

ANEXO III

ANÁLISIS JURÍDICO

La incompatibilidad del arraigo con los derechos humanos reconocidos en el régimen constitucional mexicano y en el ámbito del derecho internacional

El arraigo es una institución que forma parte del proceso penal y es sustanciada mediante solicitud del agente del Ministerio Público ante un juez penal.

Las legislaciones procesales ordinarias mexicanas fueron introduciendo la figura del arraigo domiciliario como institución de cautela previa al ejercicio de la acción penal, de tal manera que, el Ministerio Público solicita a un juez que resuelva, de manera unilateral, sobre la aplicación de arraigo domiciliario en contra de una persona.

En el arraigo domiciliario se sujeta a una persona para que no salga de una demarcación, se restringe la libertad de tránsito, y se concibe como una medida menos restrictiva que la privación de la libertad durante el procesamiento de una persona.

La evolución de la figura del arraigo en diversas legislaciones de las entidades federativas fue introduciendo de manera explícita el arraigo en lugar distinto del domicilio, lo cual permitió la existencia de los denominados “Centros de Arraigo”.

De esta forma, el arraigo se fue instituyendo en el derecho mexicano, hasta llegar a culminación en la reforma de 18 de junio de 2008 al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual en su párrafo séptimo estableció que:

*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. El arraigo no podrá 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 precepto constitucional concedió la oportunidad al Ministerio Público de prorrogar el arraigo por 40 días más, siempre y cuando se acredite la subsistencia de las causas que le dieron origen. El arraigo no podrá exceder de 80 días.

Asimismo, la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 estableció un régimen de artículos transitorios, el **primero, sexto e undécimo** son operantes para la figura del arraigo.

El **primero** transitorio indica que la reforma al sistema de justicia penal entrara en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

El **sexto** estableció que 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 XXI¹, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Los procesos penales iniciados con fundamento en dichas legislaciones, así como las sentencias emitidas con base en las mismas, no serían 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.

El **undécimo** reguló que el régimen del arraigo, en tanto, no entra en vigor el sistema procesal acusatorio, confirió a *los agentes del Ministerio Público que determine la ley* la facultad de solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de 40 días.

El arraigo en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal

En la legislación del Distrito Federal, el arraigo se reguló en el artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, dicho numeral dispone que:

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

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

Como se puede desprender del texto del artículo anteriormente transcrito, la fórmula que utiliza el legislador local es la de *arraigo con vigilancia de la autoridad, sin embargo*:

- a) No se establece si ese arraigo será de carácter domiciliario o en lugar distinto del domicilio;

¹ Artículo 73. El Congreso tiene facultad: fracción XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como legislar en materia de delincuencia organizada.

- ii) Tampoco se establece que se trate de delito grave, ya que sólo dispone que se deberá de tomar en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado; y
- iii) No se establecen causales legales de procedencia del arraigo, como lo ha establecido el texto constitucional reformado el 18 de junio de 2008.

Debe considerarse que esta fórmula de arraigo **ha resultado derogada** por el artículo **primero transitorio**, debido a que en los artículos transitorios restantes del decreto no exceptúan al arraigo regulado en la legislación del Distrito Federal para entrar en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

Así, de conformidad con el primero transitorio de la reforma, que entró en vigor a partir del siguiente día de su publicación, **era obligación del Distrito Federal regular en la legislación procesal lo relativo a los derechos del procesado**, el acceso al expediente, los elementos probatorios respecto a los supuestos de arraigo, la necesidad de la motivación material en la solicitud de arraigo, y las garantías de audiencia de la persona bajo arraigo.

Tal regulación procesal es de vital importancia para dar contenido a la garantía de libertad y de su afectación para efectos penales, conforme a **reglas mínimas** que dan contenido a **los derechos fundamentales** del imputado en la **etapa procesal de arraigo**.

Es concluyente que la Constitución ordena regular los derechos de defensa y prueba a favor del indiciado o imputado con motivo del arraigo y durante el mismo, en los términos del artículo 20 fracción X último párrafo de la Constitución, previstos en las fracciones V, VII y IX apartado A del mismo precepto, bajo el texto anterior a la reforma de 2008.

La fuente de exigencia de regular los derechos referidos lo es el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en particular el precepto constitucional invocado, porque éste indica que tales derechos se observarán **durante la averiguación previa** y necesariamente el arraigo es aplicable sólo si hay una averiguación previa.

El artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal es claro cuando dice que **con motivo de una averiguación previa** [...] el *Ministerio Público podrá solicitar el arraigo*.

En el mismo sentido lo establecía el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales antes de la reforma publicada el 23 de enero de 2009.

En refuerzo del **derecho que tiene la persona a defenderse en sede judicial** y al **amparo de los derechos del artículo 17 de la Constitución**, frente a los supuestos materiales y procesales del arraigo, es decir, sobre los méritos de la imputación y los relativos a las causales de arraigo que ahora están en la Constitución —vigente desde el 18 de junio de 2008, conforme al transitorio segundo del decreto en cuestión—, **está en el contenido del párrafo trece del artículo 16 constitucional**, el cual, entrará en vigor cuando en los ámbitos federal y local existan sistemas procesales acusatorios relativo a que, **los jueces de control que resuelvan medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación que requieran control judicial, deberán garantizar los derechos de los indiciados, víctimas u ofendidos.**

Tanto en el supuesto explícito del artículo 20, fracción X, último párrafo, anterior a la reforma de 2008, como en el supuesto del **párrafo décimo tercero** del artículo 16 constitucional, una vez que entre en vigor, ya sea por **tratarse de actuaciones dentro de una averiguación previa** o por tratarse de una **providencia precautoria**, tal vez combinada, **con técnicas de investigación**, el arraigo siempre será materia de preservar y garantizar los derechos del indiciado y por lo tanto la legislación secundaria siempre deberá prever como instrumentar el derecho a la defensa mediante el derecho de aportar y desahogar pruebas.

El artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal establece **dos** aspectos: el arraigo se **“solicita”** y **“resuelve”** con motivo de una **averiguación previa**, por lo tanto la misma ley procesal debe regular los derechos previstos en las fracciones **II, V, VII y IX** del artículo **20 constitucional** aún vigente en el Distrito Federal, porque así lo manda ese precepto y como corolario de lo anterior, dicha legislación secundaria debe garantizar el contenido del precepto según el cual para que se dicte el arraigo el **juez debe oír al indiciado**, es claro que el indiciado **será oído con los derechos del artículo constitucional referido.**

Es de suma importancia señalar que las condiciones bajo las cuales pueda limitarse **el derecho a la circulación deben estar determinadas por ley**, por lo que las restricciones no previstas en la ley o que no se ajusten a los requisitos establecidos en el artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos serían violatorias del referido derecho. Asimismo, al aprobar leyes **que prevean las restricciones** permitidas, los **Estados deben guiarse** siempre por el principio de que las restricciones **no deben comprometer la esencia del derecho**; así como, también, deben **utilizar criterios precisos** y **no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación**².

La falta de regulación legal impide la aplicación de tales restricciones, puesto que no se encontrará definido su propósito y los supuestos específicos en los cuales se hace indispensable aplicar la restricción para cumplir con alguno de los fines indicados en el artículo 22.3

² O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Comentario General no. 27, párrafos. 12 y 13, citado en Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 124.

(derecho de circulación) de la Convención, así como también impide al procesado presentar los alegatos que estime pertinentes sobre la imposición de tal medida. No obstante, cuando la restricción se encuentre contemplada por ley, su regulación debe carecer de ambigüedad de tal forma que no genere dudas en los encargados de aplicar la restricción, permitiendo que actúen de manera arbitraria y discrecional, realizando interpretaciones extensivas de la restricción, particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad³.

Además, en caso de restricción de la libertad y el derecho de circulación del procesado, las medidas cautelares deben estar regidas por ciertos principios. Al respecto, la Corte Interamericana en relación a estas medidas estimó que:

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 de derecho, universalmente reconocidos.⁴

Dado que el arraigo constituye una detención dentro del procedimiento penal, se debe por lo tanto observar los principios anteriormente señalados y los derechos de la persona a la que se somete al arraigo respecto de acceso al expediente, a los elementos de prueba, elementos probatorios respecto de los supuestos de arraigo, así como la motivación material del arraigo, **su falta de regulación procesal en el Distrito Federal constituye una violación a esos derechos y, además, su práctica, tal como sucede ahora y se ha documentado, resulta una violación sistemática de los derechos que conforman el debido proceso legal y en particular el derecho efectivo a que la persona sea escuchada por un juez mediante el ejercicio de la defensa y la garantía efectiva del derecho que tiene toda persona a no declarar en su contra y a la presunción de inocencia.**

De ninguna forma **puede suponerse, que el constituyente quiso afectar derechos fundamentales** inviolables, ni aún en supuestos de excepción o emergencia, con la aprobación del arraigo en la Constitución, tal como se desprende del artículo 27.1 de la Convención Americana, el cual no autoriza ni aun en casos de excepción a tomar disposiciones que sean incompatibles con las obligaciones que le impone al Estado mexicano el derecho internacional, ni como lo señala el 27.2 de la citada convención, contrarios a la suspensión de

³ *Ídem*, párr. 133

⁴ Cfr. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

derechos —integridad personal, principio de legalidad, y las garantías judiciales—, indispensables para la protección de la persona frente a la autoridad.

Así, 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, pues éstas deben subsistir para verificar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas específicas adoptadas en ejercicio de estas facultades excepcionales.⁵

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. Así como aquellos derechos a los que la Convención se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, 8, y los inherentes a la preservación del Estado de Derecho.

Como la **inclusión del arraigo** en el texto constitucional **no es en modo alguno un supuesto de excepción**, de acuerdo con el artículo citado de la Convención Americana, la institución del arraigo debe interpretarse en el sentido de que **el legislador secundario regulará lo correspondiente a los supuestos materiales que lo justifican**, ya que la Constitución no lo hizo. De no ser así, no tendría sentido lo establecido en el artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, **respecto de que el juez que resuelva el arraigo debe oír al indiciado**.

Asimismo, la ley debe precisar lo relativo a **la materia de prueba en el arraigo**, pues a través de la prueba se debate sobre cuerpo del delito y la probable responsabilidad como acto de previo posicionamiento y, sólo después, si hay materia sobre las razones del arraigo, la prueba sobre el mérito material del arraigo plantea que la ley deba establecer una regla sobre tanto de prueba para arraigar, en comparación con el tanto de prueba para consignar y para juzgar.

El Ministerio Público debe probar la necesidad del arraigo, y por tanto, se debe regular su actuación para garantizar el derecho de la persona a defenderse *por sí y a través de un abogado especializado*, el acceso a la investigación y tener la posibilidad de refutar las pruebas presentadas, así como contar con las posibilidades de aportar los elementos de prueba que considere, así como que éstos sean desahogados en una audiencia pública que deberá ser presidida por el juez que va a decidir sobre la medida.

⁵ Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 54.

Hasta en tanto en el ámbito local no se haya emitido una reforma al artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el texto constitucional del arraigo, en cuanto a las motivaciones específicas, debe de ser aplicado bajo un principio de interpretación según los supuestos que lo justifican.

La calificación, desahogo, valoración, razonamiento y argumentación de la prueba debe ser hecha por un juez, ya que de conformidad con el artículo 17 de la Constitución, son los jueces los garantes de imparcialidad y autonomía y es la razón por la cual el arraigo es una institución que administran los jueces. Para que la intervención judicial no se convierta en una formalidad ineficaz para la protección de derechos fundamentales.

El arraigo conlleva una afectación grave de carácter cautelar de la libertad personal y, por lo tanto, también por esta razón su aplicación debe activar el conjunto de derechos del debido proceso, de tal manera que durante el curso de la privación de libertad con motivo del arraigo la persona tiene derecho a: i) no ser incomunicada; ii) a contar con un defensor de su elección; iii) a que éste la auxilie para aportar elementos probatorios que desvirtúen el mérito del arraigo y de la imputación; iv) a que un juez admita y presida el desahogo, valore, razone y argumente la prueba sobre el mérito del arraigo y sobre la imputación y decida levantar éste cuando no exista justificación para que continúe, independientemente de la contradicción que ya se ha señalado en el sentido de que el arraigo carece de un mínimo de justificación material para afectar la libertad personal en el contexto de un estado de derecho constitucional y democrático.

Desde luego que los derechos referidos están precedidos y presididos por los derechos a no declarar, a no declarar en su contra y a la presunción de inocencia. Sobre este último derecho e independientemente de que no ha entrado en vigor el texto constitucional que lo incluye explícitamente en aquellas jurisdicciones que no han llevado a cabo la reforma del proceso acusatorio, según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ese derecho ha estado siempre en la Constitución de manera implícita⁶

⁶ **Localización:** Novena Época, Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Agosto de 2002Página: 14, Tesis: P. XXXV/2002, Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional, Penal. El texto es el siguiente: **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** De la interpretación armónica y sistemática de 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, se desprenden, por una parte, **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, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente,** el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio **acusatorio,** mediante el cual **corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos,** tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar **"los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"**; en el artículo 21, al disponer que **"la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"**; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole **"buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos"**. En ese tenor, debe estimarse que **los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio** resguardan en forma implícita el diverso principio **de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito,** en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el **sistema** previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

En congruencia con el desarrollo argumentativo recién expuesto, está el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al derecho que tiene toda persona de que los derechos del debido proceso se activan cuando alguien es privado de la libertad, por motivos de inculpación o imputación y tiene derecho a que a la mayor brevedad, sea un juez el que decida sobre el mérito de la detención y de la imputación⁷

En consecuencia, **la falta de regulación secundaria del arraigo, en armonía con el texto constitucional constituye un obstáculo para su aplicación secundaria y una afectación al derecho a la seguridad jurídica.**

El arraigo en la Ley Contra la Delincuencia Organizada del Distrito Federal

De la lectura del artículo **sexto transitorio** del decreto de 18 de junio de 2008, se desprende que las legislaciones de las entidades federativas, entre éstas, el Distrito Federal, en materia de delincuencia organizada continuarán en vigor hasta en tanto el Congreso de la Unión ejerza la facultad que le confiere el artículo 73 fracción XXI de la propia Constitución, es decir, la facultad de legislar de manera exclusiva sobre delincuencia organizada, reservando la competencia a la federación.

En el momento que esto ocurra será derogada la Ley contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal. En el supuesto, bajo el cual siga en vigor el artículo 6º de la Ley contra la Delincuencia Organizada referida, establece que:

“Cuando existan indicios suficientes que acrediten fundadamente que alguien es miembro de la delincuencia organizada, el juez de la causa podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público y tomando en cuenta **las características del hecho imputado**, así como las **circunstancias personales del inculpado**, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud. Corresponde al Ministerio Público y a la Policía Judicial, ambos del Distrito Federal, ejecutar el mandato de la autoridad judicial. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa no pudiendo exceder de **noventa días**, con el objeto de que el afectado participe en la declaración”.

Dicho numeral está en contradicción con el texto que sobre arraigo está contenido en la Constitución, porque:

- i) No contempla la fórmula de causales específicas y sólo establece que se tomarán en cuenta las características del hecho imputado, así como las circunstancias personales del inculpado;

⁷ Cfr. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220. Párrafo. 93

- ii) No se establece un elenco taxativo de causales que en el texto constitucional son: a) **que el arraigo sea necesario para el éxito de la investigación**; b) **para la protección de personas o bienes jurídicos**, o c) **cuando existe riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia**.
- iii) El tiempo máximo de arraigo que, según el artículo 6º de la ley referida puede ser de hasta 90 días⁸ y según la Constitución no podrá exceder de los 80 días.

Salvada la discusión en el sentido de que los jueces tendrán que resolver sobre la fundamentación del arraigo con base al artículo 16, párrafo séptimo, y de acuerdo con los transitorios primero y sexto del decreto de la reforma constitucional anteriormente citado, este órgano local protector de derechos humanos observa que **el legislador ordinario del Distrito Federal no ha hecho la adecuación correspondiente a la ley de delincuencia organizada, y con ello afecta el derecho a la libertad personal** cuando se aplica la institución del arraigo bajo el supuesto de **delincuencia organizada**.

En consecuencia, a partir del 18 junio de 2008, todo supuesto de detención solicitado por el Ministerio Público y resuelto por los jueces del Distrito Federal **debía haberse atendido a la fórmula constitucional del arraigo y en consecuencia revisarse los supuestos concretos en atención a este imperativo**.

El arraigo domiciliario

En cuanto al “arraigo domiciliario” su regulación en el artículo décimo primero transitorio del decreto de 18 de junio de 2008, establece que en tanto entra en vigor el sistema penal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez dicho arraigo tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de 40 días. Lo anterior significa que a partir de la fecha referida, el Ministerio Público sólo pudo haber solicitado “**arraigo domiciliario**” en los casos que no constituyan delincuencia organizada.

Al mantener a las personas en “*situación de arraigo*” en lugar distinto del domicilio, este Organismo considera que se cometió una violación grave del derecho al debido proceso legal, porque los jueces no administraron las garantías que lo conforman para resolver los arraigos, así como la prolongación de éstos.

Sobre la pérdida de facultades para solicitar y emitir órdenes de arraigo en el Distrito Federal y la obligación de prever un subsistema normativo

⁸ Esta Comisión tiene plenamente probado que en casos de delincuencia organizada se otorgó el arraigo hasta por 90 días.

Cabe señalar algunas precisiones sobre la vigencia del arraigo en el Distrito Federal, en relación a la *vacatio legis* contenida en la Constitución y en su régimen de transitorios.

En primer término, es posible señalar que cuando el legislador federal ejerza la facultad a que se refiere el artículo **sexto transitorio del decreto, las facultades de arraigo con motivo de delincuencia organizada** que actualmente ejerce el Distrito Federal **cesarán**. Y una vez que entre en vigor el **sistema penal acusatorio** según el **décimo primer transitorio** el “arraigo domiciliario” para **delitos graves también cesará**. Lo anterior, significa que cuando se produzcan esos dos hechos jurídicos, el Ministerio Público y los jueces del Distrito Federal dejarán de tener las facultades para solicitar o decretar el arraigo.

Sobre el estándar de prueba para conceder el arraigo

El agente del Ministerio Público puede solicitar al juez la aplicación del arraigo en contra de una persona respecto de la cual no se cubren los requisitos para justificar una orden de aprehensión del artículo 16 de la Constitución, es decir, no están establecidos los elementos del cuerpo del delito ni la probable responsabilidad del imputado y, sin embargo, se establece que la autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario [...], *a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando existe el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia*.

De acuerdo con el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales esta figura se autoriza hasta por 40 días naturales. También se estableció en dicho precepto que el afectado puede pedir que el arraigo quede sin efecto y que la autoridad judicial decidirá si debe o no mantenerse el arraigo escuchando al Ministerio Público y al afectado. Este artículo ha sido modificado mediante decreto de 23 de enero de 2009⁹.

Por su parte, como se señaló anteriormente, el artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal establece que cuando con motivo de una averiguación previa, el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, [r]ecurrirá al órgano jurisdiccional fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad.

El arraigo puede durar hasta 60 días a solicitud del Ministerio Público y su finalidad es la debida integración de la averiguación previa de que se trate. El juez resolverá sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo escuchando al Ministerio Público y al arraigado.

⁹ De conformidad con el segundo transitorio se establece que lo dispuesto en el artículo 133 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales estará vigente hasta en tanto entre en vigor el sistema procesal acusatorio a que se refiere el decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, las fracciones xxi y xxiii del artículo 73, la fracción vii del artículo 115 y la fracción xiii del apartado b, del artículo 123 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

Las diferencias más notables entre ambas fórmulas normativas consisten en que, en el caso del Distrito Federal, para que el juez decida sobre la aplicación del arraigo **debe oír al indiciado** o bien cuando éste le solicite la revisión de la medida. En cambio, en el ámbito federal el arraigado sólo es escuchado para efectos de revisión de la medida y no para la imposición de ésta.

La causal de procedencia del arraigo en el ámbito federal consiste en que **exista riesgo fundado de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia**; en cambio, en el Distrito Federal **no se prevé una causal específica, pero sí se dispone que la solicitud del Ministerio Público deberá estar fundada y motivada**. En la **codificación federal se establece que el arraigo es domiciliario**, en la del Distrito Federal **no se precisa tal característica**, —expresamente el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales se refiere de manera expresa a un arraigo domiciliario a diferencia del artículo 270 bis del Código del Distrito Federal que se refiere al *arraigo con vigilancia de la autoridad*—, en el ámbito federal **se autoriza hasta por 40 días** y en el local **hasta por 60 días**.

La **coincidencia** entre ambas instituciones consiste en que el arraigo tiene por objeto **la debida integración de una averiguación previa** y, por lo tanto, **carece de materia de justificación en el texto constitucional y en la legislación secundaria**, a diferencia de otras formas de detención que prevé el artículo 16 de la Constitución; cuando se ha establecido el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado ya sea para dictar una orden de aprehensión o para que el Ministerio Público primero y, en un segundo momento, el juez decreta fundada y motivadamente la detención de la persona para los efectos de ejercitar acción penal respecto del primero y para iniciar la etapa de pre instrucción respecto del segundo.

Nótese que en estos supuestos, la libertad de la persona está bajo control judicial y sujeto a plazos perentorios de 48 y 72 horas. Los plazos excepcionales de 96 horas, cuando se trata de delincuencia organizada en la fase de averiguación previa y, de 144 para efectos del derecho a la defensa son también perentorios y precisamente establecidos en el texto de la Constitución, debido a que parten de la imputación que hace el Ministerio Público a partir de que considera establecidos los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

En virtud del razonamiento expuesto se puede concluir que **el arraigo no tiene un contenido material que lo justifique**, pues se trata de una institución que afecta la **libertad personal de manera grave sin que se cumplan los requisitos mínimos que para tal efecto dispone la Constitución, y sin que se hayan establecido tales criterios mínimos en el texto constitucional que incorporó el arraigo a la norma fundamental**. En virtud de lo anterior, debe entenderse que los criterios de violación del derecho a la libertad personal planteados por el Pleno de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación subsisten tal y como se observa en la tesis aislada que a continuación se transcribe.

Arraigo penal. El artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua que lo establece, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Federal. No. Registro: 176,030 Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Penal, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Febrero de 2006, Tesis: P. XXII/2006, Página: 1170. El texto es el siguiente: "La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos **permite, excepcionalmente**, la afectación de la **libertad personal del gobernado** mediante la

actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) **en caso de delito flagrante** obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) **en casos urgentes**, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) **mediante orden de aprehensión** dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) **tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas.** “

“Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, **se prevén plazos breves**, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que **la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días**, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad”.

El criterio de la Suprema Corte sostiene que el arraigo contenido en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua y, por lo tanto de todos los códigos que lo contengan, es violatorio de los artículos 16, 18, 19, 20, y 21 de la Constitución por unas causas que la incorporación de esa figura en la norma constitucional **propicia que las violaciones sean autorizadas por un legislador que no tiene disponibilidad de la libertad personal en los términos en que se permite**, de acuerdo con la inviolabilidad de ese bien jurídico, *más allá de los casos en que se justifique porque un juez puede razonar la justificación de la probable responsabilidad de una persona.*

El razonamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, además, consiste en considerar que la averiguación previa no contiene datos que vinculen a una persona como probable responsable, a pesar de ello se permite la afectación de la persona por un plazo de hasta 30 días.

Las razones por las que la Suprema Corte de Justicia consideró el arraigo como violatorio de la garantía de la libertad personal **desaparecen al haber incluido esta institución en el texto mismo de la Constitución**, debido a que, **no se supera la exigencia mínima para producir una afectación tan grave en la esfera de libertad de la persona, cuya exigencia mínima consiste, según el texto constitucional aplicable, en que se haya establecido la probable responsabilidad del imputado respecto de un hecho delictivo mediante datos que lo acrediten.** Otra razón, es porque en esa institución no existe otra fórmula por la cual se pueda vincular a una persona con un hecho delictivo, de tal manera que se justifique la afectación de su libertad personal hasta por 80 días.

No existe forma de justificar en un Estado democrático de derecho la afectación a la persona sin que exista un elemento de imputación mínimamente consistente, respecto del cual se pueda desahogar prueba y, consecuentemente propiciar, por parte del órgano de la jurisdicción que autoriza el arraigo, la correspondiente valoración y razonamiento de esa prueba.

En consecuencia, puede considerarse que **la inclusión del arraigo en el texto de la Constitución no permite superar su naturaleza arbitraria debido a que carece de sustento material y objetivo que permita motivar la resolución judicial.**

En conclusión, el arraigo como una medida de cautela, previa al proceso, es incompatible con los supuestos de detención que prevé la Constitución, *a diferencia del arraigo domiciliario* cuando se dicta como una medida procesal menos restrictiva que la privación de la libertad personal durante el proceso y, en consecuencia, es incompatible con el artículo 16 constitucional porque se dicta sin que se haya establecido la probable responsabilidad del imputado.

Incompatibilidad del arraigo con el derecho internacional de los derechos humanos

- a) **El derecho a que un tribunal resuelva a la mayor brevedad sobre la justificación de la detención de acuerdo con los supuestos constitucionales o legales establecidos.**

De acuerdo a las bases constitucionales del proceso acusatorio, debe considerarse que el arraigo forma parte del proceso penal y, por tanto, que en su aplicación, como ya se indicó, rigen las garantías del debido proceso legal.

El anterior argumento se refuerza con la circunstancia de que tanto su regulación secundaria como constitucional prevén la intervención de un juez para su autorización. **El control jurisdiccional del arraigo no puede suponer una relación unilateral entre el Ministerio Público y el juez, al margen del derecho de defensa del imputado**, debido a que se trata de un acto que consiste en la privación de la libertad de la persona, independientemente de su carácter provisional, al igual que las medidas de cautela que también son provisionales, pues en todo caso **son administradas por los jueces con intervención del afectado mediante las garantías específicas del derecho de defensa.**

El arraigo tiene efectos procesales ya que **produce la detención de una persona de manera extremadamente grave.** La legislación secundaria y la misma constitución prevén que el **control de la persona arraigada lo tendrá el Ministerio Público y sus auxiliares de la policía** lo cual coloca a la persona en una situación de vulnerabilidad, ya que quienes lo acusan lo tienen a su disposición física.¹⁰

¹⁰ Tal circunstancia es especialmente grave en un país en el que existe una práctica sistemática y generalizada de tortura que ocurre en impunidad porque el Estado mexicano no reconoce esa práctica, por encima de investigaciones llevadas a cabo por órganos internacionales tanto de carácter jurisdiccional, cuasi jurisdiccional y no jurisdiccional. *Cfr.* Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215. CIDH, Informe número. 164/10 Caso 12.623. Solución Amistosa Luis Rey García Villagrán, México, 1º de noviembre de 2010.

El arraigo es además un acto que, de acuerdo con la legislación secundaria y con la Constitución, **supone la vinculación de la persona con un hecho delictivo** aunque, como ya se hizo mención, **no se aclara en norma alguna en qué medida** y, por lo tanto, **la privación de libertad que conlleva pone a la persona en una relación de desigualdad frente a la acusación, debido a que, al estar detenida, se le afecta el derecho de defensa.** De ahí que sea fundamental **el acceso efectivo de la persona a un defensor y a ofrecer pruebas sobre los méritos inciertos del arraigo.**

b) La violación del derecho a que un Tribunal decida sobre la legalidad de la detención y sobre la justificación de la privación de la libertad para efectos de procesar penalmente a una persona

Otro elemento que caracteriza la incompatibilidad del arraigo con el texto mismo de la Constitución consiste en que, para un supuesto de detención por flagrancia o urgencia, el artículo 16, párrafo séptimo de la carta magna establece que en casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Tómese en cuenta que debido a sus características, tanto la flagrancia como la urgencia, conllevan el perfeccionamiento de los requisitos de que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

En el orden constitucional, la prelación de actos del Ministerio Público exige que si no se trata de un supuesto de flagrancia o de urgencia, de acuerdo con la información que se recabe en el plazo de 48 horas, la persona debe ser puesta en libertad. Durante ese plazo se deben observar las garantías del debido proceso, de acuerdo con el artículo 20, fracción X, último párrafo de la Constitución.

En cuanto al arraigo, cuando el Ministerio Público decide solicitar ante el juez el arraigo no se aclara si están cubiertos los requisitos de la urgencia o la flagrancia para que ejercite acción penal en contra de la persona, pues si los requisitos de la urgencia o la flagrancia no están cubiertos, el juez debe dejar en libertad al imputado, pero no lo hace en virtud del arraigo.

Es importante distinguir cuál es la materia que da mérito a que al Ministerio Público se le convalide una detención por urgencia o flagrancia, pues se trata de los elementos que la Constitución establece para una y otra figura.

Lo que ocurre, es que esos elementos tienen una doble función, por una parte **sustentan la detención de la persona** y, por otra, **justifican el ejercicio de la acción penal.** Pues bien, si el Ministerio Público cuenta con esos componentes tiene que hacer dos cosas, **convalidar la detención para el caso de flagrancia, confirmar la que ha ordenado en el caso de urgencia y, ejercitar acción penal.** Sin embargo, no dándose los supuestos lo que debe de hacer es dejar en libertad al inculpado.

Cuando en estos casos, el Ministerio Público solicita el arraigo a un juez, **éste está dejando de resolver lo relativo al deber de analizar si la detención se produjo en flagrancia o en urgencia, dado que estas figuras se refieren a un hecho delictivo y a la imputación de ese hecho a una persona.** Cuando los jueces autorizan un arraigo dejan de analizar el mérito de la detención a la luz de la urgencia o la flagrancia, porque en vez de resolver sobre la libertad de la persona, autorizan al Ministerio Público a aplicar el arraigo, cuando realmente sólo se tienen dos opciones constitucionales: a) **dejar en libertad**; o b) **pasar a la etapa de pre instrucción para analizar la justificación del procesamiento**, si es el caso.

Sin embargo, el juez no analiza la urgencia o la flagrancia sino que concede o niega el arraigo y, por lo tanto puede verificarse cómo esta institución contiene una contradicción insalvable con la institución de *control judicial de la detención* contenida en el mismo precepto, a tal punto que la sustanciación del arraigo conlleva la violación del derecho que tiene la persona a que un juez convalide la detención sólo para el fin de que se pronuncie sobre el mérito para procesar.

En el ámbito del derecho internacional existe una tendencia de uniformidad interpretativa de las normas sustantivas contenidas en los tratados que protegen la libertad personal con motivo de la intervención punitiva del Estado. Tal uniformidad permite invocar criterios de otras Cortes, debido a que el contenido de los Tratados está en armonía con declaraciones generales, debido también a que en los propios Tratados existen normas que permiten invocar, en todo caso, la fórmula deóntica más favorable a los derechos de la persona.

El derecho relativo a la intervención del juez para que se pronuncie sobre la privación de la libertad motivada por una investigación penal, lo cual deriva en autorizar la detención, si procesará a la persona y no puede conllevar un estado de afectación de la libertad sin que exista una razón para ello. La Corte Europea de Derechos Humanos sostiene el siguiente criterio:

Considerando que, además, el párrafo 1 (c) del artículo 5 (artículo 5-1-c del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) puede ser interpretado en relación con el apartado 3 del mismo artículo (art. 5-3), con el que forma un todo, mientras que el párrafo 3 (art. 5.3) establece categóricamente que "toda persona detenida o presa, de conformidad con las disposiciones del párrafo 1 (c) del presente artículo (artículo 5-1-c) será llevada sin demora ante un juez... [y] "tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable"; claramente implica la obligación de llevar a todos detenidos o encarcelados en alguna de las circunstancias previstas por las disposiciones del párrafo 1 (c) (art. 5-1-c) ante de un juez con el propósito de examinar la cuestión de la privación de libertad o con el fin de decidir sobre el fondo, y que tal es el sentido claro y natural de la redacción tanto del apartado 1 (c) y el párrafo 3 del artículo 5 (art. 5-1-c, el arte 5-3)¹¹.

Como se puede ver, el núcleo argumentativo de este criterio recoge el derecho de la persona que es detenida para que sea un juez el que examine la cuestión de la privación de libertad en el aspecto de su legalidad o con el fin de decidir sobre el fondo del asunto.

¹¹ *European Court of Human Rights. Caso de Lawless c. Irlanda* (No. 3). Aplicación 332/57. Estrasburgo 1961.

El arraigo se encuentra en el primero de los ámbitos y por lo tanto conlleva todos los derechos del debido proceso, porque claramente quien está facultado para examinar y decidir sobre la privación de libertad es un juez.

Los tribunales pueden autorizar en casos excepcionales a través de una relación unilateral con el Ministerio Público, un medio de investigación cuando la persona no está detenida y, cuando no se pretende que declare o que sea entrevistada por alguna autoridad.

Así, en los supuestos en que no hay afectación a la libertad personal se puedan autorizar por el juez, técnicas de investigación de manera unilateral por un tiempo restringido, según la naturaleza, objeto y fin de la medida en un sistema procesal penal democrático. En el caso del arraigo, en que la persona está detenida bajo una imputación de menor calidad, que la establecida en el artículo 16 de la Constitución y puede ser sujeta a entrevista policial o interrogatorio del Ministerio Público, es obvio que la persona sometida a arraigo tiene derecho a que un juez tutele su libertad y a la presunción de inocencia, mediante los derechos específicos del debido proceso.

Resulta entonces que cuando las normas de derecho interno, independientemente de su jerarquía, no garantizan el derecho efectivo de acceso a la jurisdicción se generan actos del Estado que le acarrearán responsabilidad internacional, ya que aquel derecho no debe resultar anulado en su contenido material por el derecho interno.

De manera contraria, el Estado mexicano, al instituir el arraigo en el texto constitucional, a través de un acto legislativo extraordinario, como lo es el que proviene del constituyente permanente, puede incurrir en una violación al derecho internacional y, en particular, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto la Corte Interamericana sostiene el siguiente criterio:

“En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (*“príncipe allant de soi”*; *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif*, 1925, C.P.J.I., serie B, no. 10, p. 20). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados¹².

“A la luz del artículo 2 de la Convención, tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Es necesario reafirmar que la obligación de la primera vertiente sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la reforma¹³.

¹² Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs Brasil*, Excepción Preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139, párrafo 83.

¹³ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154 Párrafo 117 y 118.

En consecuencia, una detención en el contexto de la procuración de justicia, sólo se puede justificar para que a la mayor brevedad la persona comparezca ante un juez, con el fin de que éste decida en relación con las causales constitucionales de detención sobre la libertad de la persona y, al mismo tiempo, para que con la misma brevedad decida sobre el mérito del procesamiento.

En congruencia con lo anterior y con un estándar democrático de afectación de la libertad personal para los fines del proceso penal, el juez puede dictar medidas en función de las motivaciones que actualmente la Constitución prevé para el arraigo, pero sólo si tienen carácter de medidas cautelares y serán aplicables una vez que el juez decida que habrá proceso.

En cuanto al sistema procesal actual de carácter inquisitorial, la privación de libertad durante el procesamiento tendrá sentido únicamente si el juez dicta un auto de formal prisión bajo los requisitos que establece el artículo 19 Constitucional. Nótese como el arraigo propicia la violación al derecho que tiene la persona imputada en el sentido de que su detención no pueda durar más allá de los plazos conjuntos de los artículos 16 y 19, incluyendo las ampliaciones de éstos por las causas previstas en los artículos citados.