verifica en la figura del arraigo, la cual se erige en contra del principio de presunción de inocencia previsto en la Constitución con antelación a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, derivado de la interpretación de su artículo 14; y con posterioridad a la aludida reforma, expresamente contenido en el numeral 20, apartado B, fracción I”.

51

De todo lo anterior, podemos considerar que el autor referido, nos señala que si bien es cierto, que el artículo 135 permite al propio estado las reformas constitucionales, también es cierto, que el Estado no debe perder de vista que una de sus grandes obligaciones, es proteger al gobernado a través de las leyes establecidas, principalmente con las garantías individuales y atendiendo a la figura que nos ocupa, el arraigo, desde nuestro punto de vista, es violatoria de toda garantía consagrada en la propia Carta Magna, como es el caso del artículo 14 y 20, Apartado B, Fracción I.

Continúa el autor diciendo: *“El caso del arraigo admite sin duda el análisis de la norma, no sólo en el plano jurídico constitucional. También su estudio es viable desde la corriente iusnaturalista, con el fin de verificar su apego o desencuentro con un valor en específico: la justicia. La justicia ha sido estudiada desde la antigüedad y abordada desde diversos ángulos por filósofos, sociólogos y juristas (Kelsen, Bobbio,*

⁵¹ MENDOZA Salazar, Cesar Augusto. Ob. Cit. Pág. 87

Radbruch). En una visión particular, la obra de Gustavo Zagrebelsky ofrece una vertiente teoría de la justicia útil en la especie, debido a los fines por ella perseguidos y a las consideraciones de hecho plasmadas en su disertación”.⁵²

En este sentido y tomando en cuenta el derecho natural, la figura del arraigo es una disposición que de ninguna manera se puede considerar de provecho para la sociedad, ya que es de considerarse que no protege los intereses generales de la población.

“Si se entiende la justicia como un estado ideal en un momento determinado, derivado de una posición originaria en donde rige la igualdad, y sólo se concibe el descollar de uno de sus integrantes a fin de lograr el bienestar del resto, o como una vivencia cotidiana en donde trasciende nuestra experiencia en relación con la justicia o quizá como la experiencia de injusticia, se tiene en común la concepción de que el orden jurídico no debe trastocar a priori los derechos de los gobernados”.

Reforzando esta idea con lo siguiente: *“Por el contrario, la razón de ser del Estado se funda en la protección de sus integrantes, en principio contra la actuación de sus propios órganos. En otros términos, el Estado es garante de la integridad jurídica de los miembros de la sociedad, sólo que en los hechos el propio Estado quebranta los derechos de los individuos”.*⁵³

Dándonos la idea el autor de que el Estado para salvaguardar la seguridad de los gobernados, de ninguna manera puede crear una ley, en este caso la figura del arraigo, violatoria de las garantías individuales, ni siquiera pensando que se puede sacrificar un bien jurídico menor para proteger uno mayor, refiriéndonos al número de personas que esta figura puede llegar a causar molestia.

⁵² Ob. Cit. Pág. 88

⁵³ Ob. Cit. Pág. 88

Refiere el autor: *En años anteriores, estudiosos del Derecho han sostenido la necesidad de analizar las normas jurídicas desde su valor intrínseco en contra de la corriente positivista, y quizá en este caso con mayor especificidad, formalista, sustentada en máximas jurídicas como "es justo lo conforme a la ley; injusto, lo que se aparta de ella" o "la ley debe ser obedecida incluso en aquellos casos en que es injusta".*⁵⁴

No obstante de que se ha dedicado mucho tiempo al estudio de las leyes y su justificación, es de considerarse que existen preceptos que causan molestias a los gobernados y aun así se siguen aplicando sin que se busque la manera de corregir los errores legislativos y peor aún, se siguen creando leyes o figuras que dañan al gobernado.

“El positivismo ha permeado con el estandarte de la seguridad jurídica, pero las corrientes no positivistas aluden, en mayor medida, al argumento de injusticia o la experiencia de injusticia. El primero de ellos, según se refiera a normas individuales o a un sistema jurídico completo; la segunda, como la experiencia vital agravante para el individuo particular o colectivo.

En ese sentido, el intento más acabado por construir una teoría de la justicia lo hallamos en Rawls. La base sobre la que descansa su planteamiento es la siguiente:

La justicia como imparcialidad. Si la sociedad está ordenada según una concepción pública de la justicia, entonces:

a) Cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia.

⁵⁴ Ob. Cit. Pág. 88

b) Las instituciones sociales básicas satisfacen, por lo general, estos principios, y se sabe generalmente que lo hacen. En este caso se reconoce un punto de vista común, conforme al cual las pretensiones de cada uno se pueden resolver.

Conforme a lo cual la estructura básica de la sociedad descansa sobre esos principios de justicia, derivados de un acuerdo original. La justicia como imparcialidad cuenta con dos partes:

1. Una interpretación de la situación inicial del problema de elección que se plantea en ella.

2. Un conjunto de principio en los cuales se dice habrá acuerdo.

De esa suerte puede considerarse a la justicia en dos aspectos principales, a saber:

a) como una exigencia meramente subjetiva, aislada de cualquier valor científico; y

b) como la aplicación objetiva de la norma por los juzgadores a los casos particulares”.⁵⁵

De lo anterior podemos deducir que el Estado en su afán de resolver un conflicto puramente social, no toma en cuenta la circunstancia proteccionista que este debe tener sobre el gobernado, si bien es cierto que la sociedad actual demanda la impartición de justicia, también es cierto que el Estado debe implementar medidas acertadas en la creación de leyes o figuras insertas en las mismas, y para poder hablar de impartición de justicia, se debe observar que el sentido filosófico de las

⁵⁵ Ob. Cit. Pág. 89

normas a toda luces, debe ser con el sentido de proteger el derecho natural del hombre que vive en sociedad.

“La justicia no puede ser separada de la certeza o de la seguridad jurídica, por el contrario, no se concibe un sistema jurídico que imparta justicia si no existe de por medio, al menos, la seguridad jurídica. En este último caso, la justicia puede concebirse como una exigencia derivada de las vivencias individuales, es decir de la aspiración surgida precisamente de la experiencia de injusticia”.

*“El conflicto entre la justicia y la certeza jurídica, en relación con normas individuales, encuentra solución en la aplicación prioritaria del Derecho positivo, salvo que la contradicción entre éste y la justicia sea tan evidente que la condición de derecho incorrecto deba apartarse para dar paso a la justicia. Así, el hecho de que una norma individual sea correcta (justa) no implica, necesariamente, que todo el sistema jurídico lo sea. Esto se puede observar a través de la existencia o inexistencia de determinados principios relacionados con la legalidad, como son la generalidad del Derecho la promulgación y la prohibición de su aplicación retroactiva”.*⁵⁶

Así tenemos, en consideración al autor que mencionamos, que la justicia y la seguridad jurídica, son dos rubros que se deben estudiar por separado, sin embargo, para hablar de justicia pura, el órgano sancionador tendría que apegarse a una serie de leyes que a la vez garantizaran la seguridad jurídica, en el entendido que la idea filosófica primordial al crear las leyes es que contenga en si la esencia del respeto hacia el ser humano.

El punto de vista del autor, es el siguiente: *“Ahora bien, el sometimiento del Estado a un ordenamiento jurídico implica que el ejercicio del poder público sea realizado conforme a las disposiciones legales que lo regulan. Por lo cual, cuando los actos de*

⁵⁶ Ob. Cit. Pág. 89

autoridad son formulados en contravención al mandato legal, deben ser corregidos. De ese modo, la seguridad jurídica no puede significar sino una clase de justicia, concretada más específicamente, por su relación, con el actuar autoritario”.

De acuerdo a este razonamiento, podemos asegurar que la figura del arraigo, puede ser modificada o incluso, derogada por carecer de toda garantía para el gobernado, ya que al hacer el análisis exacto de esta figura, nos podremos dar cuenta que, en mayoría de las veces es una transgresión a las garantías individuales y a los derechos humanos.

Al respecto el autor referido, dice: *“Sobre el particular, creo pertinente citar las palabras de Radbruch:*

... allí donde la injusticia del derecho positivo alcanza tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el derecho positivo injusto debe ceder paso a la justicia [...] si es verdad que, en la mayoría de los casos, la validez del derecho positivo puede justificarse por las exigencias de la seguridad jurídica, no es menos cierto que, en casos excepcionales, tratándose de leyes extraordinariamente injustas, cabe también la posibilidad de desconocer la validez de tales leyes, por razón de su injusticia”.

“Con base en el texto referido, creo que no sólo el órgano encargado de la creación del Derecho, sino aquél a quien se atribuye su aplicación, debe humanizar su operación en aras de justificar la supervivencia del Derecho mismo, en la medida en que alcance la justicia”.⁵⁷

Por lo que coincidimos con este autor, al referir que hace falta el sentido humanitario

⁵⁷ Ob. Cit. Pág. 91

por parte de quien crea las leyes y de quien está encargado de aplicarlas, faltando este aspecto tan importante, se da vida a una figura violatoria de las garantías individuales y a los derechos humanos como ya se había mencionado anteriormente.

Desde el punto de vista de la justicia desde la perspectiva axiológico-jurídica, el autor comenta: “Las normas jurídicas positivas son consideradas como reglas externas y objetivas, destinadas a calcular las conductas humanas para reconducirlas al campo de lo justo. El conflicto surge cuando se ha pretendido precisar la naturaleza de esas reglas, con las cuales se ha buscado la reducción de la justicia al Derecho, la del Derecho a la ley y la de la ley a la voluntad soberana del Estado.

Mediante esa reducción, la justicia es entendida como conformidad con la ley, como exigencia al respeto de la ley, de manera que la justicia se toma en legalidad. Empero, las más de las veces la legalidad nada tiene que ver con la justicia, motivo por el cual se requiere de un sistema de valores en el que se considere no sólo la norma en sí, sino la corrección (justicia) del sistema jurídico completo”.⁵⁸

Calcular las conductas humanas por parte del Estado, es lo que no es de considerarse una medida exacta, ya que quien calcula dichas conductas humanas regularmente no se encuentran dentro de una realidad social, como ya se había comentado anteriormente, el Estado no conoce esa realidad social por no tener la experiencia de vivir en calidad de gobernado, ya que solo se enteran por medio de estadísticas los resultados de las instituciones encargadas de impartir justicia, pero no conocen el manejo operativo ni administrativo, no saben por lo que tienen que pasar tanto la víctima del delito como el presunto responsable y más cuando hablamos de la figura del arraigo.

Al respecto el autor menciona: “El arraigo es definido como la privación de la libertad

⁵⁸

*de una persona, con fines de investigación, en lugar distinto del reclusorio, por orden judicial. Conforme al artículo 16 de la Constitución, con el texto que rige a nivel federal, se conoce que el plazo otorgado al agente del Ministerio Público para determinar la situación jurídica de un individuo es de cuarenta y ocho horas, duplicables en casos de delincuencia organizada. Dado lo cual, el arraigo viene a ser una extensión de ese plazo, a efecto de que el referido agente perfeccione la indagatoria, por lo cual la figura del arraigo no es procesal sino administrativa”.*⁵⁹

Por lo anterior, coincidimos con el autor, ya que el arraigo transgrede lo establecido en el artículo 16 Constitucional, ya que el agente del Ministerio Público, tiene un plazo de cuarenta y ocho horas o la duplicidad en todo caso, para resolver la situación jurídica del presunto responsable, siendo esto un acto administrativo no procesal, ya que estamos hablando de la integración de la averiguación previa, en donde se tiene que comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado, utilizando los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimientos Penales, en donde no se señala que las pruebas se tengan que cumplir en determinado tiempo, por ende, no se ve la necesidad de ampliar el término para la integración de la averiguación previa para realizar o no las diligencias correspondientes y menos sin tomar en cuenta la situación física y mental del inculcado, solo por el simple hecho de que se trate de delincuencia organizada y eso, en el caso de que así fuere.

Al respecto el autor continua diciendo: *“Conforme a lo anterior, nos hallamos en presencia de un actuar autoritario, en principio legislativo y con posterioridad administrativo y jurisdiccional, en virtud del cual se aplica una sanción previa a conocer la culpabilidad de una persona. Así, frente la secrecía con que se manejan las estadísticas relativas al número de órdenes de arraigo dictadas por los juzgadores penales, se desconoce la recurrencia de tales actos y se ignora cuáles concluyen previo al dictado de una orden de aprehensión solicitada por el agente*

⁵⁹ Ob. Cit. Pág. 92

Viendo que la figura del arraigo es un acto autoritario, ya que se incrusta en las funciones que tiene establecido el agente del Ministerio Público puramente administrativo y no obstante de que es otorgado por un juez, no encontramos la justificación jurídica para privar de su libertad a una persona y menos durante tanto tiempo y en lugares no destinados para la reclusión preventiva ya que regularmente se hacen en lugares en donde la familia no tiene acceso a las visitas, sin saber que trato se les da en lo que se les investiga.

Y concluye el autor con el siguiente apunte: *“No debe soslayarse que un arraigado a quien se deja en libertad por haber concluido el plazo del arraigo ha sido agraviado de manera impune por el Estado, pues las consecuencias jurídicas, psicológicas y sociales derivadas del acto de autoridad tuvieron una ejecución irreparable. Además, en el caso de aquellos privados de su libertad, en virtud de una orden de aprehensión librada mientras el individuo encontraba arraigado, tampoco se convalida la existencia de esta figura, dado el alto índice de legalidad y por consecuencia, inconstitucionalidad presente en los mandamientos de captura, amén de que el tiempo del arraigo no se descuenta de la pena de prisión impuesta”*.⁶¹

Por lo que tenemos como consecuencia del arraigo, no solamente un acto inconstitucional, sino también un daño psicológico a la persona que lo sufre, además de que el tiempo que dura el arraigo, no se computa como tiempo en reclusión, como sucede cuando una persona se encuentra formalmente preso por la comisión del delito que se le imputó y fue sentenciado, como sucede cuando es recluido en un reclusorio preventivo.

⁶⁰ Ob. Cit. Pág. 92

⁶¹ Ob. Cit. Pág. 92

Es importante considerar el arraigo en los ordenamientos previos y posteriores a la reforma penal de 2008.

Al respecto el autor nos dice: *“De la lectura de la exposición de motivos para la reforma penal constitucional publicada en el año 2008, no se observa una adecuada motivación con respecto a la figura del arraigo, máxime que el articulado transitorio, concretamente el numeral décimo primero, permite la aplicación de la medida aún cuando el texto constitucional se halle en vacatio legis (como ocurre actualmente en el orden federal).”*

Las razones esgrimidas por parte del constituyente permanente fueron: el éxito de la investigación; la protección de las personas y bienes jurídicos; y la existencia de riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Es notorio que esas razones (cuales trascendieron como hipótesis normativas en el texto constitucional reformado) son las mismas señaladas para dar origen a la modificación del numeral 16, sin realizar consideraciones (se debió razonar la necesidad social de instaurar el arraigo en el texto constitucional, pues la única necesidad evidenciada es la de la autoridad administrativa, en franca y abierta trasgresión a los derechos primordiales del individuo) hacia los irremediables problemas causados a las víctimas del Estado, es decir, aquellos particulares que después de un arraigo (hasta cuarenta días, duplicables en una sola ocasión en casos de delincuencia organizada) son puestos en libertad concluido el arraigo, por no haberse acreditado el cuerpo del delito, la probable responsabilidad o ambos.

De conformidad con lo anterior, el hecho de que el arraigo haya sido positivado en la Constitución, no le retira su carácter injusto. En efecto, previo a la reforma de 2008 el arraigo era una figura inconstitucional, porque trasgredía el sistema de derechos previstos en los numerales 16, 18, 19, 20 y 21 de la ley suprema. Ésa fue la postura

de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”.⁶²

Como lo podemos observar, esta reforma no se hizo con la consideración a la realidad social, como se había anotado anteriormente, el estado en su preocupación por abatir a la delincuencia organizada, impone el arraigo con el objeto de hacer más lenta todavía más, la función administrativa del agente del ministerio público, sin considerar la situación jurídica del arraigado.

“No obstante ello, aun cuando la propia Corte determino que el criterio precitado constituía jurisprudencia obligatoria para los tribunales de la Federación, los estatales del Distrito Federal, por tratarse de un criterio tomado en una acción de inconstitucionalidad, aprovechó exclusivamente a quienes se encontraban supeditados a la jurisdicción local donde se pretendía aplicar el precepto del ordenamiento adjetivo cuya invalidez se declaró, en virtud de que la acción de inconstitucionalidad no puede promoverse por individuos particulares. Por lo tanto, ante el arraigo establecido en otros ordenamientos jurídicos como la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada o el Código Federal de Procedimientos Penales, previo a la reforma de 2008, el único camino para impugnar su aplicación era el juicio de amparo indirecto (contra la norma y su primer acto de aplicación), que por la forma en que se encuentra regulado resultó completamente ineficaz para proteger a los gobernados en su contra; haciendo nugatoria la declaración de inconstitucionalidad antes referida”.

En la práctica, podemos observar que por ser un acto administrativo el arraigo, solamente procede el amparo indirecto, pero por tratarse de una figura contemplada en la propia Carta Magna, es de esperarse que nunca proceda el amparo, lo que significa que la persona que es sujeta al arraigo, tenga que sufrir las consecuencias del mismo, sin importar si se trata de una persona inocente o culpable, aunado a los

⁶² Ob. Cit. Pág. 93

males que sufre la propia familia del arraigado, lo que a la larga constituye un mal social más grave por las consecuencias psicológicas.

“De manera evidente el arraigo, antes de la reforma de 2008, ha trastocado los principios elementales contenidos en la Constitución. Mas el hecho de constitucionalizarlo ha dejado indefenso al particular, porque menoscaba las normas mínimas que debe respetar la autoridad para incidir válidamente en su esfera jurídica. En efecto, de la citada exposición de motivos para la reforma penal en estudio, se observa la contradicción entre el arraigo y el sistema acusatorio; se permite su aplicación en casos de delincuencia organizada (artículo 16); y en aquellos lugares donde no haya entrado en vigor el sistema acusatorio se permite un arraigo domiciliario (artículo 11 transitorio), pero no se razona la entrada inmediata en vigor de una figura injusta y contraria a los derechos fundamentales (los cuales tienen como basamento la dignidad humana el retraso de la vigencia de otras normas favorables al particular. En ese sentido, a partir de la multirreferida reforma, el numeral 16 párrafos octavo y noveno de la Constitución señala:

*La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días. Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.*⁶³

⁶³ Ob. Cit. Pág. 94

“Por otra parte, el artículo décimo primero transitorio del decreto en estudio indica a la letra:

*Décimo Primero. En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días”.*⁶⁴

*“Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia”.*⁶⁵

*“Considero incorrecto que se haya otorgado esta facultad a los agentes del Ministerio Público, ya que si bien se incorporó al texto de reformas (el articulado transitorio forma parte integral de la misma), desde la perspectiva de la justicia no hay razón suficiente para decir que por el éxito de la investigación deba privarse de la libertad a una persona, aun en su domicilio. Lo anterior, en virtud de que ni siquiera una orden de detención girada por el Ministerio Público puede tener como fin la investigación de los hechos, debido a que trastoca los principios inmersos en la Constitución, históricamente plasmados en las exposiciones de motivos desde la creación y durante la evolución de su artículo 16”.*⁶⁶

Por todo lo argumentado por el autor podemos considerar que la razón jurídica de la existencia de la institución del caso urgente, es la imposibilidad de acudir a solicitar la orden de aprehensión con el juzgado, de esta manera, el agente del ministerio público, tiene más tiempo para la integración debida de la averiguación previa, e incluso el arraigo da lugar a otras figuras violatorias de garantías tal y como lo

⁶⁴ Ob. Cit. Pág. 95

⁶⁵ Ob. Cit. Pág. 95

⁶⁶ Ob. Cit. Pág. 95

podemos observar en la orden de cateo, otorgado dentro del tiempo que dura el arraigo.

*“Empero, presupone que la autoridad ministerial cuenta con los elementos y requisitos indispensables para el otorgamiento de dicha orden, lo cual toma incorrecto que un agente del Ministerio Público dicte una orden de detención, esta se ejecute y con posterioridad retenga por cuarenta y ocho o noventa y seis horas al inculpado, con fines de investigación. Por lo cual, si aun con los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad debidamente acreditados, el texto constitucional no ha considerado la investigación como suficiente para retener a una persona, esta misma circunstancia tiene menor valor para constituir una hipótesis de arraigo”.*⁶⁷

Independientemente del razonamiento jurídico del autor, es de considerarse que el agente del ministerio público, con el único afán de darle más publicidad a los delitos relacionados con la delincuencia organizada, se toma esta facultad de retener por más tiempo a un indiciado y aun más, solicitar el arraigo con el pretexto de integrar debidamente la averiguación previa, cuando se supone que desde el momento en que es retenido y presentado ya tiene los suficientes motivos o elementos para iniciar la averiguación y consignar ante el juez penal.

El autor fundamenta de la siguiente manera: *“Ahora bien, ejemplo de la aplicación del arraigo en lugares donde no existe sistema acusatorio es el numeral 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual textualmente establece:*

Artículo 270Bis.- *Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las*

⁶⁷ Ob. Cit. Pág. 95

*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”.*⁶⁸

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

El precepto transcrito puede aplicarse con fundamento en el artículo transitorio constitucional arriba mencionado: Se refiere a un arraigo domiciliario, pero en los hechos se efectúa en “casas de seguridad” establecidas por los propios órganos del Estado, o en hoteles en donde el arraigado padece aislamiento. Si en principio el arraigo constituye la inmovilidad del sujeto (es decir que a este no se le permite desplazarse, pero no está prohibido que otras personas se le acerquen), en los hechos al estar bajo vigilancia del Agente del Ministerio Público no solo se le impide el desplazamiento, sino se le niega la posibilidad de que otras personas se acerquen a él y solo el aludido funcionario puede autorizar la entrada de alguna persona a la “casa de seguridad” o de arraigo, limitando dicha autorización a familiares directos. Asimismo, los preceptos 9 y 169 del Código Procesal Penal para el estado de Oaxaca disponen:

Artículo 9. Medidas de coerción

Las medidas de coerción durante el proceso, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos previstas en esta ley, tienen carácter excepcional y su aplicación

⁶⁸ Ob. Cit. Pág. 96

debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar y a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse, con las salvedades que la Constitución Federal, la Local, una ley de orden general y este Código establecen.

Artículo

169.

Medidas

Salvo en los casos de la prisión preventiva oficiosa, a solicitud del Ministerio Público o de la víctima, y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que se fija en este Código, el juez puede imponer al imputado, después de escuchar sus razones, las siguientes medidas de coerción:

I. La presentación de una garantía económica suficiente a los fines del artículo 180 (Garantía);

II. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;

III. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al juez;

IV. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;

V. La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado;

VI. Sujeción domiciliaria, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, o en

centro médico o geriátrico;

VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;

VIII. La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

IX. La separación inmediata del domicilio cuando se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales y cuando la víctima conviva con el imputado;

X. La suspensión provisional en el ejercicio del cargo, profesión u oficio, cuando se atribuya un delito cometido con motivo de éstos, siempre y cuando aquel establezca como pena la inhabilitación, destitución o suspensión; y

XI. La prisión preventiva, si el delito de que se trate, está sancionado con pena privativa de libertad.

Con excepción de lo dispuesto para la prisión preventiva oficiosa, el juez puede prescindir de toda medida de coerción, cuando la promesa del imputado de someterse al proceso sea suficiente para descartar los motivos que autorizarían el dictado de la medida conforme el artículo siguiente (Procedencia). (sic)

“Como puede advertirse, el arraigo no desaparece de los ordenamientos que han implementado un sistema procesal penal acusatorio. Por el contrario, lo único que ha cambiado es su denominación. Ahora se le designa como “sujeción domiciliaria” o “prohibición de desplazamiento”, pero su significado es exactamente el mismo, circunstancia que entra en absoluta contradicción con los postulados del propio

*sistema, medularmente, la presunción de inocencia y la prisión preventiva como excepción”.*⁶⁹

Como bien lo menciona el autor, solamente cambian el nombre de arraigo por sujeción domiciliaria o prohibición de desplazamiento, pero en esencia es exactamente lo mismo y aun más, da la facultad al agente del ministerio público de violar las garantías individuales del presunto responsable, por lo que en esta reforma Constitucional, como en otros casos, solamente se cambia la denominación de una figura que nunca dejará de ser una flagrante violación por los propios preceptos Constitucionales.

*“Del análisis de las fracciones II, III, VI del numeral citado en último lugar, se observa identidad con los elementos definitorios del arraigo en el sistema previo a la reforma, es decir, tanto en el artículo 270 del código del Distrito Federal como en el 169 del Código para el estado de Oaxaca se establece la prohibición de desplazamiento bajo la vigilancia de la autoridad, lo cual constituye la esencia del arraigo”.*⁷⁰

“Solo que en el caso de medida de coerción, si se tiene carácter procesal y no expresa límite alguno a la temporalidad de su imposición. Esto último se desprende de la redacción de la fracción IV del artículo 175 del código de Oaxaca, la cual dispone que la resolución que imponga una medida de coerción contendrá la fecha de vencimiento del plazo máximo fijado para su duración.

En adición a lo ya referido, el hecho de que el precepto citado en último término disponga la sujeción domiciliaria en el propio domicilio o bajo vigilancia de otra persona o en centro médico, abre la posibilidad para la autoridad de continuar con el uso de casas de seguridad u hoteles para efectuar esas retenciones injustas. A

⁶⁹ Ob. Cit. Pág. 97

⁷⁰ Ob. Cit. Pág. 97

mayor abundamiento, la naturaleza restrictiva y aun privativa de libertad de la sujeción domiciliaria, se describe claramente en el artículo 179 in fine del propio Código, cuando establece que esa sujeción procederá en el caso en que sea imprescindible restringir la libertad, una vez transcurrido el plazo máximo de prisión preventiva.

Conforme a lo anterior, el uso del arraigo (sin perjuicio de que se le denomine de distinta manera) en entidades federativas con sistema acusatorio o bien donde éste aun no opera, se ha convertido en un instrumento de uso común y se ha desnaturalizado la razón de su existencia.

*Lo anterior, debido a que se demuestra ya en el acto legislativo, en su ejecución judicial o administrativa, o bien en una combinación de ellos, lo lejos que se encuentra de alcanzar la justicia, la cual fue presentada como el ideal principal motivador del cambio constitucional, traspasando en mi consideración los límites no formales a la reformabilidad de la norma fundamental”.*⁷¹

El autor hace referencia y remarca el aspecto necesario de la figura, pero siempre y cuando sea dentro del plazo razonable, no de manera tan arbitraria al arraigar a una persona durante ochenta días, cuando la investigación se puede hacer en el término de cuarenta y ocho horas y utilizando los elementos que sirvieron de indicio para iniciar la averiguación previa, por lo que no se deja de pensar que la figura del arraigo es innecesaria y violatoria de los preceptos constitucionales, con lo que el estado deja de cumplir con los fines que toda doctrina con las cuales le dan vida jurídica.

De esta manera el autor analiza la prohibición expresa del arraigo en el texto Constitucional, de la siguiente manera:

⁷¹ Ob. Cit. Pág. 98

“El juicio de amparo (previo a la multialudida reforma de 2008) era el único instrumento de defensa, en contra de las órdenes de arraigo y las porciones normativas que le servían de fundamento. Sin embargo, debido a su diseño y a la temporalidad del acto autoritario resultaba absolutamente ineficaz para combatir la medida, máxime que el tratamiento de los amparos en comento y su suspensión, en cuanto a la libertad del quejoso, se equiparaba al de una resolución judicial privativa de libertad pronunciada una vez acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad (orden de aprehensión). En otras palabras, tratándose de delito grave los efectos de la suspensión eran permanecer, en cuanto a su libertad, a disposición del juez de amparo; y en cuanto a la prosecución de la investigación, a disposición de la autoridad ordenadora, o sea en el mismo sitio del arraigo”.⁷²

Por lo que con esta reforma, se deja a la persona sin la posibilidad de promover el amparo, como se hacía anteriormente, por lo tanto, no se puede obtener ni la suspensión del acto de autoridad y mucho menos la libertad del presunto responsables, así de esta manera, tiene que transcurrir el tiempo de arraigo con la posibilidad de que al fin de este se trate de una persona inocente o en caso de que no lo sea, no se haya llevado la indagatoria con el respeto a sus garantías individuales.

En relación al amparo, el autor en mención comenta: *“El amparo, en estos casos, se interponía en contra de la porción normativa de la ley o código y su primer acto de aplicación. Por ello, si un juicio de amparo se tramitaba el segundo día del arraigo, v. gr. contra la orden pronunciada por un juez de procesos penales federales en aplicación del artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, señalando como autoridades responsables al mencionado juez, al Congreso de la Unión y a las autoridades del poder ejecutivo participantes en el proceso de creación*

⁷² Ob. Cit. Pág. 97

de la norma, dados los plazos abreviados en el juicio constitucional contra este tipo de actos (tres días para el informe justificado,) y diez días para la audiencia constitucional, artículos 37 y 157 de la Ley de Amparo) era muy probable el diferimiento de la audiencia constitucional en virtud del elevado número de autoridades.

No obstante, diferida o no, se podía tener una sentencia definitiva que otorgara la protección federal entre el día trece y cuarenta del arraigo. Resolución respecto de la cual tanto el agente del Ministerio Público, como los órganos legislativo y ejecutivo federales, contaban con un plazo de diez días hábiles para interponer recurso de revisión contra esa sentencia. Una vez interpuesto, concluía su tramitación en alrededor de treinta a sesenta días, plazo mayor al de la duración del arraigo, con lo cual la sentencia de amparo no producía efecto alguno en contra de la medida enjuiciada”.⁷³

Por lo que anteriormente, antes de la reforma, se tenía la posibilidad de dejar sin efecto el arraigo, aun esperando el tiempo en el que la autoridad rendía su informe previo y justificado, pero se tenía la certeza de que se suspendiera el acto de autoridad y hasta cierto punto, no se violentaba ninguna garantía individual del individuo.

“En la actualidad no es posible alegar la inconstitucionalidad del arraigo en cuanto a su no previsión en la Constitución, en vía de amparo indirecto. Sólo se puede impugnar la medida bajo argumentos de ilegalidad. Pero la circunstancia de que el poder revisor de la Constitución lo haya elevado a rango constitucional, no le retira su carácter injusto por dirigirse contra la dignidad humana y por constituir una detención (sanción) anticipada aun de mayor gravedad que la prisión preventiva, pues esta última puede computarse para tener por compurgada la pena de prisión que llegue a

⁷³ Ob. Cit. Pág. 97

imponerse, pero el tiempo que un individuo estuvo arraigado no se puede descontar de la pena de prisión. Así, concebir la justicia como mera legalidad es un error permisivo de políticas públicas reductoras de los derechos de los administrados al mínimo posible. Por lo cual estarnos llamados a exigir de las personas físicas que ejercen los poderes constituidos el respeto a las prerrogativas mínimas de que gozamos, por el sólo hecho de ser miembros de la especie humana. Hemos de plantear límites formales a la reformabilidad de la Constitución, cuando las enmiendas a su texto (como en el caso) constituyan un atropello injustificable.

Con lo hasta aquí expuesto se puede concluir que no es suficiente eliminar el arraigo de los artículos 16 y Décimo Primero Transitorio de la Constitución Federal, antes bien, resulta indispensable prohibirlo de manera expresa, a fin de evitar las prácticas indebidas que se dieron y continúan operando con base en lo numerales 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en atención al compromiso estadual de proteger a sus integrantes y brindarle "seguridad me sacrificio de sus libertades individuales, so pena de retroceder hacia estados decimonónicos cuya vuelta a asoma con la autorización constitucional de este tipo de medidas".⁷⁴

De esta manera y una vez que se hace el estudio de la figura del arraigo, podemos concluir que no solamente es violatoria de las garantías individuales, sino que también podemos decir que está fuera de todo contexto constitucional, al no garantizar la seguridad jurídica del gobernado. No se trata de proteger a los delincuentes en sí, se trata de hacer ver al estado que de ninguna manera puede trasgredir los derechos de los ciudadanos y a la vez, impartir justicia observando el sentido del derecho positivo y los derechos humanos, con estricto respeto a los principios Constitucionales.

⁷⁴ Ob. Cit. Pág. 100

PROPUESTA

Se hace una propuesta de reforma Constitucional de la siguiente manera:

Propuesta de reforma constitucional.

En el párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la iniciativa plantea eliminar la figura en concordancia con las recomendaciones de organismos internacionales de protección de los derechos humanos, así como ante la notoria incompatibilidad de la figura con respecto a las normas que reconocen derechos humanos en la Constitución y los tratados internacionales.

En segundo lugar, se incluye una remisión a futuras normas secundarias que habrán de establecer medidas cautelares conformes al bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos, que sirvan de alternativas al arraigo, mismas que ya se han implementado en Estados donde ha entrado en vigor el sistema penal acusatorio, y pueden consistir en la prohibición para abandonar una demarcación territorial mediante la asistencia para firma o por medios electromecánicos de geolocalización.

Además, se fortalece la protección de los derechos humanos al preverse la participación oficiosa de autoridades jurisdiccionales y organismos de protección de los derechos humanos previstos en la Constitución para vigilar la correcta ejecución de las medidas cautelares que habrá de contemplar la legislación secundaria.

Con la finalidad de dar cabal armonía a la reforma propuesta, debe reformarse el artículo décimo primero transitorio del decreto de reforma constitucional del 18 de junio de 2008, a fin de eliminar el arraigo para delitos graves en la Federación y las entidades que cuentan con un sistema penal mixto. Toda vez que el principal efecto que este decreto habrá de tener sobre el texto constitucional es eliminar el arraigo, el transitorio de mérito queda sin sustancia y, por ello, se procede a su derogación.

Finalmente, se incluye un artículo transitorio tercero en el cual se dispone la reparación integral del daño a las personas que hubieran sido absueltas por sentencia firme de los delitos por los cuales se les arraigó, o que hubieran sido contemplados como víctimas en una recomendación emitida por un organismo público nacional o un organismo internacional de protección de los derechos humanos por violaciones de derechos humanos cometidas en situación de arraigo o con relación directa a éste. Las reparaciones a las que hace referencia el artículo tercero transitorio de este decreto serán adoptadas por las autoridades competentes del fuero que corresponda a la autoridad ministerial que solicitó el arraigo, en los términos de la Ley General de Víctimas, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 9 de enero de 2013.

Por lo anteriormente expuesto, fundado y motivado, nos permitimos poner a consideración de esta Cámara de Diputados la siguiente iniciativa con proyecto de Decreto que reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el artículo décimo primero transitorio del decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

Artículo Primero. Se reforma el párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 16. ...

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar las medidas cautelares establecidas y reguladas por la legislación secundaria, mismas que deberán ser en todo momento compatibles con las normas que reconocen derechos humanos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, y aplicarse solamente cuando se acredite la existencia de indicios suficientes que vinculen con esos delitos a la persona afectada, se provea de mayores elementos

en la investigación y se proteja la vida, la integridad de las personas, bienes jurídicos o se evite que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia cuando exista riesgo fundado de ello . Las medidas cautelares que emita la autoridad judicial deberán ser justificadas en su duración temporal, modalidad, lugar y fines específicos que persiguen en el marco de la investigación. La autoridad judicial competente y los organismos de protección de los derechos humanos a que se refiere el artículo 102, apartado B, de esta Constitución, revisarán la aplicación de estas medidas de manera oficiosa, garantizando la prevención de violaciones de derechos humanos en su ejecución, así como favoreciendo a la investigación, sanción y reparación de las mismas cuando se llegaran a consumir.

Artículo Segundo. Se deroga el artículo décimo primero transitorio del decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, para quedar como sigue:

Décimo Primero. Se deroga.

Transitorios

Primero. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo. Las legislaturas de las entidades federativas deberán eliminar el arraigo penal de sus disposiciones normativas en un plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de este Decreto, plazo en el cual también deberán adecuar su normatividad correspondiente para establecer las medidas cautelares alternativas al arraigo a las que se refiere el artículo 16 constitucional reformado por virtud de este Decreto.

Tercero. Las personas que hubieran sido sujetas a arraigo desde el 18 de junio de 2008 hasta la entrada en vigor del presente Decreto y que hubieran sido absueltas por sentencia firme o reconocidas como víctimas de violaciones de derechos humanos por recomendación emitida por un organismo público nacional de protección de los derechos humanos reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o por un organismo internacional de protección de los derechos humanos, podrán ejercer su derecho a recibir reparaciones integrales, en los términos de la Ley General de Víctimas publicada en el Diario Oficial de la Federación de 9 de enero de 2013, así como hacer valer sus derechos a la justicia y a la verdad, en los términos de las disposiciones aplicables. Estas medidas integrales deberán incluir medidas de restitución, si proceden, así como de rehabilitación, compensación, satisfacción y de no repetición, sin menoscabo de las medidas que ordenen a su favor las resoluciones judiciales o recomendaciones de organismos de protección de los derechos humanos relacionados con estos casos. Para efectos de las reparaciones referidas en este artículo transitorio, las víctimas podrán solicitarlas a las autoridades competentes del fuero federal o común, según corresponda por la jurisdicción de la autoridad ministerial que hubiera solicitado el arraigo, y sin perjuicio de deslindar las responsabilidades en las que hubiera incurrido ante las víctimas cualquier servidor público, indistintamente de su jurisdicción, competencia o función, así como los terceros que hubieren cometido cualquier conducta en menoscabo de los derechos de la víctima en situación de arraigo, con la autorización, apoyo, tolerancia, instigación, aquiescencia o consentimiento de un servidor público. Todo procedimiento administrativo o jurisdiccional seguido por las víctimas a raíz de delitos o violaciones de derechos humanos ocurridos durante el arraigo o en relación a él, será llevado ante la jurisdicción ordinaria.

En conclusión, esta reforma tiene como finalidad la negativa de la figura del arraigo, por lo que es de tomarse en cuenta que los mismos legisladores se han dado cuenta que el arraigo fue hasta cierto punto, una medida mal propuesta y mal aplicada, dadas las consecuencias que ha repercutido en la sociedad, y si es cierto

que la delincuencia organizada ha rebasado los límites y la capacidad del Estado en cuestión de seguridad, también es cierto que el arraigo no fue la mejor medida para combatir el alto índice delictivo.

Por otro lado hay que tomar en cuenta que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha contemplado desde su creación los derechos de los ciudadanos, tomando como base principal, las garantías individuales, las garantías sociales y principalmente, los derechos humanos, siendo la figura del arraigo, aun contemplada dentro de nuestra Carta Magna, una medida a todas luces inconstitucional, por transgredir otros conceptos constitucionales.

Es de tomarse en consideración que si la propia reforma constitucional de 2008, en su exposición de motivos, señala como pretensión la observancia del principio de presunción de inocencia y tener a la prisión preventiva como excepción y no como regla, no se entiende por qué con la figura del arraigo, que es un procedimiento puramente administrativo y no procesal, se trastocan esos mismos postulados, y se observa una falta de coherencia en el razonamiento reformador de la Carta Magna, si tomamos en cuenta que la figura del arraigo se entiende como una formalidad administrativa que realiza el agente del ministerio público, por lo que nos hallamos en presencia de un doble discurso de los entes autoritarios, en donde se genera indefensión al ciudadano, ya que por un lado se habla de una seguridad jurídica y por el otro, con esta figura, se viola el principio constitucional del libre tránsito. Porque desde la perspectiva axiológica y aun la estrictamente jurídica-legislativa no deben disminuirse ni violentarse los derechos fundamentales, incluso si se cuenta con la autorización constitucional para ello, lo que viene a constituir una contradicción constitucional.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Con el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, el gobierno federal, intenta devolver a la nación la tranquilidad y paz social que tanto reclama, para ello, establece una serie de reformas constitucionales con las cuales pretende alcanzar los ideales en el rubro de impartición de justicia. Propone la reforma al artículo 16 constitucional, entre otros, en el cual establece e impone la figura del arraigo, sin embargo, no plantean en la exposición de motivos la justificación y sentido constitucional que toda ley requiere para apegarse al derecho positivo, ya que dicha figura, de manera impositiva transgrede los derechos individuales de todo gobernado y en muchos casos, se lleva a cabo la consignación del indiciado y no es considerado el tiempo del arraigo para efectos de la sentencia, por lo que cumple recluido el equivalente de la pena impuesta además del tiempo que duró el arraigo.

SEGUNDA.- Existe afectación de la libertad deambulatoria previstas en el artículo 16 de la Constitución General de la República, antes de la reforma, tomando en cuenta que señala en párrafo octavo *“Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”*., ya que nos dice que estaremos en presencia de delincuencia organizada cuando se cumplan las condiciones que el propio tipo penal señale, por lo que es de considerar que al crear la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, lo único que debieron hacer es concretarse a aumentar la penalidad en todo caso y señalar que delitos están contemplados dentro de las actividades de la delincuencia organizada. Y en siguiente párrafo, 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”*. Pudiendo observar que solamente cuando se trate de delincuencia organizada operará el arraigo, sin embargo, es de considerarse que se trata de una figura

violatoria de las garantías individuales.

TERCERA.- En el Código Federal de Procedimientos Penales, encontramos los casos previstos, en que el agente del Ministerio Público tiene la facultad de retener a una persona, como el caso de delito flagrante, que se presenta cuando el indiciado fue detenido en el momento de estar cometiendo la conducta delictiva y se observe los requisitos que la misma ley señala; orden de detención, que se da en el caso de que el indiciado haya cometido un delito tipificado como grave; la orden de aprehensión, cuando esta es otorgada por el juez penal y mediante la petición del agente del ministerio público; y el arraigo, que es otorgada por el juez a petición del agente del ministerio público, siempre que haya justificado a través de los medios de prueba de que se trata de delito grave, de esta manera y hasta cierto punto, se justifica la forma de determinar del agente del ministerio público.

CUARTA.- Ante la figura del arraigo, las libertades del individuo deben estar por encima de los intereses legítimos del Estado, porque sólo la existencia y subsistencia de dichas libertades le otorgan razón de existir, dado lo cual no hay postura más absurda que aquélla en que el Estado impone el sacrificio de las libertades individuales, en aras de una pretendida seguridad pública, ya que no se plantea una buena argumentación en la exposición de motivos, para la reforma constitucional con respecto al artículo 16.

QUINTA.- Si la propia reforma constitucional de 2008, en su exposición de motivos, señala como pretensión la observancia del principio de presunción de inocencia y tener a la prisión preventiva como excepción y no como regla, no se entiende por qué con la figura del arraigo, que es un procedimiento puramente administrativo y no procesal, se trastocan esos mismos postulados, y se observa una falta de coherencia en el razonamiento reformador de la Carta Magna.

SEXTA.- Nos hallamos en presencia de un doble discurso de los entes autoritarios, en donde se genera indefensión al pueblo. Porque desde la perspectiva axiológica y aun la estrictamente jurídica-legislativa no deben disminuirse ni violentarse los derechos fundamentales, incluso si se cuenta con la autorización constitucional para ello, lo que viene a constituir una contradicción constitucional.

SÉPTIMA.- Al llevarse a cabo esta reforma en los términos referidos en el desarrollo de este trabajo, nos encontramos ante una imposición del estado que no permite al ciudadano ejercer sus derechos constitucionales y aun más grave es la consideración de que el Estado a través del impartidor de justicia, atropelle los derechos fundamentales de cualquier gobernado en aras de la justicia, ya que es de considerarse que el agente del ministerio público, simplemente deberá contar con el tiempo de cuarenta y ocho horas o su duplicidad, para integrar la averiguación previa y consignar al indiciado ante el juez penal correspondiente sin la necesidad de violar los derechos constitucionales del individuo.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRADE SANCHEZ Eduardo. Instrumentos Jurídicos contra el Crimen Organizado. Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México. Senado de la República, 1997.

BURDEAU, Georges. Tratado de Ciencia Política, Tomo 1, Volumen I, Coordinación y revisión de notas de la Traducción por Enrique de la Serna Elizondo, 3ª Edición. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984.

BUNSTER, Álvaro. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Vol. 29, número 87, Septiembre a diciembre de 1996.

CALDWELL, Taylor. La Columna de Hierro. Traducción Enrique de Obregón, Editorial Grijalbo, México, 1999.

CASTELLANOS TENA, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". 19ª Edición. Editorial. Porrúa, México, 1984.

CARRILLO PRIETO, Ignacio. La Intervención Telefónica ilegal. Procuraduría General de la República, 1995.

CERDA LUGO, Jesús. Delincuencia Organizada. Universidad Autónoma de Sinaloa, México 2000.

COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", 12ª. Edición. Editorial Porrúa, México 1990.

GARCIA RÁMIREZ, Sergio. "El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano". 2ª. Edición. Editorial. Porrúa, México 1995.

GARCÍA RAMIREZ, Sergio. Delincuencia Organizada Antecedentes y Regulación Penal en México. Segunda edición. Porrúa, México 2000.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Delincuencia Organizada y Seguridad Nacional un Modelo. Instituto Nacional de Ciencias Penales, Academia Mexicana de Ciencias Penales. México 2000.

HAURIU, André. "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas". Traducción Castellana, adaptación y apéndice a cargo de José Antonio González Casanova, 15ª. Edición. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1984.

JELUNEK, George. "Teoría General del Estado". 14ª. Edición. Editorial Albatros, Buenos Aires Argentina, 1981.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. "Tipicidad", Editorial Porrúa, México, 1955.

KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. Traducción de Eduardo García Máynez. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1949.

MANCILLA OVANDO, Jorge A. "Las Garantías Individuales y su aplicación en el proceso penal", 4ª Edición. Editorial Porrúa, México, 1992.

MENDOZA SALAZAR, Cesar Augusto. Reflexiones sobre la eliminación del arraigo. Instituto de Ciencias Penales. México. 2011.

MONTIEL Y DUARTE, Isidro. "Estudio Sobre las Garantías individuales Facsimilar, Editorial Porrúa, México, 1980.

OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. Querrela y Perdón. Tomo 11. Instituto nacional de Ciencias Penales. México. 1986.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Anuario Jurídico. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1996.

PORTE PETTIT, Celestino."Importancia de la Dogmática Jurídico Penal", 3ª. Edición. Editorial Porrúa, México 1987.

RUIZ Harrel, Rafael. Gaceta de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. México, vol.06, número 09, septiembre de 1999.

VARGAS CASILLAS, Leticia Adriana. Iter crimInls revista de derecho y ciencias penales. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1998, vol. 01.

VILLORO TORANZO, Miguel. Metodología del Trabajo Jurídico. Limusa, México, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, 4ª. Edición. Editorial Cárdena Editor y Distribuidor, México, 1988.

ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. 5ª. Edición. Editorial Porrúa, México 1991.

LEGISLACIÓN.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sista. México. 2014.

Código Penal Federal, Sista México. 2014.

Código Federal de Procedimientos Penales, Sista. México. 2014.

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada Sista. México 2014.

Código de Comercio. Sista .México 2014.

Ley de Concursos Mercantiles. Sista. México. 2014.

Ley de Extradición internacional. Delma. México. 2014.

Ley Federal del Trabajo, Delma. México. 2014.

Ley General de Población, Sista. México. 2014.

Ley de Navegación, Delma. México 2014.

Código Civil para el Distrito Federal, Sista. Mexico. 2014.

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, Sista. México 2014.

Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal, Sista. México 2014.

Ley Contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal Sista. México. 2014.