

EL FRACASO DEL JUICIO DE AMPARO EN LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL ANTES DEL PROCESO PENAL

Jorge NADER KURI*

SUMARIO: I. *Breve introducción.* II. *La libertad.* III. *Tipos de libertad.* IV. *Libertad personal.* V. *Restricciones a la libertad deambulatoria.* VI. *Defensa de la libertad personal.* VII. *La rigurosa realidad.* VIII. *Corolario.*

I. BREVE INTRODUCCIÓN

El presente pretende hacer un análisis de las distintas formas de privación de la libertad personal antes de la instrucción, como lo son la detención, la retención, el arraigo, la ratificación judicial de la detención y la orden de aprehensión; el sistema teórico de defensa en contra de actos de autoridad que violen garantías individuales relacionados con tales formas, y su contraste con la realidad a partir de casos verdaderos de diaria incidencia.

También se indagan las causas que restringen la libertad personal antes del proceso penal, sus requisitos de procedencia, la problemática real que puede surgir en relación con ellas y las razones por las que en nuestro país el juicio de amparo ha resultado ineficaz en defensa de las personas.

En la medida en que se trata de ensayar, es decir, de proponer, señalo algunas ideas en abono a la solución del problema, sobre la base de que los sistemas de defensa de la Constitución deben, por sobre todas las cosas, proteger a las personas, antes que a la estructura estatal y sus representantes, como a veces sucede; que la seguridad pública y persecución del delito no justifican la supresión jurídica o fáctica de los derechos fundamentales

* Director de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle. Profesor de amparo en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

de los individuos, establecidos en nuestra Constitución bajo la fórmula de garantías individuales.

II. LA LIBERTAD

La libertad, de sobra está decirlo, es una de las prerrogativas más precias del ser humano, una cualidad esencial en cuyo ejercicio el hombre encuentra su plena realización y el desarrollo de sus potencialidades. Se dice que sólo el derecho a la vida rebasa en su consideración cuantitativa a la libertad, habida cuenta de que si ésta es propia del ser humano, sólo los seres vivos racionales pueden, “a la luz de los intereses de la sociedad, realizar los fines que se han propuesto, dentro de los límites impuestos por el orden jurídico y en aras de la persistencia de las relaciones armónicas entre los individuos que la integran”.¹

Pero cuando se tiene en cuenta que no todo ser humano fue siempre libre, que la esclavitud fue una institución jurídicamente válida y regulada, y que por la conquista de su libertad el ser humano ha ofrecido su vida una y otra vez a lo largo de la historia de los pueblos, e incluso sigue haciéndolo, es válido dudar de la afirmación según la cual es más importante la vida que la libertad.

III. TIPOS DE LIBERTAD

En su consideración constitucional, la libertad se fragmenta en una serie de previsiones específicas que no pueden ser restringidas ni suspendidas sino en los casos y con las condiciones que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece y que la doctrina dominante ubica en sus artículos 1o. a 7o., 9o. a 11, 15, 24 y 28, que corresponden a prohibición de la esclavitud; autodeterminación de los pueblos indígenas; libertad de educación; libertad de procreación; libertad de trabajo; libertad de expresión; libertad de imprenta; libertad de asociación y de reunión; libertad de posesión y portación de armas; libertad de tránsito; prohibición de extraditar reos políticos; libertad religiosa, y libertad de concurrencia en el mercado.

¹ Poder Judicial de la Federación, *Las garantías de libertad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomo 4, 2003, p. 17.

IV. LIBERTAD PERSONAL

En esta ocasión nos ocupa una de las referidas previsiones específicas: la libertad de tránsito a que alude el artículo 11 constitucional, y que supone cuatro posibilidades: entrar en la República; salir de la República; viajar por el interior de la República, y cambiar de domicilio. Pero no en cuanto a su despliegue positivo, sino por lo que implican sus límites y restricciones antes del proceso penal, es decir, durante la averiguación previa y el periodo de preinstrucción, siguiendo la clasificación del artículo 1o. del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), y que encuentran su problemática principal cuando se trata de detención, retención, arraigo, ratificación judicial y orden de aprehensión.

En estos casos, si bien el régimen constitucional señala una serie de parámetros de comprensión y actuación que desarrolla la legislación secundaria, pueden darse —y se dan frecuentemente— violaciones constitucionales en perjuicio de las personas cuando, por ejemplo, se decreta una detención o una orden de aprehensión en contravención a los requisitos de procedencia. Se trata de actos de autoridad que, por ser violatorios de las garantías individuales, son impugnables mediante el juicio de garantías, en términos del artículo 103, fracción I de nuestra Constitución, y deberían ser reparados por la justicia federal. Empero, en la realidad no es así. El juicio de amparo fracasa en la defensa de la libertad individual frente a un acto de autoridad, como los señalados, a pesar de que resulte abiertamente inconstitucional. Esto da contenido de certeza a la afirmación que señala a los actos que priven ilegalmente de la libertad a las personas antes del proceso quedan impunes, para infortunio de nuestro sistema de protección a los derechos fundamentales.

V. RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DEAMBULATORIA

La libertad de tránsito o deambulatoria, como garantía constitucional que es, puede restringirse y suspenderse en los casos y con las condiciones que establece la carta magna, según se desprende del texto *a contrario sensu* de su artículo 1o. y del propio artículo 11, en tanto establecen, respectivamente, que en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que

ella misma establece, y que todo ser humano tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar su residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes; derecho cuyo ejercicio queda subordinado a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa por cuanto hace a las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

Estos artículos fundamentan la regla general sobre la posibilidad y formas de subordinación del ejercicio de la libertad de tránsito, es decir, que si bien todos los seres humanos gozan del derecho a la libertad personal, éste puede suspenderse o restringirse por la autoridad judicial en los casos de responsabilidad penal o civil y por la autoridad administrativa en asuntos migratorios o de salubridad, siempre que se cumplan los principios generales aplicables en todo acto de autoridad, es decir, que conste por escrito, sea emitido por autoridad competente y se encuentre debidamente fundado y motivado, tal y como lo previene el primer párrafo del artículo 16 constitucional.

Es preciso comentar que nuestra Constitución contiene otras normas de igual jerarquía en sus artículos 16, 19, 21, 22 y 23, que regulan supuestos concretos sobre límites y restricciones a la libertad personal, lo que obliga a su interpretación holista como todo un sistema que, por cierto, debe fundarse en la absoluta necesidad, como bien escribió Beccaria: "...toda pena que no se derive de la absoluta necesidad es tiránica",² por tratarse del bien más apreciado del ser humano, después de la vida. A todos los actos de autoridad a los que se refieren los artículos precitados les son exigibles los extremos generales del primer párrafo del artículo 16 constitucional y los requisitos específicos señalados para cada supuesto según se trate de detención, retención, ratificación judicial de la detención, orden de aprehensión, auto de formal prisión, pena privativa de libertad, etcétera.

La carta magna y la legislación secundaria, analizadas en correspondencia con la división de etapas del procedimiento penal señalada en el artículo 1o. del CFPP, señalan distintas formas en que puede llevarse a cabo la

² Al referirse al aserto de Montesquieu, César Bonesano, Marqués de Beccaria, generaliza la idea señalando que "todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico", *Tratado de los delitos y de las penas*, México, Porrúa, 1990.

privación de la libertad de una persona antes del proceso penal —que inicia con el auto de formal prisión o de sujeción a proceso—, y que son las siguientes:

1. Primera etapa: de la averiguación previa a la consignación a los tribunales

Durante la averiguación previa, primera etapa del procedimiento penal, según la fracción I del artículo 1o. del CFPP, que se desenvuelve por y ante el Ministerio Público, quien en ese periodo actúa como autoridad investigadora de delitos con las atribuciones inherentes y practica las diligencias necesarias para resolver si ejercita o no la acción penal, puede proveerse la privación de la libertad de un sujeto, por cierto inocente,³ en los siguientes casos:

A. Detención y retención

Con el apelativo “detención” se entiende la determinación ministerial escrita y su consecuente ejecución material de privar de la libertad personal, o ésta y la posterior determinación, según las circunstancias, que se da cuando un sujeto, a quien se atribuye la comisión de un delito, es sorprendido actuando en flagrancia o cuando, por las circunstancias que se presentan, se estima urgente detenerlo físicamente.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado. Dada la dinámica que se regula, en la flagrancia todavía no existe mandato de detención emitido por el Ministerio Público; ni siquiera se ha iniciado la averiguación previa. La detención o aseguramiento —como lo llama el CFPP— es material, y la ejecuta cualquier persona, aunque la realiza por lo general un agente de la policía preventiva o judicial, y posterior-

³ La presunción de inocencia es un derecho sustantivo fundamental que deriva de la necesidad de considerar a toda persona inocente hasta en tanto se demuestre su culpabilidad, como una afirmación de que el individuo nace libre. Aunque no está expresamente descrito en la CPEUM, sí está consagrado en los tratados internacionales que en la materia ha suscrito México y que en fechas recientes se ha reconocido incluido en la Constitución federal en la tesis de pleno número P. XXXV/2002 bajo el rubro “Presunción de Inocencia. El principio relativo se contiene de manera implícita en la Constitución federal”.

mente es decretada por el agente del Ministerio Público bajo la fórmula de “retención”, si es que se realizó conforme a derecho. Por ello es que el artículo 16 constitucional señala que en los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata, y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Cabe recordar que la norma constitucional preindicada es interpretable por inducción, es decir, si el Ministerio Público es a quien llega en última instancia el sujeto detenido en flagrancia, por “autoridad inmediata” se entiende a la policía preventiva o judicial, únicos actores que reúnen la característica de ser autoridad; por exclusión, “cualquier persona” —significa que podemos serlo todos— incluye también a los elementos operativos de corporaciones privadas de seguridad y a la policía auxiliar.

En vista de que nuestra Constitución no define qué es la flagrancia, sino que sólo establece que en ella es posible la detención física del indiciado, el legislador secundario ha desarrollado un sistema normativo contextual (artículo 193 del CFPP) según el cual la flagrancia es válida en tanto el sujeto

- es detenido en el momento de estar cometiendo el delito, o
- es perseguido materialmente de inmediato después de cometido el delito y detenido,
- haya flagrancia equiparada.

La flagrancia equiparada es una institución finita, breve, creada por el legislador secundario para resolver casos de complejidad práctica, como, por ejemplo, cuando se ha iniciado la averiguación previa y aparecen coautores o partícipes que no han sido detenidos, o aparezca en posesión de los bienes del delito sin estar cometiéndolo o ser perseguido materialmente. Esta especie de flagrancia requiere de las siguientes condiciones:

- a) que el indiciado sea señalado por la víctima, algún testigo presencial o copartípe, o
- b) se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o
- c) aparezcan huellas o indicios que presuman fundadamente su participación en el delito y además:

- se trate de delito grave;
- no hayan transcurrido más de 48 horas a partir de la comisión del delito;
- se haya iniciado la averiguación previa, y
- no se haya interrumpido la persecución del delito.

Por su parte, la notoria urgencia, sólidamente criticada,⁴ permite al Ministerio Público ordenar la detención de una persona indiciada por la comisión de un delito cuando:

1. se trate de delito grave;
2. exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y
3. por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia no se pueda solicitar orden de aprehensión.

Los requisitos constitucionales que fundamentan la detención por notoria urgencia son contrarios a los principios de legalidad y necesidad que fundamentan al derecho penal. Si bien la gravedad del delito es un dato previo normativamente establecido en el artículo 194 del CFPP, los dos restantes resultan subjetivos y, por tanto, se prestan a abusos y excesos, en especial tratándose de delincuencia organizada, toda vez que el hecho de que haya un riesgo fundado de sustracción de la acción de la justicia sólo puede establecerse a través de la interpretación de hechos lícitos o ajenos al sujeto, bajo la particular óptica del agente investigador, en muchos casos dirigida a dar forma a una detención que sabe improcedente, por ejemplo, y eso lo veremos más adelante, cuando el riesgo se basa en que el indiciado tiene parientes en otra entidad federativa, o que está jubilado o casi nunca se encuentra en su domicilio; casos reales que por desgracia han ratificado los juzgadores; u otros que se han conocido públicamente, como cuando el sujeto a investigar —y por tanto inocente y sin restricciones— realiza una reservación para comprar un boleto de avión.

⁴ Ya desde el Congreso Constituyente de 1916-1917 se afirmaba que “la necesidad de dejar la calificación de la urgencia del caso a la misma autoridad ejecutora, puede dar lugar a abusos frecuentes, tanto más de temerse cuanto a que es muy fácil eludir la responsabilidad consiguiente y cuando la experiencia ha demostrado con cuánta frecuencia las autoridades administrativas han abusado de las facultades que se les han concedido de ordenar aprehensiones”. Pareciera que el tiempo no ha pasado.

Lo mismo puede decirse de la tercera hipótesis, es decir, cuando por razón de hora, lugar “o cualquiera otra circunstancia” no pueda acudirse al juez a solicitar la orden de aprehensión. Esta circunstancia puede ser, como lo establece el texto constitucional, cualquiera, es decir, la que desee, más o menos motivadamente, el agente del Ministerio Público, como ocurre, por ejemplo, cuando no haya integrado la averiguación previa y por dicha circunstancia no se pueda solicitar la orden de aprehensión, o cuando la detención aparece necesaria mientras se recibe la denuncia o la querella, entre otros, también reales.⁵

El artículo 16 constitucional refiere un supuesto al que llama “retención”. Ésta presupone la detención o aseguramiento, y, por tanto, se constituye en una validación de la detención previamente ordenada o ejecutada. En su lógica se materializa mediante una determinación ministerial que se pronuncia una vez que el asegurado está ya ante el Ministerio Público y siempre y cuando...

- El indiciado esté detenido (asegurado) por flagrancia o notoria urgencia.
- Estén satisfechos los requisitos de procedibilidad.
- El delito merezca pena privativa de la libertad.

Por disposición constitucional, la retención tiene una duración de 48 horas, o de 96 en casos de delincuencia organizada, al final de la cual el indiciado deberá ser puesto en libertad o ser sometido a disposición de la autoridad judicial. Si bien fue un acierto del constituyente el haber limitado el lapso de retención, con lo cual se abolieron algunas prácticas abusivas documentadas en iniciativas de reformas constitucionales y en estudios académicos, el sistema no quedó exento de problemáticas reales hasta hoy sin solución como, por ejemplo, lo que sucede entre la detención o asegura-

⁵ José Ovalle Favela considera que tal circunstancia debe ser similar a la de “hora y lugar” y no a circunstancias tales que no tenga acreditados los elementos del tipo penal, que no exista denuncia o querella, etcétera, por lo que no puede ni debe utilizarse para continuar o completar una averiguación, pues es evidente que ésa no es su finalidad. No obstante, tan encomiable anhelo teórico carece de fundamento legal, pues, como se ha dicho, el texto constitucional expresa claramente que basta cualquiera “otra circunstancia” distinta a la de hora y lugar, sin utilizar la palabra “similar” u otra parecida, por lo que en verdad nada impide la invocación de razones tales como las que niega el distinguido autor en comentario, en *Garantías constitucionales del proceso*, México, McGraw-Hill, 1996.

miento y la retención, o lo que ocurre frente a una detención ilegal en favor de su reparación, más allá de la fórmula constitucional de que “todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”, que poco sirve al individuo víctima de una arbitrariedad.

B. *Arraigo*

La Constitución no establece la figura del arraigo, lo que ha sido tomado en cuenta por la SCJN en los últimos meses del 2005 y enero del 2006 para determinar mediante tesis aislada la inconstitucionalidad de dicha medida. No obstante, el artículo 133 bis del CFPP señala que la autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia; medidas que no podrán exceder para este caso de treinta días naturales o noventa tratándose de delitos de delincuencia organizada, y sesenta para la diversa medida.

El arraigo es una determinación judicial que se traduce en una privación de la libertad de tránsito. Independientemente de su consideración como un mero acto de molestia que no implica la afectación de la libertad personal, la realidad es que sí lo es, porque obliga a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora y trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble,⁶ y tan así es que, en consecuencia, en toda pena de prisión que se imponga en una sentencia

⁶ “Arraigo domiciliario. Afecta la libertad personal”. Contradicción de tesis 3/99. Entre las sustentadas por una parte, por los Tribunales Colegiados Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 20 de octubre de 1999. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Óscar Mauricio Maycott Morales. Tesis de jurisprudencia 78/99. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veinte de octubre de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cuatro votos de los señores ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: ministro Juan N. Silva Meza. Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, noviembre de 1999, tesis 1a./J. 78/99, página 55.

se computará el tiempo del arraigo, como ya lo determina el artículo 33 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal.⁷

Los arraigos, además, no se cumplen en el domicilio del afectado, como se desprende del texto normativo señalado, sino que, por extensión de las previsiones existentes en el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO) y mediante la interpretación a la expresión normativa contenida en el artículo 133 bis —corresponderá al Ministerio Público y sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad sea debidamente cumplido— se ejecutan en sitios acondicionados como auténticas cárceles, con medidas similares a éstas, o peores, para quienes allí permanecen y para los visitantes; lugares antes materializados en inmuebles asegurados, y hoy en un antiguo hotel de la ciudad de México conocido como *Centro Nacional de Arraigos*, totalmente inexpugnable.

Tal y como ocurre tratándose de la detención por notoria urgencia, los requisitos que fundamentan la petición y concesión del arraigo son subradamente subjetivos, pues consisten en que

- Se prepare el ejercicio de la acción penal contra un individuo.
- Exista riesgo fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia.

Cabe señalar que la legislación secundaria es por demás ambigua, porque la palabra “preparación” respecto del ejercicio de la acción penal es erróneamente interpretada en comparación con su significado. Ello es así, porque “preparar” significa prevenir, disponer o hacer alguna cosa con alguna finalidad,⁸ es decir, que el Ministerio Público está haciendo algo con la finalidad específica de ejercitar la acción penal; y si va a ejercitar la acción penal, es porque ya integró la averiguación previa, pues de lo contrario no sabría qué habrá de consignar ante el juez. No se trata de arraigar para investigar y luego determinar si se va o no a ejercitar la acción penal, como se hace en la práctica, sino de hacerlo porque ya se integró la averiguación previa, se prepara el pliego de consignación y el inculcado puede pretender evadirse de la acción de la justicia, para lo cual, por cierto, son excesivos los plazos de su duración.

⁷ “En toda pena de prisión que se imponga en una sentencia, se computará el tiempo de la detención o del arraigo”.

⁸ *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 1992.

En la realidad de todos los días, el arraigo se solicita casi al inicio de la averiguación y sirve como herramienta ministerial para llevar a cabo la indagatoria con el inculcado detenido hasta por noventa días a reserva de que eventualmente lo ponga en libertad —pues no hubo ejercicio de la acción penal qué preparar—, lo cual también acontece, o lo tenga hasta que, previo ejercicio de la acción penal, el juez obsequie una orden de aprehensión y ésta sea cumplida.

En cuanto a la exigencia de que el arraigo suponga la existencia de un riesgo fundado de que el inculcado, en contra de quien se prepara el ejercicio de la acción penal, se sustraiga de la acción de la justicia, cabe formular las mismas consideraciones expresadas a propósito de la notoria urgencia, es decir, que dicha exigencia sólo puede establecerse a partir de interpretaciones personalísimas de hechos lícitos o ajenos al sujeto, bajo la particular óptica del agente investigador, lo que sucede con frecuencia en asuntos de delincuencia organizada, en que el arraigo es una medida por supuesta que en la mayoría de los casos, justificada por el “enorme poder económico y de corrupción” alrededor de los sujetos imputados de tales delitos.

2. Segunda etapa: preinstrucción

En términos de la frección II del artículo 1o. del CFPP, la preinstrucción es el periodo en el que se realizan actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculcado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar.

Las formas de privación de libertad en esta etapa, de acuerdo con el resultado de la averiguación previa en función con el inculcado, son:

A. Ratificación judicial de la detención

Cuando el agente del Ministerio Público ejercita la acción penal con detenido, que perdió su libertad bajo flagrancia, urgencia o arraigo, el juez debe proceder de inmediato a radicar la causa y revisar si la detención se llevó a cabo conforme a la Constitución. En caso de que así sea, ratificará la detención; en caso contrario, ordenará la libertad del consignado, tal y como lo dispone el artículo 134, cuarto párrafo, del CFPP. Lo anterior es así, toda vez que, en estos casos, el inculcado queda a disposición del juz-

gador desde el momento en que es internado en el reclusorio preventivo o centro de salud respectivo.

Se puede decir que en estos casos el juzgador se convierte en guardián oficioso de la Constitución, toda vez que lo que analiza es si la detención se llevó a cabo conforme a ésta y lo hace en forma sumaria, sin los formalismos propios de quien insta alguna acción constitucional, como la de amparo. Y así es. Se trata del único caso en el que la Constitución encomienda a una autoridad judicial de primera instancia distinta de la que goza de competencia para conocer y resolver el juicio de amparo, el control de la constitucionalidad de actos de autoridad en favor de los individuos vía excepción, concretamente, la detención ministerial y, desde luego, la retención, decretadas durante la averiguación previa.

Por desgracia, tan trascendente cometido ha sido soslayado por algunos juzgadores. En la mayoría de estas ocasiones, los jueces ratifican las detenciones ministeriales haciendo suyos los argumentos que las motivan, por desatinados que sean, con tal de no liberar al indiciado ni tener que pronunciar un mandato de aprehensión. En otras, ordenan la libertad del consignado y de inmediato, previa solicitud del Ministerio Público de la adscripción, obsequian una orden de aprehensión de modo que ésta se ejecute en el momento mismo en que el indiciado sale del centro de detención. Pocas veces ordenan la libertad por haber sido privada inconstitucionalmente y proceden a realizar el estudio integral y sereno de las constancias del expediente para resolver en justicia si procede el libramiento de una orden de aprehensión.

B. Orden de aprehensión

Desde el Congreso Constituyente de 1916-1917 existe pleno consenso en atribuir la exclusividad para la emisión de mandatos de aprehensión a la autoridad judicial. El diputado Colunga⁹ expresó que la idea sustancial es que “nadie puede ser aprehendido ni nadie puede ser obligado a responder de una acusación criminal, ni ser puesto en prisión, si no es por orden de la autoridad judicial... librada por escrito y constando en ella los motivos por los cuales se procede y los fundamentos legales que la funden”.

La carta magna señala que son requisitos indispensables para el libramiento de una orden de aprehensión, además de los generales a que nos hemos referido, los especiales y que

⁹ Ovalle Favela, José, *op. cit.*, nota 5, p. 204.

- a. preceda denuncia o querrela;
- b. de un hecho que la ley señale como delito;
- c. sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, y
- d. existan datos que acrediten:
 - El cuerpo del delito.
 - La probable responsabilidad del indiciado

No está de más señalar que en estos casos se trata de consignación sin detenido, y, por tanto, el Ministerio Público debe solicitarla al juez, sin cuya petición no es dable obsequiarla. También procede su libramiento cuando, como se ha señalado, el juez estima que la detención ministerial es inconstitucional, ordena la libertad del indiciado y acto seguido, previa solicitud del Ministerio Público del proceso, obsequia el mandato de captura.

La legislación procesal establece diversos supuestos de procedencia de la llamada “reaprehensión”. Como su nombre indica, es un mandato de captura que se decreta respecto a una persona aprehendida y puesta en libertad a la que posteriormente se ordena aprehender de nueva cuenta, con motivo de la misma causa. La reaprehensión, no obstante, no es un mandato de aprehensión y, por tanto, no está sujeta a los requisitos específicos del artículo 16 de la CPEUM, sino sólo a los generales de su primer párrafo y a los establecidos en la legislación secundaria.

La jurisprudencia de la SCJN ha emitido tesis en el sentido de que la aprehensión debe reunir los requisitos que exige el artículo 16, mientras que sobre la reaprehensión sólo señala aspectos legales que nada tienen que ver con tales requisitos.¹⁰

Algunos casos de reaprehensión se fundamentan en las siguientes causas:

1. Se revoque la libertad por falta de elementos para procesar y se dicte auto de formal prisión, o
2. Se revoque la sentencia absolutoria y se dicte condenatoria con pena privativa de libertad, o
3. Se revoque la libertad provisional bajo caución concedida, ya en averiguación previa o durante el proceso, porque el indiciado o

¹⁰ Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Apéndice 2000*, tomo II, Penal, P.R. TCC, Tesis 5140, pág. 2629. Rubro: “Orden de aprehensión y de reaprehensión. Naturaleza jurídica de la”.

procesado incurra en cualquiera de las numerosas causas señaladas en la ley procesal.¹¹

La finalidad de la orden de aprehensión es privar de la libertad al sujeto en contra de quien se dicta, como medio para llevarlo de inmediato ante el juez que la libró, y se le haga saber, en audiencia pública, el nombre de su acusador y la naturaleza o causa de la acusación a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria; el juez resuelva sobre la procedencia de iniciar un procedimiento penal en su contra por considerarlo presunto responsable de la producción de hechos que la ley castiga con sanción privativa de la libertad, y el procesado quede a disposición del juzgador en el centro de reclusión que corresponda, salvo que obtenga su libertad provisional, a resultas del resto del procedimiento.

¹¹ Desobedezca sin causa justa y comprobada las órdenes legítimas del tribunal que la haya concedido; no efectúe las exhibiciones dentro de los plazos fijados por el tribunal, en caso de habersele autorizado el depósito en parcialidades; fuere sentenciado por un nuevo delito intencional que merezca pena de prisión, antes que el proceso dentro del que se le concedió la libertad provisional concluya definitivamente; amenace al ofendido o a algún testigo que haya declarado o vaya a declarar; trate de cohechar o sobornar a los testigos que vayan a declarar, a algún funcionario, o al Ministerio Público que intervenga en el proceso; lo solicite el inculcado y se presente al tribunal; aparezca con posterioridad que le corresponde al inculcado una pena que impide otorgar la libertad provisional (en su caso); cause ejecutoria la sentencia que impone pena de privación de libertad; incumpla sus obligaciones procesales de presentarse al tribunal los días fijos que se le señale, presentarse al tribunal cualquier otro día que sea citado o requerido a ello, abstenerse de notificar al tribunal los cambios de domicilio que tuviere, abstenerse de ausentarse del lugar del juicio sin permiso del tribunal; simular insolvencia para obtener la reducción de la caución previamente otorgada; recuperar su capacidad económica para cubrir los montos de las cantidades señaladas de la caución y no restituirlos en los plazos fijados por el tribunal; cuando el tercero que haya garantizado la libertad pida se le releve de la obligación y presente al inculcado; cuando aparezca o sobrevenga la insolvencia del fiador que haya garantizado; si el tercero que haya garantizado la libertad no presenta al inculcado ante el tribunal si es requerido a ello, una vez transcurridos los plazos concedidos al efecto; cometa un nuevo delito, antes de que el proceso en el que se le concedió la libertad protestataria haya concluido por sentencia ejecutoria; aparezca que el delito por el que se le juzga merece una pena mayor a 3 años de prisión; deje de tener domicilio fijo y conocido dentro de la jurisdicción del tribunal; sea suspendido en el ejercicio de su profesión; deje de tener: oficio, ocupación, o medio honesto de vivir; aparezca o sobrevenga temor fundado de que se sustraerá a la acción de la justicia; o cuando recaiga sentencia condenatoria privativa de la libertad y cause ejecutoria.

Cumplido dicho propósito, el mandato de captura quedará consumado, toda vez que, indefectiblemente, el juez pronuncia una resolución o de formal prisión, o de libertad, de la que dependerá la libertad personal del indiciado en el futuro. Así se desprende del artículo 19 constitucional, según el cual ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas, prorrogable al doble a petición del indiciado, a partir de que éste sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión.

VI. DEFENSA DE LA LIBERTAD PERSONAL

Desde luego que la detención, la retención, el arraigo, la ratificación judicial de la detención y la orden de aprehensión son actos de autoridad que se encuentran regulados en la parte dogmática de la CPEUM, de manera concreta, aunque no sólo¹² en su artículo 16, y, por tanto, impugnables a través del juicio de amparo previsto en los artículos 103 y 107 constitucionales y su ley reglamentaria. De hecho, no existe en la legislación nacional ningún otro medio de defensa con respecto a tales actos de autoridad, que no sea el amparo. Quizá, como resultado de las presentes reflexiones, valga la pena pensar en alguno.

La detención y la retención son actos fuera de juicio producidos por una autoridad formalmente administrativa, como lo es el Ministerio Público; el arraigo y la aprehensión lo son también, aunque nacientes de la autoridad judicial. Por tanto, en términos de los artículos 103, fracción I y 107, fracción VII, de la carta magna, y 114, fracciones II y III de la Ley de Amparo (LA), el amparo se interpondrá ante el juez de distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una au-

¹² “ORDEN DE APREHENSIÓN, EN ELLA PUEDEN VIOLARSE GARANTÍAS TUTELADAS, EN ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES DISTINTOS AL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL”. Novena Época: Contradicción de tesis 56/97.-Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, el ahora Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito.-3 de marzo de 1999.-Cinco votos.-Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas.-Secretario: Miguel Ángel Cruz Hernández. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IX, mayo de 1999, página 285, Primera Sala, tesis 1a./J. 31/99; véase la ejecutoria en la página 287 de dicho tomo.

diencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe; se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose la sentencia en la misma audiencia.

Vale señalar que si bien la competencia originaria para conocer y resolver del juicio de amparo indirecto se surte en favor del juez de distrito, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF), en su artículo 29, reconoce la competencia a los tribunales unitarios de circuito para conocer del juicio de amparo indirecto cuando el acto reclamado emane de otro tribunal unitario y no se trate de sentencia definitiva, lo que, para efectos del presente ensayo, sólo podría ocurrir cuando el referido tribunal revoque en apelación, la negativa de orden de aprehensión pronunciada por un juez de distrito y dicte la orden de aprehensión.

Es importante tener en cuenta que la fracción XII del artículo 107 constitucional y el artículo 37 de la LA señalan que la violación de las garantías del artículo 16 constitucional, en materia penal,¹³ se reclamará ante el juez de distrito o tribunal unitario de circuito, en los términos ya señalados, o bien, concurrentemente, ante el superior del tribunal que cometa la violación que se reclame, lo cual sólo puede ocurrir, para efectos de este trabajo, tratándose de órdenes de aprehensión. Así, se reitera la competencia de los tribunales unitarios y se reconoce a las Salas de los tribunales superiores de justicia de los estados o del Distrito Federal.

Del análisis de los artículos 145 y siguientes de la LA se desprende que el juicio de amparo indirecto dilata, en el mejor de los casos, 40 días hábiles en su primera instancia¹⁴ y 35 más por la segunda;¹⁵ dato que en verdad contrasta con la realidad, ya que es inusual que se cumplan esos plazos, y en la práctica suelen ser mayores. Independientemente de la solicitud y concesión de la suspensión del acto reclamado, un juicio de amparo indirecto tarda varias semanas en resolverse de manera definitiva, lo cual es un hecho conocido y notorio; y no podría ser diferente porque los plazos mínimos están señalados en la LA, y deben ser observados por el juzgador.

¹³ Y artículos 19 y 20 de la CPEUM. El artículo 37 de la LA subyuga ilegalmente la jurisdicción concurrente, pues mientras la CPEUM no limita su posibilidad tratándose de su artículo 20, el dispositivo secundario la restringe a sus fracciones I, VIII y IX, párrafos primero y segundo.

¹⁴ Treinta días de la interposición de la demanda a la audiencia constitucional y diez días de espera para que cause ejecutoria.

¹⁵ Diez días para alegatos y pedimento, cinco para turnar a proyecto, quince para discutir en sesión y cinco para el *engrose*.

Por otra parte, la LA establece un sistema de improcedencias del juicio de amparo indirecto, que desarrolla la jurisprudencia. Su artículo 73 establece 17 causales de improcedencia legal y una más de improcedencia jurisprudencial, que abre la puerta a otras tantas hipótesis determinadas por los tribunales en la interpretación de la ley en cuestión. Sería ocioso, y además no es el propósito de este ensayo, analizar cada una de las hipótesis de improcedencia. No obstante, por su importancia y pertinencia, es necesario estudiar las establecidas en las fracciones X y XVI, que refieren, respectivamente, el cambio de situación jurídica por consumación irreparable y la cesación de efectos.

La señalada fracción X establece que el juicio de amparo es improcedente contra actos emanados de un procedimiento judicial, o de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud de cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo por no poder decidirse en tal procedimiento sin afectar la nueva situación jurídica.

El 10 de enero de 1994, en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* publicó un decreto de reformas a diversas leyes, entre ellas a la LA, mediante el cual se agregó un segundo párrafo a la fracción en cuestión, en los siguientes términos:

Quando por vía de amparo indirecto se reclamen violaciones a los artículos 16, 19 y 20 de la CPEUM, exclusivamente la sentencia de primera instancia hará que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones para los efectos de la improcedencia prevista en este precepto. La autoridad judicial que conozca del proceso penal suspenderá en estos casos el procedimiento en lo que corresponda al quejoso, una vez cerrada la instrucción y hasta que sea notificada de la resolución que recaiga en el juicio pendiente.

Lo anterior tuvo una razón de ser: acontecía que los amparos indirectos promovidos contra órdenes de aprehensión eran sobreseídos por cambio de situación jurídica al momento de resolverse en cualquier sentido en el término constitucional sobre la situación del procesado. Respecto a los demás actos que se reclamaban a propósito de un juicio penal, entre ellos el auto de formal prisión, el amparo indirecto dilataba tanto en resolverse, que primero se dictaba sentencia en el proceso natural y ello provocaba el sobreseimiento del juicio de garantías por cambio de situación jurídica.

Así, resultaba necesario presionar la resolución de los juicios de amparo, y por ello se estableció que mientras éstos no se resolvieran no podría dictarse sentencia definitiva, mediante la adición normativa en comentario, por demás afortunada.

Pronto se resolvió que, si bien tratándose de órdenes de aprehensión, sólo la sentencia de primera instancia provocaba el cambio de situación jurídica, y que el fallo no sería pronunciado mientras estuviera en trámite un juicio de amparo, por lo que no se surtían los efectos de la fracción X del artículo 73 de la LA, en cambio se daba la diversa hipótesis de cesación de los efectos del acto reclamado, descrita en la fracción XVI del mismo artículo, y de toda suerte procedía decretar el sobreseimiento del juicio de amparo intentado contra una orden de aprehensión, porque una vez rendida la declaración preparatoria, quedaba satisfecha la finalidad que se pretendía con la emisión de tal acto de autoridad y, por tanto, dejaba de surtir los efectos que legalmente le correspondían, por cuanto a que carecía de objeto su ejecución al haberse conseguido la finalidad que mediante ese acto se pretendía, actualizándose la causal de improcedencia de la acción constitucional referida.¹⁶

El criterio anterior hizo nugatorio el juicio de amparo contra órdenes de aprehensión, lo cual suscitó reacciones importantes del foro que llevó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a resolver, por contradicción de tesis, que no cesaban los efectos de la orden de aprehensión cuando se dictaba el auto de formal prisión y a interpretar el artículo 73, fracción X de la LA, en los siguientes términos:

ORDEN DE APREHENSIÓN. NO CESAN SUS EFECTOS CUANDO SE DICTA EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN (INTERRUPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1113 DE LA PRIMERA SALA Y ANÁLISIS DE LA FRACCIÓN XVI DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO).

La anterior Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció la jurisprudencia 1113, publicada en el Apéndice al Semanario

¹⁶ “ORDEN DE APREHENSIÓN. SU IMPUGNACIÓN EN LA VÍA DE AMPARO. OPERA EN SU CONTRA LA CAUSA DE IMPROCEDENCIA QUE ESTABLECE LA FRACCIÓN XVI, DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO, CUANDO EL INTERESADO HA RENDIDO SU DECLARACIÓN PREPARATORIA ANTE LA AUTORIDAD QUE LA EMITIÓ”, *Semanario Judicial de la Federación*, tesis aislada, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo XV, enero de 1995, Tesis IX.2o.45 K, página 269.

Judicial de la Federación 1917-1988, páginas 1788 y 1789, cuyo texto es: “LIBERTAD PERSONAL, RESTRICCIÓN DE LA (CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA). La libertad personal puede restringirse por cuatro motivos: la aprehensión, la detención, la prisión preventiva y la pena; cada uno de los cuales tiene características peculiares. El conjunto de normas jurídicas que condicionan y rigen la restricción de la libertad, en los distintos casos de que se ha hablado, se llama situación jurídica; de modo que cuando esta situación cambia, cesan los efectos de la situación jurídica anterior, pues cada forma de restricción de la libertad excluye a las otras, y por lo mismo, desaparecen los efectos del acto reclamado, y es improcedente el amparo contra la situación jurídica anterior.” Ahora bien, en el segundo párrafo de la fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo, vigente a partir del primero de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, el legislador introdujo una excepción a la regla general contenida en el primer párrafo de la misma fracción, consistente en que cuando por vía de amparo indirecto se reclamen violaciones a los artículos 16, 19 ó 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sólo la sentencia de primera instancia hará que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones, para los efectos de la procedencia del juicio. Tal excepción lleva a variar el aludido criterio jurisprudencial y a establecer que si el acto reclamado en el juicio de amparo se hace consistir en la orden de aprehensión, y durante el trámite del mismo el inculcado es capturado o comparece voluntariamente ante el Juez, y éste emite el auto de formal prisión, ello no hace cesar los efectos de la orden de aprehensión, sino que acontece todo lo contrario, porque no la deroga, no la deja insubsistente, ni tampoco desaparecen todos sus efectos; por tanto, no se actualiza la causal de improcedencia prevista en la fracción XVI del artículo 73 de la ley de la materia.¹⁷

Un par de años después se resolvió por jurisprudencia que el auto de libertad por falta de elementos para procesar sí provocaba la cesación de efectos de la orden de aprehensión, y en ese caso sí resultaba procedente sobreseer con base en la fracción XVI del artículo 73 de la LA, lo cual re-

¹⁷ Contradicción de tesis 20/95. 10 de octubre de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretarios: Manuel Rojas Fonseca y Angelina Hernández Hernández. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el catorce de octubre en curso, aprobó, con el número 55/1996, la tesis de jurisprudencia que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de octubre de mil novecientos noventa y seis. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IV, Octubre de 1996, Tesis P./J. 55/96, página 73.

sulta adecuado, porque no tiene razón práctica la subsistencia de un juicio de amparo intentado en contra de la orden de aprehensión.¹⁸

Por otro lado, la jurisprudencia de la SCJN dejó en claro que tratándose de órdenes de aprehensión, sólo la sentencia de primera instancia provocaba el cambio de situación jurídica referido en la fracción X del artículo 73 de la LA, y no así el auto de formal prisión:

ORDEN DE APREHENSIÓN. INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN X DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO, VIGENTE A PARTIR DEL PRIMERO DE FEBRERO DE 1994.

La adición del segundo párrafo de la fracción X del artículo 73 de la ley de la materia, que entró en vigor en la fecha señalada, pone de manifiesto la existencia de una excepción orientada a que en los juicios de garantías se analicen las violaciones a la libertad personal relacionadas con los artículos 16, 19 ó 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y a que se limite la aplicación de la causal de improcedencia por cambio de situación jurídica, al dictado de la sentencia de primera instancia, única hipótesis en la que se consideran irreparablemente consumadas las violaciones reclamadas; por tanto, el auto de formal prisión no da lugar a la improcedencia del amparo que con antelación se hubiere hecho valer en contra de la orden de aprehensión.¹⁹

En tal estado de cosas, el juicio de amparo contra órdenes de aprehensión no se tornaba improcedente ni aun dictado el auto de formal prisión, por lo que todo juicio de garantías que se intentaba en contra de un acto de autoridad era indefectiblemente resuelto, lo que garantizaba la expeditéz y exhaustividad de la justicia y, sobre todo, vinculaba a los jueces con sus actos en función del juicio de garantías. Así lo reconoció la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas tesis, como la siguiente:

¹⁸ Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo VIII, agosto de 1998, Tesis I.2o.P. J/7, página: 748. Rubro: ORDEN DE APREHENSIÓN. CESAN SUS EFECTOS CUANDO SE DICTA AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR.

¹⁹ Contradicción de tesis 20/95. 10 de octubre de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretarios: Manuel Rojas Fonseca y Angelina Hernández Hernández. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el catorce de octubre en curso, aprobó, con el número 55/1996, la tesis de jurisprudencia que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de octubre de mil novecientos noventa y seis. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IV, vol. Octubre de 1996, Tesis P./J. 55/96, página 73.

CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA, CAUSAL DE IMPROCEDENCIA DE. EXÉGESIS DE LA ADICIÓN A LA FRACCIÓN X DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO, PUBLICADA EN EL *DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN*, EL 10 DE ENERO DE 1994.

Una correcta interpretación a la adición en comento permite establecer que, aun cuando se produzca un cambio de situación jurídica dentro de las diversas fases legales que conforman el procedimiento judicial del orden penal, ello no conlleva necesariamente a la actualización de la causal de improcedencia señalada al rubro, sino solamente cuando en el mismo se dicta la sentencia de primera instancia, al considerarse que esta resolución es la que consuma de manera irreparable las violaciones resultantes del acto inicialmente reclamado, como así se desprende del texto que dice: "...sólo la sentencia de primera instancia hará que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones para los efectos de la improcedencia prevista en este precepto"; exégesis ésta que se apoya en que cada etapa del procedimiento penal se rige por normas jurídicas autónomas, las que deben examinarse en forma separada, cuando son reclamadas en vía de amparo; de tal suerte que si la adición en cita condiciona la actualización de dicha causa de improceder al dictado del fallo de primer grado, ello es con la finalidad de obligar a los tribunales de amparo a resolver sobre la legalidad de los actos reclamados dictados dentro del procedimiento judicial del orden penal, a pesar de que en el mismo, por su natural y legal prosecución, se produzcan cambios de situación jurídica, para de esta manera salvaguardar, en su caso, la firmeza del procedimiento ante actos de autoridades judiciales del orden penal viciados de ilegalidad desde su origen y, por tanto, dar mayores alcances restitutorios a la sentencia de amparo penal, para cuyo logro se consignó en esa reforma la obligación de los jueces de instancia de suspender el procedimiento "en lo que corresponda al quejoso una vez cerrada la instrucción y hasta que sea notificada de la resolución que recaiga sobre el juicio de amparo pendiente". Sin que dentro de esa sucesión de actos procesales penales pueda estimarse la actualización de la diversa causal de cesación de efectos, contenida en la fracción XVI del invocado artículo 73, pues ésta participa de una naturaleza jurídica distinta a la de aquélla, ya que su aplicación se produce cuando es la propia autoridad responsable la que, por un acto posterior, revoca o nulifica, dentro de esa sucesión de etapas procesales el acto reclamado, constituyéndose de esta manera una situación idéntica a la que habría existido si éste no se hubiese emitido; verbigracia: cuando se reclama la orden de aprehensión y posteriormente se dicta auto de libertad por falta de elementos para procesar o de sobreseimiento; o en su caso, que después del auto de formal prisión se emita sentencia absolutoria; lo que no acontece tratándose de la orden de aprehensión y el auto

de formal prisión, como continuidad del procedimiento, pues ello no implica que hubiesen cesado los efectos de esa orden de captura, dado que dicho acto no es revocado o nulificado con el dictado de ese auto ulterior, ni se ha constituido una situación idéntica a la que habría existido antes de su emisión, ya que sus efectos, que eran los de poner al inculcado a disposición de la autoridad judicial para la instauración del proceso penal por la probable comisión de un delito, se están produciendo permanentemente, inclusive la afectación a la libertad personal del inculcado, aunque por distinto acto, sigue subsistiendo.²⁰

Sin embargo, el 8 de febrero de 1999, el *DOF* publicó un decreto de reformas a diversas leyes, entre ellas a la LA, merced a la cual se reformó el segundo párrafo de la fracción X de su artículo 73, para eliminar el número 16 de la redacción, por lo que la sentencia definitiva dejó de ser la única causa de cambio de situación jurídica con respecto a las órdenes de aprehensión. Desde entonces, el auto de formal prisión —y con mayor razón el de libertad por falta de elementos para procesar— provocan el sobreseimiento del juicio de garantías que se intente contra alguna orden de aprehensión.

Por otro lado, en lo referente a la suspensión del acto reclamado, en el decreto legislativo publicado en el *DOF* el 10 de enero de 1994 se reformó el artículo 136 de la LA, cuyo texto no ha sido modificado desde entonces, para quedar como sigue:

Si el acto reclamado afecta la libertad personal, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito únicamente en cuanto a ella se refiera, quedando a disposición de la autoridad que deba juzgarlo, cuando el acto emane de un procedimiento del orden penal por lo que hace a la continuación de éste.

Cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso efectuada por autoridades administrativas distintas del Ministerio Público como probable responsable de algún delito, la suspensión se concederá, si procediere, sin perjuicio de que sin dilación sea puesto a disposición del Ministerio Público, para que éste determine su libertad o su retención dentro del plazo y en los términos que el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional lo permite, o su consignación.

²⁰ Jurisprudencia, Materia Penal, Común, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, tomo 86, febrero de 1995, tesis: I.2o.P. J/59, página 13.

De consistir el acto reclamado en detención del quejoso efectuada por el Ministerio Público, la suspensión se concederá y desde luego se pondrá en inmediata libertad, si del informe previo que rinda la autoridad responsable no se acreditan con las constancias de la averiguación previa la flagrancia o la urgencia, o bien si dicho informe no se rinde en el término de veinticuatro horas.

De existir flagrancia o urgencia se prevendrá al Ministerio Público para que el quejoso, sea puesto en libertad o se le consigne dentro del término de cuarenta y ocho horas o de noventa y seis horas según sea el caso, a partir de su detención.

Si se concediere la suspensión en los casos de órdenes de aprehensión, detención o retención, el juez de Distrito dictará las medidas que estime necesarias para el aseguramiento del quejoso, a efecto de que pueda ser devuelto a la autoridad responsable en caso de no concedérsele el amparo.

Cuando la orden de aprehensión, detención o retención, se refiera a delito que conforme a la ley no permita la libertad provisional bajo caución, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito en el lugar en que éste señale, únicamente en lo que se refiera a su libertad personal, quedando a disposición de la autoridad a la que corresponda conocer del procedimiento penal para los efectos de su continuación.

Cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso por orden de autoridades administrativas distintas del Ministerio Público, podrá ser puesto en libertad provisional mediante las medidas de aseguramiento y para los efectos que expresa el párrafo anterior.

En los casos en que la afectación de la libertad personal del quejoso provenga de mandamiento de autoridad judicial del orden penal o del Ministerio Público, o de auto de prisión preventiva, el juez dictará las medidas adecuadas para garantizar la seguridad del quejoso y éste podrá ser puesto en libertad bajo caución conforme a la fracción I del artículo 20 constitucional y a las leyes federales o locales aplicables al caso, siempre y cuando el juez o tribunal que conozca de la causa no se haya pronunciado en ésta sobre la libertad provisional de esa persona, por no habersele solicitado.

La libertad bajo caución podrá ser revocada cuando incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del juicio de amparo o del procedimiento penal respectivo.

Las partes podrán objetar en cualquier tiempo el contenido del informe previo. “En los casos previstos en el artículo 204 de esta ley, se considerará hecho superveniente la demostración de la falsedad u omisión

de datos en el contenido del informe y el juez podrá modificar o revocar la interlocutoria en que hubiese concedido o negado la suspensión; —además, dará vista al Ministerio Público Federal para los efectos del precepto legal citado—”.

Posteriormente, mediante decreto legislativo publicado en el *DOF* el 8 de febrero de 1999 se adicionó un segundo párrafo al artículo 138 de la LA en el sentido de que:

Quando la suspensión se haya concedido contra actos derivados de un procedimiento penal que afecten la libertad personal, el quejoso tendrá la obligación de comparecer dentro del plazo de tres días ante el juez de la causa o el Ministerio Público y, en caso de no hacerlo, dejará de surtir efectos la suspensión concedida.

Los textos de los artículos 136 y 138 de la LA aludidos significan lo siguiente:

- La suspensión del acto reclamado no impide la continuación del procedimiento respectivo, por lo que el quejoso queda a disposición del juez que deba juzgarlo. Ello es así porque de lo contrario, el procedimiento penal quedaría paralizado, lo cual contravendría el interés público que existe en la continuidad y resolución de los procedimientos jurisdiccionales.
- Si el quejoso promueve el amparo contra la detención realizada por agentes de la policía preventiva, judicial o cualquiera otra de naturaleza administrativa, la suspensión no evita que el agraviado sea entregado al Ministerio Público para que éste decrete su retención, libertad o consignación. Entonces, una vez que el indiciado es entregado al Ministerio Público, la detención cesa en sus efectos, porque se cumplió el propósito de la detención; y si el Ministerio Público decreta la retención, la libertad o el ejercicio de la acción penal, la situación del indiciado habrá cambiado, y el amparo promovido deberá sobreseerse en términos de las fracciones X y XV del artículo 73 de la LA.
- Si se trata de detención ministerial, el efecto de la suspensión es analizar si se surten las hipótesis de la flagrancia o notoria urgencia y resolverse en cualquiera de los siguientes sentidos:

- a) que el quejoso quede libre si no se acreditan tales extremos, o
- b) que el Ministerio Público libere o consigne al indiciado dentro del plazo de 48 o 96 horas, a que se refiere el artículo 16 de la Constitución, o
- c) que el agraviado quede libre si no se rinde informe dentro del plazo de 24 horas.

Este argumento es trascendente, porque significa que la suspensión tendría efectos reparatorios. Al parecer se trata de una revisión sumarásima de la constitucionalidad de la detención o la retención, al extremo de que, de no rendirse el informe, el juez de distrito ordenará la libertad del indiciado. No obstante, ello es ficticio en la práctica, porque la susodicha resolución de libertad jamás podría dictarse y ejecutarse antes de 48 o 96 horas, que es el tiempo que el Ministerio Público podrá tener en su poder al indiciado antes de consignarlo o ponerlo en libertad y provocar con ello su cambio de situación jurídica y, además, la sustitución de la autoridad responsable. Así, tan importante texto, de alcances insospechados en favor de la legalidad y la justicia, queda en una quimera.

- La suspensión tiene que concederse en términos tales que se asegure que el quejoso podrá ser devuelto a la autoridad responsable en caso de que se niegue el amparo. Aquí se establece una obligación del juez de distrito de cumplimiento complejo, porque tal anhelo sólo sería posible mediante sistemas mecánicos y físicos, con los cuales no se cuenta en la estructura actual de los poderes judiciales. Si acaso, estas medidas se traducen en la necesidad de presentación de garantías monetarias costosas, que no cualquier individuo puede sufragar y la imposición de diversas obligaciones procesales, como acudir al juzgado una vez por semana a firmar un libro de control, no ausentarse del lugar del juicio y otras similares, según el criterio de cada juez.
- Si el acto reclamado se refiere a delito calificado por la ley como grave, el efecto de la suspensión es que el quejoso quede en el lugar que señale el juez de distrito sin evitar ponerlo a disposición de la autoridad que deba juzgarlo para la debida continuación del juicio. En este sentido, la LA vuelve a establecer un texto ilusorio, supuesto que el juez de distrito no puede señalar otro lugar que no sea un centro de reclusión o de salud para que allí el inculcado permanezca a su disposi-

ción, toda vez que en caso de delitos graves no procede la libertad provisional bajo caución, según dispone el artículo 20, apartado A, fracción I, de la CPEUM, *a contrario sensu*.

Si acaso, a juicio del juez, procedería obrar en términos del artículo 55 del Código Penal Federal (CPF)²¹ y ordenar que el indiciado permanezca en su domicilio con motivo de la suspensión que se conceda, pues en esos casos no se evita ni suspende la continuación del procedimiento penal, puesto que el juicio penal continuaría.

- Tratándose de arrestos administrativos, detención, retención, ratificación judicial, orden de aprehensión, auto de formal prisión y otros, la suspensión tendrá el efecto que se asegure la seguridad del agraviado y éste pueda obtener su libertad provisional bajo caución si la solicita, y no se ha pronunciado sobre ella la autoridad responsable, misma que podrá ser revocada. En este ejemplo se establece la facultad al juez de distrito para que conceda al inculcado el beneficio a que se refiere el artículo 20, apartado A, fracción I de la CPEUM, lo cual se entiende si se toma en cuenta que el primer efecto de la suspensión es que el agraviado queda a disposición del juez de distrito por lo que a su libertad personal se refiere. La única limitante consistiría en que la autoridad judicial o ministerial a cargo del procedimiento natural no se pronuncien a este respecto, pues en ese caso ya no será posible al juzgador de amparo hacerlo.
- El informe previo podrá ser objetado de falso o en su contenido tal y como lo dispone el último párrafo del artículo 136 y analógicamente el 153, ambos de la LA, y, a partir de lo que de ello resulte se resolverá so-

²¹ “Cuando la orden de aprehensión se dicte en contra de una persona mayor de 70 años de edad, el juez podrá ordenar que la prisión preventiva se lleve a cabo en el domicilio del indiciado bajo las medidas de seguridad que procedan de acuerdo con la representación social. No gozarán de esta prerrogativa quienes a criterio del juez puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su peligrosidad. En todo caso la valoración por parte del juez se apoyará en dictámenes de peritos. Una vez dictada la sentencia ejecutoriada, la pena podrá ser sustituida por una medida de seguridad, a juicio del juez o tribunal que la imponga de oficio o a petición de parte, cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona, o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria o irracional que se compurgue dicha pena. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos”.

bre la suspensión del acto reclamado. Aquí, de lo que se trata es de preservar el derecho del indiciado para cuestionar el dicho de la autoridad responsable y hacer valer la realidad ante el juez de distrito para, con ello, obtener la suspensión del acto reclamado. Como modelo podría invocarse el supuesto de que la responsable afirme en su informe que el delito que se imputa al inculpado es grave y éste, mediante la objeción del informe, argumente y compruebe que se trata de delito no grave, en términos de lo cual logre la suspensión solicitada.

- Tratándose de órdenes de aprehensión, la suspensión tiene el efecto concreto de ordenar al quejoso su presentación ante el juez que lo requiere para que rinda su declaración preparatoria y se resuelva lo que corresponda, sujeto a la consecuencia en caso contrario, de que la suspensión deje de tener efectividad y la autoridad responsable tenga expeditas facultades para ejecutar el mandato de captura. Así se desprende no sólo del artículo 138 de la LA, sino de la jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

SUSPENSIÓN EN CONTRA DE UNA ORDEN DE APREHENSIÓN. DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 138, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY DE AMPARO, EL JUEZ DE DISTRITO AL CONCEDERLA GOZA DE LA MÁS AMPLIA FACULTAD PARA IMPONER AL QUEJOSO LA OBLIGACIÓN DE COMPARECER ANTE EL JUEZ DE LA CAUSA PARA RENDIR SU DECLARACIÓN PREPARATORIA, COMO REQUISITO DE EFECTIVIDAD DE ESA MEDIDA.

Del criterio sustentado por esta Primera Sala en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 16/97, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, mayo de 1997, página 226, así como de la exposición de motivos de la iniciativa que adicionó un segundo párrafo al artículo 138 de la Ley de Amparo, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, y de los preceptos de dicha ley que rigen la suspensión del acto reclamado, se desprende que el Juez de amparo cuenta con las más amplias facultades para fijar las medidas de aseguramiento que estime pertinentes cuando conceda la suspensión tratándose de una orden de aprehensión emitida en contra del quejoso, entre ellas, la prevista en el citado párrafo, consistente en su comparecencia ante el Juez de la causa, como requisito para que surta efectos la suspensión concedida; medida que tiene como finalidad que el quejoso sea devuelto a la autoridad responsable en caso de que le sea negado el amparo, que no se sustraiga a la acción de la justicia, y que la concesión de la suspensión no constituya un obstáculo para la

continuación del procedimiento penal, en virtud de que de conformidad con lo dispuesto por el primer párrafo del propio artículo 138, dicho procedimiento debe continuar para asegurar un equilibrio entre el interés particular del agraviado que solicita amparo en contra de un acto que afecta su libertad personal y el interés de la sociedad en general. De manera que aun cuando el segundo párrafo del citado precepto, no establece expresamente que la comparecencia del quejoso ante el juzgado de la causa tenga por objeto que rinda su declaración preparatoria, del análisis de los elementos antes citados se advierte que esa es precisamente su finalidad, toda vez que al ser dicha declaración parte de la instrucción, resulta necesaria para la continuación del proceso seguido en contra del quejoso, quien no puede quedar eximido de rendirla por gozar de la suspensión. Lo anterior, sin menoscabo del beneficio que en favor del gobernado prevé la fracción II del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en que no podrá ser obligado a declarar, prerrogativa que puede hacer valer en el momento en que comparezca ante el Juez de la causa, al desahogo de dicha diligencia.²²

En cuanto al arraigo, acto de autoridad jurisdiccional que afecta y restringe la libertad personal y por tanto impugnabile en juicio de amparo indirecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que la suspensión que se conceda con motivo del juicio constitucional adquiere efectos en función del tipo de delito de que se trate. Si se expidió en razón de un delito considerado grave por la ley, el indiciado quedará a disposición del juez de distrito en cuanto a su libertad personal, pero a disposición de las autoridades responsables para la continuación del arraigo reclamado, por lo que en tal caso es improcedente ordenar la libertad del arraigado, ni aun concederle el beneficio de la libertad provisional.

²² Contradicción de tesis 63/2000-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito y el antes Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal y Civil del Cuarto Circuito, ahora Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del mismo circuito. 8 de agosto de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosaura Rivera Salcedo. Tesis de jurisprudencia 94/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de tres de octubre de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores ministros: presidente en funciones Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XIV, noviembre de 2001, tesis 1a./J. 94/2001, página 26.

En cambio, si se trata de delito no grave, la medida suspensiva tendría el efecto de evitar que el agraviado fuera privado de su libertad sujeto a la obligación de presentarse ante la autoridad ministerial cuantas veces sea necesario a los efectos de la investigación, y en este caso sí sería posible, en su caso, que se le concediera la libertad provisional.

Es importante dejar sentado que, por su naturaleza, el arraigo es un acto de autoridad sujeto a una temporalidad preestablecida en la ley y determinada por la autoridad judicial, cuyo agotamiento no puede suspenderse. Es decir, el tiempo de duración del arraigo no se afecta con motivo de la suspensión en amparo que pueda otorgarse con respecto al mismo. De ahí que ninguna utilidad práctica tenga solicitar u ordenar arraigos por delitos no graves, y en el día a día sólo se trate de casos de delitos graves, especialmente de delincuencia organizada.

Si el arraigo no se suspende en cuanto a su duración con motivo del juicio de amparo, ni puede serlo por cualquier otro procedimiento legal, dicha medida concluirá indefectiblemente, será *levantado*, cuando se dé cualquiera de las siguientes causas, de realización cierta:

1. Porque haya concluido su duración.
2. Porque lo solicite el Ministerio Público y el juez así lo determine.
3. Porque lo pida el arraigado en los casos en que ello sea posible, y el juez así lo determine.
4. Porque se ejecute la orden de aprehensión respectiva, toda vez que en los casos de arraigo, el ejercicio de la acción penal se verifica *sin detenido*.

En cualquiera de los casos antes señalados, la medida dejará de surtir efectos, es decir, cesará en ellos, toda vez que dejará de existir el acto y, por tanto, de emanar materialidad, por lo que procederá el sobreseimiento del juicio de amparo que se encuentre en trámite, en términos del artículo 73, fracción XVI, de la LA.

ARRAIGO DOMICILIARIO POR LA COMISIÓN DE UN DELITO GRAVE. SI EL ACTO RECLAMADO CONSISTE EN LA ORDEN QUE LO DECRETA, LA SUSPENSIÓN DEBE OTORGARSE PARA EL EFECTO DE QUE EL INCUPLADO QUEDE A DISPOSICIÓN DEL JUEZ DE DISTRITO EN CUANTO A SU LIBERTAD PERSONAL SE REFIERE Y A DISPOSICIÓN DE LAS AUTORIDADES RESPONSABLES PARA LA CONTINUACIÓN DE LA ORDEN RECLAMADA.

La tesis de jurisprudencia 1a./J. 78/99, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, página 55, de rubro: “ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.”, que establece que el arraigo es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, es obligatoria para los tribunales federales y locales, de acuerdo con lo contemplado en el numeral 192 de la misma ley; por tanto, si el acto reclamado en un juicio de amparo indirecto consiste en una orden de arraigo domiciliario por la comisión de un delito considerado grave por la ley, la suspensión debe otorgarse para el efecto de que el quejoso quede a disposición del Juez de Distrito, en cuanto a su libertad personal se refiere y a disposición de las autoridades responsables para la continuación del arraigo reclamado, por lo que de ninguna manera puede otorgarse esa medida cautelar para el efecto de que el peticionario de garantías quede en libertad provisional bajo caución, toda vez que por tratarse de delito grave, la ley no permite otorgar ese beneficio, de acuerdo a lo previsto en la fracción I del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²³

ARRAIGO. CESAN SUS EFECTOS CUANDO CON MOTIVO DE LA EMISIÓN DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN SE HAYA LEVANTADO DICHA MEDIDA PRECAUTORIA.

Si a través del juicio de amparo se reclamó la orden de arraigo decretada por un Juez de Distrito, pero ésta fue levantada con motivo de la emisión de la orden de aprehensión que se obsequió en contra del quejoso, ello trae como consecuencia que tal acto reclamado deje de surtir sus efectos, pues los mismos sólo rigen hasta el momento en que se integra la averiguación previa por la cual se ejerce la acción penal, feneciendo su vigencia cuando el órgano encargado de la persecución de los delitos concluye su actividad investigadora y es la autoridad jurisdiccional la que decide la situación jurídica del indiciado, esto es, cuando en uso de sus facultades determina si procede o no el libramiento de la orden de aprehensión respectiva, actualizándose así la causal de improcedencia prevista en la fracción XVI del artículo 73 de la Ley de Amparo.²⁴

²³ Tesis aislada, Materia Penal, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XX, julio de 2004, tesis I.7o. P.50 P, página 1678.

²⁴ Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIV, agosto de 2001, tesis 1a. LXXXIII/2001, página 168

Una vez precisados los actos que pueden reclamarse antes de la instrucción y la forma en que la carta magna, la LA y la jurisprudencia regulan lo conducente, se deja en claro —tal y como lo ha hecho la jurisprudencia— que la detención, la retención, la ratificación judicial y la orden de aprehensión son actos independientes, pero que se suceden y van marcando la específica relación entre la libertad del indiciado y la autoridad que emite un acto, así como que el arraigo es un acto propio, concluimos este apartado señalando que:

- La retención cambia la situación jurídica del indiciado dada por la detención.
- La ratificación judicial cambia la situación jurídica del indiciado dada por la retención o detención.
- La orden de aprehensión cambia la situación jurídica del indiciado libre que es consignado sin detenido.
- El auto de formal prisión cambia la situación jurídica derivada de la orden de aprehensión.
- El auto de libertad cambia la situación jurídica derivada de la orden de aprehensión.
- La orden de aprehensión provoca el levantamiento del arraigo y a su vez la cesación de los efectos del acto reclamado.
- El agotamiento del plazo del arraigo provoca su levantamiento y a su vez la cesación de sus efectos, lo mismo que cuando el juez así lo determina a petición del Ministerio Público o del afectado.

Por tanto, el juicio de amparo intentado contra cualquiera de los señalados actos de autoridad debe sobreseerse una vez que se produzca el cambio de situación jurídica, o cese en sus efectos el acto, lo cual ocurre siempre, porque los plazos fatales establecidos en los artículos 16 y 19 de la CPEUM se cumplen irremediabilmente. De modo que en todos, *todos*, los casos —salvo que el indiciado se ponga prófugo de una orden de aprehensión, lo que trastoca el procedimiento penal— se produce la improcedencia del juicio de amparo, lo que lo hace nugatorio e ineficaz, permitiéndose, así, la impunidad de actos de autoridad violatorios de una de las más importantes garantías individuales: la libertad personal, consecuencia de que nuestros sistemas penal y de protección de la libertad personal están contruidos para evitar su debida tutela y en cambio provocar el abuso de su privación.

VII. LA RIGUROSA REALIDAD

A continuación presento algunos casos reales,²⁵ de los muchos que se dan todos los días, que permiten analizar los asertos expresados anteriormente. Es decir, que el juicio de amparo ha fracasado en su misión de defender la libertad personal contra sus ataques antes de la instrucción:

Caso 1

En el mes de abril de un año indeterminado, el agente del Ministerio Público inició una averiguación previa por hechos ocurridos en dicho mes. En junio, giró una orden de localización y presentación del probable responsable, un muchacho de diecinueve años, soltero y estudiante, que daba clases de inglés. La orden fue ejecutada de inmediato. Una vez ante la presencia del Ministerio Público, éste giró una orden de investigación del *modus vivendi* del probable responsable. Dicho cometido se cumplió con una entrevista realizada por los elementos de la policía judicial con el probable responsable, de la que resultó que éste, por su edad y ser estudiante, vivía en casa de sus padres, porque no tenía posibilidades económicas de vivir solo, y además tenía un pariente en Naucalpan, Estado de México. Horas después, el agente del Ministerio Público pronunció un acuerdo de detención bajo la hipótesis de caso urgente con base en que

...existe riesgo fundado de que el inculpado en los presentes hechos pueda sustraerse a la acción de la justicia... tomando en consideración las circunstancias personales del indiciado debido a hecho de que éste no cuenta con domicilio fijo, ya que el domicilio en el cual habita es un inmueble propiedad de su señor padre... por lo cual no es propiedad del indiciado y sobre todo por el hecho de que dicho inculpado cuenta con familiares que radican en el Estado de México, es claro que en el caso de quedar en libertad se sustraería a la acción de la justicia; de lo anterior se desprende que no existen datos suficientes que hagan presumir que el inculpado se pueda arraigar en esta ciudad, por lo cual en cualquier momento como ya se mencionó, podrá sustraerse a la acción de la justicia, quedando en su oportunidad nulos todos los esfuerzos de esta representación social, para su localización..., (*sic*).

²⁵ Los casos recogidos en este ensayo son reales y tienen valor académico, aunque se han omitido nombres y datos de localización.

Dos días después, el indiciado fue consignado al juez. Éste radicó el expediente y calificó de legal la detención hecha por el Ministerio Público, y por lo tanto la ratificó, en razón a que

...estamos en presencia de un delito grave así calificado por la ley, ...existe riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, la anterior conclusión se arriba en virtud de que el delito por el cual es consignado tiene pena privativa de libertad que excede su término medio aritmético de cinco años, por ende, no tiene derecho a la libertad provisional bajo caución; además que del informe de policía judicial... se advierte que el indiciado no cuenta con domicilio propio, ya que vive con sus padres, asimismo refirió que cuenta con familiares en el Estado de México, en el Municipio de Naucalpan; circunstancias que son consideradas suficientes indicios para presumir que fundadamente puede sustraerse de la acción de la justicia... por ende los requisitos del caso urgente... (*sic*).

Caso 2

En el mes de agosto, el agente del Ministerio Público inició una averiguación previa por hechos ocurridos semanas antes. En septiembre, giró una orden de localización y presentación del probable responsable, la cual fue cumplida en dicho mes. El probable responsable era una persona de 81 años de edad, jubilado. Dos días antes de su declaración ministerial, el agente del Ministerio Público decretó su detención con fundamento en que

...existe el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia como se encuentra acreditado en autos de que en diversas ocasiones Agentes de la Policía Judicial han tratado de realizar su localización sin lograrlo a pesar de acudir en diversas horas del día y por versión del hoy denunciante éste imputado no había estado en su domicilio en los últimos días, es que surge la presunción humana que al estar enterado el indiciado de la presente indagatoria y que el delito que se le imputa se encuentra considerado como grave se puede sustraer a la acción de la justicia... (*sic*).

Una vez ejercitada la acción penal con detenido, el juez radicó el expediente y ratificó la detención

...en virtud de que nos encontramos en presencia de un delito de caso urgente toda vez que el delito por el cual se le consignó al inculpado... se trata de un delito considerado como grave, así calificado por la ley en virtud de que el término medio aritmético de la sanción establecida para él mismo rebasa los 5 años de prisión, además existió el riesgo fundado de que el indiciado se pudiera sustraer de la acción de la justicia en atención a sus circunstancias personales como son que el mismo no cuenta con trabajo, toda vez que de su declaración ministerial se desprende que es jubilado, lo que no obliga a permanecer en dicho lugar, aunado a que de los informes de policía judicial que obran agregados a las presentes actuaciones, se desprende que en diversas ocasiones se trasladaron a su domicilio a efecto de entregarle citatorios obteniendo respuesta de los vecinos en relación a que el mismo se encuentra fuera de la ciudad; además de que el Ministerio Público no pudo recurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar y oras circunstancias... (*sic*).

No es propósito de este ensayo analizar la constitucionalidad de las determinaciones ministeriales y judiciales establecidas en los dos ejemplos anteriores. Sin embargo, es importante destacar que en ambos existen factores que llaman poderosamente la atención y que implican que la justificación del caso urgente se debió a circunstancias ajenas a los indiciados, que además son especulativas.

En el caso 1, tanto el Ministerio Público como el juzgador consideraron viable la posibilidad de evasión de la justicia porque el indiciado no tiene un domicilio propio y además “cuenta con parientes en Naucalpan”. En el segundo, el Ministerio Público basó su determinación en la circunstancia de que el indiciado había sido buscado en diversas ocasiones por los elementos de la policía judicial y no había sido localizado; argumento reproducido por el juez, quien, además, supliendo una deficiencia técnica, expresó otras razones que no había hecho valer el Ministerio Público, como el hecho de que el inculpado era jubilado.

Se puede estar o no de acuerdo con las determinaciones ministeriales y judiciales antes señaladas. En lo particular, quise incluir estos ejemplos porque, como sea, en ambos se invocan causales que a mi juicio son inapropiadas para que con ellas se tengan pruebas sobre la pretendida evasión de la acción de la justicia. Respecto del caso 1, tendríamos que aceptar que cualquier joven soltero que estudie y que no tenga una casa propia en donde esté viviendo y que además tenga algún pariente fuera del Distrito Federal, se evadirá de la acción de la justicia, y, por tanto, todo aquel que esté en

dichas circunstancias puede y debe ser detenido bajo la hipótesis de caso urgente, como si la juventud y la pobreza fueran factores perjudiciales, lo mismo que la idea de unidad familiar, según la cual los hijos solteros viven con sus padres.

En cuanto al caso 2, tendríamos que aceptar que todo anciano jubilado, aunque tenga casa propia, puede y debe ser detenido bajo la hipótesis de caso urgente, sólo por el hecho de estar gozando de un derecho laboral adquirido después de muchos años de trabajo y porque en algunas ocasiones alguien haya ido a buscarlo a su domicilio y un tercero haya señalado que estaba de viaje, como si ser anciano, jubilado y viajar fuera perjudicial para el individuo.

Puede argumentarse que las determinaciones señaladas del Ministerio Público y del juez son acertadas, pues ellas garantizaron la existencia y resolución del proceso penal y que, visto así, el interés general de que haya justicia pronta y expedita se superpone al interés particular. Quizá no sobre razón a quienes así piensen, pues es innegable la percepción social de injusticia e impunidad en nuestra sociedad. No obstante, si así fuera, no es ignorando el texto constitucional como se puede resolver tal problemática; es decir, no es haciendo nugatorias las garantías de los individuos como se pueden lograr niveles aceptables de seguridad pública y justicia penal. De lo contrario, no tendría sentido contar con un sistema de garantías individuales y un conjunto de medios para salvaguardarlas.

Si fuera cierto que en los casos 1 y 2 se violó el texto del artículo 16 constitucional, puesto que los mandatos del Ministerio Público y del juez no se encuentran debidamente motivados y tampoco se surten las hipótesis que justifican el caso grave, el único medio de defensa ante dicha situación sería el juicio de amparo indirecto en términos de los artículos 103 y 107 de la CPEUM por tratarse de actos de autoridad que vulneran las garantías individuales.

A pesar de lo anterior, en ninguno de tales casos se sabría si el acto de autoridad resultó violatorio de la Constitución, porque necesariamente, indefectiblemente, se produciría el cambio de situación jurídica y, por tanto, el sobreseimiento del juicio de amparo. Si en los casos 1 y 2 el agente del Ministerio Público violó flagrante y despreciativamente la Constitución y el juez que ratificó la detención también lo hizo, tales actos quedarán en la impunidad constitucional, porque ningún juicio de amparo podrá ser resuelto antes de que cambie la situación jurídica y se produzca el sobresei-

miento. Ello significa que, en los hechos, cualquier persona puede ser detenida inconstitucionalmente sin que cuente con ningún medio de defensa eficaz al que pueda acudir para reparar la situación:

RATIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN. EL AMPARO EN SU CONTRA ES IMPROCEDENTE, POR CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA, CUANDO CON POSTERIORIDAD SE DICTA AUTO DE FORMAL PRISIÓN (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN X DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO, VIGENTE A PARTIR DEL NUEVE DE FEBRERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE).

Si bien la finalidad de la reforma al artículo 73, fracción X, de la Ley de Amparo, fue para que, cuando se señale como acto reclamado la orden de aprehensión y con posterioridad se dicte el auto de formal prisión, no rija la excepción a la regla, consistente en la actualización de la causa de improcedencia por cambio de situación jurídica; lo cierto es que todas las violaciones al artículo 16 constitucional, entre las que se encuentra la ratificación de la detención, quedaron fuera de esa excepción, en virtud de que dicho dispositivo fue suprimido. Lo anterior, motivó que en el juicio de amparo, en materia penal, deba analizarse los actos reclamados que se consideran violatorios del artículo 16 constitucional, a la luz de la regla general que prevé la fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo, para establecer si se actualiza o no la causa de improcedencia por cambio de situación jurídica. Por consiguiente, cuando en un juicio de amparo se reclame la ratificación del Juez de la detención realizada por el Ministerio Público, el dictado del auto de formal prisión hace que se actualice la causa de improcedencia por cambio de situación jurídica, ya que con el auto de formal prisión culmina la etapa de preinstrucción, iniciando la etapa de instrucción en donde la persona a quien se le atribuye la comisión de un delito adquiere la calidad de procesado. El cambio de situación jurídica aludido, hace que se consideren consumadas de modo irreparable las violaciones que se le atribuyen a la ratificación de la detención, ya que no es posible decidir sobre las mismas sin afectar la nueva situación jurídica del quejoso, generada por el inicio de la etapa de la instrucción al haberse dictado el auto de formal prisión, el cual tiene su fundamento, principalmente, en el artículo 19 de la Constitución Federal.²⁶

²⁶ Contradicción de tesis 65/2003-PS. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito. 17 de marzo de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Tesis de jurisprudencia 14/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diecisiete de marzo de

Podrá decirse con razón, que el texto constitucional y la legislación secundaria establecen que todo abuso en la detención y su ratificación judicial serán sancionados por la ley penal. Aunque así sea, ello nunca reparará la violación a las garantías individuales cometidas en contra del individuo, a quien sólo quedará denunciar los hechos como una especie de venganza.

Caso 3

El agente del Ministerio Público ejercitó la acción penal en contra de un empresario por el delito de abuso de confianza. El juez de la causa negó la orden de aprehensión con fundamento en que no está acreditada la relación contractual entre el ofendido y el indiciado y además no existen pruebas suficientes sobre el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, en especial porque el indiciado no ha rendido su declaración ministerial.

El Ministerio Público apeló de dicha determinación y en su momento el tribunal de alzada confirmó en sus términos la negativa de orden de aprehensión señalando que el expediente quedaría a disposición del Ministerio Público para la obtención de las diligencias faltantes. Meses después, el ofendido presentó una petición al agente del Ministerio Público del juzgado para que insistiera a éste el libramiento de una orden de aprehensión, pero esta vez por el delito de fraude. El Ministerio Público así lo hizo, absteniéndose de exhibir el pliego de consignación por el nuevo delito.

El juez recibió la promoción y de inmediato libró una orden de aprehensión por el delito de fraude, afirmando que “de los elementos existentes en el expediente —mismos que existían antes—, se desprende la relación contractual entre el ofendido y el indiciado y constituyen datos suficientes sobre el cuerpo del delito y la probable responsabilidad”.

Dos días después, la orden de aprehensión fue ejecutada y en su momento se pronunció el correspondiente auto de formal prisión. Cabe señalar que el delito por el que se libró la orden de aprehensión es considerado grave por la ley, por lo que el indiciado está privado de su libertad personal.

Este caso difiere de los anteriores, en atención al momento en el que se pronunció el acto de autoridad. Aquí se trata de una orden de aprehensión, dudosamente constitucional, no sólo porque fue solicitada en contraven-

ción con la normatividad aplicable a propósito de la organización y funcionamiento del Ministerio Público, sino porque el juez pasó por alto la determinación del tribunal de alzada y en forma abiertamente contraria emitió el mandamiento de captura.

No obstante, al igual que en los casos mencionados, una vez dictado el auto de formal prisión o el de libertad por falta de elementos para procesar, cambió la situación jurídica del indiciado, y por tanto, el amparo que hubiese promovido en contra de la orden de aprehensión sería irremediablemente sobreseído.

De modo que si la autoridad judicial violó abiertamente la Constitución al expedir la orden de aprehensión, ello quedará también en la más aberrante impunidad constitucional, pues, como he reiterado, ningún juicio de amparo podría resolverse en las 72 o 144 horas, en su caso, con que cuenta el juez para resolver la situación jurídica del detenido:

AUTO DE FORMAL PRISIÓN. SU PRONUNCIAMIENTO DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO CONTRA LA ORDEN DE APREHENSIÓN RESPECTIVA, PRODUCE UN CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA, POR LO QUE DEBE SOBRESEERSE EN AQUÉL.

La reforma a la fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación de ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, estableció que solamente la sentencia de primera instancia hará que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones reclamadas en el juicio de garantías, cuando se trate de las consignadas en los artículos 19 y 20 constitucionales, pero suprimió las contempladas en el artículo 16 de la propia Carta Magna; por lo que a partir de esa fecha, si la autoridad responsable dicta el auto de formal prisión correspondiente, durante la sustanciación del juicio de amparo promovido contra la orden de aprehensión que le dio origen, se produce un cambio de situación jurídica, actualizándose así la causal de improcedencia prevista en el artículo citado, por lo que las violaciones reclamadas deben considerarse irremediablemente consumadas y, en consecuencia, debe sobreseerse en el juicio constitucional.²⁷

Incluso, algunos jueces de garantías esperan a que llegue la constancia de la nueva resolución, para sobreseer en el juicio de amparo, puesto que,

²⁷ Jurisprudencia. Materia Penal, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVII, marzo de 2003, tesis IX.1o. J/11, página: 1454

según el artículo 74 de la LA, cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado o cuando hayan ocurrido causas notorias de sobreseimiento, la parte quejosa y la autoridad o autoridades responsables están obligadas a manifestarlo así, y si no cumplen esa obligación se les impondrá una multa de 10 a 180 días de salario, según las circunstancias del caso.

Tal y como está construido nuestro aparente sistema de defensa de la libertad personal antes de la instrucción, el sujeto contra quien se dicte una orden de aprehensión, por inconstitucional que sea, sólo puede ubicarse dentro de cualquiera de los siguientes casos:

1. Detenido, en cuyo caso cualquier amparo que promueva será sobreseído, y si existieron violaciones constitucionales, ello nunca se sabrá.
2. Libre por delito no grave, en cuyo caso la suspensión que se conceda obligará al quejoso a presentarse ante el juez que libró el mandato de captura a efecto de rendir su declaración preparatoria. En este caso, el individuo se presentará voluntariamente ante el juez dentro del plazo correspondiente, rendirá su declaración preparatoria y enfrentará el procedimiento de preinstrucción en libertad, lo cual es una ventaja indiscutible, pero no es la finalidad del amparo. Días después, el juez resolverá su situación jurídica mediante el dictamen de un auto de formal prisión o de libertad por falta de elementos para procesar, y el juicio de amparo promovido contra la orden de aprehensión será sobreseído. En este escenario, el juicio de amparo sólo sirve para que durante la preinstrucción el indiciado goce de su libertad; situación que, se insiste, no es la finalidad del juicio constitucional, y podría lograrse mediante procedimientos sencillos y menos costosos que los que involucra promover un juicio de amparo que necesariamente será sobreseído.

Ahora bien, si el indiciado considera tener razón y que la orden de aprehensión es inconstitucional y quiere que así se determine en amparo, deberá, forzado, desobedecer la medida de efectividad establecida en la ley y en el auto suspensivo, y ello traerá como consecuencia que dicha medida deje de surtir efectos y pueda ser ejecutada en cualquier momento, lo que, de suceder, provocaría necesariamente el sobreseimiento del juicio de amparo. La única forma de evitarlo sería evadiéndose de la justicia a pesar de tratar-

se de delito no grave, con las inconveniencias jurídicas y personales consabidas, y sólo así, siempre y cuando no sea detenido y cambie la situación jurídica, se resolvería el juicio de garantías, lo cual tampoco es su finalidad.

3. Libre por delito grave, en cuyo caso el efecto de la suspensión es que quede a disposición del juez de distrito, por lo que hace a su libertad personal, sin que ello implique que no pueda ser detenido e internado en un centro de reclusión. En este escenario, la promoción del juicio de amparo no tiene ningún caso práctico, salvo que el inculcado evada la acción de la justicia, en cuyo caso, mientras no sea detenido y cambie su situación jurídica en el término constitucional, sí podría resolverse el juicio de amparo.

Aflige concluir que la única forma en que se puede resolver un juicio de amparo por orden de aprehensión es mediante la evasión de la acción de la justicia, sea porque el delito es grave o porque, no siéndolo, se incumpla su medida de efectividad —primer paso hacia el sobreseimiento—, lo cual lleva al derecho penal y al de amparo a límites y tensiones innecesarias.

Caso 4

Un sujeto promueve un juicio de amparo contra un arraigo en la misma fecha en que éste fue decretado y ejecutado, por el cargo de delincuencia organizada. El día 40 natural del arraigo, el juez de distrito concede el amparo. Al día 55 natural, el Ministerio Público promueve el recurso de revisión, mismo que se resolvió por el tribunal colegiado de circuito en el sentido de confirmar el amparo siendo el día 180 natural del arraigo, el que, naturalmente, se había levantado desde el día 90 a petición del Ministerio Público porque no había delito qué consignar.

En este caso hay dos razones por las cuales el arraigo resultó violatorio de la Constitución:

- a) Porque así lo declaró la justicia, aunque retardadamente.
- b) Porque incluso el Ministerio Público solicitó el levantamiento, ya que no había delito qué consignar.

El individuo, un ciudadano como quien lee este ensayo, estuvo privado de su libertad por 90 días, siendo inocente, con la esperanza de que el juicio de garantías lo amparara por tratarse de un caso obvio de violación a sus garantías individuales. Pero ello no ocurrió así. Cumplió el arraigo de principio a fin, sin haber tenido a su alcance ninguna medida eficaz, real, para defender su libertad.

VIII. COROLARIO

El constituyente permanente ha querido proteger la libertad individual y para ello ha redactado y reformado el artículo 16 constitucional para quedar en la forma en que lo conocemos. No ha sido fácil conciliar las distintas opiniones y atendibles planteamientos de las partes en conflicto, unas que defienden la libertad y otras que se encargan de perseguir los delitos.

El juicio de amparo no fue creado para que el indiciado enfrente el procedimiento de preinstrucción por delito no grave en libertad. Pero hoy, desgraciadamente, esa es su única ventaja cuando se trata de órdenes de aprehensión por delitos no graves, porque con respecto a los demás actos de autoridad motivo de nuestro presente análisis, ninguna, *ninguna*, utilidad deriva de nuestro juicio de garantías.

Si tal fuera su única finalidad y debiéramos conformarnos con ella, de toda suerte resultaría ineficiente e ineficaz continuar así, pues el costo y desgaste humano y material para lograrlo sería excesivo. Es decir, poner en movimiento a toda la maquinaria del Poder Judicial federal tan sólo para enfrentar la preinstrucción en libertad, incluso sabiendo que la orden de aprehensión es inconstitucional, implica enormes costos que servirían mejor para otros fines propios de la justicia; y la susodicha finalidad podría lograrse reformando algunos artículos de la legislación penal y de la LA, por ejemplo, en el sentido de que cuando se trate de delito no grave el efecto de la orden de aprehensión será llevar al inculcado ante el juez sin necesidad de ingresarlo al centro penitenciario, como ya ocurre en delitos culposos de la competencia de los juzgados de paz, en términos del segundo párrafo del artículo 272 del Código de Procedimientos Penales para el DF.²⁸

²⁸ “La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez que la libró, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior, será sancionado por la ley penal.

Pero como tal no es la finalidad del juicio de amparo, ni fue diseñado así por sus creadores, debemos aseverar, aunque no quisiéramos, que hoy en día, el Ministerio Público y los jueces pueden privar de la libertad a cualquier persona en forma notoriamente contraria a la Constitución, sin que el afectado pueda hacer algo de verdad en su defensa.

Tal es la realidad; una realidad que debiera cambiar mediante la creación de nuevos procedimientos, diseñados y ejecutables en los términos de la mayor celeridad posible, despojados de formalismos, plazos y términos que los hagan irreales, como hoy sucede, a los que pretendemos avocarnos en futuras oportunidades.

Tratándose de delitos culposos, cuya pena de prisión no exceda de cinco años, el acusado será puesto a disposición del juez directamente, sin quedar internado en los lugares de prisión preventiva para que pueda solicitar su libertad provisional”.