

AMICUS CURIE A LOS ARGUMENTOS DE FONDO

LA FIGURA DEL ARRAIGO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Ref: Jorge Tzompaxtle Tecpile y Otros
Caso 13.016
Informe de admisibilidad No 67/15

Mtro. Paulo Abrão
Secretario Ejecutivo
Comisión Interamericana de Derechos Humanos
1889 F Street, NW
Washington, DC
20006

La Red Solidaria Década Contra la Impunidad A.C. (RSDCIAC), nos dirigimos a usted, y por su intermedio a la Ilustre Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Comisión” o “CIDH”), a fin de presentar el escrito de Amicus Curiae presentado por la organización IDHEAS Litigio Estratégico en Derechos Humanos y el Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia (OCSJ), integrado por Asistencia Legal por los Derechos Humanos (ASILEGAL), la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. (CMDPDH) y el Instituto de Justicia Procesal Penal (IJPP), quienes en su calidad de *Amicus Curiae* presentan un escrito a la H. CIDH, elaborado por el señor Juan Carlos Gutiérrez Contreras Director de IDHEAS, con contribuciones del OCSJ, con el objetivo de fortalecer nuestros argumentos de fondo previamente presentados sobre el caso al rubro indicado.

Como hemos mencionado, los representamos que en este caso los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, el “Estado” o el “Estado mexicano”) es responsable por la violación en perjuicio de los indígenas nahuas: Sres. Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile, Gerardo Tzompaxtle Tecpile y Gustavo Robles López, de los siguientes preceptos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención” o la “CADH”); libertad y seguridad personales (art. 7); garantías judiciales (art. 8); y protección judicial efectiva (art. 25), todos ellos en conexión con la obligación general de garantía y respeto de los derechos humanos (art. 1.1).

Como mencionamos en nuestra escrito, las víctimas en lo referente a la figura del arraigo a la cual fueron sometidas, fueron informadas que mediante oficio SIEDO/UEITA/239/2006 de fecha diecisiete de enero de dos mil seis la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada Unidad Especializada en Investigación de Terrorismo Acopio y Tráfico de Armas **solicito orden de arraigo de GERARDO TZOMPAXTLE TECPILE, JORGE MARCIAL TZOMPAXTLE TECPILE Y GUSTAVO ROBLES LÓPEZ, al Juzgado Decimocuarto de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, petición que fue resuelta el DIECIOCHO DE ENERO DEL DOS MIL SEIS, por el juzgador de mérito el cual decreto arraigo domiciliario por 90 días para investigar y reunir las pruebas necesarias que acrediten los delitos relacionados con actos de terrorismo, acopio y tráfico de armas. Y de esta forma perfeccionar la acusación, el arraigo se llevó a cabo en una casa de arraigo de la Procuraduría General de la República ubicada en el Distrito Federal, (seis días después de su detención).**

El 6 de marzo de 2006 los detenidos interpusieron un recurso de Amparo, radicado bajo el número 240/2006, ante el Juez Primero de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal. **Este Juez consideró que aceptaba el amparo solamente para analizar la constitucionalidad de la medida de arraigo, pero no contra la privación de libertad de los indígenas nahuas, Sres. Jorge Marcial Zompaxtle Tecpile, Gerardo Zompaxtle Tecpile y el Sr. Gustavo Robles López. El**

amparo fue sobreseído, es decir se concluyó sin solucionar la controversia, debido a que al momento de resolverse ya habían sido consignados ante el juez del proceso, quedando sin materia.

Mientras los detenidos estuvieron sometidos a arraigo, los agentes de la Procuraduría General de la República obstaculizaron en diversas formas la actividad de la defensa, impidiendo su acceso al expediente en el que constaban las actuaciones de la Averiguación Previa y oponiéndose a las pruebas de descargo ofrecidas por la defensa, tales como una prueba pericial en materia de grafoscopia que no pudo ser actuada. Por ello, en fecha de 15 de marzo de 2006 su defensa interpuso el recurso de Amparo 279/2006, por obstaculizar el acceso a la defensa de los arraigados, el cual fue sobreseído por el Juez, ya que los acusados ya habían sido presentados ante un Juez.

Se interpuso también el 5 de abril de 2006 el Amparo 350/2006, que fue turnado al Juzgado Primero de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal, en contra de la orden de detención por parte de las autoridades de la procuraduría General de la República, fuera de procedimiento judicial y su posible traslado a un centro de máxima seguridad. El amparo fue desechado bajo el argumento de que los detenidos estaban privados de la libertad con motivo de la medida de arraigo decretada por el Juez Décimo Cuarto de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, por lo que la restricción de libertad se debía a esa medida y no se trataba de una detención ilegal.

Como se observa en el presente caso uno de los temas a decidir por parte de la Comisión tiene que ver con el análisis de fondo de la figura del arraigo penal al cual fueron sometidas las víctimas. El caso de los indígenas nahuas Señores Jorge Marcial Zompaxtle Tecpile, Gerardo Zompaxtle Tecpile y el Señor Gustavo Robles López, se observa la manera en la que el Estado mexicano utiliza la figura del arraigo como mecanismo que afectó gravemente sus derechos humanos.

Si se considera que los indígenas nahuas Señores Jorge Marcial y Gerardo Tzompaxtle y el Señor Gustavo Robles López fueron detenidos el 12 de enero de 2006 y hasta el 18 de enero del mismo año se acordó su arraigo, se excedieron las 96 horas establecidas como plazo máximo por el artículo 16 Constitucional, por lo que se hace evidente su detención arbitraria. El Estado Mexicano violó la presunción de inocencia y las garantías de libertad, integridad y seguridad jurídica en contra de los indígenas nahuas Jorge Marcial y Gerardo Tzompaxtle Tecpile y del Señor Gustavo Robles López, ya que su detención se enmarcó en un cuadro de abuso de poder donde los arraigaron para contar con tiempo suficiente para fincarles el delito de “Delincuencia Organizada en la Modalidad de Cometer Actos de Terrorismo”, estuvieron arraigados por 90 días y el arraigo resulta per se contrario a los principios en los que se funda un Estado democrático de Derecho y violatorio del principio de legalidad (artículo 9 de la Convención), de los derechos de libertad personal y de tránsito (art. 7 Convención); del derecho a la presunción de inocencia y de los derechos relacionados al debido proceso (art. 8 Convención); del derecho al honor y la reputación (art. 11.1 y 11.2 Convención), a un recurso legal efectivo (art. 25 Convención); y a la integridad física y mental de las personas (art. 5 Convención).

Como se establece en el informe de admisibilidad 67/2015, la CIDH consideró que *prima facie* se observa una violación de los derechos consagrados en los artículos 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de las presuntas víctimas.

De acuerdo a la citada resolución sobre admisibilidad, la CIDH advirtió que:

“las presuntas víctimas interpusieron en momentos distintos múltiples recursos para cuestionar las medidas de privación de la libertad personal. En efecto, la información a su alcance indica que, habiendo sido detenidos el 12 de enero de 2006, el 6 de marzo de 2006 interpusieron un recurso de

amparo, identificado como 240/2006, reclamando la privación de libertad en su modalidad de arraigo, el cual habría sido sobreseído por el Juez Primero de Distrito de Amparos en Material Penal en el Distrito Federal al considerar que al momento de ser resuelto, las presuntas víctimas ya habían sido presentadas ante el juez del proceso. Asimismo, la Comisión nota que el 5 de abril de 2006 presentaron un recurso de amparo, identificado con el número 350/2006, dirigido a cuestionar la orden de detención emitida por la PGR fuera del procedimiento judicial, el cual fue denegado por el Juez Primero de Distrito de Amparos en Material Penal en el Distrito Federal al considerar que las presuntas víctimas estaban privadas de libertad con motivo de la medida de arraigo decretada por el Juez Décimo Cuarto de Distrito de Procesos Penales y Federales en el Distrito Federal. De acuerdo a la información aportada, esta decisión fue impugnada ante el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal en el Distrito Federal, el cual ratificó la resolución. Adicionalmente, se habría presentado el amparo 413/2006 contra la orden y autorización de traslado a un Centro Federal de Máxima Seguridad, el cual fue sobreseído por el Juez Primero de Distrito de Amparos en Material Penal en el Distrito Federal. Sobre el particular, la Comisión observa que las violaciones de derechos que la peticionaria alega no se derivarían de dicha sentencia, sino de una secuencia de supuestos hechos a lo largo de su detención supuestamente arbitraria, arraigo y presuntas irregularidades del proceso penal al que fueron sujetos, alegaciones respecto de las cuales la CIDH observa que las presuntas víctimas agotaron los recursos ordinarios y presentaron al menos cuatro recursos de amparo que fueron denegados o sobreseídos.

Por lo anterior, y toda vez que parte de la *litis* en el asunto de fondo versa sobre la existencia de la presunta detención ilegal y privación arbitraria bajo la modalidad del arraigo penal, los abajo firmantes presentamos a la CIDH el escrito de *Amicus Curiae*, en el que analizamos la figura del Arraigo y presentamos argumentos que fundamentan la violación por medio de esta figura de diversos derechos consagrados en la Convención Americana, los cuales podrán ser retomados por este Honorable órgano al pronunciarse sobre el fondo del asunto.

1. La figura del Arraigo. Breve historia

El arraigo fue introducido en el derecho penal mexicano mediante reforma de 27 de diciembre de 1983 al Código Federal de Procedimientos Penales¹ (original de 1934, hasta ahora vigente), y su puesta en práctica entró en vigor en marzo de 1984. Las evoluciones de los artículos 135, 205 y la inclusión del 133 Bis, son un pequeño indicador de los matices que se han introducido en el régimen cautelar penal mexicano. En ese esquema, y tras 1983, los artículos 134 y 205 servían de marco para un arraigo que permitía una libertad condicionada para delitos imprudenciales relacionados con el tráfico de vehículos, así como para delitos cuya pena no ameritara prisión, o en la cual la prisión preventiva, por consideraciones personales del indiciado, no pudiera ser librada. El artículo 133 Bis, en cambio, era una norma que regulaba el procedimiento para ordenar el arraigo y su redacción rebasaba el mero ámbito de la restricción de desplazamiento fuera de una circunscripción para incluir la vigilancia permanente de una autoridad policíaca.

Por lo que hace al artículo 135, el régimen cautelar para evitar la sustracción del proceso por parte del indiciado pasó desde el más elemental criterio consistente en que el Ministerio Público consignara a la persona cuya detención fuera justificada, en tanto debía liberar a la persona injustificadamente detenida por la policía (redacción original de 1934),² pasando por la adición el 31 de diciembre de

¹ Fix Zamudio, Héctor: “voz arraigo”, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, 1999, México, y Islas de González Mariscal, Olga: “El ministerio público ante la delincuencia organizada”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 120, 2007, p. 1049.

² Diario Oficial de la Federación de 30 de agosto de 1934, p. 1098, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cfpp/CFPP_orig_30ago34_ima.pdf

1976³ de cuatro párrafos regulando una caución económica a manera de garantía del indiciado de no sustraerse del proceso en delitos de imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, hasta llegar a la reforma de 1983 (que buscó hacer ingresar al sistema penal algunas medidas sustitutivas y/o alternativas de la prisión)⁴ mediante la cual se *enriqueció* la caución exigida al “inculpado” – ya no indiciado – por delitos no intencionales o culposos bajo la fórmula “sin perjuicio de solicitar su arraigo”, así como en casos de delitos que merecieran pena alternativa o no privativa de libertad.

Por su parte, el artículo 205 pasó desde la precaución de una orden librada por el tribunal a pedimento del Ministerio Público prohibiendo al indiciado abandonar sin su permiso el lugar en el que se seguía un procedimiento por delitos que ameritaran pena alternativa o no privativa de libertad (1934), hasta convertirse en 1983 en una norma que contemplaba el arraigo hasta por treinta días, prorrogables a solicitud del Ministerio Público por un período igual, como medida alternativa a la prisión preventiva. Ese plazo, que no consta en el artículo 205, está referido en esa norma a un artículo que fue adicionado al Código de mérito mediante la misma reforma de 1983, el 133 Bis, cuya redacción original era la siguiente:

Artículo 133 Bis.- Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, no pudiendo exceder de 30 días, prorrogables por igual término a petición del Ministerio Público. El juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.⁵

Como se colige de la lectura de esta norma, se establecía una modalidad domiciliar de arraigo hasta por treinta días, prorrogables por el mismo plazo, “para la debida integración de la averiguación”, atendiendo a “las características del hecho imputado y las características personales” del indiciado. Esta medida era purgada con vigilancia del Ministerio Público “y sus auxiliares”, pero, elemento fundamental de este modelo, contemplaba explícitamente el derecho de audiencia del indiciado ante el juez ante la solicitud del Ministerio Público.

Unos días más tarde de la publicación de esta reforma se modificaron diversos artículos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (CPPDF), introduciéndose un párrafo nuevo al artículo 271, el cual regula desde entonces la figura estudiada. El texto original de dicho artículo señalaba:

Quando se trate de delito no intencional o culposo, exclusivamente, y siempre que no se abandone al ofendido, el Ministerio Público dispondrá la libertad del inculpado, sin perjuicio de solicitar arraigo, si éste garantiza mediante caución suficiente que fije el Ministerio Público, no sustraerse a la acción de la justicia, así como el pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos. Igual acuerdo se adoptará, sin necesidad de caución

³ Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1976, Pp. 2-3, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cfpp/CFPP_ref07_31dic76_ima.pdf

⁴ Para mayor referencia sobre la reforma penal de 1983: Sergio García Ramírez (2003), *Consecuencias del delito: los sustitutos de la prisión y la reparación del daño*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XXXVI, No. 107, mayo-agosto de 2003, México, UNAM, Pp. 436-440, disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex107/BMD10701.pdf>

⁵ Diario Oficial de la Federación de 27 de diciembre de 1983, p. 27, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cfpp/CFPP_ref10_27dic83_ima.pdf

y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente, cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad.

De esta forma, tanto a nivel federal como en el Distrito Federal estas normas buscaban evitar la detención administrativa por ilícitos derivados del tránsito de vehículos así como otros delitos menores. Con ello, el arraigo sustituía a una medida precautoria innecesaria, por ejemplo, en vez de mantenerse detenido al conductor de un vehículo por habersele encontrado en flagrancia, se le concedía el beneficio de quedar bajo arraigo domiciliario. En esa tónica incluso se permitía a la persona arraigada trasladarse a su trabajo. La incorporación de este modelo de arraigo al ámbito del derecho positivo representaba una forma de evitar privilegiar la privación de la libertad para el tratamiento de asuntos menores.

En el mismo sentido se había concebido el arraigo en la reforma de 10 de enero de 1994 del CPPDF, que señalaba un tipo de arraigo decretado durante la averiguación previa.

Artículo 271.- En las averiguaciones previas que sean por delitos de la competencia de juzgados de paz en materia penal o siendo de los juzgados penales cuya máxima pena no exceda de cinco años de prisión, el probable responsable no será privado de su libertad en los lugares ordinarios de detención y podrá quedar arraigado en su domicilio, con la facultad de trasladarse a lugar de su trabajo.

Sobre este modelo “original” del arraigo penal mexicano, Miguel Sarre opinó lo siguiente:

El arraigo era [...] una medida humanitaria que sustituía a veces a la detención preventiva y que reflejaba las modernas teorías del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, uno de cuyos principios es el denominado *pro homine*. En el caso del arraigo, se trataba de que a ciertas personas, por su situación personal, por haber cometido infracciones menores, por razones de edad, salud u otras, se les concedía el beneficio de continuar su vida ordinaria con algunas restricciones en su movilidad.⁶

El modelo, sin embargo, comenzó un viraje entre los años 1996 y 1999, la eliminación de la audiencia de la persona afectada, su utilización para casos de delitos graves y su incorporación en la legislación especial en materia de delincuencia organizada marcan el tránsito del arraigo domiciliario para delitos menores hacia un modelo en el cual había una regulación doble sobre la que abundaremos en los siguientes apartados.

2. El modelo dual de arraigo y su condena parcial

A partir de 1996, tres años antes que se reformara de nuevo el CFPP para aplicar el arraigo a delitos graves, se contó en México con dos formas de arraigo.

Una se introdujo mediante la entrada en vigor de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que era una medida inédita que permitía al Ministerio Público determinar la modalidad de tiempo, forma, lugar y medios de ejecución del arraigo. De este tipo de arraigo, que es el que finalmente se preservó al constitucionalizarse la medida en 2008, nos referimos a mayor detalle en el siguiente subtítulo.

El otro tipo de arraigo es el que proviene del modelo “original”, y consiste en un endurecimiento considerable de la medida mediante la eliminación del derecho de audiencia para la persona afectada

⁶ Sarre, Miguel (2007), “La constitucionalización de una prisión preventiva sin pruebas en la figura del arraigo”, en Shalila Curioa Gálvez y Alejandra López Tapia (Coord.), Estudios en homenaje a Federico García Sámamo, México, ITAM-Porrúa Hnos.

por la medida, la ampliación del alcance espacial de la restricción de tránsito no sólo al domicilio sino también al abandono de una demarcación geográfica sin autorización del Ministerio Público, el acento en el arraigo durante la fase de averiguación previa, así como su aplicación para delitos graves, según consta en la reforma al artículo 133 Bis del CFPP, publicada en el DOF de 8 de febrero de 1999, para quedar en estos términos:

Artículo 133 Bis.- La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona 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. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

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

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

A partir de una serie de contradicciones entre los tribunales federales sobre la aplicación de la medida del Arraigo, la Primera Sala de la SCJN, señaló:

La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma ley.⁷

La decisión dejaba claro que el arraigo restringe el derecho a la libertad personal, por lo que es susceptible de declararse violatorio de derechos constitucionales si no cumplía con los requisitos legales.

Sin embargo, no fue sino hasta el 6 de septiembre de 2005 cuando la SCJN determinó la inconstitucionalidad del arraigo en sí mismo, mediante la acción de inconstitucionalidad 20/2003, promovida por un grupo del Congreso del Estado de Chihuahua que solicitaba la declaración de invalidez general del arraigo, contenido en el artículo 27 del Código Penal de ese Estado. Por lo que hace a la restricción de la libertad de tránsito en el arraigo, la SCJN determinó que debería constreñirse únicamente a la prohibición de abandonar el país o la ciudad de residencia, por encontrarse sujeta a un proceso de índole penal o civil, pero tal restricción no llega al extremo, bajo ninguna circunstancia,

⁷ Contradicción de tesis 3/99. Entre las sustentadas por una parte, por los Tribunales Colegiados Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 20 de octubre de 1999. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Óscar Mauricio Maycott Morales

de impedir que la persona salga de un determinado domicilio (inmueble), y menos aún, que se encuentre bajo la custodia y vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora de delitos, ya que el precepto constitucional en comento no hace referencia a dichos supuestos, sino a través de los estrictos términos que establecen los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 constitucionales para la afectación a la libertad personal.

En cuanto al derecho a la defensa, la Corte determinó que, tomando en cuenta que para decretar el arraigo es innecesario que existan elementos de prueba suficientes en la averiguación previa que hagan pensar en la probable la responsabilidad del indiciado, y que pueda así solicitarse una orden de aprehensión, esto implica necesariamente que a la persona arraigada “se le restringe su libertad personal sin que se le dé oportunidad de defensa...”⁸

Para la Corte, el arraigo contenido en el artículo 122 del Código Procesal chihuahuense violaba el principio del debido proceso legal al inobservar el principio según el cual el Estado sólo puede privar de la libertad a una persona cuando existen suficientes elementos incriminatorios, tras un proceso penal en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, y en el cual se respete “la garantía de audiencia, en la que pueda desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable”.⁹

Respecto a la función del Ministerio Público (MP), la Corte señaló que “ésta se constriñe a la investigación de delitos, en la que deberá recabar las pruebas necesarias para demostrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del acusado.” Para la Corte, sólo tras una investigación realizada por el MP que arroje datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, que sea dada a conocer a la autoridad judicial a través de la consignación, puede válidamente decretarse la detención de una persona.

En palabras de la Corte:

...una vez que el inculpado sea puesto a disposición de la autoridad judicial, ésta cuenta con un término de setenta y dos horas para que justifique esa detención con un auto de formal prisión en el que se expresará: “...*el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.*” (Artículo 19 constitucional).

En la misma tesitura, la Corte atendió al hecho que los preceptos constitucionales dispuestos al análisis en esta resolución prescriben la celeridad con la que deben llevarse a cabo todas las actuaciones que tengan como consecuencia la privación de la libertad personal, imponiendo a la autoridad persecutora o a quien realice la detención, el deber de que con toda prontitud el indiciado sea puesto a disposición del juez, con el objeto de que, al iniciar éste el proceso penal correspondiente, el inculpado tenga pleno conocimiento de los delitos que se le imputan y pueda iniciar inmediatamente su defensa, con el fin de obtener su libertad personal en los casos en que proceda.

Bajo una lectura del artículo 20 constitucional, la Corte resolvió que:

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

⁸Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Promoventes: diputados integrantes de la sexagésima legislatura del congreso del estado de chihuahua, p. 108 y ss.

⁹ Ibídem., p. 103.

"A. Del inculpado:

(...)

"III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;..."

(...)

De los preceptos constitucionales transcritos, en lo que al caso interesa, se desprende el principio del debido proceso legal, que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, la garantía de audiencia en la que pueda desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; asimismo, en cuanto a la función persecutoria del Ministerio Público, ésta se constriñe a la investigación de delitos, en la que deberá recabar las pruebas necesarias para demostrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del acusado.

(...)

De acuerdo a lo anterior, para que una persona pueda ser afectada en su libertad personal, ya sea en forma preventiva o definitiva, es menester que previamente el Ministerio Público haya integrado una averiguación previa que arroje datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, lo cual se pondrá en conocimiento de la autoridad judicial a través de la consignación, para que ésta, en caso de que se haga sin detenido, ordene la aprehensión del inculpado y sea puesto a su disposición (sic) inmediatamente después de que se cumplimente (...) además de que una vez que el inculpado sea puesto a disposición (sic) de la autoridad judicial, ésta cuenta con un término de setenta y dos horas para que justifique esa detención con un auto de formal prisión ...(artículo 19 constitucional).

Así, la Constitución Federal establece con claridad los derechos del indiciado, con el fin de garantizar su libertad personal y evitar que sea objeto de arbitrariedades de las autoridades, para lo cual se prescriben lineamientos estrictos que deben satisfacerse previamente a cualesquier actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal.¹⁰

Por lo anterior, la Corte determinó:

Del precepto constitucional transcrito [se refiere al artículo 11]¹¹ se infiere, para lo que al caso interesa, que la garantía de libertad de tránsito se traduce en el derecho que todo individuo

¹⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo: XXIII, Junio de 2006, Pleno, página: 813, citado en Sarre, Miguel (2007), "La constitucionalización de una prisión preventiva sin pruebas en la figura del arraigo", en Shalila Curioca Gálvez y Alejandra López Tapia (Coord.), Estudios en homenaje a Federico García Sámano, México, ITAM-Porrúa Hnos.

¹¹ Artículo 11. Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto 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

tiene para entrar o salir del país, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, permiso o autorización alguna; libertad que puede estar subordinada a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal y civil, entre otras limitaciones administrativas.

De lo anterior se desprende que las limitaciones o restricciones a la libertad de tránsito se constriñen únicamente a que la persona a quien se le impone no pueda abandonar el país o la ciudad de residencia, por encontrarse sujeta a un proceso de índole penal o civil, pero tal restricción no llega al extremo, bajo ninguna circunstancia, de impedir que salga un determinado domicilio (inmueble), y menos aún, que se encuentre bajo la custodia y vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora de delitos, ya que el precepto constitucional en comento no hace referencia a dichos supuestos, sino a través de los estrictos términos que para la afectación a la libertad personal establecen los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 constitucionales ya mencionados.

(...)

Atento a lo anterior, la figura jurídica del arraigo no encuentra sustento alguno en el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹²

Además que el Poder Judicial había reiterado la inconstitucionalidad de la figura, entre la comunidad académica y a nivel internacional quedaba claro que el arraigo también era contrario al derecho internacional.

En ese sentido, Sergio García Ramírez, ex Procurador General de la República y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, había señalado que:

Una de las figuras aberrantes aportadas por la Ley Federal de 1996 –más por la interpretación extraviada que por la letra misma de la ley- ha sido el arraigo entendido como verdadera detención anticipada, no como prohibición de salir de cierto territorio o jurisdicción, que fue el concepto tradicional de esta figura cautelar.¹³

En el mismo sentido, Miguel Carbonell, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, había señalado que “el arraigo es una figura que permite innumerables abusos por parte de la autoridad ministerial”, por lo que abogaba por que se contara con una “previsión constitucional que dejara en claro que cualquier privación de la libertad, debe darse conforme a los plazos que establece la propia Constitución”.¹⁴

Por su parte, los organismos internacionales de protección de derechos humanos se pronunciaron desde 2002 sobre el impacto del arraigo en los derechos de las personas. Ese año, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Detención Arbitraria destacó en su informe sobre su visita a México 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,

limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.’

¹² Citado en Sarre, Miguel (2007) *op. cit.*

¹³ *Ibidem*, p. 72. Sergio García Ramírez había manifestado su parecer sobre el arraigo en García Ramírez, Sergio. *Delincuencia organizada: antecedentes y regulación penal en México*. Porrúa, México, 2002, pp. 180-181.

¹⁴ Carbonell, Miguel. “Proteger la libertad: una propuesta de reforma constitucional”. Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María del Carmen, Coordinadores. *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Estudios de derecho público y política*, México, UNAM, 2006, P. 32

si bien no son secretos, sin son discretos”. De ahí que lo considere un tipo de “preproceso o anteproceto que se lleva *de facto* no ante un juez, sino ante funcionarios de la Procuraduría General de la República que adquieren así la facultad de actuar y valorar pruebas o desahogar medios de prueba con preinculpados.”¹⁵

Asimismo, el 6 de febrero de 2007, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, publicó las observaciones al cuarto informe periódico rendido por el Estado mexicano. En dichas observaciones, el Comité señala su preocupación respecto a la figura del arraigo penal que:

...se habría convertido en una forma de detención preventiva con el uso de casas de seguridad (casas de arraigo) custodiadas por policías judiciales y agentes del Ministerio Público, donde se pueden detener indiciados durante 30 días —hasta 90 días en algunos Estados— mientras se lleva a cabo la investigación para recabar evidencia, incluyendo interrogatorios.¹⁶

Al hacer mención a la decisión de la Suprema Corte en torno a la inconstitucionalidad del arraigo en Chihuahua, el Comité manifestó su preocupación que la decisión fuera solamente vinculante para el Estado de Chihuahua. Por ello recomendó:

El Estado Parte debe, a la luz de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, garantizar que la figura del arraigo desaparezca tanto en la legislación como en la práctica, a nivel federal así como a nivel estatal.¹⁷

De acuerdo con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, México tenía un año de plazo para notificar al Comité las medidas tomadas a fin de adecuar el marco legal en el sentido apuntado.

Alrededor de cuatro meses después de vencido ese plazo, no sólo no se tomó en consideración la recomendación de abolir el arraigo, sino que se elevó a rango constitucional el modelo más puramente preprocesal, discrecional y administrativo previsto en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, como si el mero hecho de aparecer en la Constitución remediara su inconstitucionalidad. Ninguna de las voces críticas en México y el mundo encontró eco en el Constituyente Permanente congregado en 2008 para aprobar la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública.

Recientemente, en su reporte preliminar sobre la visita a México, el Relator contra la Tortura de las Naciones Unidas realizada entre abril y mayo de 2014, reiteró el llamado a eliminar la figura del arraigo:

Esta tendencia a detener para investigar, en lugar de investigar para detener se manifiesta también en la figura del arraigo contemplada en la Constitución Nacional. En el caso del arraigo, el Relator le da la bienvenida al fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de febrero de 2014 que limitó el uso de esta figura a la jurisdicción federal en los supuestos de delitos relacionados con el crimen organizado y permitió la posibilidad de interponer el recurso de amparo en esas situaciones. Asimismo, el Relator reconoce una notoria disminución en la utilización del arraigo y recibe con aprobación las iniciativas legales en

¹⁵ *Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México del 27 de octubre a 10 de noviembre de 2002, E/CN.4/2003/8/Add.3, 17 de diciembre de 2002, párr. 50.*

¹⁶ *Comité Contra la Tortura. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007, Párr. 15.*

¹⁷ *Ídem.*

curso tendientes a incorporar la decisión de la Corte en la legislación y restringir la duración y aplicación del arraigo. A pesar de estos avances, el Relator recuerda al Gobierno que el arraigo no es acorde con la normativa internacional relativa a la privación de la libertad y expone a las personas a una mayor vulnerabilidad respecto de posibles torturas y malos tratos. El Relator nota con preocupación que varias Entidades Federativas aún continúan recurriendo a esta figura, aunque en ocasiones, como en el caso del Distrito Federal, con nombres diversos y de menor duración. **El Relator insta al Gobierno a reanudar esfuerzos tendientes a la definitiva eliminación de esta figura**, independientemente de su eventual desaparición a nivel estatal con la definitiva incorporación del nuevo procedimiento penal acusatorio en 2016."¹⁸ (Subrayado fuera del texto)

3. El modelo inconstitucional constitucionalizado

Como se dijo, el arraigo que se ve plasmado hoy en el texto del artículo 16 párrafo octavo constitucional es en buena medida el previsto en el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 7 de noviembre de 1996,¹⁹ la previsión legal ampliamente cuestionada cuyo texto asienta en el artículo único del capítulo segundo, titulado “De la detención y retención de indiciados”, lo siguiente:

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

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

Como se podrá apreciar de una lectura comparativa de esta norma con la constitucional vigente, estamos ante un mero trasplante o injerto de una ley especial para ampliar el poder punitivo en casos de delincuencia organizada llevada al máximo rango normativo, desafiando, desde luego, la determinación de la Suprema Corte según la cual el arraigo más moderado de los dos que coexistían en el segundo modelo había sido considerado inconstitucional por sí mismo, no por no hallarse en el texto constitucional, sino por contravenir al espíritu de la garantía de libertad.

El texto constitucional que hoy fija la existencia de la figura del arraigo dice:

Artículo 16.- [...]

¹⁸ Conclusiones Preliminares visita a México del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez. Abril 21 – Mayo 2 2014, http://hchr.org.mx/files/Relatorias/Approved-finalConclusionesPreliminares_2deMayode2014_VisitaSRTMexico.pdf

¹⁹Cfr. Diario Oficial de la Federación de 7 de noviembre de 1996, Pp. 3, 4, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfcdo/LFCDO_orig_07nov96_ima.pdf

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

[...]

En ambas normas hallamos en común que 1) el Ministerio Público puede determinar las modalidades de lugar y tiempo de ejecución del arraigo, 2) que tendrá una duración máxima de cuarenta días, prorrogables por un período igual; 3) que su uso se destinará a la investigación de delitos de delincuencia organizada en los términos de la Ley en la materia; y 4) que su uso estará condicionado a la verificación de alguna de las tres hipótesis enunciadas (el “éxito de la investigación”, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia).

Lo único que la norma constitucional deja fuera con respecto a la norma federal es que la medida tendrá lugar bajo la vigilancia de la autoridad (refiriendo específicamente por “autoridad” al Ministerio Público y la policía bajo su mando y conducción), así como la facultad ministerial de determinar, además del lugar y el tiempo de ejecución, las modalidades de forma y medios de realización, aunque sigue habiendo una referencia directa a la legislación en materia de delincuencia organizada. En esto último cabe tomar nota que no se refiere exclusivamente a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, sino a “la ley” sin más, es decir, la normatividad vigente relativa a delincuencia organizada.

La consagración de la norma especializada en delincuencia organizada que se llevó a la Constitución no estuvo exenta de críticas. De hecho, se trató de la figura más cuestionada de toda la reforma penal de 2008, como comentaremos a continuación.

Es sabido que varias iniciativas de reforma constitucional en materia penal fueron presentadas entre 2006 y 2007. La primera el 29 de septiembre de 2006 y las siguientes el 19 de diciembre del mismo año, el 6 de marzo de 2007 (enviada por el Ejecutivo Federal), el 29 del mismo mes, el 25 de abril y el 4 de octubre (en esta última fecha se presentaron cinco iniciativas). A partir de la discusión de la iniciativa presidencial, enviada al Congreso el 9 de marzo de 2007, las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados formularon un dictamen el 10 de diciembre de 2007, en el cual se abarcaban todos los proyectos. Dos días después se debatió y aprobó en la Cámara de Diputados, y dictaminado, discutido y aprobado el día trece del mismo mes.²⁰

Las discusiones sobre el tema comenzaron con la propuesta del Ejecutivo Federal de introducir el arraigo en la Constitución, junto a los cateos y las intervenciones de comunicaciones, las figuras centrales del régimen de excepción para delincuencia organizada, sin que fuera preciso el control jurisdiccional en el momento de librarse la medida, sino solamente *ex post facto*, como se colige de la lectura de los párrafos alusivos a la medida en el artículo 16 propuesto por el presidente Calderón:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos graves, podrá decretar el arraigo de una persona con las modalidades de lugar y tiempo que el juez acuerde, sin que pueda exceder de treinta días, siempre que sea necesario para la investigación, la

²⁰García Ramírez, Sergio. La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo? Porrúa, México 2008, p. 542.

protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá duplicarse tratándose de delincuencia organizada.

[...]

Tratándose de delitos considerados como de delincuencia organizada, el Ministerio Público podrá ordenar la realización de arraigos, cateos e intervención de comunicaciones privadas, cuya validez estará sujeta a revisión judicial posterior en los términos que determine la ley.²¹

No era un secreto que la intención del Ejecutivo fue siempre elevar al más alto rango normativo las medidas cautelares, como se lee en la exposición de motivos de la iniciativa presentada en marzo de 2007. No obstante, llama la atención el *razonamiento* del Ejecutivo que justifica la ampliación e incorporación de medidas cautelares que, como el arraigo, restringen derechos humanos. Basta leer lo que la exposición de motivos indica para advertir que se vertió en ello un enfoque totalmente ajeno al de derechos humanos:

Hoy en día, existen algunas de estas medidas [cautelares], como lo vemos en el arraigo, en la prohibición de salir de una demarcación territorial o en el aseguramiento de bienes; sin embargo, es claro que es indispensable ampliarlas y, dado su carácter de restricción de derechos fundamentales, deben ser incorporadas a nivel constitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la acción de inconstitucionalidad 20/2003, se pronunció en el sentido de que las medidas que restrinjan la libertad personal tienen que estar en el texto constitucional; por ello, para dar pie a un número importante de medidas cautelares, al adicionar el párrafo segundo al artículo 16 que se propone, se da sustento constitucional a las mismas y se prevén los fines de éstas, dejando a la legislación secundaria la facultad de definir las expresamente.

Es decir, que conforme al dicho del Ejecutivo, no hay alternativa al arraigo, y las restricciones de derechos humanos deben constitucionalizarse, aun cuando, como lo reconoce el mismo texto, el arraigo, pese a su “evidente benevolencia”, “implica una altísima afectación a la libertad personal”. De ahí el fallo de la SCJN, que en momento alguno se formuló en el sentido expresado por el Ejecutivo. Miguel Sarre lo dice con una claridad que en nuestra opinión no admite objeción:

Jamás ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación que las medidas que restrinjan la libertad personal “tienen que estar en el texto constitucional”. Lo que ha dicho es que estas medidas –como el arraigo penal– son contrarias al texto constitucional. No ha recomendado la Suprema Corte que estas normas se incluyan en la Constitución para darles validez, como parecería indicar este párrafo de la Iniciativa, que desvirtúa y tergiversa de manera burda lo resuelto por el máximo tribunal.

La legislación, y en especial las Constituciones no son ni deben ser un conjunto de disposiciones inconexas y discordantes, sino que deben expresar, en su contexto, principios y posiciones claras en materia de garantías individuales y derechos humanos, deben ser, en

²¹ Esta referencia y las posteriores que aluden a la iniciativa del Ejecutivo de marzo de 2007 pueden hallarse en el “Oficio con el que la Secretaría de Gobernación remitió al Senado la iniciativa ‘proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos’ en materia de seguridad y justicia penal”, (documento sin números de página), disponible en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2007/03/asun_2319944_20070313_1173819720.pdf

suma, un todo homogéneo y coherente. No se pueden interpretar sus artículos por separado, independientes del conjunto y de los principios que de él emanan.

Introducir el arraigo en el texto constitucional sería contradecir los principios básicos que lo inspiran. Al respecto, debe tenerse en cuenta que los textos jurídicos deben interpretarse en forma sistemática, es decir, que guarden la debida concordancia entre sus diversas disposiciones y en lo posible con el conjunto de la legislación, tanto nacional como internacional. Se trata de que sea un todo bien integrado y armónico. Si la Suprema Corte hubiese considerado que el problema de la constitucionalidad del arraigo era meramente verbal porque no está expresamente previsto en nuestro margen constitucional, entonces hubiere sostenido que, pese a ello, la figura obedece a una causa o finalidad constitucionalmente admisible, por lo que la mera omisión de mencionar esta figura no implicaría la inconstitucionalidad de la misma, pero no fue así; la Suprema Corte consideró que dicha norma debe ser expulsada del sistema.

La Iniciativa para introducir el arraigo penal en el texto de la Constitución Política Federal rompe todo el esquema garantista de la misma, no concuerda con los principios que ella expresa, es contrario a los tratados de que México es parte. En resumen, es incongruente con el conjunto de la Constitución y, por lo tanto, resulta inconstitucional.²²

Ello no obvió para buscar fórmulas distintas al problema del “éxito de la investigación”, cuyo significado preciso sigue siendo una incógnita. A fin de matizar el impacto en el ejercicio de derechos, el Ejecutivo admite haber restringido la medida “para evitar abusos”, en estos términos:

En relación con el arraigo y a fin de evitar abusos, se propone lo siguiente:

- a) Sólo lo puede dictar el juez, quien determinará la modalidad de su ejecución, salvo en el caso de delincuencia organizada en que podrá dictarse por el Ministerio Público con posterior revisión de la autoridad judicial.
- b) Se establece con precisión el tiempo máximo de duración.
- c) Por primera vez, se prevén los fines del arraigo, de forma que así se evita la arbitrariedad al permitirse únicamente cuando se compruebe la necesidad de la medida para proteger a las personas o bienes jurídicos, para la continuación de la investigación o si existen datos de riesgo fundado de sustracción del inculpaado a la acción de la justicia.
- d) Se limita al caso de delitos graves, con duplicidad para delincuencia organizada.

Con todo, las supuestas restricciones a la discrecionalidad en el uso del arraigo no eran suficientes ante el hecho que el Ministerio Público podía autorizarlo sin control judicial previo o al menos simultáneo al acto, sino posterior, así como la vaguedad en la posibilidad de emplear el arraigo para delitos diferentes a los relacionados con la delincuencia organizada. Esos delitos eran los calificados como graves, que en la propuesta del Ejecutivo se definían como “aquéllos que afecten seriamente la tranquilidad y la paz públicas”, dejando a la legislación secundaria su catalogación.

Las críticas desde la academia y la sociedad civil fueron prácticamente unánimes. En el texto anteriormente citado,²³ Miguel Sarre advertía:

²²Sarre, Miguel (2007), “La constitucionalización de una prisión preventiva sin pruebas en la figura del arraigo”, en Shalila Curioa Gálvez y Alejandra López Tapia (Coord.), Estudios en homenaje a Federico García Sámamo, México, ITAM-Porrúa Hnos.

²³ Sarre, Miguel (2007), *op. cit.*

[E]n la Iniciativa que será objeto de análisis, no sólo no se avanza en una concepción del debido proceso que se vaya acercando a un modelo garantista, sino que se retrocede gravemente hacia procedimientos aún más inquisitoriales, como es entregarle a una autoridad administrativa como es el Ministerio Público, facultades que inciden directamente en la libertad y la seguridad de las personas, sin que éstas cuenten con la garantía fundamental que consiste en poder acceder a un juez.

Y anticipaba:

Además de debilitar la capacidad de investigación de la policía, el arraigo establecido como norma constitucional va a restringir gravemente las libertades públicas, que son un bien que debemos cuidar con esmero. Cuando todo el edificio de los principios constitucionales se comienza a erosionar en esa forma, no se sabe a dónde se puede llegar.

En el mismo tono, diversas organizaciones de la sociedad civil y académicas y académicos, entre otros la CMDPDH, denunciarnos con oportunidad que la propuesta de incluir el arraigo en la Constitución era contraria al derecho a la libertad y a la libertad personales, atendiendo a lo señalado por el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“el Pacto Internacional” o “PIDCP”) y al artículo 7º de la Convención Americana. Ambos instrumentos señalan que toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. El documento producto de la deliberación de la sociedad civil y los expertos, fue publicado bajo el título *Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la sociedad civil y por académicas y académicos especialistas en derechos humanos*. En dicho documento se señaló también:

[N]uestra propuesta retoma el dictamen aprobado por la Cámara de Senadores excepto en lo referente a la creación de un subsistema de excepción para la delincuencia organizada, al arraigo y a los cateos y allanamientos sin orden judicial.²⁴

Advertencias no faltaron. El 18 de junio de 2008, tras largas discusiones, el arraigo fue limitado a casos de delincuencia organizada, lográndose al menos que hubiera un control jurisdiccional previo a la ejecución de la orden de arraigo, pero sin que estas mudanzas, importantes pero insuficientes, conjuraran la elevación a norma primaria de una detención pre-procesal incompatible con los derechos humanos.

4. El arraigo como detención administrativa de tipo preventivo

Hemos procurado exponer, al menos panorámicamente, dos de los contextos que nos permiten comprender el arraigo: el de la situación nacional en que se constitucionalizó y el de su propia evolución histórica; aún debemos internarnos en los contextos institucional y normativo, es decir, cuál es el lugar que tiene el arraigo en el marco de las instituciones públicas que lo instrumentan y otros actores que se ven involucrados, como los medios de comunicación, así como determinar cuál su sitio en una revisión sistémica del marco normativo procesal y constitucional. Antes de emprender esa exploración, nos ha parecido fundamental hacer una puntualización conceptual que parta de lo que se ha debatido en torno a lo que la figura es (jurídicamente hablando), y resolver si hay o no un

²⁴ Oficina en México de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la sociedad civil y por académicas y académicos especialistas en derechos humanos*, P. 88. Disponible en: <http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/propuestareformaconst.pdf>

consenso sobre al tema. Anticipamos que no lo hay, por lo que terminaremos este capítulo ofreciendo una postura propia.

Ahora bien, para iniciar ese análisis es preciso recordar cuáles son las normas que regulan el arraigo, en lo cual será útil referirnos a las disposiciones de la Tabla2:

Tabla 2: Marco normativo federal vigente sobre arraigo penal		
Disposición	Artículo	Contenido
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	16 párrafo noveno	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.
Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	12	El Juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2o. de esta Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación. La duración del arraigo podrá prolongarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que la duración total de esta medida precautoria exceda de ochenta días.
Código Penal Federal	178 párrafo segundo	Al que desobedeciere el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, dictados por autoridad judicial competente, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de diez a doscientos días multa.
Código Federal de Procedimientos Penales	2º fracción III	Artículo 2o.- Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales. En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público: [...] III.- Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan;
	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.
	205	Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez, fundada y motivadamente, o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del máximo señalado en el artículo 133-bis o bien tratándose de la averiguación previa o bien en el proceso por el término constitucional en que este deba resolverse.
	256	Cuanto tuviere que ausentarse del lugar en que se practiquen las diligencias alguna persona que pueda declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de la persona del inculpado, el tribunal, a solicitud de cualquiera de las partes, procederá a examinarla desde luego si fuere posible; en caso contrario, podrá arraigar al testigo por el tiempo que sea estrictamente indispensable para que rinda su declaración. Si resultare que la solicitud fué [SIC] infundada y por lo mismo indebido el arraigo, el testigo podrá exigir al que lo solicitó que lo indemnice de los daños y perjuicios que le haya causado.
	367 fracción VII	Artículo 367.- Son apelables en el efecto devolutivo: [...] VII.- Los autos que nieguen el cateo, las medidas precautorias de carácter patrimonial, el arraigo del indiciado o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica;
Código Nacional de Procedimientos Penales	Artículo 153; 155. Fracción VI	Artículo 153. Reglas generales de las medidas cautelares Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento. Corresponderá a las autoridades competentes de la Federación y de las entidades federativas, para medidas cautelares, vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido. Tipos de medidas cautelares A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares: VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;

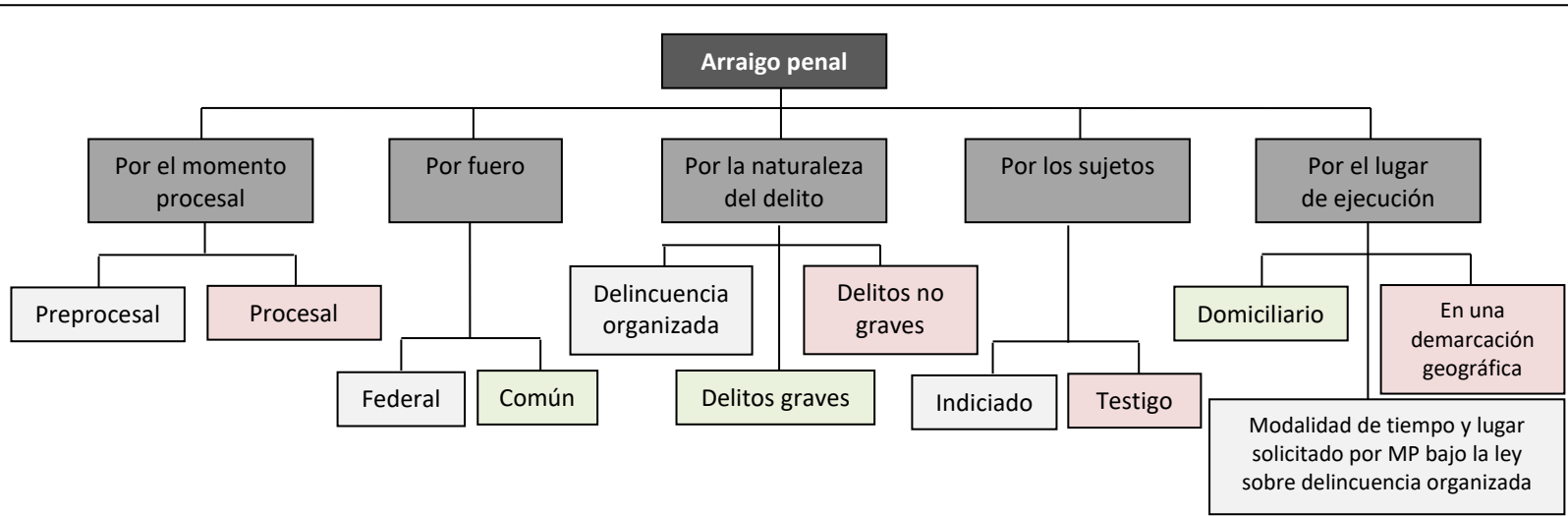
Como puede advertirse, aún subsisten en México dos modelos de arraigo, a saber, uno amplio que incluye la disponibilidad del lugar y el tiempo de ejecución de la medida por parte del Ministerio Público, así como un fuerte acento en la persecución de delitos de delincuencia organizada, frente a un segundo modelo restringido, que aún conserva la modalidad domiciliaria del modelo original de arraigo, reputado de inconstitucional por la Suprema Corte. Sin embargo, y con la salvedad de lo

dispuesto en el artículo décimo primero transitorio del decreto de reforma de 18 de junio de 2008,²⁵ el único arraigo que tiene aún sustento constitucional formal es el del primer tipo, que no está exento, en una interpretación literal, de que el Ministerio Público lo solicite bajo la modalidad domiciliaria. Esto, como veremos en el siguiente capítulo, no es la regla.

Por lo pronto, lo que hoy llamamos arraigo en México ha ameritado, como advertimos ya, un debate conceptual. ¿Qué es, jurídicamente hablando, ese arraigo del que habla la Constitución y disposiciones como el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada? Procuraremos acercarnos a la respuesta en dos pistas: 1) la tipología de arraigos que contempla el marco normativo vigente; y 2) si se trata de una medida cautelar, una técnica de investigación o una detención administrativa.

4.1 Tipología del arraigo penal en México

Para algunos estudiosos del tema, entre ellos el doctor José Luis Embriz Vázquez, juez mexiquense, el arraigo penal admite las siguientes formas:



* Elaboración propia con base en el esquema de José Luis Embriz Vázquez, en Embriz Vázquez, José Luis, Fuentes Cerdán, Omar, Pastrana Berdejo, Juan David y Benavente Chorres, Hesbert, 2010, *Arraigo y prisión preventiva. Doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, México, Flores Editor y Distribuidor y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. P. 30. **Clave de colores:** Los cuadros gris claro son tipos de arraigo que permanecerán mientras esté vigente la actual redacción del artículo 16 constitucional, mientras los rosa han desaparecido ya, al menos formalmente, y los verdes desaparecerán a más tardar en 2016. En el caso de arraigos de fuero común, sólo subsistirían en caso que la entidad federativa tuviera una legislación vigente en materia de delincuencia organizada y hasta que el Congreso emita una legislación general en la materia.

Esta tipología, basada en las normas en vigor, es, sin embargo, transitoria, hallando este régimen provisional dos formas: una en la cual las disposiciones vigentes antes de la reforma habrán de desaparecer con la implementación del sistema penal acusatorio (recuadros color verde), a saber: los arraigos de fuero común y los ordenados por delitos graves, y otra en la cual las disposiciones vigentes con anterioridad a la reforma deberían considerarse ya derogadas por el texto constitucional, entre las que se encuentran: el arraigo contra testigos, los dictados para el tratamiento de delitos no graves - el cual fue recientemente acotado por la Suprema Corte de Justicia- y los dispuestos en la modalidad de

²⁵ En materia de aplicabilidad del arraigo para delitos graves de los fueros federal y común hasta que se implemente el sistema acusatorio.

restricción de movilidad de la persona en una determinada demarcación geográfica. Ello se debe a lo dispuesto por el artículo décimo primero transitorio del decreto de reforma.

Aunque emprenderemos la crítica de esta disposición transitoria en el capítulo siguiente, vale la pena recordar lo que establece:

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

Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.²⁶

De esta previsión se desprende que el arraigo de fuero común y el arraigo por delitos graves, tanto en el fuero federal como en el común, desaparecerán con la implementación del sistema en el estado que corresponda, quedando el arraigo en vigor en aquellos que aún no hubieran implementado el sistema, o en el caso del arraigo por delitos graves federales, a partir de la publicación del código federal que regule el proceso penal acusatorio. Para ello, como es sabido, el plazo constitucional fijado en 2008 fue de ocho años a partir del día posterior a la publicación del decreto, es decir, que este plazo venció el 19 de junio de 2016.

De igual modo, el arraigo por delitos no graves, contra testigos y la restricción de movilidad en demarcación geográfica debieron quedar eliminados a partir de la reforma constitucional, toda vez que el artículo transitorio en comento restringe el uso de este arraigo *extensivo* a indiciados por delitos graves. También, quedan automáticamente excluidas las hipótesis de procedencia de arraigos que hubieran sido librados con una finalidad diversa a la de lograr “el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia”. Desde luego, salta a la vista la imprecisión subjetiva entre “indiciados” e “inculpados”, pero esto será motivo de un apartado en el capítulo siguiente.

Ahora bien, consideramos importante hacer una breve mención a los diversos tipos de arraigo contenidos en nuestro esquema, lo que ocupará los próximos apartados.

4.2. Tipos de arraigo atendiendo al momento de su ejecución

Conforme al esquema, y atendiendo a la etapa procesal en la que se ejecuta la orden de arraigo, podemos hallar dos tipos: el pre-procesal y el procesal. El primero ocurre cuando el arraigo es solicitado por el Ministerio Público durante la etapa de investigación (o de averiguación previa, en el sistema inquisitivo aún vigente), mientras que el segundo se realiza cuando ya se ha librado la consignación, es decir, cuando se ha puesto a *disposición* del juez al indiciado. La diferencia entre ambas etapas, como se sabe, es que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal.

No obstante la hipótesis de un arraigo ordenado con posterioridad al ejercicio de la acción penal, la reforma constitucional restringe los supuestos generales de procedencia de la figura, como hemos reiterado antes, al éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o ante el riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. El primero de los supuestos parecería referirse exclusivamente a la fase de investigación, mientras que los otros dos pueden verificarse con independencia del ejercicio de la acción penal, es decir, que en teoría habría forma de solicitar el arraigo de una persona con posterioridad a su consignación ante el juez, siempre que sea

²⁶ Decreto de reforma constitucional de 18 de junio de 2008, p. 11, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08.pdf

solicitado por el Ministerio Público, supuesto que permanece en cualquiera de los dos momentos señalados, por lo que podría inferirse la imposibilidad de la existencia de arraigos dictados oficiosamente por la autoridad judicial, pero sostener la posible verificación de arraigos procesales.

En apoyo a este argumento, debemos invocar el artículo décimo primero transitorio, por lo que hace al destinatario de las normas que aún se encuentren vigentes antes de la implementación del sistema acusatorio en caso de delito grave en los fueros común y federal, que es un “indiciado”, es decir, que el arraigo dictado para delitos distintos a los de delincuencia organizada que aún puede ser considerado transitoriamente constitucional es siempre el que se da en un momento en el cual la persona afectada tiene calidad de indiciada, y no en el momento posterior a la consignación ante una autoridad jurisdiccional, por lo que debemos considerar como eliminado a partir de la reforma penal de 2008 el arraigo procesal, así como cualquier modalidad en la cual el juez puede dictar de oficio la orden de arraigo.

4.3. Tipos de arraigo atendiendo al fuero

El arraigo puede proceder en el fuero federal y en el fuero común siempre y cuando se cumpla alguna de dos hipótesis, a saber: 1) que se trate de delitos de delincuencia organizada, en los términos del transitorio sexto del decreto de reforma constitucional penal de 2008; o 2) que se trate de delitos graves, en los términos del transitorio décimo primero del decreto, situación que fue modificada por la Suprema Corte como analizaremos adelante.

La primera hipótesis admite la procedencia de arraigos de fuero federal, pero restringe los arraigos de fuero común en materia de delincuencia organizada debido a dos circunstancias: por una parte, no todas las entidades federativas cuentan con legislaciones en la materia,²⁷ y por la otra, ningún estado de la República puede legislar al respecto a partir de la reforma al artículo 73 fracción XXI constitucional, que se incluyó en el decreto de reforma de 18 de junio de 2008, mediante la cual se confirió al Congreso de la Unión la facultad exclusiva de legislar en materia de delincuencia organizada.

En tanto, el mismo artículo sexto transitorio autoriza a las entidades que cuentan ya con legislaciones en la materia a seguir aplicando la figura en los términos que disponen esos ordenamientos, a los que se refiere en todo momento como “legislaciones”, pudiéndose interpretar dicho término no como normas dispersas sino como el conjunto de normas que regulan determinada materia o el conjunto de materias que conforman el ordenamiento jurídico nacional, por lo que habría en ello una fuente de discusión sobre si deberían considerarse como vigentes las normas contra delincuencia organizada que están contempladas en los códigos penales locales, lo que debería descartarse bajo una lectura textual del precepto de mérito:

Sexto. Las legislaciones en materia de delincuencia organizada de las entidades federativas, continuarán en vigor hasta en tanto el Congreso de la Unión ejerza la facultad conferida en el artículo 73, fracción XXI, de esta Constitución. Los procesos penales iniciados con fundamento en dichas legislaciones, así como las sentencias emitidas con base en las mismas, no serán afectados por la entrada en vigor de la legislación federal. Por lo tanto, deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, conforme a las disposiciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta última.

Por lo que hace a los delitos graves del fuero común, el arraigo persiste solamente en aquellas entidades federativas que ya lo hubieran contemplado en su legislación, y su práctica, conforme al

²⁷ Los estados de la República que cuentan con legislaciones especiales sobre delincuencia organizada son: Baja California, Distrito Federal, Morelos y Jalisco.

artículo décimo primero transitorio, debe reducirse a la investigación o proceso de delitos graves en un período máximo e improrrogable de cuarenta días, sin que pueda aplicarse después de la implementación local del nuevo sistema penal acusatorio.

Al respecto es pertinente mencionar un avance parcial en la materia, toda vez que la decisión no analiza la Convencionalidad de la figura del arraigo, la Suprema Corte de Justicia por primera vez realiza un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad del artículo 291 del Código Penal de Aguascalientes - sesión de 24 de febrero de 2014- y profundiza en el estudio y facultades de aplicar el arraigo para delitos graves por parte de las entidades federativas.

Al respecto la Corte manifestó que conforme a la propia Constitución, éstas no son competentes para legislar el arraigo porque es una facultad del Congreso de la Unión —el artículo 16 de la Constitución indica que sólo puede usarse en casos de delincuencia organizada- Con esta decisión los ministros que integran la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) confirmaron que las entidades federativas no pueden legislar en materia de arraigo, toda vez que el artículo 16 constitucional reformado, establece la procedencia de éste única y exclusivamente para delitos de delincuencia organizada, emitida por autoridad judicial y a solicitud del ministerio público.

De esta forma el máximo tribunal del país revocó la sentencia de un tribunal colegiado que estimó, equivocadamente, que las normas secundarias pueden prever el arraigo para delitos del orden común siempre y cuando se adapten a los extremos contemplados en la constitución. Al radicarse la competencia para legislar en materia de delincuencia organizada de manera exclusiva de la Federación, se impide a los Estados legislar sobre dicha materia y, de esta manera, genera también la incompetencia de las autoridades locales para aplicar las disposiciones tanto en la materia de delincuencia organizada como en materia de arraigo.

Igualmente, la SCJN al profundizar sobre el estudio del tema, al resolver los juicios de amparo número 164/2013 y 38/2014, la primera sala concedió el amparo al quejoso para el efecto de que el juez de la causa excluya el material probatorio considerado "directa e inmediatamente vinculado con el arraigo", dependiendo de la etapa en la que se encuentre el juicio, sin necesidad de volver a emitir los actos ya dictados antes de la concesión contra el arraigo²⁸.

De esta decisión se pueden resaltar las siguientes consecuencias:

- En todos los casos que se demuestren violaciones a los derechos de un procesado cuando estuvo sujeto al arraigo, las pruebas y evidencias obtenidas por las autoridades ministeriales durante el tiempo que duró la medida cautelar deberán ser eliminadas del expediente y no podrán ser consideradas por los jueces al momento de emitir la sentencia.
- Aunque el arraigo haya concluido, eso no impide que el presunto responsable se ampare y pueda defenderse de las posibles violaciones cometidas en su contra durante esta etapa procesal.
- El juicio de amparo indirecto procede contra una orden de arraigo y aún después de que esta acción haya concluido.
- El juicio de amparo contra una orden de arraigo es procedente porque no cesan sus efectos al momento que termina el tiempo para el que se otorgó. Lo anterior, porque las pruebas recabadas en su duración subsistirán y tendrán efectos en actos concretos posteriores del proceso penal, por lo que no puede actualizarse la causa de improcedencia del juicio de amparo por término de efectos.

²⁸ <http://www.sitios.scjn.gob.mx/video/?q=category/expediente/5452012-y-1642013>

Sin embargo, la SCJN, evitó entrar al fondo del asunto a efecto de establecer la convencionalidad de la medida y el establecimiento de criterios restrictivos en sede federal, según la declaratoria general de inconstitucionalidad, los efectos de ella deberían ser generales y retroactivos, lo que suponía reponer todos los procesos donde se hubieran realizado arraigos con fundamento en los artículos declarados inválidos. El Pleno de la Corte no se pronunció al respecto y mantuvo la discusión en los términos antes señalados. Solamente emitió juicios sobre la competencia de los estados para legislar la materia.²⁹

Con todo, algunas de las entidades que cuentan ya con el nuevo sistema, total o parcialmente, y a pesar de la decisión de la Suprema Corte, persisten en la aplicación de arraigos contra delitos graves, por más de cuarenta días, e incluso se dan casos como el de Baja California, que cuenta con “arraigos provisionales” impuestos oficiosamente por el Ministerio Público, con una mera ratificación de la medida por parte del juez, o bien, aquellos casos en los cuales no se determina la duración de la medida, como en el Estado de México y Nuevo León (en el primero de los cuales no se habla ya de arraigo, pero sí de medidas cautelares que implican la reclusión domiciliaria), hasta los casos en los cuales se ha eliminado la figura, como Chiapas – que incluso prohíbe su práctica en la constitución local –, Oaxaca, Yucatán, el Estado de México y el Distrito Federal que pretendió eliminarla y la modificó reduciendo sus tiempos. Este caso es especial al darse una estrategia de desplazamiento del arraigo, como el *rebatizo* de la figura bajo el nombre de “sujeción domiciliaria” o “detención con control judicial”, como ha ocurrido en Oaxaca, el Estado de México y Distrito Federal, que cuentan con instituciones que tampoco pasan el *test* de constitucionalidad, pero que suavizan en los plazos o los controles jurisdiccionales las deficiencias del arraigo que consta aún en la Constitución general.³⁰ Sin embargo, para estas figuras deberá aplicarse el test de constitucionalidad recientemente señalado por la Suprema Corte de Justicia al declarar la inconstitucionalidad del artículo 291 del Código Penal de Aguascalientes y limitar las facultades de aplicar el arraigo para delitos graves por parte de las entidades federativas.

4.4. Tipos de arraigo atendiendo al delito por el cual se solicita

El arraigo que aún se encuentra contemplado en legislaciones locales puede dirigirse contra personas por delitos no graves, graves y de delincuencia organizada, aunque el único arraigo que deberá quedar vigente tras la implementación del sistema acusatorio es el que está previsto en el texto del artículo 16 constitucional, a saber, el arraigo contra delitos de delincuencia organizada, quedando transitoriamente vigentes los arraigos contra delitos graves y definitivamente eliminados los arraigos por delitos no graves.

Por lo que hace a esta modalidad de arraigo, debemos subrayar la vaguedad en el tipo de delincuencia organizada, tanto en el que figura en la Constitución como en el contemplado en la ley federal sobre la materia, pero ampliaremos comentarios en el capítulo 5.

4.5. Tipos de arraigo atendiendo a los destinatarios de la medida

Numerosos estados prevén arraigos contra personas distintas al indiciado, a saber, contra imputados y/o procesados y contra testigos. Estos tipos de arraigo quedaron formalmente eliminados con la

²⁹ Un análisis de la decisión puede ser consultada en <http://bordejuridico.com/el-arraigo-en-la-scnj/> 2014.03.19

³⁰ *Cfr.* Cantú, Silvano, “El régimen penal de excepción para delincuencia organizada bajo el *test* de los derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis y Steiner, Christian (2013), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México y Konrad Adenauer Stiftung, Pp. 1749 - 1751.

reforma constitucional de 2008, quedando constitucionalmente permitidos, bajo el régimen transitorio, solamente aquellos que proceden contra indiciados en delitos graves.

Con todo, es de advertirse que en las entidades federativas en las que persiste el arraigo contra testigos se contempla el pago de una indemnización por el daño o perjuicio causado por la parte en el proceso que hubiera solicitado la medida, pudiendo ser estas el Ministerio Público o la víctima. Pese a dicha medida de reparación, es indudable que el arraigo de testigos ya no existe, insistimos, al menos por lo que se desprende del texto constitucional.

4.6. Tipos de arraigo atendiendo al lugar en el que se ejecuta

Si bien el marco normativo federal y local vigente pueden referirse al domicilio de la persona arraigada como el sitio *estándar* para la ejecución de la medida, la tendencia a purgar el arraigo en lugares determinados por el Ministerio Público no sólo se ha incrementado, pudiendo verificarse en hoteles u otras instalaciones, oficiales o privadas, sino que también se ha institucionalizado en la modalidad *extra-domiciliaria* mediante el establecimiento del llamado Centro Federal de Arraigo (antes llamado “Centro de Investigaciones Federales” y coloquialmente llamado “Centro Nacional de Arraigos”), ubicado en la Colonia Doctores, en la Ciudad de México.

La existencia de ese lugar como único centro habilitado por la PGR, bajo la responsabilidad de la otrora Agencia Federal de Investigación (AFI), ahora Policía Federal Ministerial (aunque la AFI sigue dando respuesta a solicitudes de acceso a la información), es un hecho público y nos ha sido confirmado por la PGR mediante Oficio No. *SJAI/DGAJ/09532/2011*, en el cual responde a la solicitud de información folio 0001700170211 en los siguientes términos:

“[La Agencia Federal de Investigación] cuenta con la existencia del único Centro de Arraigo habilitado denominado Centro Federal de Arraigo, ubicado en esta Ciudad de México”

Llegados a este punto, es importante señalar los datos con los que se cuentan sobre la aplicación de la figura del arraigo a partir de su constitucionalización. A pesar de ser una medida de carácter especial no se ha aplicado de tal manera. Sólo a nivel federal, del 2008 a junio de 2014 la PGR informó que se había arraigado a 9,761 personas. Los arraigos, según la información proporcionada, correspondieron a delitos de mayor incidencia delictiva: contra la salud (3,719 personas); secuestro (2,082 personas); terrorismo, acopio y tráfico de armas (1,408 personas); tráfico de menores, personas y órganos (327 personas); asalto y robo de vehículo (446 personas) y operaciones con recursos de procedencia ilícita (493 personas).³¹

Algunos de estos delitos se plantean de manera tan vaga que no es posible concluir si tienen relación o no con la delincuencia organizada; por ejemplo, en cuanto a los delitos cometidos por servidores públicos (17 órdenes de arraigo), no se especifica a qué delitos se hace referencia. Situación similar en los delitos contra la economía pública (28 órdenes de arraigo); contra el Código Fiscal de la Federación (16 órdenes de arraigo); contra la vida, integridad y seguridad de las personas (6 órdenes de arraigo); en materia de derechos de autor, marcas, propiedad intelectual (869 órdenes de arraigo) y relacionados con delitos bancarios y mercantiles (11 órdenes de arraigo).³²

³¹ PGR. Solicitudes de información folios: 0001700198314 y 0001700105513.

³² Guevara Bermúdez, José A., et al. OCSJ: El uso del arraigo a nivel federal, en el estado de Nuevo León y el Distrito Federal: Análisis de constitucionalidad, legislación y práctica. 2014. Pág. 42.

Como resultado de esas detenciones, se consignó a un total de 7,101 personas, es decir el 72.7 por ciento; no obstante, de 2008 a 2011 sólo el 3.2 por ciento de personas arraigadas en el ámbito federal (8,595 personas en ese periodo), había obtenido una sentencia condenatoria.³³

Por su parte, se cuenta con información de 18 entidades federativas en las que suman en total 12,185 personas arraigadas en el periodo de 2006 a diciembre de 2014; el arraigo tuvo lugar en hoteles, cuarteles militares, centros de arraigo y casas de arraigo, no obstante, algunos estados no registran esa información.³⁴

Para 2015 la aplicación de la figura del arraigo había disminuido considerablemente, durante ese año sólo se solicitaron 21 órdenes y con motivo de ellas se arraigaron a 83 personas, todas con procesos con base en la Ley sobre delincuencia organizada.³⁵

5. El arraigo como detención preventiva, administrativa y preprocesal

Finalmente, cabe hacer una definición compacta y definitiva de lo que llamaremos “arraigo” cuando leemos, sin más, la Constitución, sobre el cual nos demoraremos en los siguientes capítulos para explicar su impacto en los derechos humanos.

El arraigo que perdura en el artículo 16 constitucional es una detención preventiva, administrativa y pre-procesal, esto es, un acto de autoridad por medio del cual se priva de la libertad a una persona en un momento previo al ejercicio de la acción penal, en una fase – la de investigación – que puede o no estar sujeta a control jurisdiccional pero que siempre es desarrollada bajo la conducción y ejecución de la autoridad administrativa, y dada la falta de correspondencia entre la doctrina y la norma sobre las medidas cautelares, le corresponde el estatuto de *detención preventiva*.

5.1 Derecho de presunción de inocencia

El impacto que el arraigo tiene en el ejercicio del derecho de presunción de inocencia es de primera magnitud, ya que aun cuando no se haya construido una causa para demostrar la culpa de una persona arraigada, conforme a los principios que animan un sistema de justicia acusatorio, se le ha impuesto de antemano una pena prejudicial. Es como si la persona, inocente o no, estuviera condenada desde el momento en que se abre un expediente de investigación penal, es decir, como si nunca hubiera sido inocente. Lo avanzado con la constitucionalización en la reforma penal de 2008 del derecho de presunción de inocencia es retrocedido con la constitucionalización del arraigo.

La presunción de inocencia se ve frustrada cuando la “peligrosidad” se da como un dato objetivo, pese al principio fundamental del derecho penal que prohíbe la responsabilidad objetiva. La pena de privación de libertad excede ya de la culpabilidad de la persona e incluso de la relación entre detenido y hecho ilícito (que en muchos casos no existe). Hoy por hoy, una persona que sirve de testigo en determinado caso puede ser arraigado bajo diversos argumentos, principalmente el de su protección frente a eventuales “venganzas privadas” o el de evitar que evada participar en el procedimiento. El testimonio es forzoso y la presunción de inocencia se torna así irrelevante.

A aquellas personas que se encuentran supuestamente involucradas en casos de delincuencia organizada no se les permite acceder a las garantías y derechos que contempla un sistema acusatorio. Erróneamente, ya que ni la sospecha, ni la imputación, ni una sentencia firme por la comisión de un

³³ PGR. Oficios sjai/dgaij/11715/2012, sjai/dgaij/09406/2011 y sjai/dgaij/140153/2011.

³⁴ Información obtenida a través de solicitudes de información pública.

³⁵ PGR. Comunicado de prensa 840/15, 2 de diciembre de 2015.

delito ligado al crimen organizado dispensan al Estado de su obligación de respetar y proteger los derechos judiciales de toda persona. Pero esta flexibilización del marco de protección jurídico no sólo falla en esos casos.

La falta de certeza jurídica y la opacidad de la conexión entre la persona *qua* sujeto procesal y la delincuencia organizada, “relación” que carece de un vínculo lógico explícito en el texto normativo, se vuelve simplemente insostenible al considerar la inusitada amplitud de casos en los que procede el arraigo a la luz del artículo decimoprimer transitorio del decreto de reforma, que permitía hasta junio de 2016 –como se indicó antes – la aplicación de la medida para todos los delitos graves.

Abona a lo anterior, la innumerable jurisprudencia desarrollada por la SCJN, sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia, todas las cuales obviamente son abiertamente contradictorias con la figura del arraigo.

*...La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de "poliédrico", en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de sus vertientes se manifiesta como "regla de trato procesal" o "regla de tratamiento" del imputado, en la medida en que este derecho establece la forma en la que debe tratarse a una persona que está sometida a proceso penal. En este sentido, la presunción de inocencia comporta el derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria. Dicha manifestación de la presunción de inocencia ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena”.*³⁶

Así se desprende de la interpretación armónica y sistemática de lo establecido en los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales regulan y protegen el principio de debido proceso legal y principio acusatorio, los que resguardan de manera implícita el principio de presunción de inocencia, que para la reforma del dieciocho de junio de dos mil ocho, queda ya contenido en el artículo 20, Apartado B, fracción I. Igualmente, el Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Nación el cinco de marzo de dos mil catorce, como principio rector señala en su artículo 13 respecto a la presunción de inocencia que:

Artículo 13. Principio de presunción de inocencia. Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código.

³⁶ SCJN, *1a./J. 24/2014* de la Décima Época, bajo el rubro y texto “**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL**”.

5.2 La Constitución *inconstitucional*: el arraigo y el principio de legalidad

El Estado constitucional no puede rebajarse al nivel de los delincuentes, y responderles con la misma moneda, porque no puede deslegitimarse y desvalorar la vida y libertad de los gobernados

Jesús Silva Meza, Ministro de la SCJN³⁷

El establecimiento de un Estado democrático de derecho tiene como propósito regular las técnicas de que se valen las normas jurídicas para actualizar sus supuestos. En este sentido, una norma de tipo procesal penal debe ajustarse de manera estricta al uso preconizado por la regla y ser justa con las diversas partes del procedimiento.³⁸ El arraigo incumple con estos parámetros.

La norma constitucional que da vida al arraigo penal dista mucho de cumplir con la regla de control normativo que impone un Estado democrático de derecho. En él, las normas jurídicas deben acatar un conjunto de imperativos mínimos, que incluyen, por citar un ejemplo, la uniformidad en su interpretación, de conformidad con el espíritu de la disposición. En el caso del arraigo penal existe una inconsistencia notoria entre la interpretación y la producción de la norma.

Ya en 1999, la SCJN había sentado jurisprudencia³⁹ en el sentido de que esta medida, en su modalidad domiciliaria, es inconstitucional por vulnerar la libertad personal de la persona afectada. Este criterio se reforzó en la acción de inconstitucionalidad de 2002 en Chihuahua, a la que ya nos hemos referido. La referencia constitucional y el llamado a combatir figuras incompatibles con el Estado era una constante en los alegatos contra el arraigo en la discusión de la SCJN, como desvela el voto particular del Ministro José Ramón Cossío en la acción de inconstitucional 20/2003 (arraigo en Chihuahua), cuya tercera nota al pie de página recoge el espíritu de lo que afirmamos en este subtítulo:

Ha llamado mucho nuestra atención la forma de argumentación de este caso en cuanto a que se propuso partir de la consideración de la situación de delincuencia que se vive en el país y, a partir de esa perspectiva, entender el sistema sancionador que prevé la Constitución. En nuestra opinión, el análisis debe hacerse en sentido inverso: vivimos en un estado constitucional y democrático; nos parece que un estado constitucional y democrático debe mantenerse a pesar de las amenazas que reciba; no tiene sentido alguno sostener un estado democrático y constitucional para hacer excepciones en la medida en que factores externos a la propia Constitución influyan sobre ésta. Nos parece que el único estado viable es el que tiene la capacidad de, a pesar de los enormes fenómenos de delincuencia que se viven, mantener y respetar los derechos fundamentales y, desde los derechos fundamentales, combatir las condiciones de delincuencia, pero no a la inversa.

Como ya hemos dicho, los legisladores procedieron justo en el sentido contrario, al proceder a la *constitucionalización* del arraigo, aunque esta operación arduamente remedió las deficiencias de la medida por lo que hace a su *constitucionalidad*. Se trató de un mero redimensionamiento en la jerarquía de la norma que rompió con la coherencia interna del texto constitucional. Podríamos incluso sostener que mediante la constitucionalización del arraigo, el artículo 16 de la Constitución devino en *inconstitucional*. Los siguientes apartados ahondan en ello.

³⁷ En acción de inconstitucionalidad 20/2003 (arraigo en Chihuahua), publicada en Diario Oficial de la Federación, Tomo: DCXLIV, No. 7, página 63 (Primera Sección), 10 de mayo de 2007, México D.F.

³⁸ Summers, Robert. (2002). “Los principios del Estado de derecho”. En Miguel Carbonell, Wistano Orozco, y Rodolfo Vásquez, coords. Estado de derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina. México, D.F.: Siglo XXI. Pp. 43 – 50

³⁹ Tesis jurisprudencial 78/99, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Arraigo domiciliario, orden de. Afecta la libertad personal”. Disponible en URL: www.scjn.gob.mx

5.2.1 Ausencia de reglas procesales claras

Una de las principales características de un marco normativo que *escamotea* a las personas la presunción de inocencia y las garantías de libertad y seguridad jurídica es la ausencia de reglas procesales claras.

No hay jurisdicción sin reglas procesales, y éstas no son válidas si no son claras, públicas y vedan el paso a la arbitrariedad y la impunidad. Un entramado normativo e institucional propio de un Estado democrático de derecho precisa de estos requisitos mínimos para verificarse. La justicia penal no es la excepción (o no debería serlo), sobre todo cuando se atiende a los bienes jurídicos que son objeto de su tutela, los más delicados: la vida, la libertad, la integridad de la persona y su patrimonio. Por ello se ha reiterado que el proceso penal debe constar en reglas irrestrictamente respetuosas del debido proceso legal, así como prever los recursos judiciales que sean más efectivos para los sujetos procesales en cualquier momento del procedimiento. Al respecto conviene anotar que los principios rectores al *ius puniendi* o el derecho sancionador no deben ser considerados como límites sino como principios constitucionales de aplicación obligada. Justamente es este programa penal de la Constitución el cual funge las veces de conjunto de postulados político – jurídicos en torno a los cuales han de inspirarse las decisiones del juez y el legislador.

En el caso de la figura del arraigo, la ley penal naufraga entre los límites garantizadores que se plasman en principios; no basta con la consagración formal de éstos si no existen mecanismos efectivos de protección de los derechos, como anotaremos más adelante.

El poder punitivo del Estado debe tener definidos sus fines y límites, así como los principios de su sistema de argumentación y de aplicación en las fases legislativa y judicial. En este sentido, el derecho penal se realiza mediante normas y decisiones jurídicas y tanto el legislador como el juez están vinculados por la prescripción constitucional, es decir, el valor normativo de la Constitución.

Sin embargo, podemos observar cómo a la luz de los principios mencionados, las “reglas procesales” que permiten el funcionamiento del arraigo son imperfectas, amplían el riesgo de la ruptura de las reglas democráticas y no se ajustan a los estándares ni a los principios de un sistema acusatorio de justicia penal garantista. En la mayoría de los casos, las reglas procesales son de hecho inexistentes.

5.2.2 Ausencia de criterios para fijar el lugar y la temporalidad de la medida

Human Rights Watch [...] called the legislation "historic," but also sent a letter to Calderón raising concerns about the 80-day period, saying it would be "by far, the longest of its kind in any Western democracy"

The Washington Post⁴⁰

Siendo el arraigo una medida que se libra bajo las modalidades de lugar que determina el Ministerio Público, y bajo la vigilancia de éste y la autoridad bajo su conducción, resulta simplemente injustificado que en la legislación penal adjetiva, no se regule en parte alguna los criterios que habrá de emplear el Ministerio Público para que la orden se ejecute en un sitio distinto al domicilio de la persona bajo arraigo, así como tolerar, contra lo que dispone la Constitución, que reconoce en el

⁴⁰ En una traducción libre, esta cita dice: “Human Rights Watch llamó la legislación [se refiere a la reforma constitucional penal de 2008] ‘histórica’, pero también envió una carta a Calderón manifestando preocupaciones por el plazo de 80 días [se refiere al arraigo], diciendo que sería ‘por mucho, el más prolongado en su tipo en cualquier democracia occidental’; tomada de “Mexico Revises Its Justice System” por Manuel Roig, en The Washington Post de 18 de junio de 2008, disponible en:

<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/06/17/AR2008061702334.html>

Ministerio Público y las policías a su cargo la vigilancia en las medidas adoptadas en el curso de las investigaciones penales, que el Centro Federal de Arraigo sea custodiado por elementos de la Marina.

5.2.3 Vaguedad en la definición de *delincuencia organizada* y en la caracterización de la subjetividad procesal de la persona arraigada

Como hemos señalado previamente, en términos *teóricos*, el régimen de excepción busca compartimentar la persecución de delitos estrictamente relacionados a la delincuencia organizada bajo una lógica que es inevitable identificar con la del llamado *derecho penal del enemigo*, doctrina penal contemporánea que se ha traducido en la práctica en la adopción de regímenes penales paralelos para el tratamiento de fenómenos delictivos que ofrecen una resistencia *especial* al Estado y la sociedad, en el cual no son efectivos (o al menos no igualmente efectivos) los derechos y los principios penales *comunes*. Ante el riesgo de un quebrantamiento global del derecho penal democrático, quienes justifican la adopción de estos regímenes paralelos arguyen que las disposiciones que fundan el comportamiento *anormal* del aparato punitivo están debidamente compartimentadas, restringidas y debidamente definidas bajo figuras rigurosas y precisas.

Con todo, y más allá de las consideraciones sobre la universalidad de los derechos que debería garantizar el proceso penal, en México se advierten al menos dos infracciones a la idea del compartimento, es decir, dos excepciones a la excepción: la vaguedad e inconsistencia de la definición de *delincuencia organizada*, y el desbordamiento del “compartimento” bajo el *permiso* transitorio de aplicar la figura del arraigo a todos los delitos graves dentro de la *vacatio legis* para la implementación del sistema acusatorio (artículo decimoprimer transitorio del decreto de reforma constitucional de 2008).

Atendamos, primeramente, a la definición de *delincuencia organizada* que figura en la Constitución. Al respecto, el párrafo nueve del artículo 16 constitucional dice a la letra:

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

La “ley de la materia” a la que se refiere el Artículo 16 – en un curioso ejercicio de *hipertextualidad* normativa que eleva a norma primaria, vía “mención”, una ley secundaria – es la *Ley federal contra la delincuencia organizada*, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 7 de noviembre de 1996 y reformada el 23 de enero de 2009. Ella define delincuencia organizada de la siguiente manera:

Artículo 2o.- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada [...]

Un análisis mínimo de las posibilidades de ejecución de esta definición típica arrojaría como conclusión que carece de precisión y rigor, tanto sobre las conductas que persigue como sobre la subjetividad de sus destinatarios. Antes bien, parecería estar diseñada para gozar de una elasticidad que no salva a nadie de ser imputado, como se colige de las muy amplias fórmulas: “acuerden organizarse o se organicen”, “de forma permanente o reiterada”, “conductas que por sí o unidas a otras”, “tienen como fin o resultado”, y “cometer alguno o algunos de los delitos siguientes...”.

Estamos ante un tipo que, además de ser notoriamente amplio, cuenta con una complejidad dispuesta en una *triple dualidad* estructural.

Por una parte, tenemos la dualidad con respecto a la conducta que persigue. La redacción “serán sancionadas... como miembros de la delincuencia organizada” indica un tratamiento especial frente

a las conductas contenidas en otros tipos,⁴¹ pero redimensionada al incorporar el elemento de la organización.

Por otra parte, tenemos la dualidad con respecto al carácter continuo a la vez que continuado o reiterado de las conductas incluidas en el tipo. Sobre los “delitos predicado” se ha dicho, en ese sentido, que “representan un delito continuado, porque son varias conductas que de manera continua o reiterada se dan de forma ilícita. En cuanto al delito de segundo piso, la organización es un delito continuo, pues comienza a realizarse en el momento en que se organizan para cometer delitos y no dejan de realizarlos hasta el momento que la organización deja de tener efectos”.⁴²

En tercer término, tenemos la dualidad con respecto a su carácter simultáneo de delito de intención y de resultado, fijado en la fórmula “conductas que [...] tienen como fin y resultado...”, mediante la cual el Estado se da facultades para perseguir los trabajos preparatorios que habrían de conducir a los delitos predicado, así como al mero hecho de la organización, mediante la fórmula “acuerden organizarse o se organicen”. Ni en la ley federal ni en la Constitución se especifica qué estándar probatorio o criterio habría de dar cuerpo a una acusación por la materialización de actos conducentes a la comisión del delito cuando éste no se hubiera consumado, es decir, no hay una forma objetiva de evaluar la distinción entre la intención y el resultado. El elemento material externo a una mera denuncia de, digamos, un testigo anónimo que llama telefónicamente a la fiscalía en la materia, no es un requisito *sine qua non* para habilitar al Ministerio Público o las policías bajo su coordinación para perseguir el hecho denunciado bajo las figuras del régimen de excepción.

Ahora bien, esta *triple dualidad* estructural de la definición debería conducir a dificultar o incluso imposibilitar la persecución e investigación de las conductas que incluye, considerando, por ejemplo, que las autoridades deberían verse ante las complejas necesidades de acreditar la existencia de la organización delictiva, de demostrar la coincidencia en la misma persona y sobre los mismos hechos de una conducta permanente y otra reiterada, y la necesidad de demostrar en cada caso la diferencia entre delincuencia organizada y la mera asociación delictiva.⁴³ Es decir, el compartimento excepcional sería realmente una camisa de fuerza.

No obstante, los últimos años el número de actuaciones ministeriales en contra de responsables de hechos relacionados con la delincuencia organizada en los términos de la Ley federal ha mantenido su lugar de principal delito perseguido y consignado a las autoridades judiciales, lo mismo que se

⁴¹ Los delitos que se asocian a la delincuencia organizada, conforme al artículo 2º de la ley de mérito, abarcan conductas muy distintas que giran en torno a diversos tipos penales e hipótesis de conductas punibles, tales como: terrorismo; terrorismo internacional; delitos contra la salud (diversas conductas relacionadas al narcotráfico y también la posesión de narcóticos sin autorización en los términos de la Ley General de Salud); falsificación o alteración de moneda; operaciones con recursos de procedencia ilícita; delitos contra la propiedad intelectual (“piratería” comercial) (artículo 424 Bis del Código Penal Federal); acopio y tráfico de armas; tráfico de indocumentados; tráfico de órganos; corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de resistirlo; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad, o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de resistirlo; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de resistirlo; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de resistirlo; asalto; secuestro; tráfico de menores o personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho; robo de vehículos; y trata de personas.

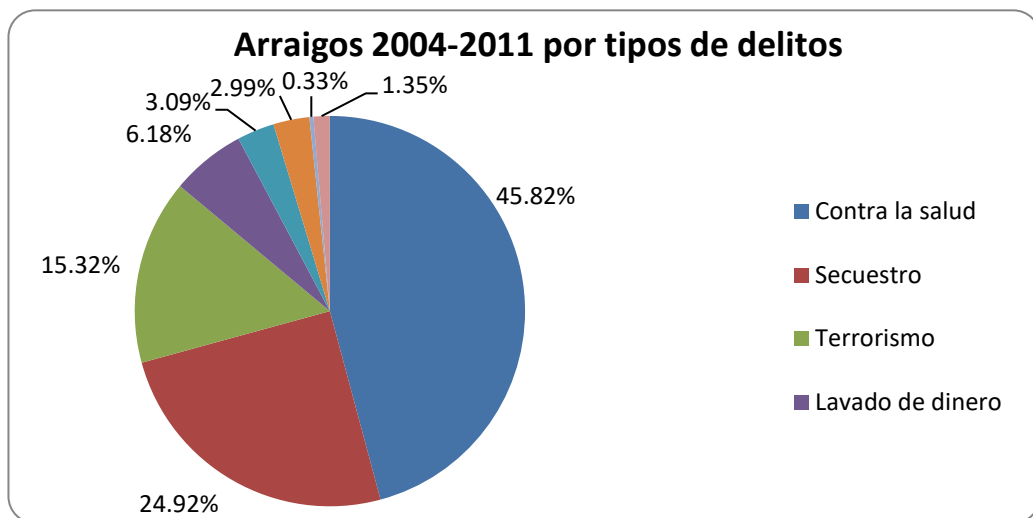
⁴² Santiago Vasconcelos, José Luis, “Comentarios al artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada con especial referencia a algunas de sus interpretaciones judiciales”, en Buscaglia, Edgardo y González Ruiz, Samuel (Coords.), 2005, *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*, México, ITAM – Inacipe, Pág. 197.

⁴³ Fondevila, Gustavo y Mejía Vargas, Alberto (*op. cit.*, pp. 22, 23).

mantiene como primera fuente para la emisión y ejecución de órdenes de arraigo, cateos, intervención de comunicaciones, órdenes de prisión preventiva automática, duplicaciones del plazo constitucional para efectuar la consignación, u otras herramientas del régimen de excepción.

Con todo, las dificultades para probar los elementos típicos del delito de delincuencia organizada han generado que figuras como el arraigo sean empleadas para perseguir delitos graves bajo la mera sospecha que pudieran estar siendo realizados bajo un esquema organizado sin que ello se demuestre finalmente, con lo que la hipótesis central de procedencia del arraigo constitucional, a saber, que se trate de delitos de delincuencia organizada, se cumple solamente de manera imperfecta.

Contrario a lo que se pudiera suponer, contar con un tipo penal tan amplio fomenta la *hiperactividad* del aparato punitivo más allá del límite funcional del tipo. Ello se percibe, por ejemplo, al verificar que menos del 1% de las órdenes de arraigo federales emitidas de 2008 a 2011 fueron libradas bajo el tipo penal estricto de delincuencia organizada (sin el concurso de los delitos predicado que se le asocian).⁴⁴ Aunque en todos los demás casos se trate *también* de delincuencia organizada, las cifras revelan que el Ministerio Público no sabe usar el tipo, o bien, que lo está usando prescindiendo de uno de sus elementos constitutivos, contra el principio de plenitud hermética del derecho penal, o de estricta aplicación de la ley penal.



5.2.3

Inconsistencias de los órganos emisores de órdenes de arraigo

Un rasgo anómalo adicional en la construcción normativa de una figura destinada a restringir derechos de particulares es el de contar con esquemas “relajados” de regulación procesal u organización operativa para su ejecución, por ejemplo, fijar su funcionamiento en normas *blandas* que constan en decretos o acuerdos administrativos, mediante un extraño ejercicio de delegación de la función legislativa (o de autoasignación de esas funciones). En relación al arraigo, este tipo de comportamiento se advierte, verbigracia, en el establecimiento mediante un acuerdo general del Consejo de la Judicatura Federal de los Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervenciones de Comunicaciones.

Dicho acuerdo, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 4 de diciembre de 2008,⁴⁵ fundó los llamados “juzgados de control”, previstos en el nuevo artículo 16 párrafo décimo tercero. Asimismo, reglamentó sus competencias y funciones. Estos juzgados son los encargados de emitir

⁴⁴ La cifra fue tomada del Oficio No. SJA/DGAJ/06812/2011 de la Procuraduría General de la República de 11 de agosto de 2011.

⁴⁵ Cfr. <http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/acuerdoConsejoJudicatura.pdf>

las órdenes de arraigo solicitadas por el Ministerio Público. Sin embargo, la validez de estos órganos ha sido impugnada por académicos⁴⁶ y organizaciones de la sociedad civil⁴⁷ debido a que a la fecha no se ha legislado en materia de juzgados especializados en arraigo, lo cual es previsto en el artículo segundo transitorio del decreto de reforma,⁴⁸ que contempla expresamente el supuesto contenido en el artículo 16 párrafo décimo tercero como condición para la entrada en vigor de dicha disposición.

Es decir, que los Juzgados de Control que ahora están en pleno funcionamiento y que han emitido las órdenes de arraigo desde 2008, fueron creados por virtud de una norma que, a decir del segundo transitorio del decreto, carece de vigor a nivel federal, y además cuentan con funciones fijadas por un órgano que carece de facultades para reglamentarlas, a juzgar por lo establecido en los artículos 94 párrafos segundo y sexto y 100 párrafo octavo de la Constitución.

5.2.4 Inexistencia de un estándar probatorio mínimo requerido

Otra de las facetas implicadas en este tema es el del bajo nivel probatorio requerido para arraigar a una persona, y que, bajo el *imperativo* de cuadrar con las definiciones disponibles de *delincuencia organizada*, resulta aún menos arduo de construir debido a la casi autoevidencia lógica que puede referirse a cualquier que cumpla con requisitos tan elementales como hallarse la persona arraigada asociada a otras dos o más que cometan o puedan llegar a cometer uno de los delitos predicado de que ya hemos hablado antes.

No existen reglas procesales aplicables al mínimo estándar probatorio requerido, por lo que la noción de “indicios suficientes” que acrediten la pertenencia de la persona a la delincuencia organizada que demanda la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada queda al arbitrio de la autoridad que concede las órdenes de arraigo al Ministerio Público. A la fecha no existe precedente relevante que pueda citarse para demostrar que la autoridad jurisdiccional ha denegado la solicitud ministerial al considerar deficientemente provista la causa o motivo para aplicar la medida.

5.3 Derecho a la libertad personal y de tránsito

El derecho a la libertad personal es una de las garantías de primer orden en un Estado de derecho que a su vez resguarda otros derechos de la persona, por ello “ocupa un lugar especial en la normatividad internacional de los derechos humanos, pues con frecuencia la privación de libertad se convierte en un medio para atentar contra los demás derechos fundamentales de la persona. Cuando esto ocurre, un solo hecho conlleva a una doble violación de los derechos humanos.”⁴⁹

Los instrumentos internacionales de derechos humanos, ofrecen una serie de medidas de protección, tanto para garantizar que a los individuos no se les prive de su libertad de forma ilegal o arbitraria

⁴⁶Cfr. Salazar Ugarte, Pedro. *Juzgados especializados ¿inconstitucionales?* El Universal, 12 de diciembre de 2008. Disponible en URL: <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/42358.html>

⁴⁷Cfr. Informe presentado por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C., la Comisión Ciudadana de Derechos Humanos del Noroeste, A.C., el Colectivo de Organizaciones Michoacanas de Derechos Humanos y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – FLACSO México, a la Relatora sobre Independencia de Jueces y Abogados de la ONU (octubre de 2010). Disponible en URL: http://www.cmdpdh.org/docs/Informe_sobre_justicia_y_Poder_Judicial_en_México_Entregado_%20a_Gabriela_Knaul_Relatora_ONU.pdf

⁴⁸ “Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.”

⁴⁹ O’Donnell, Daniel, 2004, *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina del sistema universal e interamericano*. Bogotá, Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. P. 279.

como para establecer salvaguardas contra otras formas de abuso que pueden sufrir los detenidos. Todo esto, debido a la especial situación de vulnerabilidad en que coloca a una persona un régimen de privación de la libertad. En concreto, hay normas internacionales que se preocupan por establecer que las medidas privativas de libertad sean una medida de último recurso y que en caso de ejecutarse debe recordarse que la misma no implica la pérdida de los derechos que sean compatibles con ella, ya sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales.

En la Convención Americana, el artículo 7 es la norma que protege la libertad personal garantizándola y prohibiendo la detención arbitraria. El correlato de esta norma en el Pacto Internacional, aparece en el artículo 9 y en la Convención Europea de Derechos Humanos en el artículo 5. Es de anticiparse la considerable distancia que huelga entre dichos estándares y los textos normativos internos (y sus interpretaciones) en materias que deberían ser la cuadrícula básica de los requerimientos jurídico-democráticos para la práctica de medidas restrictivas de la libertad, incluyendo el arraigo, tales como a) razonabilidad; b) previsibilidad; que se sujete a los principios de c) legalidad; d) respeto de la presunción de inocencia; e) necesidad; f) proporcionalidad; g) supervisión judicial; h) inmediación procesal, e i) excepcionalidad.

Consideremos el texto de los artículos 7.2, 7.3 y 7.5:

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

[...]

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Estas normas parecen ser claras al mencionar el principio de reserva de ley y tipicidad como requisito indispensable para validar la privación de la libertad de una persona, así como sujetar el proceso a la vigilancia del Poder Judicial, como ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“la Corte” o “Corte IDH”) en casos como *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*,⁵⁰ en el cual el Tribunal subraya la obligación del Estado de ceñirse puntualmente al texto jurídico al proceder a restringir la libertad personal. No obstante, también se han interpretado los alcances de estas disposiciones en el sentido de que la norma que funde la privación de la libertad, indistintamente de su rango normativo, debe sujetarse al marco de obligaciones del Estado en materia de garantía, respeto y protección de los derechos de las personas, como se lee en resoluciones de casos tales como *Tibi*⁵¹ o *Acosta Calderón*, ambos contra Ecuador, y ambos suscitados por detenciones *preventivas* contra

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007), *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004), *Caso Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

delitos semejantes a los de delincuencia organizada en México, que en estos casos se hallaban también contempladas en el entramado constitucional del país sudamericano.⁵²

De igual modo, la Corte había sentado precedentes explícitos sobre la correspondencia *reserva de ley – tipicidad - convencionalidad* en Sentencias previas como las de los casos *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (párr. 83); *Maritza Urrutia vs. Guatemala* (párr. 65), y *Bulacio vs. Argentina* (párr. 125), en los cuales se lee esta redacción común:

[S]egún el primero de tales supuestos normativos [artículo 7.2 de la Convención] nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto [artículo 7.3 de la Convención], se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.

Asimismo, la Corte había indicado poco antes, en su Sentencia sobre el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*,⁵³ lo siguiente que incorpora al conjunto de los elementos que deben tomarse en cuenta para la calificación de una detención conforme a parámetros de bloque, el principio de excepcionalidad y la existencia de indicios suficientes para suponer la razonabilidad de la restricción de libertad:

129. La Corte considera indispensable destacar que las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. La jurisprudencia internacional y la normativa penal comparada coinciden en que para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad. Asimismo, dichas medidas cautelares no pueden constituirse en un sustituto de la pena privativa de libertad ni cumplir los fines de la misma, lo cual puede suceder si se continúa aplicando cuando ha dejado de cumplir con las funciones arriba mencionadas. De lo contrario, la aplicación de una medida cautelar que afecte la libertad personal y el derecho de circulación del procesado sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos.

Lo dicho se complementa asimismo con lo que la Corte afirma en la Sentencia del caso *Tibi vs. Ecuador*:

106. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005), *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.

⁵³ *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, Párr. 129.

legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

Más adelante (párr. 114 – 119), la Corte señala también los principios de control judicial e intermediación procesal. En el arraigo no se evidencia un tratamiento comprensivo de prácticamente ninguno de estos elementos; antes bien, parecería que la reputación de “medida cautelar” de que goza el arraigo entre algunas autoridades ministeriales y jurisdiccionales provoca una suerte de excusa de aplicación de un control riguroso sobre los principios elementales que deberían regir no sólo las medidas cautelares o preventivas, sino toda forma de detención.

De igual modo se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal Europeo) que ha emitido sentencias que han limitado hace algunos años la aplicación de medidas cautelares que implican privación de la libertad, similares a lo que en México conocemos como arraigo, aunque implican también lo que aquí conocemos como prisión preventiva.

El artículo 5.1 de la Convención Europea requiere que cualquier privación de la libertad sea impuesta de conformidad con el procedimiento legal. Este requisito va más allá del simple cumplimiento de las leyes nacionales y exige que las siguientes condiciones sean cubiertas:

a) *El apego a las disposiciones jurídicas nacionales*: implica verificar que el arresto se desarrolle respetando las exigencias legales en su totalidad. La exigencia abarca tanto a las acciones que deberá seguir el tribunal al ordenar una detención, como el procedimiento mismo de la aprehensión.

En el caso *Lukanov v. Bulgaria*, al que fuera Primer Ministro de Bulgaria durante la década de los noventa se le acusó de “abuso de poder” y de aprovecharse de su posición para otorgar importantes sumas de dinero como ayuda para países como Nicaragua, Cuba y Afganistán. En este caso, la Corte Europea determinó que las decisiones sobre estas medidas fueron colectivas y que no se logró demostrar que el procesado lucrara mediante la adjudicación del dinero. Además, resolvió que el inculcado no incurrió en conducta delictiva alguna según la legislación penal de Bulgaria. Con base en lo anterior, se determinó que su detención apoyada en la probable responsabilidad, o en la duda razonable con relación a la comisión de una conducta delictiva resultó ser ilegal.

La exigencia de apego a la legalidad no se limita al momento de la aprehensión sino que debe prevalecer mientras dure la detención. Si las causas para la privación de la libertad desaparecen o dejan de existir, la detención debe terminar. El Tribunal Europeo ha determinado que incluso el permanecer algunas horas detenido después que se hubiera dictado un auto de libertad o una sentencia absolutoria, es ya una violación al artículo 5.1.

b) *Respeto a las disposiciones de la Convención Europea*: si bien el cumplimiento de las disposiciones normativas nacionales es necesario, esto no resulta suficiente ya que se deberá verificar que dichos ordenamientos jurídicos se adecuan a lo estipulado por la Convención.

c) *Certeza y seguridad jurídica a través de la existencia de normas legales claras y precisas*: en el caso *Jecius v. Lituania*, 2000, el hecho de que cuatro autoridades distintas (La Suprema Corte, el Ombudsman, el Fiscal y el Gobierno) elaboraran tres interpretaciones distintas sobre una disposición en materia de detención fue suficiente para que el Tribunal Europeo concluyera que la ley era vaga e imprecisa, violando por ello los requisitos de la Convención.

El Tribunal Europeo ha recalcado, además, la necesidad de contar con sistemas de registro, manejo y sistematización de datos sobre las detenciones para poder controlar y prevenir arbitrariedades y abusos. En el caso de *Kurt v. Turquía* de 1998, se señala en el párrafo 125 que la falta de registros en sí misma constituye una falta grave pues ello hace posible que las autoridades encargadas de los actos

mediante los cuales se prive de la libertad a las personas, puedan esconder y distorsionar las acciones y con ello favorecer actos de impunidad.

De igual modo, la Convención Europea establece el requisito de razonabilidad en su artículo 5.1.c, el cual, prevé el arresto o detención legal de una persona efectuados con el propósito de llevarla ante la autoridad competente cuando existe sospecha razonable de haber cometido un delito o cuando sea razonablemente considerado necesario para evitar que cometa un delito o que huya luego de haberlo cometido.

Las resoluciones del Tribunal Europeo en torno al artículo 5 de la Convención Europea así como las opiniones de diferentes organismos de la ONU, motivaron al Consejo de Ministros de Europa a emitir la recomendación R(2006)3 sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra los abusos.⁵⁴

Es importante señalar que dicha recomendación define como prisión preventiva “todo periodo de detención de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a la condena,”⁵⁵ por lo que incluye las medidas cautelares que consisten en la privación de la libertad.

Una de los requisitos que rigen la prisión preventiva en Europa es que ésta debe estar *ordenada por un juez u otro funcionario con autoridad judicial*. Este requisito tiene su fundamento en los artículos 5.1.c⁵⁶ y 3⁵⁷, que han sido objeto de muchas sentencias del Tribunal Europeo que sostienen que:

[E]l funcionario con autoridad judicial (oficial) debe cumplir con ciertas condiciones, y cada una de ellas constituye una garantía para la persona detenida. La primera de esas condiciones es la independencia del poder ejecutivo y de las partes (ver, *mutatis mutandis*, la citada sentencia *Neumeister*, p. 44). Esto no quiere decir que el "oficial" no puede ser en cierta medida subordinada a otros jueces o funcionarios, siempre que ellos mismos gozan de independencia similar.⁵⁸

Queda claro que la autoridad judicial tiene la obligación de revisar que la detención cumple con los requisitos legales y esté debidamente motivada. Así lo ha señalado el Tribunal Europeo en muchas ocasiones, como en *Nikolova v. Bulgaria* de 1992:

⁵⁴Recomendación R(2006)3 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra los abusos (Adoptada por el Comité de Ministros de 27 de septiembre de 2006 en la 974ª reunión de los representantes de los Ministros).

⁵⁵ [1] Es todo periodo de detención de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a la condena. También incluye todo periodo de detención de conformidad con las reglas referentes a la cooperación judicial internacional y la extradición, sujeto a las disposiciones específicas correspondientes. No incluye la privación de libertad inicial llevada a cabo por un policía o un agente de las fuerzas de seguridad (o por cualquier persona autorizada a actuar como tal) a efectos de interrogatorio. [2] “Prisión preventiva” también incluye todo periodo de detención después de la condena durante el que las personas que esperan que se dicte sentencia o que se confirme la condena siguen siendo tratadas como personas no condenadas. *Ibíd.* Recomendación R(2006)13

⁵⁶Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad 1 Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con acuerdo al procedimiento establecido por la ley: c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

⁵⁷ Artículo 3. Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

⁵⁸*Schiesser v. Switzerland*, 4 de diciembre de 1979.

El Tribunal recuerda que el papel de la autoridad judicial a que se refiere el artículo 5§3 es revisar las circunstancias a favor y en contra de la detención y decidir, en función de criterios legales, si existen razones para justificar la detención y ordene la liberación si no hay tales razones.⁵⁹

Todo tipo de prisión es entendida como un recurso de carácter *excepcional*. Esto es así por el reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la libertad de las personas, y tomando en cuenta:

...los daños irreversibles que la prisión preventiva puede causar a personas a las que finalmente se declare inocentes o que sean puestas en libertad, y del impacto negativo que la prisión preventiva puede tener en la continuidad de las relaciones familiares.⁶⁰

Es por ello que la prisión preventiva debe decretarse caso por caso, justificando la decisión de acuerdo a las circunstancias particulares, bajo una norma de proporcionalidad y razonabilidad. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo la decisión de condenar a alguien a prisión preventiva no se puede fundamentar sólo en el historial pasado del presunto delincuente ni en el hecho de que algunos delitos hayan sido presuntamente cometidos, sino en la sospecha razonable.⁶¹ Ésta implica la "existencia de evidencia que vincule objetivamente a la persona afectada con el presunto delito". Aunque no es preciso que sea suficiente para garantizar una condena, sí debería ser suficiente para justificar más investigaciones o el inicio de una actuación judicial.

Conforme al Tribunal Europeo, la *sospecha razonable* debe cumplirse incluso en los delitos más graves como el terrorismo, esto significa que la presunción de inocencia debe respetarse siempre. En la sentencia *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido* se dice que:

La "razonabilidad" de la sospecha en que debe basarse una detención constituye una parte esencial de la protección contra la detención arbitraria y tiene su fundamento en los principios de la detención consagrados en los artículo 5, 1 (c) de la Convención. El Tribunal está de acuerdo con la Comisión [Europea de Derechos Humanos] y el Gobierno del Estado [Reino Unido] en que, el tener una "sospecha razonable" presupone la existencia de hechos o información que convencerían a un observador objetivo de que la persona en cuestión puede haber cometido el delito. Lo que puede considerarse como "razonable", sin embargo dependerá de todas las circunstancias del caso concreto

Por ejemplo, en *Brogan y otros v. Irlanda*, el Tribunal determinó que las exigencias de la lucha contra el delito de terrorismo no justifican la laxitud de la noción de "razonabilidad" hasta el punto de violentar el derecho a la defensa garantizado por el artículo 5, §1 (c) (§5⁶²

Los siguientes apartados abordan diversas dimensiones del impacto del arraigo en los derechos que recogen los precitados artículos convencionales.

5.3.1 Control de la legalidad de la detención

La jurisprudencia de la Corte IDH y los criterios de esta H. Comisión Interamericana señalan que con la protección de la libertad se pueden salvaguardar tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión

⁵⁹Nikolova v. Bulgaria, 25 de marzo de 1999. En el mismo sentido puede verse: *Huber v. Switzerland*, 23 de octubre de 1990, *Brincat v. Italy*, 26 de noviembre de 1992, *Pantea v. Romania*, 3 de junio de 2003.

⁶⁰Recomendación R(2006)3, Op. Cit.

⁶¹ Véase, por ejemplo, *Caballero v. United Kingdom*, 8 de febrero de 2000.

⁶² *Fox, Campbell y Hartley v. el Reino Unido*. Series A no. 182, pp 16-17, § 32).

del principio de legalidad y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal. Para ello es necesario el pronto control judicial de las detenciones a efecto de prevenir las arbitrariedades e ilegalidades. Así, un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial, debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, para no contravenir lo dispuesto por el artículo 7 de la Convención cuyo contenido esencial es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado.

La jurisprudencia interamericana ha reconocido que “una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad.”⁶³

En la Convención Americana, la dignidad del ser humano es valor principal protegido e incluye a aquellas personas que han sido acusadas de cometer un delito. De hecho, a las personas enfrentadas a un proceso penal, se les ofrece una protección especial por su situación de vulnerabilidad, caracterizada por un mínimo de garantías que provienen de un conjunto de normas establecidas en instrumentos regionales e internacionales de los derechos humanos, que buscan rodear al imputado de las protecciones sustantivas y procesales en la determinación de las acusaciones penales y abarcan ciertos principios del derecho penal como la presunción de la inocencia, la preexistencia de la ley y de la pena al acto que se imputa, el no juzgamiento dos veces de un mismo hecho, el derecho a ser escuchado con las debidas garantías dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente e imparcial, junto a un número no taxativo de garantías procesales esenciales para un juicio justo.

La jurisprudencia de la Corte IDH y la CIDH señalan que con la protección de la libertad se pueden salvaguardar tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la privación de las formas mínimas de protección legal de los detenidos. Para que esa protección sea efectiva, es necesario el pronto control judicial de las detenciones a efecto de prevenir las arbitrariedades e ilegalidades. Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial, debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el contenido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado.

La revisión judicial de la persona detenida en forma inmediata es el mecanismo de control idóneo para evitar detenciones arbitrarias e ilegales.

El contenido de los términos “ser llevada” y “sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”, usados por el artículo 7.5 de la Convención, va más allá de la expresión semántica porque dota de garantías ciertas a la persona detenida.

“Ser llevada,” literalmente significa que el detenido sea llevado desde la celda hasta el tribunal para que el juez personalmente observe y escuche al detenido. No es suficiente que el abogado o cualquier otro representante de la persona detenida acudan ante el juez, sino que es necesario que ella lo haga personalmente.

Este derecho, a diferencia del *hábeas corpus*, exige que la misma autoridad judicial que decreta el arraigo sea la encargada de oír al detenido personalmente y comprobar la necesidad de abrir o continuar la investigación en su contra, decretar la prisión preventiva, o simplemente dejarlo en libertad.

⁶³ Véase por ejemplo casos Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 147 y Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 87.

El control judicial de la detención o de la aprehensión, al igual que el de la imposición del arraigo es de suma importancia, tanto así que si no se informa de la detención al tribunal o si se le informa después de un plazo de tiempo importante con posterioridad a la fecha de privación de la libertad, no se protegen los derechos de la persona detenida, y la detención infringe el derecho del detenido al debido proceso. En tal sentido, un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez para que resuelva sobre su situación jurídica.

El vocablo *inmediatamente* debe ser interpretado de conformidad con las circunstancias especiales de cada caso. Circunstancias que, por graves que sean, no otorgan a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el periodo de detención.

Dicha previsión tiende a que la detención no se utilice como forma de presión sobre el detenido con el fin de que éste se confiese culpable, otorgando a los agentes del Estado “ventajas” que pueden llevar a abusos.

La CIDH puntualizó que en casos de detención y presentación ante un juez, puede entenderse como demora tolerable “aquella necesaria para preparar el traslado”.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, llegó a la conclusión de que el periodo de una semana sin control judicial de la detención constituye una violación del artículo 9.3 del PIDCP, puesto que las demoras “no deben exceder de unos pocos días.” De hecho, algunos miembros del Comité han opinado que una detención de 48 horas sin intervención judicial es excesivamente larga. En este sentido, la CIDH calificó como “excesivamente dilatado” el plazo de una semana en detención sin control judicial. De igual modo, la jurisprudencia interamericana sobre el artículo 9.5 de la Convención precisa que cualquier detención que se prolongue más allá del plazo estipulado en la legislación interna debe ser considerada ilegítima *prima facie*. Esto también aplica para los arraigos que exceden lo dispuesto en la Constitución y el transitorio décimo primero.

De la redacción del artículo 7.2, la Corte IDH ha derivado dos tipos de exigencias que toda detención debe cumplir. Así, estableció en primer término que: “... nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material).”

Ello implica que el Estado está obligado a cumplir con los supuestos tipificados, objetiva y previamente en su Constitución Política y en las leyes dictadas conformes a ella. Es decir, el contenido del artículo 7.2 establece la preexistencia de la conducta señalada como ilícita, descripción típica, para que la autoridad competente ordene la privación de libertad. En segundo término, la Corte IDH estableció que la detención también debe efectuarse “con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal).”

Así, la detención de una persona acusada o sospechosa de la comisión de un delito es ilegal, según la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, si dicha detención es motivada por “razones que no están claramente establecidas en las leyes nacionales.”

Para determinar entonces si el derecho a la libertad personal está siendo conculcado, se debe averiguar no sólo si la privación misma es legal, es decir deriva de una autoridad competente. Cabe también analizar si las condiciones en que se lleva adelante tal procedimiento son violatorias de las normas constitucionales o legales que a las mismas hacen referencia.

Según la Convención Americana, la detención tampoco debe ser arbitraria. La Corte IDH ha establecido que el contenido del artículo 7.3 prohíbe detenciones “por causas y métodos que —aun

calificados de legales— puedan reputarse incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.”

La facultad del juez o del tribunal —en el caso de México excepcionalmente el Ministerio Público — de ordenar la privación de libertad de una persona, no ha de ser tomada meramente como el ejercicio del poder punitivo del Estado y a la vez como una operación automática del desarrollo del contenido de la norma procesal que impone ante formales requisitos el arraigo. Una decisión de tal trascendencia demanda del funcionario un decantado criterio de valoración en el que exprese elementos objetivos de convicción, elementos que la Corte IDH ha definido como criterios pertinentes y suficientes.

Las circunstancias y los procedimientos para efectuar una detención deben cumplir con el requisito de objetividad, que procura evitar la imprevisibilidad de la detención. En tal sentido, la objetividad de los estándares de valoración es un efecto inmediato del requisito de tipicidad, y al igual que éste, procura evitar la impredecibilidad de la detención. Un estándar de valoración objetivo presupone una serie de hechos o una cantidad de información suficientes para satisfacer el análisis de un observador imparcial acerca de la existencia de las causas legales de detención.

Por ejemplo, los informes de los agentes policiales deben tener tal claridad y lógica que permita al funcionario judicial presumir razonablemente que la persona sobre la quien se dispone la aprehensión puede ser la autora del hecho y que tiene algún nivel de responsabilidad en el mismo.

No basta el descubrimiento posterior de pruebas que incriminen efectivamente a una persona arraigada, incluso si ha sido sujeta a una sentencia condenatoria, para avalar una detención arbitraria, como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de la ONU. Cuando las razones citadas por la autoridad son de por sí válidas, el Comité no puede dar credibilidad sin evidencia convincente a alegatos en el sentido de que los verdaderos motivos fueron otros. Una detención es ilegal cuando es motivada por un cargo penal ya resuelto en un proceso anterior.

5.3.2 Notificaciones de las razones de la detención

El artículo 7.4 de la Convención Americana impone dos exigencias en cuanto al deber de informar a la persona que resulta retenida, arrestada o detenida: a) el deber de informar en el acto de restricción de la libertad de las razones de la limitación de su libertad personal; y b) el deber de notificar inmediatamente de la imputación que existe en su contra.

La primera exigencia constituye un deber jurídico, la segunda impone el deber de notificar sin demora, del cargo o cargos formulados contra la persona detenida o arrestada. Se trata de un acto formal mediante el cual el tribunal de conocimiento comunica a la persona detenida, a través de una notificación, cuál es la formulación fáctica y de derecho en su contra. Este acto reviste mayores formalidades pues la correcta notificación de la imputación es una cuestión especialmente determinante del ejercicio efectivo del derecho de defensa, ya que determina el objeto del procedimiento.

Si la persona detenida conoce la restricción de que es objeto por parte de una autoridad tendrá mayores garantías de salvaguardada de su integridad personal. Pero además, y más importante aún, si conoce los motivos de su detención podrá ejercer su defensa en mejor forma ante una imputación por lo menos jurídica de los cargos en su contra.

Por otra parte, el detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado. En el caso de la notificación a un abogado tiene

especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél, lo cual es inherente a su derecho a beneficiarse de una verdadera defensa.

En el caso del arraigo, como podremos ver también en el apartado sobre la llamada “dislocación espacial del procedimiento”, la notificación podría quedar limitada por las deficiencias que en la ejecución de la medida empobrecen el alcance del derecho a una defensa jurídica adecuada.

5.3.3 El arraigo en conexión con la prisión preventiva

Uno de los aspectos que vulneran los derechos de las personas bajo un régimen de prisión precondenatoria como el vigente en México es el de la taxativa temporalidad de la prisión preventiva en relación con el arraigo.

Si bien el inciso VII del artículo 20 B constitucional establece que el plazo máximo para que el juzgador emita sentencia en todo proceso penal es de un año, el inciso IX del párrafo segundo de ese mismo artículo señala que el plazo máximo de duración de la prisión preventiva podrá ser hasta de dos años, cumplido el cual, si no se ha dictado sentencia, “el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.”

Esas otras medidas incluyen el arraigo, que funge las veces de una prisión preventiva complementaria. La diferencia es prácticamente semántica; el efecto, en cambio, es el mismo: la privación de la libertad de la persona, aunque su culpabilidad no haya sido positivamente construida por el Ministerio Público ni valorada por el juez. Esto es de por sí injustificable, porque el plazo de duración de la prisión preventiva puede ser mayor que el plazo máximo de emisión de sentencia por parte de la autoridad jurisdiccional; lo cual se agrava si la detención puede prolongarse, por la vía de los hechos, mediante el arraigo.

5.4 La dislocación espacial del proceso y el derecho a una defensa jurídica adecuada

Hay diversas normas de derecho internacional relativas al derecho de las personas acusadas de haber cometido delitos de recibir asistencia letrada, ya sea por medio de un defensor de su elección (artículo 8 CADH; artículo 14 PIDCP), o de oficio (artículo 14 párrafo 3 inciso d) PIDCP, artículo 8 párrafo 2 inciso e) CADH), lo cual debe leerse a la luz del principio de igualdad ante la ley y los tribunales, recogido en los artículos 14 del PIDCP y 8.2 de la CADH. El artículo 14 del PIDCP cuenta con la Observación General No. 32,⁶⁴ cuyo párrafo 13 subraya la igualdad que asiste “a todas las partes en un proceso”, incluyendo a las víctimas.

En la jurisprudencia interamericana, se cuenta con numerosos casos en los que estos derechos se aplican al acusado, lo cual, como ya se dijo, es susceptible de interpretarse como extensivo a las víctimas bajo el principio de igualdad. Entre otros ejemplos, que además de abordar el derecho a la asesoría jurídica detallan algunas características que ésta debe tener, cabe citar las resoluciones de la Comisión Interamericana en los casos Robles Espinoza e hijos c. Perú, párr. 111 (1999) y Figueredo Planchart c. Venezuela, párr. 114 (2000), así como las Sentencias de la Corte IDH en los casos Castillo Petruzzi c. Perú, párr. 148 (1999) y Suárez Rosero c. Ecuador, párr. 79 y 83.

De igual modo, se debe complementar la asesoría jurídica con la asistencia consular en casos en los cuales la víctima sea extranjera. Al respecto, las consideraciones de la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-16/99 son valiosas, si bien es preciso aclarar que la presencia de oficiales consulares no sustituye en ningún momento la asistencia de un abogado o asesor jurídico (OC-16/99 párr. 141).

⁶⁴Cfr. Resolución del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación General No. 32 (2007), referencia ONU CCPR/C/GC/32.

Finalmente, a la luz de criterios de interpretación tales como la Observación General No. 13 del Comité del PIDCP y la Sentencia de la Corte IDH en el caso Tribunal Constitucional c. Perú (2001),⁶⁵ entre otros, la asesoría jurídica debe contemplar no sólo la asistencia letrada sino también los derechos al tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa, los cuales se conectan directamente con el derecho de toda persona a ser oída ante tribunales y el de participación en el proceso.

Sobre estos estándares cabe decir que el arraigo encuentra, nuevamente, importantes inadecuaciones. Aunque amerita una revisión más detenida que no emprenderemos en este texto, llama la atención que el 95% de las personas arraigadas sean representadas por defensores públicos, lo cual, sobre todo tratándose de sospechosos de negocios ilícitos bastante lucrativos se antoja inverosímil. Lo que se sabe por testimonios es que esa defensa, que debería ser un derecho a emplear en caso de verdadera necesidad, resulta una imposición cuando, como ocurre en estos casos, la asignación de una representación jurídica carece del consentimiento del representado.

Por otra parte, entre las deficiencias normativas que signan la debilidad procesal del arraigo hallamos lo que podríamos llamar “dislocación espacial del proceso”. Este fenómeno jurídico se encuentra posibilitado por el artículo 45 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada,⁶⁶ que suele ser invocado por el Ministerio Público para solicitar al juez que traslada los autos de un mismo procedimiento a diversos tribunales en el país, incluyendo el desplazamiento del sitio de emisión de autos de un mismo proceso (por ejemplo la radicación del amparo y su respectiva apelación) en diferentes ciudades de la República.

Lo anterior, además de reflejar un uso inadecuado de la norma – cuya materia es el lugar en el que se purga una condena – entorpece de manera evidente la defensa pronta y cercana, quebrantando los principios generales del proceso penal, incluyendo el de unidad del proceso, y los principios del sistema acusatorio, particularmente el de inmediación, concentración, contradicción y equidad procesal de las partes. En este sentido vale la pena mencionar que la Corte Interamericana ha manifestado al respecto que: “Al considerar la indispensable concurrencia del defensor, la Corte Interamericana ha tenido en cuenta los estándares internacionales en esta materia, que van mucho más allá de la mera designación de un abogado.

En este orden, la jurisprudencia interamericana recuerda que “el numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que [a] toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial”.⁶⁷

El caso conocido como “Michoacanazo” podría ser un ejemplo paradigmático de lo anterior. Los afectados fueron detenidos en diversas localidades de Michoacán, arraigados en la Ciudad de México,

⁶⁵ Párr. 81: “Este Tribunal ha señalado recientemente que las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos. En el caso *sub judice* sucedieron los vicios apuntados (*supra* 80), lo cual no permitió a los magistrados contar con un proceso que reuniera las garantías mínimas del debido proceso establecido en la Convención. Con ello en el caso en estudio se limitó el derecho de las víctimas a ser oídas por el órgano que emitió la decisión y, además, se restringió su derecho a participar en el proceso.”

⁶⁶ “Artículo 45.- Los sentenciados por los delitos a que se refiere esta ley no tendrán el derecho de purgar sus penas en el centro penitenciario más cercano a su domicilio.”

⁶⁷ Caso *Lori Berenson*, párrafo 166, caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 139; y *Principios básicos sobre la función de los abogados*, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

la apelación y el amparo tuvieron que ser desahogados en Acapulco, mientras el proceso se desarrollaba en Tepic, dificultando a las personas el acercamiento y contacto con sus familiares y abogados. A la fecha, los afectados han sido liberados por inconsistencias en la averiguación previa.⁶⁸

5.5 Derecho a garantías judiciales efectivas

La implementación del sistema acusatorio debe pasar por un amplio entendimiento del juzgador con respecto a los estándares internacionales en materia de debido proceso. En este sentido, la Corte Interamericana ha desarrollado infinidad de criterios garantistas sobre la efectividad del derecho, entre otros, el derecho a un recurso judicial efectivo, cuya lectura sistemática con el resto de los derechos contemplados en la CADH ha sido desarrollada por la Corte al afirmar que:

[E]l artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. A su vez, estos recursos deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1). La existencia de esta garantía constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”. Lo contrario, es decir, la inexistencia de tales recursos efectivos, coloca a una persona en estado de indefensión, particularmente al enfrentarse al poder punitivo del Estado.⁶⁹

5.5.1 Ineficacia del amparo contra el arraigo⁷⁰

El artículo 7.6 de la Convención Americana tiene como objetivo regular que la detención de una persona sea sometida a una revisión judicial, mediante el ejercicio del recurso de *habeas corpus* o la acción de amparo, recursos adicionales a la comparecencia propia que ante el funcionario que decretó la privación de libertad debe cumplirse como se analizó precedentemente. Tales recursos se han establecido a fin de evitar la arbitrariedad y la ilegalidad de las detenciones realizadas por los agentes del Estado, además de ser reforzadas por la condición de garante en relación con los derechos del detenido que tiene el Estado.

Esta previsión convencional ha de ser interpretada y aplicada en asocio del artículo 25 de la Convención Americana, que establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes. Al respecto la Corte IDH ha declarado que:

[C]onstituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. El *habeas corpus* tiene como finalidad, no solamente garantizar la libertad y la integridad

⁶⁸ Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/notas/712154.html> y <http://www.quadratin.com.mx/Noticias/Tarde-pero-la-justicia-llego-resalto-Armando-Medina>

⁶⁹Cfr. CoIDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 20 de noviembre 2009. Serie C No. 207, párr. 117.

⁷⁰ Los autores agradecemos la valiosa colaboración del Dr. Mario Santiago Juárez en la elaboración de este apartado.

personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida.

La Corte IDH y la CIDH, han desarrollado jurisprudencia constante, en el sentido de que el derecho establecido en el artículo 7.6 de la Convención no se cumple con la sola existencia formal de los recursos que regula. Dichos recursos deben ser eficaces, pues su propósito, según el mismo artículo 7.6, es obtener una decisión pronta “sobre la legalidad [del] arresto o [la] detención” y, en caso de que éstos fuesen ilegales, la obtención, también sin demora, de una orden de libertad.

La sola existencia de las acciones o recursos mencionados, no es suficiente para que el Estado cumpla dicha obligación. Se requiere adicionalmente, que éstos sean efectivos, en el sentido que a la persona se le dé la posibilidad de interponer un recurso o acción, sencillo y rápido, para obtener la protección jurídica demandada.

La implementación del sistema acusatorio implica un amplio entendimiento del juzgador con respecto a estos estándares internacionales en materia de debido proceso. La Corte IDH ha desarrollado infinidad de criterios garantistas sobre la efectividad del derecho, entre otros, el derecho a un recurso judicial efectivo:

[E]l artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. A su vez, estos recursos deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1). La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”. Lo contrario, es decir, la inexistencia de tales recursos efectivos, coloca a una persona en estado de indefensión, particularmente al enfrentarse al poder punitivo del Estado.⁷¹

Al respecto, la Corte IDH indicó en la Opinión Consultiva 9/87, la obligación que tienen los Estados de brindar garantías judiciales efectivas en cualquier procedimiento que afecte los derechos de las personas, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías:

(...) La Corte considera que el Estado tiene la obligación de asegurar que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos y libertades consagrados en la Convención se mantengan vigentes en toda circunstancia, inclusive durante los estados de excepción. Este Tribunal ha entendido anteriormente que se consideran como garantías indispensables aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, las cuales serán distintas según los derechos afectados. Tales garantías son aquellas a las que la Convención se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías. Estas garantías judiciales indispensables deben subsistir para verificar la necesidad, razonabilidad y

⁷¹cfr. Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. 20 de noviembre 2009. Serie C No. 207, párrafos 117.

proporcionalidad de las medidas específicas adoptadas en ejercicio de estas facultades excepcionales.⁷²

Lejos de atender a estas consideraciones, en numerosos casos, como se ha advertido previamente, los juzgadores niegan el amparo argumentando que el arraigo no viola la garantía de libertad personal ni constituye un acto de privación de la libertad, sino simplemente un “acto de molestia”. En las resoluciones de amparo relativas al tema, el juzgador motiva la negativa a amparar al quejoso en nombre del interés social, aun cuando no se ha determinado la culpabilidad de la persona arraigada. Los jueces argumentan que el arraigo es un mero “acto de molestia”, porque su fin no es privar de la libertad a la persona sino evitar que ésta se sustraiga de la acción de la justicia de manera provisional y preventiva. Es preciso — señala la CADH — que el órgano jurisdiccional, garante de la observancia de los derechos humanos ejerza control sobre la legalidad y legitimidad de la detención. Por ello, la jurisprudencia afirma que “el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia (mientras no se establezca su responsabilidad)”⁷³.

Según lo establecido por la Ley de Amparo, los juzgados de distrito tienen facultad para revisar en amparo indirecto los actos de tribunales (federales o locales) que emiten una orden de arraigo,⁷⁴ pudiendo “suspender” el acto reclamado, decretando que sus efectos cesen. En términos estrictos, la suspensión del acto reclamado tendría como consecuencia la puesta en libertad de las personas bajo caución (con el pago de una fianza). Sin embargo, según tesis de jurisprudencia, la suspensión del acto reclamado tratándose de arraigos no puede consistir en la puesta en libertad de las personas:

...[S]i el acto reclamado en un juicio de amparo indirecto consiste en una orden de arraigo domiciliario por la comisión de un delito considerado grave por la ley, la suspensión debe otorgarse para el efecto de que el quejoso quede a disposición del Juez de Distrito, en cuanto a su libertad personal se refiere y a disposición de las autoridades responsables para la continuación del arraigo reclamado, por lo que de ninguna manera puede otorgarse esa medida cautelar para el efecto de que el peticionario de garantías quede en libertad provisional bajo caución, toda vez que por tratarse de delito grave, la ley no permite otorgar ese beneficio, de acuerdo a lo previsto en la fracción I del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁷⁵

Es importante señalar que esta tesis de jurisprudencia es anterior a la reforma; sin embargo, se encuentra vigente y comúnmente es citada por los juzgados de distrito para justificar el que no se ponga en libertad a las personas arraigadas, pues todas las órdenes de arraigo son emitidas por la

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, O. C No 9, de 6 de octubre de 1987, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia [tp://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf)

⁷³ Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129. Párr. 76.

⁷⁴ Artículo 114, fracción III de la Ley de Amparo.

⁷⁵ Arraigo domiciliario por la comisión de un delito grave. si el acto reclamado consiste en la orden que lo decreta, la suspensión debe otorgarse para el efecto de que el inculpado quede a disposición del juez de distrito en cuanto a su libertad personal se refiere y a disposición de las autoridades responsables para la continuación de la orden reclamada. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XX, julio de 2004. Página: 1678. Tesis: I.7o.P.50 P. Tesis Aislada. Materia(s): Penal

supuesta comisión de delitos graves. Es por ello que, aun cuando se decreta la suspensión del acto reclamado por el juzgado de distrito, este acto no implicará la puesta en libertad de la persona. Así, que habrá que esperar a la sentencia definitiva del juicio de amparo para que, en su caso se “ampare” a la personas declarando su libertad.

Según lo señalado por abogados litigantes, las demandas de amparo interpuestas en contra de las órdenes de arraigo en materia federal, sólo apresura al Ministerio Público a consignar la averiguación previa ante el juez de distrito, para que éste decreta el auto de formal prisión, antes de que sea resuelto el fondo del juicio de amparo.⁷⁶ Una vez decretada la formal prisión queda sin materia el juicio de amparo, pues el cambio de situación jurídica deja, según la jurisprudencia:

“...consumadas de modo irreparable las posibles violaciones acaecidas en la etapa de investigación, porque la situación jurídica del impetrante ahora queda sometida a la potestad del Juez penal que tendrá a cargo la instauración de la causa respectiva.”⁷⁷

Las consecuencias de esto es que en los actos anteriores se subsanan, sin importar incluso si el arraigo no cumplía con los requisitos legales o constitucionales requerido, éstos quedan pues legitimados. Por ello, en realidad pocas veces el Juzgado de Distrito llega a conocer del fondo del asunto, es decir, no llega a decidir si la detención derivada de la orden de arraigo implica o no violación a derechos humanos contenidos en la constitución. Es importante señalar también que estas sentencias de los juzgados de distrito no generan tesis de jurisprudencia, pues sus decisiones no son consideradas precedentes que deban ser aplicados en decisiones posteriores, pues sólo las decisiones emitidas por los tribunales colegiados de Circuito y por la Suprema Corte constituyen jurisprudencia.

En todo caso, parece que institución en sí misma del amparo, no ha sido cuestionada ni por los juzgados de Distrito ni por los tribunales colegiados de Circuito. Es importante estudiar los argumentos que usa comúnmente estos órganos jurisdiccionales en los casos. Por ello, estudiaremos la sentencia del amparo en revisión 81/2009, resuelta por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, el 17 de junio de dos mil nueve. Podemos considerar esta sentencia como paradigmática, pues de sus argumentos se derivaron varias tesis aisladas de jurisprudencia que ahora son usadas por los Juzgados de Distrito.

El caso tiene por acto reclamado la orden de arraigo decretada el cuatro de abril de dos mil nueve, por la Juez Quinto Federal Especializado en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones, en el expediente 131/2009, por delitos contenidos en la Ley de Delincuencia Organizada. La defensa de la persona arraigada considera que se violaron varios derechos, que podemos clasificar como aquellos

⁷⁶ Intervención del abogado Augusto Hernández Abogado en el “Conversatorio sobre el impacto del arraigo penal en los derechos humanos”, 27 de agosto de 2011.

⁷⁷ *Cambio de situación jurídica. Se actualiza cuando se reclaman actos dentro de una averiguación previa y el ministerio público ya ejerció la acción penal (artículo 73, fracción x, de la ley de amparo).* Cuando en un juicio de garantías de doble instancia se reclaman actos materia de una averiguación previa y se demuestra que la autoridad responsable, agente del Ministerio Público, consignó los hechos ante un Juez, a quien solicitó el libramiento de la correspondiente orden de aprehensión, es incuestionable que se actualiza la causal de improcedencia prevista en la fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo y, por ende, debe sobreseerse en el juicio de garantías, toda vez que, al ejercitarse la acción penal quedaron consumadas de modo irreparable las posibles violaciones acaecidas en la etapa de investigación, porque la situación jurídica del impetrante ahora queda sometida a la potestad del Juez penal que tendrá a cargo la instauración de la causa respectiva. En consecuencia, ya no podrá analizarse en el amparo la constitucionalidad de dichos actos, sin afectar la nueva situación jurídica generada por tal consignación. Segundo tribunal colegiado en materia penal del cuarto circuito. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXX, Octubre de 2009. Página: 1373. Tesis: IV.2o.P.43 P. Tesis Aislada. Materia(s): Penal

que son intrínsecos a la figura del arraigo y otros que se relacionan con la aplicación concreta del mismo:

- a) La libertad de tránsito, contenida en el artículo 11 constitucional, porque al arraigado se le priva de esta libertad: el arraigo es “una medida restrictiva de la libertad personal con motivo de la integración de la averiguación previa”.

[...]

- f) La presunción de inocencia impone, toda vez que el Estado debe dar a todo hombre tratamiento de inocente, hasta que la sentencia pronunciada por los tribunales lo declaren culpable. Lo anterior significa que se le reconoce en posesión de un derecho a su vida, a su libertad y a su patrimonio. La privación de la libertad consustancia al arraigo implica en la práctica un castigo sin pruebas que pueda dejar de presumir la inocencia del arraigado.

Otras supuestas violaciones relacionadas más con los principios del debido proceso en el caso concreto son las siguientes:

- a) Incorrecta valoración de las pruebas aportadas por el Ministerio Público de la Federación, al apoyarse la autoridad responsable ordenadora en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

[...]

- c) La responsable se basó en prueba indiciaria para tener por acreditado que era miembro de una organización criminal, dedicada a cometer hechos que pueden ser constitutivos de ilícitos previstos en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.
- d) La orden de arraigo precisó las características del hecho, pero no los vinculó con la persona arraigada: “no llevó a cabo un debido razonamiento.”
- e) Se le restringió el derecho a una defensa adecuada, pues no se le informó periódicamente de los avances de la investigación.

En su resolución el tribunal colegiado de Circuito desvirtúa cada una de los conceptos de violación que son aducidos por la defensa. En cuanto a la libertad de tránsito señala:

[L]a observancia de la garantía de libre tránsito está subordinada a las facultades legales que tiene una autoridad judicial; en el caso concreto a las facultades que tienen los jueces Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones, con competencia en toda la República y residencia en el Distrito Federal, para emitir una orden de arraigo, por ser competentes en razón de los hechos materia de la indagatoria de mérito, por lo que es inconcuso que no se vulneró garantía individual alguna al amparista de mérito.

Está claro que la libertad de tránsito puede ser restringida por la autoridad judicial, sin embargo, lo que el tribunal colegiado de Circuito no señala es que esta restricción contradice la presunción de inocencia, reconocida por la propia constitución. Más bien la conclusión es que el arraigo no implica que se presuma culpables a la persona, toda vez que éste no tiene como fin último privar de la libertad, sino:

[G]arantizar la eficacia de la investigación de delitos, como facultad constitucional del Ministerio Público, para lo cual se establece esta medida, tendente a evitar la sustracción de la persona señalada como probable responsable de hechos posiblemente constitutivos de delito,

que es de interés social, sin que ello implique la determinación de culpabilidad que sustenta el principio de presunción de inocencia; toda vez que, se reitera, la media busca integrar una averiguación previa y permite al ahora quejoso participar en la aclaración de los hechos que se le imputan.

Lo que no toma en cuenta el tribunal colegiado de Circuito es que más allá de la finalidad del arraigo, en la práctica la privación de la libertad vacía de contenido la presunción formal de inocencia. Para justificar esta idea el tribunal de mérito señala que:

[P]ese a que el arraigo constituye una restricción o afectación en la esfera de derechos del quejoso, en este caso su libertad de tránsito, ello no produce los mismos efectos que los actos privativos, ni implica la imposición de una pena, porque surge por el tiempo estrictamente indispensable para integrar la averiguación previa de que se trata, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo del arraigo, sin que rija el numeral 14 constitucional, que se refiere a los actos de privación, pues no se está en el supuesto de imposición de pena alguna por analogía o mayoría de razón, no decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate; al tratarse de un acto que tiene una regulación específica en el diverso artículo 16 que, como en seguida se analizará, fue cumplido a cabalidad, y que obedece a la necesidad del Ministerio Público Federal de contar con mayor tiempo para la debida integración de la averiguación previa y evitar que el probable responsable se sustraiga de la acción de la justicia.

Por tanto, para el tribunal el arraigo implica más bien un acto de molestia, que no produce los mismos efectos que los actos privativos, porque restringe de manera provisional o preventiva la libertad de tránsito y personal del indiciado, para evitar que se sustraiga de la acción de la justicia, mientras el Agente del Ministerio Público busca pruebas para poder ejercer la acción penal. Por tanto, el arraigo no tiende a la privación definitiva, sino sólo es una medida cautelar para la debida integración de la averiguación de que se trate.

5.6 Arraigo y tortura

El carácter de prohibición absoluta de la tortura ha sido ampliamente reiterado por la jurisprudencia internacional y los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas.

Así, la Corte IDH ha indicado que “la tortura está estrictamente prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, “lucha contra el terrorismo” y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”.⁷⁸

Por su parte, el Comité contra la Tortura, de las Naciones Unidas ha recordado “que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención, en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna, orden de un superior o una autoridad pública o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.”⁷⁹

⁷⁸Sentencia de 8 de julio de 2004, Caso Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú, párrafo 111. Ver igualmente Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Caso Maritza Urrutia c Guatemala, párrafo 89; y Sentencia de 18 de agosto de 2000, Caso Cantoral Benavides c. Perú, párrafo 95.

⁷⁹ Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Egipto, de 12 de junio de 1994, A/49/44, párrafo 89.

En el mismo sentido, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura, Sr. Theo van Boven, ha subrayado el “carácter intangible” de la prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁸⁰ Éste concluyó que “el fundamento jurídico y moral para la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es absoluto e imperativo y no debe doblegarse o quedar supeditado en ninguna circunstancia a otros intereses, políticas y prácticas.”⁸¹

Sobre las técnicas que pueden emplearse en la tortura, la Corte Interamericana ha considerado que

[E]ntre los elementos de la noción de tortura establecidos en el artículo 2 de la Convención Interamericana contra la Tortura se incluyen métodos para anular la voluntad de la víctima con el objeto de obtener ciertos fines, como información de una persona, o intimidación o castigo, lo que puede ser perpetrado mediante violencia física, o a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo.⁸²

La línea que separa una medida cautelar cualquiera de un disfraz de tortura institucionalizada podría ser muy delgada. En el caso del arraigo, no creemos exagerar cuando afirmamos que es una puerta abierta al uso sistemático de la tortura como práctica habitual en la política criminal.

Una de las causas por las cuales el arraigo amplía las posibilidades de comisión de tortura es el importante valor probatorio que se asigna a las primeras confesiones hechas ante un agente de policía o un fiscal, así como por el hecho de que la carga de la prueba sobre torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes durante la investigación no recae sobre las autoridades investigadoras, sino sobre la víctima. La autoridad investigadora es la encargada de dar fe ante el juez de que el detenido no ha sufrido tortura, con lo cual el juzgador considera satisfecha la cuestión sin mayor indagación. Una vez que el expediente ha sido sustanciado por el Ministerio Público, la persona puede ser consignada al Poder Judicial con un proceso prefabricado, sin que el juez pueda allegarse oportunamente de elementos para discriminar entre las pruebas consistentes y verídicas y las que han sido obtenidas con violencia.⁸³

Al respecto, se ha documentado que el arraigo penal mexicano amplía las posibilidades de que una persona sea torturada, debido a la discrecionalidad y el escaso control jurisdiccional en su ejecución. En ese sentido, por ejemplo, el Subcomité para la Prevención de la Tortura de la ONU resaltó en el párrafo 225 de su Informe sobre su visita a México,⁸⁴ que en la mitad de los 70 casos de exámenes médicos analizados sobre personas en situación de arraigo, las personas examinadas presentaban signos de violencia reciente.

Por su parte, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) informó⁸⁵ que durante los dos primeros años de la constitucionalización del arraigo el 38% de las quejas generadas en el marco de la medida se refirieron a detención arbitraria y el 41%, a tratos crueles, inhumanos o degradantes

⁸⁰ “Informe del Relator Especial sobre la tortura”, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2002/137 de 26 de febrero de 2002, párrafo 8.

⁸¹ *Ibid.*, párrafo 15.

⁸² Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Caso Maritza Urrutia c Guatemala, párrafo 92.

⁸³ *Cfr.* Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. 98º período de sesiones. Nueva York, 8 a 26 de marzo de 2010.

⁸⁴ CAT/OP/MEX/R.1

⁸⁵ Solicitud de acceso a la información generada por la CMDPDH; Oficio CNDH/PVG/DG/138/2010, folio 7110, de 29 de abril de 2010, misma que otorgó la información a través de la Primera (oficio CNDH/PVG/DG/138/2010), Segunda (oficio CNDH/2VG/08012010), Tercera (oficio TVG/000709) y Quinta (oficio QVG/CNDH/108/2010), Visitadurías de dicho organismo público, entre los meses de marzo y abril de 2010.

antes de recibir la orden de arraigo o durante éste. Del total de los casos, el 26% presentaron ambas violaciones.⁸⁶ Entre los casos de tortura que las quejas mencionan se encuentran golpes, lesiones, ahogamientos, fracturas y aplicación de descargas eléctricas en los genitales u otras partes del cuerpo. También hubo largos plazos de incomunicación que entorpecieron la defensa.

Como señalamos *supra*, en su reporte preliminar sobre la visita a México, el Relator contra la Tortura de las Naciones Unidas realizada entre abril y mayo de 2014, reiteró el llamado a eliminar la figura del arraigo, toda vez que supone una circunstancia para la práctica de la tortura:

...el Relator recuerda al Gobierno que el arraigo no es acorde con la normativa internacional relativa a la privación de la libertad y expone a las personas a una mayor vulnerabilidad respecto de posibles torturas y malos tratos.⁸⁷

No está de más señalar que esta H. Comisión Interamericana como resultado de su visita *in loco* a México, reiteró su preocupación sobre la existencia de la figura del arraigo ya que mencionó, su vigencia es contraria a la Convención Americana y exhortó al Estado mexicano a eliminarla por completo de su ordenamiento jurídico.⁸⁸

Por todo lo anterior, solicitamos a la Ilustre Comisión:

UNICO. Que admita el presente escrito y lo considere como argumentos complementarios al escrito de argumentos de fondo – en calidad de *amicus curiea* presentados en su oportunidad por los representantes de las víctimas.

Sin otro particular, hacemos propicia la ocasión para reiterarle las muestras de nuestra consideración más distinguida.

ATENTAMENTE,

Red Solidaria Década Contra la Impunidad A.C. (RSDCIAC)

FIRMANTES DEL AMICUS CURIE

IDHEAS Litigio Estratégico en Derechos Humanos, Director Juan Carlos Gutiérrez Contreras

Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia (OCSJ), integrado por:

Asistencia Legal por los Derechos Humanos (ASILEGAL), Director José Luis Gutiérrez Román; Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. (CMDPDH), Director José A. Guevara Bermúdez; Instituto de Justicia Procesal Penal (IJPP), Director Javier Carrasco Solís

⁸⁶ En los informes de la CNDH se puede apreciar que del año 2000 al 2005, el número de quejas por malos tratos se mantuvo estable, estando en el rango de 200 a 300 quejas al año por este concepto. Para 2006, se aumentó a 330 quejas y en 2007 a 395. Sin embargo, en el año 2008 dicha cantidad se disparó a 987 quejas, superando la barrera de los mil en 2009 y llegando a 1,161 en 2010.

⁸⁷ Conclusiones Preliminares visita a México del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez. Abril 21 – Mayo 2 2014, http://hchr.org.mx/files/Relatorias/Approved-finalConclusionesPreliminares_2deMayode2014_VisitaSRTMexico.pdf

⁸⁸ CIDH. Situación de los Derechos Humanos en México (2016). Párr. 314, 317 y recomendación número 20. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>.

