



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE QUERÉTARO

FACULTAD DE DERECHO

TESINA

“EL ARRAIGO COMO MEDIDA VIOLATORIA DE
GARANTIAS DE LIBERTAD, DE TRANSITO Y
PRESUNCION DE INOCENCIA”

PRESENTA:

ANA LAURA VALDÈS BAUTISTA

AMEALCO, QUERÉTARO, A 21 ENERO DEL 2013.

La presente obra está bajo la licencia:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>



CC BY-NC-ND 4.0 DEED

Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

Usted es libre de:

Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

Bajo los siguientes términos:



Atribución — Usted debe dar [crédito de manera adecuada](#), brindar un enlace a la licencia, e [indicar si se han realizado cambios](#). Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.



NoComercial — Usted no puede hacer uso del material con [propósitos comerciales](#).



SinDerivadas — Si [remezcla, transforma o crea a partir](#) del material, no podrá distribuir el material modificado.

No hay restricciones adicionales — No puede aplicar términos legales ni [medidas tecnológicas](#) que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia.

Avisos:

No tiene que cumplir con la licencia para elementos del material en el dominio público o cuando su uso esté permitido por una [excepción o limitación](#) aplicable.

No se dan garantías. La licencia podría no darle todos los permisos que necesita para el uso que tenga previsto. Por ejemplo, otros derechos como [publicidad, privacidad, o derechos morales](#) pueden limitar la forma en que utilice el material.

INDICE.

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

CAPITULO I.

Disposiciones generales del arraigo.....	3
--	---

1.1.- El surgimiento del arraigo en México.....	4
---	---

1.2.-Las medidas de seguridad o cautelares.....	5
---	---

1.3.- Las definiciones del arraigo en sentido amplio.....	6
---	---

1.4.- El arraigo.....	8
-----------------------	---

1.5.- Formalidades del arraigo.....	9
-------------------------------------	---

1.6.- Finalidad del arraigo.....	10
----------------------------------	----

1.7.- Legalidad del arraigo.....	10
----------------------------------	----

1.8.- Sujetos que intervienen.....	12
------------------------------------	----

1.9.- Tipos de arraigo.....	13
-----------------------------	----

CAPITULO II

El arraigo y los ordenamientos jurídicos.....	14
---	----

2.1.- El arraigo y la constitución.....	14
---	----

2.2.- El arraigo en el código federal de procedimientos penales.....	15
--	----

2.3.- El arraigo en el código de procedimientos penales para el distrito federal...	17
---	----

CAPITULO III

Las garantías individuales.....	19
---------------------------------	----

3.1.- Disposiciones generales de las garantías individuales.....	19
--	----

3.2.- El futuro de las garantías dentro del sistema procesal.....	21
3.3.- Garantía de libertad.....	23
3.3.1.-Limitaciones a la libertad.....	29
3.3.2.- Limites en relación al estado.....	31
3.3.3.- Amenazas a la libertad.....	31
3.4.- Garantía de tránsito.....	32
3.4.1.- Limites a la libertad de tránsito.....	33
CAPITULO IV	
El arraigo como medida violatoria de las garantías de libertad y de tránsito.....	34
4.1.- Porque viola la libertad personal y de tránsito.....	39
4.2.-Desde el punto de vista constitucional.....	43
4.3.- El arraigo en contra del principio de presunción de inocencia.....	50
4.3.1.- Que es la presunción de inocencia.....	50
4.4.- Principio de presunción de inocencia.....	51
4.5.- La presunción de inocencia como derecho fundamental.....	51
4.6.- Presunción de inocencia dentro de la constitución.....	52
CONCLUSION.....	54
BIBLIOGRAFIA.....	56

INTRODUCCION.

La presente investigación tiene como objetivo analizar el Arraigo Penal y de igual forma analizarlo desde el punto de vista del que lo ven los ciudadanos al momento de encontrarse en una situación similar, donde se les ve afectados sus garantías al ser tratados como delincuentes.

Como ya se planteó anteriormente esta investigación tienen diferentes fines como lo pueden ser ver si la medida que fue implementada hace muy poco tiempo a nuestra Constitución cumple con todos los requisitos para que las Garantías del gobernado no se vean afectadas, y la medida se convierta en una medida ilegal y en contra de todo ordenamiento que existe, de igual forma y haciendo énfasis en que es una medida prácticamente nueva dentro de nuestro máximo ordenamiento, analizar si se queda dentro de ella y funciona con todos sus elementos o de una buena vez termina desapareciendo, por el hecho de que es una medida que aunque cuenta con el respaldo de estar dentro de la Constitución no cumple con los elementos esenciales para seguir existiendo.

Es evidente que al estudiar este tema nos vamos a encontrar bajo dos posturas: la primera, la que apoya dicha medida en razón de que existen sospecha de que el Probable Responsable de la comisión de un hecho delictuoso, se sustraiga de la acción de la acción de la justicia, y que por ello resulta conveniente arraigar a una persona para que Ministerio Publico durante ese `plazo cuente con el tiempo suficiente para integrar su investigación y poder establecer si esta persona es responsable o no del hecho que se le esta imputando.

la segunda vertiente será mas bien una postura negativa, ya que esta girara en torno a que es una medida que va en contra de todo lo establecido en el catalogo de Garantías Individuales que nos confieren por ser Mexicanos, ya que al decretar la medida la autoridad competente aun no tiene los elementos suficientes que acrediten la plena responsabilidad del individuo y es por ello que muchas veces la medida va en contra de los derechos que tienen los gobernados y va en contra de lo que la misma constitución establece, ya que se está tratando

al individuo como delincuente y no solo sus garantías se ven afectadas, si no que el principio de inocencia al que todos tenemos derecho cuando enfrentamos una situación similar se está viendo afectada en todos los sentidos porque no se cuentan con los medios de prueba suficientes, para establecer dicha medida.

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES DEL ARRAIGO.

“En España se introdujo la figura del arraigo desde 1931, pero el código mussoliniano de 1930, ya daba la posibilidad de que la mujer, en cinta o que lacte, o la prole o las personas que se encuentren en condiciones de salud grave, o bien por razón de hecho o morales sociales, no es necesario que se quede en prisión si no que en su propia habitación.”¹

En el derecho romano en algunos casos se exigía en pago de una garantía que fuera suficiente para el pago durante la sentencia, esta práctica se siguió realizando hasta la época de Justiniano, donde dejó de exigirse esta garantía tan solo bastaba que la persona arraigada demostrara tener bienes para dar cumplimiento a esta obligación.

En el derecho español antiguo no se encuentran vestigios que demuestren este tipo de garantía por ser considerado como extranjero.

El derecho español se consigna especialmente a la exigencia del arraigo respecto al demandado.

En el derecho romano se conocieron dentro del procedimiento formulario algunas clases de fianzas, que el pretor obligaba a celebrar ante el y por medio de los cuales se aseguraban las partes determinados resultados dentro del juicio.

La ley de enjuiciamiento de 1855 se estableció la norma actualmente vigente en el ordenamiento procesal español, fijando el enlace del arraigo al demandado extranjero y según el principio de reciprocidad.

La fianza exigida al demandado desapareció del derecho español contemporáneo quedando subsistente en nuestra legislación en el orden federal.

¹ SILVA Silva Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Ed. Oxford, México 2008, pág.: 528.

Así mismo la ley en cuestión establecía el arraigo en el artículo 74 del juicio con carácter de excepción dilatoria los efectos de ponerlo al demandado extranjero no domiciliario en la república.

Así mismo el código civil federal para el distrito federal en su artículo 85 establecía que si el demandado no tenía un domicilio conocido en la capital también era caso de excepción dilatoria del arraigo del juicio por las responsabilidades inherentes a la demanda.

En estos antecedentes no existía la fianza de bienes inmuebles porque en la forma de garantizar en el derecho penal federal es arraigando a la persona y garantizando una sanción pecuniaria para que este no trate de evadir los hechos cometidos y para que este sea investigado por la autoridad competente, es por ello que a diferencia de los demás países aquí no es necesario que exista una garantía en dinero.

1.1.- EL SURGIMIENTO DEL ARRAIGO EN MÉXICO.

Durante los primeros años del arraigo en México, se establecía que en los casos de delito de imprudencia con una penalidad inferior a los 5 años los presuntos responsables podrían quedar arraigados en su domicilio con el fin para que cumpla con sus obligaciones, puntos en los cuales fue muy criticado hasta cierto punto decir que era una postura completamente tonta e incoherente.

“En México a partir de los diversos acuerdos del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el 01 de julio en el año 1977, es donde se comienza a manejar lo que es la figura del arraigo domiciliario.”²

Posteriormente el 18 de julio de 1977 se dispuso que en las averiguaciones previas donde el presunto responsable se encontrara bajo arraigo en su domicilio donde este sujeto se encontrara bajo la custodia de persona distinta, y que

² Ibidem, pág. 529.

después de la investigación se ejercitara acción penal contra el y que por medio de la policía judicial, ante el juez competente el cual se encargaría de resolver su situación.

El 14 de febrero de 1978, cuando procedía el arraigo se tenía que pactar para que los presuntos responsables se quedaran en un lugar determinado para que estos pudieran seguir con sus labores habituales, siempre que fuera pedido por el interesado ante el ministerio público.

Dentro de este supuesto en 1978 se estableció que el responsable del centro de trabajo de arraigo debe expresar su conformidad para dar facilidades a los trabajadores que se encuentren arraigados de cumplir con dicha jornada de trabajo, con la finalidad de que su economía no se viera afectada y en su momento contar con los recursos necesarios para mantener su proceso y lograr una adecuada defensa para demostrar lo que a su interés convenga, ya sea ofreciendo pruebas o pagando algún tipo de peritaje.

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

1.2.- LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD O CAUTELARES.

Las medidas de seguridad sin carácter aflictivo alguno intenta de modo fundamental la evitación de los nuevos delitos ya que con la creencia de que si el estado son los medios de que se valen para asegurar la eficacia de la sanción de las penas de esta manera se disminuirá el índice de criminalidad de las personas que pertenecen en una sociedad.

*“Las medidas de seguridad recaen sobre una persona determinada en cada caso, por haber cometido un hecho típico,”*³ de igual manera se hace referencia a que las medidas son hechas para las personas con un cierto grado de peligrosidad y por ende estas medidas se tiene que entrar al estudio de las personas a las que hay que aplicarlas y no entrar en el error de aplicarla solo por hacer algo.

Las medidas cautelares son provisorias porque subsisten mientras duran las circunstancias que las determinan solicitada y otorgada la medida cautelar antes de iniciarse el proceso definitivo o en el trascurso de este debe de caducar con la sentencia definitiva que actué el derecho motivo de ella.

El carácter provisional de la medida y por ende el proceso cautelar se encuentra regulado en el Código de Procedimientos y contextualmente se sostiene que resuelto el proceso principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, este requerirá el cumplimiento de la decisión bajo el apercibimiento de proceder a su ejecución judicial.

1.3.- LAS DEFINICIONES DEL ARRAIGO EN SENTIDO AMPLIO.

*“ARRAIGO: acción y efecto de arraigar, del latín ad y radicare, echar raíces, en la legislación actual se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente o se oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda.”*⁴

Es importante hacer mención, que el vocablo que en estos momentos nos ocupa necesita una definición dentro de los diccionario de los diferentes países donde se debe implementar esta medida, ya que resulta conveniente dar una definición

³ CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 31^a ed., Ed. Porrúa, México 1992, Pág. 324.

⁴ GRAN Zamora, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2^a ed., Ed. Porrúa, México 1997.

exacta para que así se pueda entender y a la vez aceptarla u oponerse a la misma.

ARRAIGO PENAL: es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculcado en la investigación previa o durante el proceso.

“ARRAIGO: Es una medida cautelar o de seguridad en la investigación del delito que sirve para asegurar la disponibilidad del inculcado en la averiguación previa o durante el proceso penal.”⁵

Para de esta manera asegurar que el Estado tenga aun en sus manos la potestad de castigar a todos aquellos que han cometido un delito y sobre todo que sirva como un medio de represión para los demás.

“ARRAIGO: en nuestro sistema procesal penal el arraigo es una medida cautelar que durante la averiguación previa se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que esta cumpla con los requerimientos del ministerio publico en la razón del hecho delictuoso.”⁶

Es decir las medidas de aseguramiento en los procedimientos penales pueden ser también de carácter personal para garantizar el desarrollo del proceso así como la efectividad de la sanción privativa de la libertad en los casos de sentencias condenatoria de tal pena y que el que se encuentra dentro de estas medidas le sirva como reprimenda ante los hechos o conductas que ha cometido.

“ARRAIGO: en nuestro sistema procesal penal, el arraigo es una medida cautelar que durante la averiguación previa se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que esta cumpla con los requerimientos del ministerio público, en razón de la investigación de un hecho delictivo, figura establecida en el artículo 133 bis del código federal de procedimientos penales, es decir las medidas en los procedimientos penales pueden ser también de carácter personal para garantizar el desarrollo del proceso, así como la

⁵ BARRAGÁN Salvatierra Carlos, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Ed. Mc Graw Hill, Pág. 324.

⁶ DÍAZ de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal*, Ed. Porrúa, México, 1997.

efectividad de la sanción privativa de libertad, en los casos de sentencias condenatorias de tal pena.”⁷

Por lo que la medida no solo se encuentra en un ordenamiento específico como puede ser el Código Federal de Procedimientos Penal, sino que también con las últimas reformas se ha incorporada a la Constitución.

1.4.- EL ARRAIGO.

“Es una medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculcado, durante la averiguación previa o durante el proceso penal.”⁸

El arraigo es el acto formal y jurisdiccional que prohíbe a la persona en el marco de una investigación penal abandonar un lugar específico, durante un tiempo que la ley determinara para tal efecto, siempre que exista el riesgo fundado de que la persona sujeta a la investigación pueda sustraerse de la acción de la justicia. En este sentido, uno de los fines es poder incrementar el tiempo con el que cuenta la autoridad para la investigación y ante el riesgo “fundado” de que la persona pueda sustraerse de la acción de la justicia, mantenerla privada de su libertad fue la salida.

Como un acatamiento a la orden que se le da a un sujeto para que no se ausente del lugar donde se encuentre radicado el proceso, en dicha medida ni existe la existencia de una cantidad de dinero si no solo la orden del ministerio público para que un determinado sujeto no se ausente, consecuencia por lo cual la persona queda obligada a presentarse en todos los actos procesales a los que se le cita.

⁷ Ibidem.

⁸ CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Op.cit. pág. 324

“Actualmente se utiliza en los delitos graves cuando el ministerio público durante el termino que le concede la Constitución en la averiguación previa,⁹ no puede integrar el tipo penal del delito o la probable responsabilidad del inculpado, por lo que se le solicita al juez de la competencia el arraigo del aun indiciado en su domicilio pero con vigilancia ara que en su caso con posterioridad se libre la orden de aprehensión y el sujeto se encentre ubicado a fin de cumplir la orden dictada por el juez. Es considerada como la obligación impuesta de estar en determinado lugar.

Por lo que el arraigo es también conocido como arresto domiciliario como es mejor conocido en México.

Cabe destacar que el arraigo es un acto esencialmente prejudicial puesto que sirve como herramienta a la autoridad investigadora para que previamente a un proceso logre conformarse el cuerpo del delito. Aunque excepcionalmente la figura del arraigo puede ser así mismo un acto procesal una vez que se solicite cuando está abierto el procedimiento.

1.5.- FORMALIDADES DEL ARRAIGO.

Cuando el ministerio publico con motivo de una averiguación estime necesario el arraigo del indiciado tomando en cuéntalas características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquel recurrirá al órgano jurisdiccional fundando y motivando su petición, para que este oyendo al indiciado resuelva a arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerá el ministerio publico y sus auxiliares.

El arraigo se prorrogara por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate pero no podrá exceder de 40 días

⁹ DIAZDe León Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México 1997.

prorrogables por un periodo similar cuando así lo solicite el ministerio publico llegando incluso a los ochenta días del arraigo.

De esta manera el juez resolverá tomado como base el testimonio del arraigado y los motivos de ministerio público para que continúe dicha medida o para que esta sea levantada, por lo que el indiciado debe de ser oído para la determinación del arraigo, por lo que es necesario hacer mención que esto es algo que no sucede en la actualidad, por lo que esta medida ha sido de una manera fuertemente criticada, y que al momento de decretar esta medida va en contra de los derechos fundamentales de los seres humanos e incluso se puede considerar como un reproceso dentro de la evolución del sistema penal.

1.6.- FINALIDAD DEL ARRAIGO.

Su principal función es que el indiciado no se sustraiga de la acción de la justicia, así como la integración y perfeccionamiento de la averiguación previa para que esta tenga como resultado correcto del ejercicio de la acción penal, y por consecuencia la orden de aprehensión.

1.7.- LEGALIDAD DEL ARRAIGO.

Para que el arraigo se decrete de manera correcta con estricto apego a derecho se tienen que reunir los siguientes requisitos:

1. Solicitar al órgano jurisdiccional el arraigo del inculpado y manifestar el lugar donde debe de ser arraigado.
2. El ministerio público deberá remitir copia certificada de las actuaciones y la fiscalías de procesos deberán formalmente realizar dicha petición ante el órgano jurisdiccional.

3. Debe indicarse el nombre de las personas que deben arraigarse, el domicilio donde deben notificárseles y la solicitud expresa del lugar ciudad o estado donde debe arraigarse.

4. Hacer mención de los medios de prueba que hasta ese momento obran en la indagatoria que generen los indicios suficientes para suprimir la comisión de hechos constitutivos del delito por parte del inculpado.

Para lo cual se tiene que tomar en cuenta las siguientes circunstancias:

Las circunstancias personales.

La gravedad del ilícito que se imputa.

El no tener acreditado de manera fehaciente los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.

Su posible evasión de la acción de la justicia.

La impunidad que provocaría la libertad del acusado.

En las averiguaciones de competencia de juzgados de paz y en materia penal cuya pena máxima no excede de 5 años de prisión el probable responsable no quedara privado de su libertad, en los lugares ordinarios de detención, y este podrá quedar arraigado en su domicilio con la facultad de trasladarse a su trabajo siempre y cuando se cumplan con las siguientes circunstancias:

1. Se presente ante el ministerio público cuando así lo estime necesario.
2. No existan datos de que pretenda sustraerse de la acción de la justicia.
3. Realice convenio con el ofendido o sus causahabientes ante el ministerio publico con base en una estimación de los daños causados en la inspección ministerial que se haya practicado con anterioridad, en las versiones de los sujetos relacionados con los hechos y con los demás elementos de prueba que se disponga determinada dicho monto.

4. Que tratándose de delitos por imprudencia ocasionados por delitos de tránsito, el presunto responsable no hubiere abandonado al lesionado ni participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

5. Que alguna persona a criterio del ministerio público fundado en datos que recaben al respecto se comprometa bajo protesta a presentar al probable responsable cuando así se resuelva.

6. En caso de que al inculpado o la persona responsable de señalar en el punto anterior desobediencia sin causa justa las ordenes del ministerio público, se revocara el arraigo y la averiguación será consignada en sus caso, solicitando al juez la orden de aprehensión o de comparecencia en su contra.

7. El arraigo no podrá prolongarse por más de 40 días, transcurrido este plazo el arraigado podrá desplazarse libremente sin perjuicio de que ministerio público, si así procediese consigne la averiguación previa y solicite la orden mencionada, siempre y cuando reúna los requisitos necesarios, de lo contrario el arraigo podrá prorrogarse.

1.8.- SUJETOS QUE INTERVIENEN.

Hay que hacer referencia que indudablemente los sujetos que intervienen dentro del arraigo son:

El ministerio público en calidad de peticionaria o solicitante del arraigo.

El órgano jurisdiccional o el juez en materia penal competente de conocer la procedencia de la citada solicitud.

Y finalmente el indiciado o individuo que deba de quedar arraigado una vez que proceda la solicitud.

1.9.- TIPOS DE ARRAIGO.

Dentro de los significativos en nuestro país podemos mencionar los siguientes tipos;

“ARRAIGO ADMINISTRATIVO; este tipo de arraigo se inicio en México a partir de los diversos acuerdos del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, en el año 1977 donde esta figura es mejor conocido como arraigo domiciliario.”¹⁰

Con el que se pretendía que un individuo no saliera de un determinada demarcación, muchas de estas veces se considero que el individuo podía quedarse dentro de su domicilio, pero no podía salir de este sin el pleno consentimiento de la autoridad.

“ARRAIGO JUDICIAL; se traduce en que por la naturaleza del delito o de la pena aplicable al imputado no debe ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse de la acción de la justicia, el ministerio público podrá solicitar al juez fundada y motivadamente a este disponer de oficio con audiencia del imputado el arraigo de este con las características y por el tiempo que el tribunal estime conveniente.”¹¹

Que en nuestros días y dentro de nuestro sistema procesal es el mas utilizado en razón de que la autoridad competente ante el riesgo fundado de que el posible autor de un crimen se sustraiga de la acción de la justicia decreta el arraigo del individuo.

Ya sea dentro de su propio domicilio o dentro del domicilio que la misma autoridad considere competente, por lo que resulta necesario he indispensable que la autoridad tenga los elementos de prueba suficientes.

¹⁰ SILVA Silva Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Óp. Cit. pág.: 529.

¹¹ DÍAZ De León Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, Óp. Cit.

CAPITULO II

EL ARRAIGO Y LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS.

2.1.- EL ARRAIGO Y LA CONSTITUCIÓN.

A raíz de las constantes modificaciones que han venido realizando en la constitución en cuanto al tema del arraigo se establece es hasta el 2008 es donde se integra al cuerpo constitucional en el artículo 16 en el párrafo 7 donde se establece:

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

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.”¹²

El 18 de junio de 2008 en nuestro país se publicaron reformas constitucionales en materia de justicia penal, mediante las cuales se introducen importantes cambios como la oralidad en los juicios y la

¹² México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 16, 2008. 05 de febrero del 1917, última reforma 17-08-2011.

presunción de inocencia, que representan un avance en la materia y en aras de un sistema que establezca estándares con más apego a la justicia, pero la incongruencia no se hizo esperar y apareció la figura del arraigo, esta vez para asignarle rango constitucional, la justificación fue el tormentoso combate a la delincuencia organizada y, preponderar la seguridad pública, bajo este argumento se permitió mermar una vez más los derechos humanos. Insisto en que somos una sociedad algo peculiar, aceptamos el principio de “presunción de inocencia y a la par el arraigo”.

2.2.- EL ARRAIGO EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

De igual manera se anexa el articulado del código federal de procedimientos penales donde esta figura queda asentada.

“Artículo 133 bis: La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de cuarenta días.

El afectado podrá solicitar que el arraigo quede sin efecto, cuando considere que las causas que le dieron origen han desaparecido. En este supuesto, la autoridad judicial escuchará al Ministerio Público y al afectado, y resolverá si debe o no mantenerse.”¹³

¹³ MÉXICO, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal artículo 133 bis, julio del 2009.

Para estos supuestos nadie duda que desde la averiguación previa se deban efectuar las medidas conducentes al efecto de estar en posibilidad de integrar el cuerpo del delito, la presunta responsabilidad y así ejercitar la acción penal. Así mismo nadie ignora que los sujetos a averiguación son proclives a eludirla, ocultándose o fugándose por lo cual es manifiesta la dificultad que enfrenta el representante social para integrar los elementos señalados. Con objeto de hacer factible la función persecutoria encomendada al arraigo en el Código Federal de Procedimientos Penales, en el citado artículo 133 bis, se determina la facultad de dicho Ministerio Público Federal, para solicitar al órgano jurisdiccional el arraigo del inculpado en los casos en que se estime necesario. Concedido el arraigo por el juez, en los términos descritos se entiende que la regla general sobre su duración será la del tiempo estrictamente indispensable para determinar en la averiguación previa, si existe o no presunta responsabilidad del inculpado, debiendo levantarse dicha presunta responsabilidad. No obstante la indicada regla general, el legislador dispuso un plazo de 40 días, prorrogables por otros 40 días a petición del Ministerio Público.

En México el crimen ha alcanzado tasas cada vez más altas siendo de los temas más preocupantes en la actualidad. Ello responde (en la mayoría de los casos) por la corrupción de las autoridades encargadas de la administración y procuración de justicia, la ineficaz prevención general y especial de la pena la sobrepoblación existente en las cárceles mexicanas que solo en la ciudad capital para el año dos mil siete alcanzan 33 mil individuos, la cárcel como factor de reproducción del crimen, la influencia de las Organizaciones Delictivas de los Estados Unidos de Norteamérica y la brecha, cada vez más profunda entre la gente de mayores ingresos y la población llamada pobre.

Por desgracia en los últimos años en México la autoridad encargada de la investigación y persecución de los delitos, así como de las encargadas de la administración de la justicia han venido utilizando con mayor frecuencia, detenciones fuera de los supuestos establecidos por la Constitución Política.

Dichas detenciones según las autoridades mexicanas, se sustentan en el temor de que el inculpado o probable responsable se sustraiga de la justicia y a su vez,

en que la autoridad investigadora realice las diligencias que acrediten la responsabilidad del individuo en la comisión del delito por el que es señalado como probable responsable.

2.3.- EL ARRAIGO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

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

El Juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.”¹⁴

Dicho precepto establece requisitos mayores para la detención o privación de la libertad del ciudadano que los señalados por la propia Constitución Política en el país, contraviniendo de esa manera los derechos fundamentales establecidos en la carta magna mexicana, tal como veremos más adelante.

La Constitución Política mexicana, máxima ley en nuestro país, establece en que situaciones o hipótesis el ciudadano puede ser privado de su libertad, como se enumera a continuación:

1. Mediante una sentencia definitiva e inatacable.

¹⁴ ibídem. artículo 133 bis.

2. Mediante una orden de aprehensión.
3. Mediante un auto de formal prisión que decreta la prisión preventiva.
4. En caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación.
5. En casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad.
6. Tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas.

CAPITULO III

LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

3.1 DISPOSICIONES GENERALES DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

“La garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo.”¹⁵

Mejor conocida como derechos fundamentales, son todos aquellos derechos universales y por ellos indispensables e inalienables que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas en todas en cuanto a personas, ciudadanos o capaces de obrar, ya se trate de derechos negativos, como los de derecho de libertad, así como a los que corresponde derecho de lesionar, o derechos positivos como son los derechos sociales a los que corresponden obligaciones de presentación por parte de los poderes públicos.

Es en este sentido como el mundo de las garantías o mejor conocido como Garantismo aparece asociado a la tradición clásica del pensamiento penal liberal, y se relaciona con la exigencia típica de la ilustración jurídica de la tutela del derecho a la vida a la integridad y a las libertades personales frente a ese terrible poder que es el poder punitivo en toda su expresión.

Es por ello que se habla de lo que son las garantías constituciones para referirse a la tutela forzada de los derechos resultantes de la estipulación de una constitución regida dentro de un determinado territorio, es por ello que todas las garantías tiene en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su faltad daría lugar a la violación del derecho que en cada caso constituye su objeto.

¹⁵ LUIGI Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, México, Ed. Trotta, 2008, Pág. 60.

El Garantismo liberal y en específico el penal, para designar las técnicas de defensa de los derechos de libertad y entre ellos en primero lugar el de libertad personal frente a las intervenciones arbitrarias de tipo policial o judicial.

Por lo que se hablara de Garantismo para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes públicos y privados, políticos y de mayoría así como los económicos, ya sea en el plano estatal como en el plano internacional, mediante los que se tutelan a través de su sometimiento a la ley y en concreto a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas publicas antes los poderes privados.

Propongo llamar garantía a toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo entendiendo derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva o negativa.

Las garantías positivas consistirán en la obligación de la comisión, las garantías negativas en la obligación de la omisión es decir en la prohibición, del comportamiento que es el contenido de la expectativa.

Respectivamente positivas y negativas las obligaciones de presentación y las de prohibición de lesiones correspondientes a esas particulares expectativas que son los derechos subjetivos ya sean patrimoniales o fundamentales, pero también son garantías las obligaciones correspondientes a las particulares expectativas de reparación, mediante sanción para los ilícitos que se hayan cometido, o anulación para todos aquellos casos que son sean validos por alguna circunstancia, que se generan con la violación de los derechos subjetivos.

“Llamare garantías primarias o sustanciales a las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados.

Se llaman garantías secundarias o jurisdiccionales a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando esta se contante, en el primer caso

tendrán que ser casos ilícitos, en el segundo actos no validos que violen los derechos subjetivos y con ellos sus correspondientes garantías primarias, las que de alguna manera resultarían afectadas.”¹⁶

3.2.- EL FUTURO DE LAS GARANTIAS DENTRO DEL SISTEMA PROCESAL.

Todavía mas débiles y faltas de actuación que las garantías penales y procesales de los derechos de libertad se encuentran las garantías del resto de los derechos fundamentales, un argumento teórico con el que suelen refutarse las tesis del carácter jurídico vinculante de los derechos sociales y por otro lado de los derechos humanos, establecido en las cartas internacionales es que tal derecho no son propiamente derechos, ya que estos carecen de garantías,

Si bien es cierto que los derechos fundamentales en su propia definición consisten en expectativas o definiciones a las que corresponden obligaciones o prohibiciones por parte de otros sujetos y sanciones o reparaciones en caso de violaciones, un derecho no garantizado no sería en realidad un derecho si no un *flactus vocis* del legislador, que se traduciría en un derecho formalmente reconocido pero no justiciable, y por tanto no aplicado o no aplicable, por los órganos judiciales con procedimientos definidos.

La ausencia de garantías poco sustenta la teoría de los iuspositivistas, de que los derechos no garantizados no existen, aunque existan las normas que los establecen, mientras que en cambio impone reconocer en la ausencia de tales normas garantistas.

“Cuando sucede este tipo de cuestiones es lo que se llama una laguna primaria, cuando falta la estipulación de la obligación y de las prohibiciones que constituyen las garantías primarias del derecho subjetivo, y una laguna secundaria cuando no se hayan instituido los

¹⁶ Ídem.

órganos obligados a sancionar o invalidar sus violaciones es decir aplicar las garantías secundarias.”¹⁷

Es decir para que existe un derecho y para que este en algún momento se vea vulnerado por algún tipo de autoridad resulta necesario que exista un ordenamiento que lo contemple.

“Todas las garantías en efecto, tienen un coste, mínimo en el caso de las garantías liberales y penales, que exigen simplemente límites negativos, plazos amplios y procedimientos complejos para la definición, la averiguación y la sanción de los delitos que violan los derechos negativos de libertad, el propio preámbulo de la Declaración Universal de 1948 establece un nexo indisociable entre las garantías de los derechos fundamentales de todos los seres humanos y la paz en el mundo, y por tanto nos advierte con realismo, que es de esas garantías de las que depende la convivencia futura en un mundo no devastado por nuevas guerras, violencias y terrorismo, y la propia supervivencia a largo plazo de nuestras ricas democracias.”¹⁸

Y como ya se estableció, es necesario la contemplación dentro de los ordenamiento, y por ende una regulación, como ya se dijo esto es necesario para una sana convivencia dentro de la sociedad.

“Ante los desmanes y arbitraria edades cometidos encontrar de los gobernados por el poder público, en vista de los abusos más frecuentes de los monarcas irresponsables y tiránicos ejecutados en perjuicio de sus súbditos el individuo exige del gobierno el respeto de sus prerrogativas como persona dentro de los cuales ocupa un lugar privilegiado la libertad.”¹⁹

Independientemente de cómo se implantan jurídicamente las prerrogativas fundamentales de las personas como tal, lo cierto es que en el orden a la libertad

¹⁷ FERRAJILI Luigi, *Democracia y Garantismo*, Óp. Cit., Pág. 73.

¹⁸ Ibidem, Pag. 75-76.

¹⁹ BURGOA Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 40ª ed., México, Ed. Porrúa, 2008, Pag. 309.

del individuo, esto ya no es solo una tributo de las clases sociales si no que es una medida que asemeja a los individuos dentro de la vida social.

Por lo que resulta importante establecer que las garantías por algo fueron consagradas dentro de nuestros ordenamientos tanto estatales como federales, y que a nivel internacional también se encuentran contempladas, ya que sin este tipo de organismos el futuro y la integridad física del hombre no tendría un razón de ser.

3.3.- GARANTIA DE LIBERTAD.

Desde los tiempos mas remotos había una acentuada diferencia social entre los grupos de hombres: los libres y los esclavos, la libertad estaba reservada a la clase privilegiada, a un sector que imponía su voluntad sobre el resto de la población constituida por los esclavos, estas no eran personas sino cosas, no era cierto que todo hombre, por el hecho de ser tal fuese libre, era falso que la libertad constituyera un atributo inseparable de la naturaleza humana, la potestad libertaria se reserva a una clase social superior privilegiada que tenían todo los derechos sobre los seres no libres.

“La libertad como elemento inseparable de la personalidad humana, se convirtió en un derecho público cuando al estado se le obligo a respetarla.”²⁰

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

El principio de libertad conforme al cual cualquier ámbito extenso de regularización esta permitido por los particulares, en otras palabras en todo aquello en lo que no existen reglas se entiende que las personas pueden conducirse como lo prefieran, este principio es exactamente opuesto al que rige

²⁰ Ídem.

para las autoridades y sus órganos públicos, ya que en su caso solamente pueden actuar cuando una norma del sistema jurídico se los permite.

“Que es la persona: es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en si mismo y que cabalmente por eso posee dignidad.”²¹

Una de las condiciones indispensables sine qua non, para que el individuo realice sus propios fines, desarrollando su personalidad y para lograr su felicidad, es precisamente la libertad, concebida no solamente como una mera potestad psicológica de elegir propósitos determinados y escoger los medios subjetivos de ejecución de los mismos, sino como una actuación externa sin limitaciones o restricciones que hagan imposible o impracticables los conductos necesarios para la actualización de la teleología humana, la existencia sine qua non de la libertad como elementos esencial del desarrollo de la propia individualidad, encuentra su sustento en la propia naturaleza de la personalidad humana.

“Se ha dicho que el hombre es persona en cuanto que tiene que conseguir un valor a objetivarlo en actos y sucesos concretos e individualización entre el hombre como ser real y biológico y su propia teleología, axiológica esto es del vinculo finalista de que el ser humano como tal entable con el reino o esfera valorativa o como se ha establecido el criterio para determinar la personalidad es el construir una instancia individual de valores, el ser de la persona misma una concreta estructura del valor agradando el hombre es algo real, participe de las leyes de la realidad, pero al mismo tiempo es distinto de todos los demás seres, pues tiene una conexión metafísica con el mundo de los valores esta en comunicación con la idoneidad.”²²

La persona humana, si se analiza desde todas las perspectivas en general la vida del hombre, gira en torno al deseo de superación traducida en la felicidad tan anhelada, dicho planteamiento es parte fundamental de la vida humana, y si se

²¹ Ibidem, Pag. 12.

²² BURGOA Ignacio, Óp. cit, Pag.12.

toma este precepto al pie de la letra se puede explicar y justificar cualquier actividad del hombre para la realización de tales fines.

La persona es un todo pero no un todo cerrado, antes bien es un todo abierto, por naturaleza la persona tiende a la vida social y a la comunicación, es así no solo a causa de las necesidades y de las indigencias de la naturaleza, por razón de las cuales cada uno tiene necesidad de los otros, para su vida material, intelectual y moral, sino que es así también en razón de generosidad radical inscrita en el ser mismo de la persona, ha causa de hallarse abierto a las comunicaciones de la inteligencia y del amor, rasgos propios del espíritu, y que le exige entrar en relación con otras personas.

Todos los medios para alcanzar los fines particulares que cada ser humano se pone en la vida, estos medios coinciden en un punto fundamental, en la libertad, siempre y cuando dicha libertad ni interfiera en la libertad de otra persona, en su genérica aspiración para llegar a la felicidad, se traduce en una situación subjetiva consiente de bienestar duradero, que no es otra cosa que una satisfacción íntima permanente.

Así para el egoísta la felicidad estribara en procurarse a si mismo los mayores beneficios posibles, aun en perjuicio de sus semejantes, pero para el altruista, la felicidad que se revela genérica y formalmente como una satisfacción vital subjetiva de carácter durable consistirá en hacer el bien a sus congéneres, a su pueblo, a la sociedad de que formen parte.

“La libertad es sin ninguna duda un elemento esencial de la naturaleza humana, y es también por cierto uno de los atributos más nobles del mismo, la afirmación de la libertad en la vida social, es el factor que ha determinado el curso mismo de la historia de la humanidad, y se trata de la libertad física así como de la política y de la económica.”²³

La libertad es un valor tan grandioso e importante para el ser humano que en teoría no cabría en una definición, La libertad consiste en el derecho de los

²³ NORIEGA Alfonso, Lecciones de Amparo, 8° ed. México, Ed. Porrúa, 2004, Pag.2.

individuos de elegir los medios para alcanzar los fines que se propongan, a fin de estudiar más a fondo los fines de la libertad se distinguen varias clases:

1. Libertad genérica; implica la posibilidad del ser humano de escoger sus fines vitales y los medios idóneos para realizarlos.
2. Libertad psicológica; es la potestad del hombre para elegir los medios que le sean útiles a fin de lograr su felicidad.
3. Libertad social; es la potestad genérica de las personas de actuar real y trascendentemente, implica la consecuencia objetiva de sus finalidades.
4. Libertad natural; es la que poseemos por el hecho de nacer libres de toda condición o determinación.
5. Libertad real; es la forma que consigue cada persona de acuerdo con su situación económica, religiosa, etc.
6. Libertad jurídica; es la que el estado reconoce expresamente en sus ordenamientos fundamentales.

Todas estas encaminadas a que el ser humano miembro de una sociedad alcance los fines y con los medios que el estime convenientes para alcanzar su pleno desarrollo y felicidad.

Dichas clases de libertad se traducen en la libertad e independencia del mecanismo de toda naturaleza, pero no una libertad absoluta e ilimitada, si no libertad encajada en una circunstancia.

Por lo general de la libertad entraremos al estudio de lo que son las libertades particulares, mismas que se encuentran ligadas con lo que son las libertades políticas, que han sido reconocidas y protegidas por el estado, y que ha a través de los años, han sido llamados los derechos del hombre, los derechos públicos individuales y aun de acuerdo con el texto de nuestra ley fundamental han sido llamados Garantías Individuales.

“Las libertades individuales públicas, los derechos del hombre, las garantías individuales, son derechos naturales, a las persona humana en virtud de su propia naturaleza de las cosas que el estado debe reconocer, respetar y proteger mediante la creación de un orden jurídico y social que permite el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vacación individual y social.”²⁴

Es por ello que dentro de la sociedad, desde que esta se forma se ha regido por una organización, con el fin de que la seguridad de los individuos se mantenga y el orden social no se quebrante.

“Las libertades públicas, son un conjunto de derechos considerados en un determinado estado de la civilización, como fundamentales para el desarrollo de la persona y destinados por su propia naturaleza a beneficiar de una protección jurídica específica a dichas personas.”²⁵

Es importante que dentro de una sociedad existan normas que la regulen y a su vez exista un orden que tiene que ser acatado por los demás.

“La libertad social u objetiva del hombre se revela como la potestad consistente en realizar trascendentalmente los fines que el mismo se forja por conducto de los medios idóneos, que su arbitrio le sugiere, que es en lo que estriba su actuación externa, la cual solo debe de tener las restricciones que establezca la ley, en aras del interés social o estatal de un interés legítimo privado ajeno.”²⁶

Los derechos públicos individuales deben de contener:

1. Los derechos del hombre, traducidas en las garantías individuales, e inherentes a la persona humana porque tiene su origen en la propia naturaleza del hombre así como en la de las cosas.

²⁴ Ibidem. Pag. 4.

²⁵ Ídem.

²⁶ Ídem.

2. El hombre como la persona humana, es por su propia naturaleza un ser racional y libre, autónoma e independiente.

3. En virtud de la naturaleza de las cosas, la persona humana es un ser inminentemente social-político, el orden natural de las cosas es una sociedad de personas.

4. Como consecuencia de su propia naturaleza, necesariamente la persona debe desenvolverse y perfeccionarse en sus propias esencias, su razón, la libertad y su independencia.

5. Así mismo debido a la naturaleza de las cosas la persona también ha de desenvolverse y perfeccionarse en un quehacer, en una función social, su propia vocación, ya que esta se expresa a través de los diversos estados de la vida del hombre, la familia, la clase, la profesión, la comunidad política etc.

6. La sociedad es la unión moral de los individuos, que tienden a obtener su propia fin, y por lo tanto la finalidad primordial de la sociedad es la de ayudar a las personas a que la formen, a obtener su propio desarrollo, tanto individual como social.

7. El poder que es la autoridad política, sirve a las personas a crear un orden jurídico que informe la vida en la sociedad y auxilia a los individuos que la componen, a lograr su libre desarrollo a través del cumplimiento de su vocación natural.

En último término la libertad no es otra cosa que la facultad de elección frente a un número ilimitado de posibilidades.

“En primer lugar la escogitación de objetivos vitales y de conductos para su realización puede tener lugar inmediatamente, esto es solo en el intelecto de las personas, sin trascendencia objetiva, en este caso la potestad electiva no implica sino una libertad subjetiva o psicológica, ajena al campo del derecho y en segundo termino cuando el individuo no se conforma con concebir los fines y medios respectivos para el logro de su bienestar vital, sino que procura darles objetividad

extremándolos a la realidad surge la libertad social, ósea la potestad que tiene la persona de poner en practica todos los conductos para todo los fines que se ha propuesto dentro de la sociedad en la que se encuentran.”²⁷

Por lo que toca a la igualdad esta es absolutamente necesaria para que opere una autentica libertad, social y humana, puesto que de no existir, en la hipótesis de que el individuo no se encentre en un rango o situación equivalentes, a los de los semejantes la actividad del que esta colocado en un estado desventajoso desde todos los puntos de vista con los demás, estaría coaccionada precisamente por todas aquellas circunstancias que componen la posición favorable o desfavorable según el lado desde el cual se haga la consideración.

3.3.1.-LIMITACIONES A LA LIBERTAD.

Dicho principio equivale al orden del derecho, en el que se basa toda sociedad y convivencia humana, ya que implica necesariamente restricciones en la actividad objetiva del ser humano para que este pueda vivir en armonía, estas limitaciones a la actividad que cada quien ejerce están impuestas por el derecho, en consecuencia, este se convierte en la condición esencial de toda sociedad humana.

Dentro de este tipo de limitaciones es importante hacer referencia a lo que es la dignidad de la persona humana, ya que el principio de libertad individual va muy ligado a ello, ya que el hombre tiene fines propios y por ende decisiones propias, por lo que se exige que haya respecto en cuanto a este tipo de decisiones.

“Solo gracias a la libertad personal el hombre desarrolla su personalidad verdadera, pero por supuesto que es necesaria la ayuda de la sociedad, del

²⁷ IGNACIO, Burgoa, Óp. cit, Pag. 304.

*estado y del derecho, pero solo en un ámbito de libertad puede desarrollarse su creatividad.*²⁸

La libertad es una parte esencial de la dignidad, como lo establece el autor John Stuar Mill, la dignidad consiste en que el hombre, como un ser autentico y espiritual, puede por naturaleza propia actuar de manera libre y auto determinada.

*“Por su parte John Locke insiste en el derecho de todo ser humano de buscar por si mismo la verdad, por ello defiende el principio de libertad de pensamiento y de conciencia pues resulta absurdo que una autoridad política trate de imponer su pensamiento a quienes desiste de él.”*²⁹

Esto es lo que comúnmente se conoce como Libre Albedrio, que se le fue otorgado a los hombres al momento de que se les fue concedido el derecho de decidir entre lo bueno y lo malo.

*“La libertad es necesaria para la autorrealización personal pero no basta porque el hombre es esencialmente social, necesitamos la convivencia y la colaboración de los demás, de ahí la necesidad de la estructura llamada estado que no es mas que la sociedad política, la comunidad humana en orden a la realización del bien común total.”*³⁰

Por lo que la libertad en la sociedad presupone límites en relación con la libertad individual, para que este se ejercite un campo común solo un poder superior al individuo y a la sociedad puede disponer de los límites de la libertad de actuación del ser humano, como el que ejerce el estado.

²⁸ IZQUIERDO Muciño Martha Elba. *Garantías Individuales*, 2ª ed., México, Ed., Oxford, 2007, pág. 209.

²⁹ Ídem.

³⁰ Ibidem, Pag.74.

3.3.2.- LIMITES EN RELACION AL ESTADO.

Se puede decir que los derechos de libertad genera ámbitos de inmunidad a favor de los individuos que no pueden ser traspasados por el estado, es decir los derechos de libertad se constituyen como límites negativos de no hacer, para los poderes públicos, que están obligados a no interferir en las conductas amparadas en estos derechos derechos-defensa ya que permiten al individuo defenderse de interposiciones en su conducta.

Derechos-defensa:

1. El primero de ellos esta constituido por derechos a que el estado ni impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho.
2. El segundo grupo se integra por los derechos a que el estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho.
3. El tercer grupo comprende derechos a que el estado no elimine determinados posiciones jurídicas del sujeto del derecho.

Teniendo presente este triple significado de los derechos de defensa es como mejor se puede proteger la libertad de los individuos. Si reducimos esos derechos a una simple obligación negativa de no interferencia por el estado, es seguro que no podemos asegurar de la mejor forma posible muchas libertades reconocidas en todos los estados democráticos, ya que en razón de las circunstancias que cada estado viviera seria diferente la forma en la que se protegen los derechos de los hombres.

3.3.3.- AMENAZAS A LA LIBERTADA.

En tiempos actuales la libertad se ha visto amenazado por lo diferentes movimientos armados tal como la libertad de prensa, de religión, de asociación.

Pero debemos tener en cuenta que las libertades son básicas, que son necesarias para la vida dentro de sociedad, que en un mundo en el que se han visto tantas cosas, todos somos iguales y tanta gobernantes como gobernados debemos estar en plenitud y armonía para que la sociedad funcione.

3.4.- GARANTIA DE TRANSITO.

Artículo 11. Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

Dentro de esta garantía en específico encontramos cuatro tipos de libertades:

1. La de entrar en el país.
2. La de salir del país.
3. La de viajar dentro del territorio mexicano.
4. La de mudar de residencia.

La libertad de tránsito es una libertad motriz que se refiere a un desplazamiento o movilización física del gobernador, por lo tanto no incluye la presentación de ningún servicio para su presentación.

“Hoy en día este artículo permite la libertad de tránsito sin salvoconducto ya que estamos en un país libre, tal libertad fomenta las relaciones entre individuos dentro y fuera de la población, ya que las entrevistas personales ayudan a comprender mejor las situaciones

*recíprocas, los viajes dentro y fuera del país fomentan la cultura, pues permiten conocer otras regiones, razas y modos de vivir lo que motiva la superación del ser humano y de sus costumbres sociales.*³¹

Víctor Manuel Martínez sostiene que la libertad de residencia se refiere a la facultad de todo individuo para establecer su domicilio o morada permanente o transitoria en cualquier parte del territorio nacional, las únicas limitaciones son las que se deriven de los asentamientos humanos y la ordenación urbana de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de la Constitución.

La libertad de tránsito se consagra en dos vertientes una interna y otra externa, toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un estado y por otro lado toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio y a regresar a ese país.

3.4.1.- LIMITES A LA LIBERTAD DE TRANSITO.

1. Las facultades de las autoridades judiciales en casos de responsabilidad civil o penal, es decir, la residencia obligatoria temporal con motivo de un proceso penal.
2. Se limita la libertad de tránsito por el uso de las facultades que correspondan a la autoridad administrativas, con la aplicación de las leyes de emigración y migración, que son requisitos para entrar y salir del país tanto para nacionales como extranjeros, en relación a las exigencias fiscales y de salubridad.
3. Se refiere a las facultades de la autoridad administrativa en materia de salubridad de la república, por ejemplo en los casos de epidemias graves, causa por lo que se impide el libre tránsito en las zonas afectadas.
4. Alude a la expulsión de extranjeros perniciosos.

³¹ IZQUIERDO, Muciño Martha Eba, Óp. cit, Pag. 259.

CAPITULO IV

EL ARRAIGO COMO MEDIDA VIOLATORIA DE LAS GARANTIAS DE LIBERTAD Y DE TRANSITO.

La figura jurídica del arraigo ha sido recientemente incorporada a la Constitución Política de nuestro país en las reformas que en materia judicial y, sobre todo, de justicia penal sobrevinieron el pasado mes de mayo. Se trata de una fórmula más que restringe la libertad personal o posibilita su afectación; además de las ya existentes.

Esto es una decisión de política pública que supone la restricción mayor de la libertad personal. Respecto de esta figura controversial, hay opiniones que versan en el sentido de que, el objetivo del arraigo no es declarar la inocencia o culpabilidad de la persona, sino privarla de su libertad mientras la autoridad investiga. Es curiosa la manera que en nuestro país se realizan las cosas, pareciera que estamos al revés, no se investiga para obtener pruebas y sustentos necesarios para arraigar sino que, se arraiga para investigar.

He afirmado con insistencia que las libertades se restringen por ley para hacer posible la vida social y que, por tanto, no existen libertades absolutas; sin embargo, la medida misma de la restricción es la que genera controversia, pues supone mayores potestades para el estado, en este caso potestades punitivas, en detrimento de las libertades de los particulares.

Por supuesto que esta fórmula no embona con un modelo de justicia penal que aspira a ser democrático, pues toda política pública que suponga mayores restricciones para los derechos de las personas tenderá siempre al autoritarismo. Y muchos menos puede encajarse en el derecho penal. El artículo 16 constitucional, en forma expresa, ordena que nadie será molestado en su persona y en su domicilio, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente; y el 19 que ninguna detención puede exceder de 72 horas, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso, que tiene garantías expresas insalvables por parte del juez y del acusador público maliciosos.

Ya que como se ha establecido:

“ARRAIGO: en nuestro sistema procesal penal, el arraigo es una medida cautelar que durante la averiguación previa se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que esta cumpla con los requerimientos del ministerio público, en razón de la investigación de un hecho delictivo, figura establecida en el artículo 133 bis del código federal de procedimientos penales, es decir las medidas en los procedimientos penales pueden ser también de carácter personal para garantizar el desarrollo del proceso, así como la efectividad de la sanción privativa de libertad, en los casos de sentencias condenatorias de tal pena.”³²

Pero mediante un verdadero subterfugio, el Ministerio Público mantiene detenido al probable inocente, sujetando el acusador a la ventaja de encontrar a la larga pruebas adecuadas de su responsabilidad.

Por ello los afectados por los ilegales arraigos, decretados en su perjuicio, ocurrieron a la justicia federal para que examinara las inconstitucionalidades de las autoridades. Con criterio firme, sostenido y definitivo, la Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucionales los arraigos penales, ya que estos no solo se realizaban con la simple sospecha de que una individuo fuese el responsable de la comisión de un posible hecho calificado por la ley como delito, sino que también viola las garantías de libertad y de tránsito que se encuentran consagradas en la carta magna y que se encuentran dentro del capítulo de los derechos fundamentales del hombre.

Pero no se dieron por derrotados los Ejecutivos y sus Procuradores. Si la Constitución lo prohibía, era fácil modificar a la Constitución, para que la medida ya no fuera tan criticada y así no pudieran establecer que era una medida que iba en contra de la constitución y por ello al momento de decretarla era inconstitucional.

³² BRUCOET, Anaya Luis Alonso, *El crimen organizado*, Ed., Porrúa, México 2001, Pág. 394.

“Ya me figuro los diálogos que tendrán ahora los agentes del Ministerio Público, y su policía ministerial:

Oye Fulano: los jefes quieren que a toda costa impliquemos en algún delito a Zutano, pero ya conseguí testigos protegidos y sembré las pruebas necesarias para ello, y aún no logro comprometerlo.

¡Cómo eres tarugo! Que un juez te otorgue un arraigo por cuarenta días, y dentro de ellos insistes en inculparlo.

Pues así lo hice, pero el tipo que me ordenaron “empinar” de veras es totalmente inocente y no le puedo cargar nada aún. Mañana se vencen los cuarenta y ocho días de arraigo. Y no sé cómo hacerle.

Pues pides otros cuarenta días, y si tampoco en ese tiempo lo puedes inculpar en delitos, mejor “te lo levantas”.³³

Y aunque resulta un poco incoherente la mayoría de veces cuando es transgredido alguno de los derechos de los particulares, nos enfrentamos a un dialogo como el que realiza el maestro a fin de ser sarcástico y burlarse de las autoridades.

“La gran discusión que se ha tenido del arraigo se desprende en que para unos afecta la libertad personal y para otros que afecta la libertad de tránsito, esta controversia surgió por la contradicción de tesis, producida en diversos Tribunales Colegiados de Circuito en recurso de queja de los juicios de amparo penal, y que básicamente fueron sustentadas por parte de los Tribunales Colegiados primero y cuarto en materia penal del primer circuito, ya que consideran que en esencia que la orden de arraigo es un acto que afecta la libertad personal, la cual sostiene: la orden de arraigo afecta también la libertad personal del quejoso, además de la libertad de tránsito, si bien es cierto el acto que se reclama es un acto que atente en contra de la garantía contenida en el artículo 11 Constitucional, que se refiere precisamente

³³ CASTRO, YCastro Juventino, El arraigo penal, México, Columnistas, consultada el 19 de noviembre del 2012, [www. Comentarios a la reforma penal/ arraigo penal.mx](http://www.Comentariosa.la.reforma.penal/arraigo.penal.mx).

*a la libre circulación de la persona también lo es que la orden jurisdiccional de arraigo es un acto que limita la libertad personal del quejoso, y por tanto en términos es una correcta interpretación de los artículos 124, 130 y 136 de la ley de amparo, donde es procedente se revoque la resolución que se impugna para conceder la suspensión provisional del acto reclamado, con el objeto de que el quejoso no sea privado de su libertad. Lo anterior tomando en cuenta que con fundamento en los artículos anteriores, con la concesión de la suspensión provisional en los términos solicitados no se sigue perjuicio del interés social, ni se contravienen disposiciones del orden público, y de no concederse con la ejecución del acto reclamado se causarían daños y perjuicios de difícil reparación al peticionario de las garantías individuales. Además la resolución que por esta vía se impugna, agravia al quejoso porque la suspensión por naturaleza tiende a preservar la materia del juicio de amparo, dejando las cosas en el estado que guardan al momento de solicitarse la protección Constitucional, y de ejecutarse el acto reclamado contraria el espíritu que rige al juicio de amparo, porque dejaría de existir la litis Constitucional al vencer el termino del arraigo sin que el juicio de amparo se haya resuelto, por lo tanto el arraigo al ser una limitante a la libertad personal es un acto prohibido por los artículos 14 y 16 Constitucional.*³⁴

Por lo que gracias a los diversos enfrentamientos se ha sostenido que dicha medida no solo viola las garantías de libertad y de tránsito, si no que dependiendo de las circunstancias puede resultar una medida inconstitucional, tal como lo estableció la Suprema Corte:

“ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRANSITO.- la orden de arraigo no solo afecta la libertad de tránsito sino también la personal, por lo que en términos del artículo 133 y 136 de la Ley de Amparo, procede la concesión de la suspensión

³⁴ *Ibíd*em, Págs. 395-396.

*provisional respecto de los actos de esta naturaleza, pues al concederse esta medida, se obliga a la parte quejosa a permanecer durante el tiempo que se le fije en un determinado inmueble, sin que pueda salir de este.*³⁵

En cuanto a la forma en que se dicta el arraigo y la forma en la que se violan las garantías es necesario hacer mención de lo siguiente:

*“El ministro Juventino V. Castro y Castro establece: que el arraigo contemplado en la Ley federal contra la delincuencia organizada previene diferentes condiciones de realización de los preceptos del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo que debe de establecerse que son diversas ordenes de arraigo.”*³⁶

Hay quienes se plantean la interrogante ¿en calidad de qué se priva a la persona sujeta a arraigo? Atinando a señalar, que esta medida precautoria viene a tener los mismos efectos que la prisión: privación de la libertad, pero con una sorpresa grave: la arbitrariedad y la ausencia de elementos suficientes para configurar una probable responsabilidad

Es decir en base a ello se trata de establecer una medida cautelar, sin embargo también es necesario entender las diferentes características y circunstancias en las cuales debe ser decretada cada una.

*“El tribunal colegiado del decimo octavo circuito se pronuncio respecto de una orden de arraigo diversa a la que fue materia de estudio, por parte de los tribunales colegiados de primer circuito, precisamente porque los numerales que las previene contemplan hipótesis diferentes,”*³⁷ es por ello que resulta necesario que se establezca ante que tipo de arraigo nos encontramos, si ante un arraigo domiciliario o un arraigo judicial o ante libertad precautoria.

³⁵ *ARRAIGO, ORDEN DE AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRANSITO*, Seminario Judicial de la Federación, Novena época, Tomo IX, Enero de 1999, pág., 828.

³⁶ BRUCCET, Anaya Luis Alonso , Óp. Ct, Pág. 403.

³⁷ *Ibidem*, pág. 402.

“La primera sala de la suprema corte de justicia de la nación considero que la orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del código federal de procedimientos penales, establece que al generar una obligación de permanecer en un domicilio constituye una imposición que afecta y restringe la libertad personal del agraviado, ya que mediante ella se le aplica el deber de ubicarse en el mismo bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, de tal forma que no pueda abandonar ni salir de el, es decir su libertad personal de poder hacer lo que desee, siempre y cuando su conducta no sea contraria al derecho ni afecte a terceros, se ve afectada o restringida de tal manera que su ámbito de acción y deambulatorio se limita únicamente a las dimensiones del domicilio.”³⁸

Por lo que se considera que aun y cuando se encuentre en su domicilio, con todas las comodidades posibles, con los medios que estén a su alcance, la libertad personal del individuo se altera porque no puede salir del inmueble a realizar sus actividades cotidianas, las que desee o tengan obligación de desarrollar fuera del mismo, por lo que resulta una clara restricción a su libertad, del individuo el tenerlo dentro de un determinado territorio hasta que se demuestre su inocencia o su probable responsabilidad por un hecho delictuoso.

4.1.- PORQUE VIOLA LA LIBERTAD PESONAL Y DE TRANSITO.

La citada tesis como ya lo había dicho es sustentada por tres Ejecutorias, una pronunciada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y las otras dos por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, establecen que la orden de arraigo afectaba su libertad personal además de la libertad de tránsito del individuo.

³⁸ Ibidem. Pág. 402.

“La primera Ejecutoria que forma esta tesis, se debe al recurso de queja resuelto por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y que le corresponde el número 88/98 interpuesto por Francisco García González, en el cual se inconformó por la resolución dictada por el Tercer Tribunal Unitario del Primer Circuito, ante el cual solicitó amparo y protección contra actos del Magistrado del Primer Tribunal Unitario del Primer Circuito y otras Autoridades, tramitando incidente de suspensión contra órdenes de arraigo negándole el citado Tribunal la suspensión provisional, siguiendo el criterio que en puntos anteriores ya quedó analizado, por su parte el quejoso arguyó en sus agravios que la orden de arraigo afectaba su libertad personal además de la libertad de tránsito, y por tanto eran aplicables los artículos 124, 130 y 136 de la Ley de Amparo, en virtud de que la concesión de la suspensión provisional contra el arraigo, no afecta disposiciones de orden público ni se sigue perjuicio al interés social, en cambio causarían su ejecución daños y perjuicios de difícil reparación al quejoso. Por su parte el Tribunal que conoce la queja resuelve que son fundados parcialmente los agravios del quejoso en cuanto a que sí debe concederse la medida de suspensión por los artículos de la Ley de Amparo invocados, pues es cierto que la orden de arraigo afecta generalmente la libertad personal. Caso contrario sería que se impusiera como ámbito territorial una determinada demarcación, con lo cual no se afectaría al quejoso de modo irreparable por lo que se le concede al quejoso la suspensión para efectos de no ser privados de su libertad, pero lo aludido a su libertad de tránsito debe permanecer en el lugar de la investigación para la debida integración de la averiguación previa debiendo presentarse determinados días para corroborar su estancia en el territorio correspondiente.”³⁹

³⁹ www.scjn.gob.mx, consultada el 04 de septiembre del 2012.

Por lo que en relaciona a la ley de amparo la suspensión del acto reclamado en contra de una orden de arraigo debe ser decretada ya que si no estarían ante un acto de imposible reparación ante el gobernado.

“La segunda Ejecutoria que integra la tesis en cuestión fue pronunciada por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, al resolver la queja número 19/98, promovida por Jesús Miyazawa Álvarez, mismo que solicitó el amparo y protección ante el Juez Tercero de Distrito en el Estado de Morelos, solicitando también la suspensión provisional contra actos del Juez Quinto de Distrito en Materia Penal en México, D.F. y otras autoridades, negándose al quejoso la suspensión provisional contra el acto que reclama consistente en una orden de arraigo domiciliario. Al interponer el recurso de queja ante el Tribunal Colegiado que ya quedó asentado, el quejoso expresó sus agravios en el sentido de alegar inobservancia a lo dispuesto por el artículo 124 fracción II de la Ley de Amparo, sosteniendo que la suspensión provisional en su favor, no contravienen disposiciones de orden público e interés social, sin embargo su ejecución significaría arraigarlo en un domicilio o cualquier otro inmueble, afectándose la libertad personal del quejoso además de impugnar la imposición de un arraigo apoyándose en el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que según el quejoso transgrede su garantía de audiencia, y que independientemente de su Inconstitucionalidad, pasa también por alto lo que regulan los artículos 14 y 16 de nuestra norma superior. Por lo que el Tribunal Colegiado que conoció el recurso de queja determinó fundados parcialmente los agravios del recurrente en lo que hace a que sí debe concederse la suspensión provisional contra el acto reclamado consistente en el arraigo por afectar la libertad personal, pero ineficaces los argumentos sobre la inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, ya que el recurso de queja sólo va en el sentido de resolver la inconformidad sobre la negación de la suspensión provisional.

Resolviendo fundadamente que sí debe concederse tal suspensión en virtud que el arraigo domiciliario sí afecta la libertad personal.”⁴⁰

Como la previamente se estableció, las ejecutorias a las que dieron a origen a la declaración de que el arraigo es una medida, que viola la libertad persona, y como se menciona anteriormente, aunque se encuentre dentro de su domicilio con todas las comodidades posibles, es inevitable que ante una orden de esta categoría no se violen dichas garantías.

“La tercera Ejecutoria fue pronunciada por el mismo Tribunal Colegiado que conoció de la queja señalada en el punto anterior, y que consistió en una aclaración de sentencia derivada del mismo expediente número 19/98 que expuse en el párrafo anterior, con el fin de precisar ciertos puntos de sentencia que ya había emitido, y para tal caso volvió a precisar que su Tribunal estima que la orden de arraigo sí es un acto restrictivo de la libertad personal y por consecuencia lo relativo a la suspensión, debe ventilarse conforme a los artículos 130 y 136 de la Ley de Amparo.”⁴¹

Una vez hecho el estudio de las ejecutorias donde se demuestra que el arraigo domiciliario afecta la libertad personal del individuo y la libertad de tránsito la jurisprudencia queda de la siguiente forma:

"ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL. La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de febrero de 1999, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ídem.

su persona en un inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma Ley."⁴²

Así lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por unanimidad de cuatro votos de los Señores Ministros, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Humberto Román Palacios. Ausente el Señor Ministro Juan N. Silva Meza.

4.2.- DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL.

Como ya quedo bien establecido y tomando como referencia lo que la Suprema Corte ha establecido en relación a este tema quedó bien establecido que el arraigo es un acto que sí afecta la libertad personal, ya que al momento de que el Ministerio Público pide dicha medida, aun no cuenta con elementos de prueba suficiente que garanticen la responsabilidad del individuo.

Es por ello que resulta indispensable estudiar lo que la letra de la Carta Magna establece en relación a que todos los individuos gozaran de la libertad personal y de todos lo demás derechos que esta ley confiere, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, los supuesto que a continuación se analizaran es en relación a como la medida del arraigo es contradictorio a lo que la Constitución establece:

⁴² *ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE AFECTA LA LIBERTAD PERSONA*, Seminario Judicial de la Federación, 2001, pág., 403.

“Artículo 11. Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones.”⁴³

Y por lo que se puede apreciar la medida del arraigo al efectuarse afecta la libertad de tránsito, ya que la persona que se encuentra bajo arraigo no puede salir de su domicilio o de un inmueble previamente determinado, y aunque cuente con todas las comodidades esta medida afecta el libre tránsito de las personas.

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

Nadie podrá ser privado de la LIBERTAD o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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

⁴³ México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Op. Cit. artículo 11.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”⁴⁴

Lo que sí es evidente apreciar es que el arraigo domiciliario contraviene el texto en cuanto a que nadie podrá ser privado de su libertad sino mediante juicio seguido, cosa que el arraigo domiciliario no cumple, pues su mandato proviene de una figura precautoria en la que la persona afectada con este acto no ha sido oída ni vencida en juicio afectando su libertad personal de forma contraria a la garantía.

“Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”⁴⁵

Entonces ahora vemos que si bien el acto del arraigo afecta o molesta al indiciado en su persona, familia y domicilio contraviene en principio al precepto, pero puede caber en la interpretación de algunos que el arraigo puede ser Constitucional en virtud de consistir en un mandamiento escrito de la autoridad competente, que funda y motiva la causa legal de procedimiento.

“Otra cuestión determinante queda evidente en los términos de que una privación de libertad no puede exceder, pues para el efecto de las atribuciones del Ministerio Público jamás podrá retener a ninguna persona por más de 48 horas, con opción a duplicarse si es delincuencia organizada. Y queda de manifiesto que el arraigo domiciliario, en su artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales se atrevió el legislador a poner un término de 30 días o hasta 60 si se prorroga sin que durante este plazo se consigne o se libere al indiciado, siendo que en la realidad Constitucional ningún indiciado podrá estar detenido ni el 10% del plazo que el arraigo establece, y con la gran diferencia en que después

⁴⁴ Ibidem, art. 14.

⁴⁵ Ibidem, art. 16.

de las 48 horas o su duplicidad el individuo quedará libre o a disposición de un juez que determinará su situación jurídica, mientras el arraigo domiciliario mantiene al reo en la incertidumbre tanto de su libertad como de su situación jurídica.”⁴⁶

Por lo que dentro de este supuesto es la mas clara violación a la libertad personal del individuo, ya que la misma constitución establece los plazos que se tienen que cumplir y sobre todo respetar en relación a la privación de la libertad de la persona.

“Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”⁴⁷

Una vez más se hace referencia a los plazos que maneja la Carta Magna y más si estos se tratan de privación de la libertad, si bien es cierto y como ya lo analizamos en capítulos anteriores, para que la privación de la libertad sea legal se tienen que atender en primer término a los plazos, y en segundo a las formalidades que se establezcan, y al decretar el arraigo tan solo se hace con la sospecha de que el sujeto es el probable responsable de la comisión de un delito.

Toda vez que el texto constitucional se refiere exclusivamente a la aplicación de la medida precautoria para los casos de delincuencia organizada, se estima que las modificaciones a la ley de la materia se deben orientar a establecer las nuevas condiciones previstas dentro de la norma fundamental, como son su duración y su prórroga, así como ha de establecer el lugar donde se debe de

⁴⁶ SCJN, *Comentarios a la reforma penal*, Óp. Cit.

⁴⁷ México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Op. Cit. Artículo 19.

cumplir con el arraigo, ya que anteriormente esto quedaba a discreción de la autoridad investigadora.

Sin embargo dentro de la reforma se establece que hasta que no entre en vigor el sistema procesal acusatorio, la autoridad ministerial se encuentra facultada para solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado por delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días, lo que traería como consecuencia convalidar la legalidad de los arraigos contemplados hasta el momento por las leyes procesales, claro esto a partir de que entre en vigor la parte atinente de la reforma constitucional.

Una vez hecho el análisis de que el arraigo domiciliario es una figura que viola la libertad personal y del tránsito del individuo, estamos convencidos de la Inconstitucionalidad de tal figura jurídica y convencidos también de que el legislador tiene dos alternativas:

“como lo es dejar al arraigo en su única modalidad de prohibir el abandono de una demarcación geográfica, desechando el arraigo domiciliario como alternativa, significando esto su derogación, utilizando pues la tecnología para hacer eficaz el arraigo que limita la libertad de tránsito, es decir como lo es el uso de pulseras cibernéticas como en países industrializados y avanzados como los Estados Unidos de América, que permiten la localización inmediata a través de un satélite, del individuo arraigado, evitando dos cosas, la primera que el indiciado se sustraiga de la acción de la Justicia y la segunda y más importante que no sea privado de su libertad personal en tanto no se reúnan las evidencias del cuerpo del delito que hagan probable su responsabilidad o de plano se deje en libertad por no hallarse los elementos de cargo. La otra opción del legislador aunque descabellada sería incluir al arraigo en el texto Constitucional, dentro de los artículos 14, 16 y 19 como una modalidad más para restringir la libertad personal cosa que lo haría Constitucional más sin embargo a su vez lo convertiría en la negación a los derechos del hombre más elementales

como lo es la libertad, situación que esperamos que por más divergencias políticas que imperen entre los legisladores, jamás se lleve a cabo y que prevalezca la razón en éstos para optar por la alternativa de utilizar las pulseras cibernéticas antes mencionadas. Y de esta manera contribuir a dignificar no sólo la labor de los Legisladores y de los Juristas, sino dignificar uno de los valores más importantes para el hombre junto con la vida que es la libertad por la cual es loable arriesgarlo todo.”⁴⁸

Porque si bien es cierto la violación a una de las Garantías del individuo por parte de una determinada autoridad trae consigo una responsabilidad penal para aquel que la concede, ya que no solo esta contraviniendo lo establecido dentro de la Constitución, cuando su actuar no esta con estricto apego a la misma si no que también, si no también pone en tela de juicio la impartición de justicia.

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

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

⁴⁸ SCJN, *Comentarios a la reforma penal*, Óp. Cit.

El Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la ONU, en su Informe del Grupo de Trabajo Sobre la Detención Arbitraria de su visita a México, afirmó que la institución del arraigo es en realidad una forma de detención preventiva de carácter arbitrario en razón de la insuficiencia del control jurisdiccional y de la ejecución de la medida en lugares que, si bien no son secretos, sí son discretos, situación por demás cuestionable. También este grupo agregó que constataron que una de las principales violaciones de los derechos humanos, son las detenciones arbitrarias por falta de garantías procesales.

También remarcó la debilidad institucional que existe en México para ejercer un control adecuado sobre las condiciones de detención de las personas y ante denuncias por tortura.

Resaltó la desatención de las recomendaciones internacionales por parte del Estado para eliminar obstáculos que permitan la prevención y eficaz investigación de esta práctica; la desatención de las recomendaciones de la Comisión Nación de Derechos Humanos en su papel de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y de los organismos locales de protección de los derechos humanos. Así también destacó la asociación existente y habitual de la tortura con el arraigo.

La reforma al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que en casos de delincuencia organizada, se podrá decretar el arraigo de una persona por 40 días, plazo que puede ser flexibilizado y ampliado, extendiéndose hasta un máximo de 80 días.

Con la aplicación del arraigo en delitos vinculados con la delincuencia organizada, también pueden resultar violaciones potenciales a derechos civiles de las personas que habitan en México. El arraigo es violatorio del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al que México se adhirió el 24 de marzo de 1981, en lo que se refiere a:

1. Derecho de libertad, previsto en los artículos 2 y 9.
2. Derecho a la integridad y seguridad personal, artículos 2, 7 y 9.

3. Derecho al debido proceso, artículos 2, 9, 10, 14.1 y 14.3.

4. Derecho de presunción de inocencia, artículo 14.2.

La figura del arraigo penal y la flexibilidad de las garantías individuales, consagradas por la Constitución abren una puerta a la arbitrariedad, al configurar un sistema de excepciones a los derechos constitucionales.

La reforma de enjuiciamiento penal en México, debe replantearse y rebatirse pensando en la persona como sujeto de derecho y no como objeto del derecho.

Uno de los problemas del carácter arbitrario del arraigo es que coloca a cualquier persona en una situación de vulnerabilidad, que propicia un ambiente que puede llevar a la comisión de otras violaciones como son la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

4.3.- EL ARRAIGO EN CONTRA DEL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA.

El principio de presunción de inocencia está plasmado como derecho o garantía procesal tanto en acuerdos internacionales como constitucionalmente. Se cuenta entre los derechos que conforman la esfera del debido proceso y su aplicación determina el funcionamiento justo o injusto del sistema penal.

4.3.1.- QUE ES LA PRESUNCION DE INOCENCIA.

“La presunción de inocencia es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental que posee su eficacia en un doble plano: por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el

*trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos; por otro lado, el referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba”.*⁴⁹

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se compruebe su culpabilidad ante la ley. Ninguna persona será considerada como culpable, ni tratada como tal en tanto no fuera condenada con una sentencia firme, por lo que la medida del arraigo va en contra de este principio que es fundamental dentro del proceso penal.

4.4.- PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA.

Es así, que en su aplicación la presunción de inocencia como figura procesal y aun un poco más importante, es decir, constitucional, configura la libertad del sujeto, que le permite ser libre en cuanto por actitudes comprobadas no merezca perder su libertad, además de haber sido comprobada según el procedimiento vigente para el juicio. La calidad de “ser inocente” es una figura que sólo le interesa al derecho en su aplicación, por lo que el arraigo va en contra por el simple hecho de que aun no se ha demostrado su culpabilidad al momento de arraigarlo.

4.5.- LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

El artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone que: “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio

⁴⁹ [www.juridicas.unam.mx.](http://www.juridicas.unam.mx), consultada el 05 de septiembre del 2012.

público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

4.6.- PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DENTRO DE LA CONSTITUCION.

La presunción de inocencia es un postulado básico de todo ordenamiento jurídico procesal, instituido generalmente como garantía constitucional en diversos países. El principio está dirigido a conservar el estado de inocencia de la persona durante todo el trámite procesal. La vigencia del principio determina que un procesado no puede ser considerado ni tratado como culpable, menos como delincuente, mientras no exista una sentencia condenatoria que adquiera la calidad de cosa juzgada formal y material. Esto implica que únicamente la sentencia condenatoria firme es el instrumento idóneo capaz de vencer el estado de presunción de inocencia de procesado.

Por lo que sale a relucir lo que es la figura del arraigo ya que de este modo, a petición del Ministerio público un juez puede mantener en arraigo o prisión preventiva, según el caso, mientras el primero investiga, sin importar si es justificable o no, y eludiendo la posibilidad de que sea inocente o cuando menos no haya elementos probatorios suficientes para condenarlo.

"El arraigo es una detención ilegal y se debe eliminar al no respetar la presunción de inocencia que prevé la Constitución Mexicana y afecta los derechos humanos", indicó el maestro en Derecho Constitucional, Gerardo Francisco López Thomas, quien participó ayer en el foro "Impacto del arraigo penal en los derechos humanos organizado por la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Distrito Federal".⁵⁰

Como hemos visto en el arraigo es una medida que hace nugatoria la presunción de inocencia. Quienes lo defienden, sostienen su practicidad para efectos de llevar a cabo una investigación efectiva; sin embargo, habría que preguntarse:

⁵⁰ AVILES Carlos, Foro sobre el arraigo penal, El Universal, Oaxaca, México, 29 de julio del 2001.

¿acaso no la misma reforma constitucional del 18 de junio de 2008 redujo los requisitos que se necesitan para solicitar una orden de aprehensión y una posterior vinculación a proceso, eliminando el concepto “cuerpo del delito” y “probable responsabilidad”, y sustituyéndolos por los conceptos de “obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho” y “probabilidad de su comisión o participación”?

Hay que señalar que la presunción de inocencia ya era reconocida en nuestro país antes de la reforma constitucional de junio de 2008 por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como por diversos tratados internacionales firmados y ratificados por nuestro gobierno, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; sin embargo, como mencionamos antes, al ser dicha presunción uno de los principios rectores de los sistemas de enjuiciamiento penal de corte acusatorio y garantista, resulta contrario que durante el arraigo sea uno de los principales derechos que se violan.

CONCLUSION:

Durante la presente investigación, se planteo la problemática de ver en qué forma la medida del arraigo viola las garantías de libertad y de transito de los gobernados que se ven sometidas ante esta situación, y de igual forma descubrir por medio de la presente investigación si el planteamiento de la investigación estaba equivocado.

Si bien es cierto es una figura que se reincorporo recientemente a la Constitución, porque resulta más fácil para el legislador incorporarla al ordenamiento jurídico para que no se vea como una medida Inconstitucional ante la sociedad ya que no estaba contemplada dentro de la misma, que entrar al estudio de los posibles hechos delictuosos, de las infinitas quejas que se encuentran en la Comisión de Derechos Humanos ante estos actos de la autoridad y sobre todo a los probables responsables de los mismos, pero a pesar de que ya se encuentra dentro de nuestro máximo ordenamiento también aun tiene muchas deficiencias, ya que la misma ley establece los casos en que se tiene que hacer uso de esta medida, sin embargo un hecho lamentable es que la capacidad del Ministerio Publico para la integración de una Averiguación Previa es muy mala y deficiente, y le es más fácil arraigar a los individuos, alegando que es caso grave o delincuencia organizada, y el plazo que tiene para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad le es muy insignificante y el arraigo le resulta mas conveniente ya que cuenta con mas tiempo para integrar la averiguación.

Es por ello, que durante esta investigación se logro el cometido que se planteo en un principio, ya que al haber estudiado el Arraigo penal, de lo general a lo particular, los datos arrojan que en efecto es una medida que va en contra de los derechos fundamentales de los hombres en especial de libertad y el de transito cuando se encuentran como simples gobernados, y el principio de inocencia se ve afectado cuando esta persona se encuentra sujeta a un arraigo ya que como se menciono anteriormente no se cuentan con los elementos suficientes para demostrar la responsabilidad del individuo, ya que es considerado como criminal desde un principio. Y esto resulta un perjuicio al individuo y la familia que esta

sufriendo la medida y también para la sociedad, porque la figura de la autoridad deja un espacio en cuestión a la impartición de justicia.

No considero que la medida deba desaparecer sin embargo creo que es necesario la capacitación de las personas que trabajan dentro de la impartición de justicia en especial las del Ministerio Público, ya que él es el que realiza la petición para que a una persona se le decrete el arraigo domiciliario, y si estas personas no cuentan con la capacidad suficiente y la agilidad para una investigación, no nos quejemos de que esta medida en su momento nos afecte a alguno de nosotros por estar en un mal lugar en el momento en que se realice o se cometa un hecho delictuoso.

Pero no podemos hacerlo estableciendo figuras en la Constitución que van en detrimento de derechos que nos han costado sangre conseguir. No a costa de derechos fundamentales como la presunción de inocencia. Lo que realmente necesitamos es que simultáneamente policías y fiscales cuenten con la capacitación suficiente para investigar los delitos, primero, y sustentar sus acusaciones, después; así como también necesitamos que los jueces tengan la preparación idónea para hacer prevalecer los derechos que el Estado mexicano se ha comprometido a garantizar. De no darse esta conjunción, cabe pronosticar dos cosas: el incremento de la impunidad mediante las absoluciones otorgadas a verdaderos responsables y la pérdida todavía mayor de legitimidad de las autoridades, en el contexto de una sociedad en la que, desafortunadamente, las actuaciones basadas en Derecho serán tenidas como obstáculo a la presencia de una justicia populista, emotiva e irracional.

Si bien es cierto en este país se necesita la justicia pero no a costa de la vida y la dignidad de muchos, necesitamos personas capacitadas al frente de las instituciones, personas responsables y con calidad humana, no simples robots programados para hacer lo que vienen haciendo desde hace mucho.

BIBLIOGRAFIA:

BARRAGAN Salvatierra Carlos "Derecho procesal penal", 2ª ed., Ed. Mc Graw Hill.

BURGOA O. Ignacio, "*El juicio de amparo*", cuadragésima segunda edición, Ed. Porrúa, México 2008.

BURGOA O. Ignacio, "Las garantías individuales", 40ª ed., Ed. Porrúa, México 2008.

BRUC CET Anaya, Luis Alonso, "*El crimen organizado*", México, Ed. Porrúa, 2001.

CASTELLANOS, Fernando, "*Lineamientos elementales del derecho penal.*" Trigésima primera edición, Ed. Porrúa, México, 1992.

CARBONEL, Miguel, "*Los derechos fundamentales en México*", 2ª ed., Ed., Porrúa, México, 2006.

FERRAJOLI, Luigi, "*Democracia y Garantismo*", ed., Miguel Carbonell, Ed., Trotta, 2008.

FIZ-ZAMUDIO Héctor, "*Ensayos sobre el derecho de amparo*", 3ª ed., Ed., Porrúa, México 2003.

Instituto Nacional de Ciencias Penales, "*Delincuencia Organizada*" México, 2004.

IZQUIERDO, Muciño, Martha Elba, "*Garantías Individuales*", 2ª ed., Ed., Oxford, México 2008.

SILVA Silva. Jorge Alberto, "*Derecho procesal penal*" 2ª ed., México, Ed. Oxford, 2000.

S. C. J. N., "*Comentarios a la reforma constitucional en materia penal*", México, 2008.

NORIEGA Alfonso, "Lecciones de amparo". Tomo I, 8ª ed., Ed. Porrúa, México 2004.

Revistas Especializadas:

GRAN Zamora, "*El arraigo penal*", El sol de Tlaxcala, Tlaxcala, México, numero 1, 1 de agosto del 2008.

CASTRO, Y Castro Juventino, "El arraigo penal", México, numero 1. 1 de agosto del 2008.

Diccionarios Jurídicos:

DIAZ De León Marco Antonio, "Diccionario de Derecho Procesal Penal", 3ª ed., Ed. Porrúa, México 1997.

DÍAZ de León, Marco Antonio, "Diccionario de Derecho Procesal Penal, y de Términos Usuales en el Proceso Penal", Ed. Porrúa, México, 1997.

GRAN Zamora, "Diccionario Jurídico Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2ª ed., Ed. Porrúa, México 1997.

Periódicos:

CARLOS, Avilés, “*El arraigo penal viola derechos de libertad y de tránsito*”, El Universal, México, 2006, numero 1, martes 24 de enero del 2006.

MERCADO Patricia, “*Las reformas estaban pendientes desde el 2007*”, BBC. Mundo, México, 2008, numero 1, viernes 7 de marzo del 2008.

Legislaciones:

MÉXICO, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 16, 2008. 05 de febrero del 1917, última reforma 17-08-2011.

MÉXICO, *Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal* artículo 133 bis, julio del 2009.

Páginas de internet.

WWW.S.C.J.N.GOB.MX.

WWW.MUNDOLEGAL.GOB.MX.