

El arraigo y los derechos humanos

Raúl Plascencia Villanueva*

Introducción

En las últimas dos décadas han surgido nuevas formas antisociales¹ y se han incrementado considerablemente los índices delictivos, por lo que el marco teórico que sirve de base a los ordenamientos jurídicos, acorde con las ideas filosóficas y políticas que lo sustentan, desemboca en la construcción del llamado “proceso penal democrático”, respetuoso de los derechos humanos y del equilibrio que deben guardar los intereses de la víctima u ofendido y los del propio inculpado, así como los límites de la potestad punitiva del Estado.

A partir de la última década se presenta con mayor frecuencia el uso del arraigo, que por años permaneció con una aplicación muy restringida; sin embargo, ya desde abril de 2001, en el seno de la Conferencia de Procuradores, se propuso ampliar la figura del arraigo, para efectos de garantizar, según señalaron los procuradores, “una mejor procuración de justicia y en tal virtud facultar al Ministerio Público para que pueda decretarlo de manera directa sin la intervención de la autoridad judicial”.

Por tal motivo, resulta necesario examinar la manera en que se aplica esta figura procesal, y en particular el riesgo de una violación de los derechos humanos relativos a la presunción de inocencia, la libertad personal,

* Primer Visitador General de la CNDH.

¹ Igualmente coincide Hans Joachim Hirsch, “El derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad”, trad. de M. Carmen Alastuey Dobón, en *Obras completas*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, t. II, p. 61. “En Alemania presenciamos desde los años 70 un continuo incremento de nuevas disposiciones penales en contra de la tendencia de la reforma del derecho penal de aquella época basada en la desincriminación”.

libertad de tránsito, el trabajo y el buen nombre, entre otros, como consecuencia de la falta de un marco legal acorde con la aplicación de esta medida precautoria.

Las reformas de los últimos años se han sustentado precisamente en la oferta política de suponer que el hecho de limitar los derechos de los particulares, eliminar algunas garantías individuales, anular lo que suele denominarse por algunos “trabas jurídicas”, podría dar como resultado una mejor procuración de justicia y, por consecuencia, incrementar los niveles de seguridad pública. Sin embargo, no existe una fórmula legal que permita dotar a las autoridades de mayor eficiencia en su desempeño; no obstante ello, las reformas continúan y se presentan propuestas sobre esta materia, sin llegar a un consenso que permita vislumbrar una mejor procuración de justicia en nuestro país.²

1. Aspectos esenciales del arraigo como media precautoria

La palabra arraigo proviene de los términos en latín *ad* y *radicare*, que significa echar raíces, y en el marco jurídico actual hace referencia a la medida precautoria orientada a evitar que una persona pueda sustraerse de la acción de la justicia.

También puede definirse como el acto formal y materialmente jurisdiccional que durante un periodo de tiempo determinado prohíbe a una persona, a la que se le está integrando una averiguación previa o sustanciándose un proceso por el término constitucional en que éste debe resolverse, que abandone un lugar específico, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia.

² Sobre el particular, ha propuesto, entre otros, Miguel Ángel Mancera Espinosa, “La necesidad de un cambio en la reforma de enjuiciamiento penal en México”, en Sergio García Ramírez, coord., *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. II. Proceso penal*. México, UNAM, 2005, p. 190, “es necesario analizar la posibilidad de incluir en nuestro proceso penal principios como el de *oportunidad*, y figuras procesales como las de la *solución anticipada* y la *mediación*, a fin de evitar los gastos económicos y temporales que son en muchos de los casos innecesarios ante la levedad de la vulneración del ordenamiento jurídico y que por lo mismo, para cuando llega el resarcimiento del daño, éste pierde todo sentido para las víctimas del delito, por lo que en estas situaciones, el aceptar una terminación anticipada del proceso penal, bajo la condicionante de la reparación del daño, entre otras, resulta conveniente”.

De la anterior definición puede inferirse que estamos hablando de un arraigo susceptible de aplicarse indistintamente en materia civil o penal,³ sin soslayar que pueda ser aplicable en cualquier otro tipo de proceso.

Por otra parte, la palabra cautela proviene de latín *cautela*, y significa “precaución y reserva con que se procede”; sin embargo, no debe pasar desapercibido que tal y como lo define la Real Academia de la Lengua Española en su segunda acepción, también es indicativa de “astucia, maña y sutileza para engañar”.

Al referirnos a lo cautelar significa “preventivo o precautorio”, y en su segunda acepción, “dícese de las medidas o reglas para prevenir la concesión de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo”, y por lo que respecta a la palabra precautorio, es indicativo de lo que “precave o sirve de precaución”, precaución, reserva, cautela para evitar o prevenir los inconvenientes, dificultades o daños que puedan temerse.

En este sentido, Cándido Conde-Pumpido Tourón, señala que

[...] por tales medidas cabe entender las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el probable responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se

³ Por su parte, Miguel Ángel Aguilar López, “El arraigo domiciliario”, en *Revista Tepantlato*. México, núm. 23, 2003, pp. 15 y ss., distingue entre arraigo civil, laboral y penal. “En la legislación vigente debe distinguirse el arraigo civil, previsto legalmente como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, con objeto de impedir que abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte, medida que incluso puede solicitarse contra los tutores, albaceas, socios y administradores de bienes ajenos.

En materia laboral, el arraigo no procede cuando la persona contra quien se pide sea propietaria de una empresa establecida; quien quebrante el arraigo, en los términos del artículo 242 del Código de Procedimientos Civiles, será castigado con la pena que señala el Código Penal al delito de desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad pública, quedando sujeto a las medidas de apremio que el juez dicte para obligarlo a regresar al lugar del juicio.

En atención a su origen y naturaleza jurídica, en materia penal el arraigo es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado durante la indagatoria o el proceso penal, cuando se trate de delitos culposos o de aquellos en los que no proceda la prisión preventiva”.

limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia.⁴

Esta definición proporcionada por el autor, nos permite arribar a un sentido más amplio, al entenderlo como

[...] una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda. Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte.⁵

Atento a lo anterior, es dable considerar al arraigo como la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso, ante la insuficiencia de indicios para hacer al menos probable su responsabilidad penal.

En el contexto antes planteado, el arraigo como medida precautoria desde sus orígenes aludía a todas aquellas medidas que garantizaran que la materia de la *litis* continuara subsistente, pero con la peculiaridad de orientarse a una persona y tener por objeto la prohibición de salir de la ciudad donde reside, a menos que el arraigado designara apoderado en forma para contestar la demanda, y otorgara garantía para responder de la eventual sentencia civil condenatoria, pero dicha medida no inmovilizaba al arraigado en un inmueble.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho a la libertad personal, y tratándose de su afectación, restricción o privación, sólo se encuentra prevista mediante la actualización de condiciones específicas y plazos o términos estrictos:

- a) La detención en el caso de delito flagrante (artículo 16 constitucional, párrafo cuarto), en cuyo caso se impone a quien la realice la obligación de poner sin demora al detenido a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación;

⁴ Cándido Conde-Pumpido Tourón *et al.*, *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*. Barcelona, Bosch, 2000, t. 4, pp. 16 y ss.

⁵ Alicia Elena Pérez Duarte y N., "Arraigo", en *Diccionario jurídico mexicano*, 10a. ed. México, UNAM-Porrúa, 1997, t. I, p. 218.

- b) La orden de detención por parte del Ministerio Público. En casos urgentes, tratándose de delito grave y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo que podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada;
- c) Orden de aprehensión dictada por autoridad judicial;
- d) Auto de formal prisión;
- e) Prisión preventiva;
- f) Tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, las autoridades administrativas tienen facultades para imponer arrestos, pero sólo hasta por treinta y seis horas.

Como puede advertirse, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece plazos breves, señalados inclusive en horas, para que la persona detenida sea puesta a disposición inmediata del juez de la causa y éste determine su situación jurídica, con el fin de evitar arbitrariedades de parte de las autoridades o de los particulares, so pena de incurrir en responsabilidad.

Pese a la denominación de arraigo domiciliario, éste no se suele ejecutar en el domicilio de la persona, sino que se extiende a casas de seguridad u hoteles designados discrecionalmente y no existe un marco jurídico claro sobre el ejercicio de los derechos que le corresponden, omisión que, sin duda alguna, propicia el exceso y abuso por parte de quien lo ordena y de quien lo ejecuta.

2. El arraigo y los derechos humanos

Al momento de la creación del Código Federal de Procedimientos Penales no existía propiamente la figura del arraigo, sino hasta la reforma de 1983,⁶

⁶ S. García Ramírez, "Consecuencias del delito: los substitutivos de la prisión y la reparación del daño, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, núm. 107, mayo-agosto de 2003, p. 438. "En 1983, la introducción de los substitutivos se hizo dentro

para entonces, lo que se pretendía originalmente era tratar en todo caso de infringir una mínima molestia a aquella persona respecto de la cual existieran indicios de su probable responsabilidad en la comisión de un delito.

Al respecto, se meditó sobre cuál podría ser esa mínima molestia y el lugar en que debería estar sujeto a la vigilancia, ya que en su origen se hacía referencia al domicilio de la persona objeto de la medida, y así se configuró el arraigo domiciliario, el cual suponía que la persona estaría llevando a cabo su vida familiar en el domicilio, toda vez que ante esos mínimos indicios el agente del Ministerio Público no estaba en posibilidades de consignar la averiguación previa y lo obligaba a hacer una investigación técnica, científica, para concluir sobre la probable responsabilidad del arraigado en la comisión del delito.

de fronteras racionales, que permitieran una operación eficiente. A este respecto, conviene referirse a lo que podríamos denominar condiciones cualitativas y cuantitativas —que se articulan en la ‘lógica del sistema’—, en las que sucesivas modificaciones legales han traído zigzagueos e inconsecuencias que no contribuyeron a la debida comprensión y al buen arraigo del sistema. Esas variaciones fueron resultado, a su vez, de los cambios en la incidencia criminal o en la percepción acerca de las reacciones adecuadas frente al crecimiento de la criminalidad. En su conjunto, estos movimientos ponen de manifiesto lo que se ha denunciado de manera tan frecuente como infructuosa: la ausencia de una política criminal que fije el cauce para la reforma penal y mida la pertinencia de las nuevas figuras e instituciones. Hoy día pudiera resultar difícil —pero no por ello impracticable—, ante una opinión pública sensible e irritada, la incorporación muy amplia de los sustitutos y de las alternativas tanto en la legislación como en la aplicación judicial. No la favorece el auge de la criminalidad, una realidad cotidiana, incontenible —o incontenida— y notoria”.

Para mayor abundancia de la reforma de 1983, véanse, esencialmente, Olga Islas de González Mariscal, “Comentarios a las reformas al Código Penal”, en *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*. México, Procuraduría General de la República, 1984, pp. 335-337; Carlos A. Madrazo, *La reforma penal (1983-1985)*. México, Porrúa, 1989, pp. 245 y ss.; Gustavo Malo Camacho, “La reforma de 1984 al Código Penal. Parte general. Algunos comentarios”, en *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*. México, Procuraduría General de la República, 1984, p. 295; Moisés Moreno Hernández, “Algunas consideraciones sobre las reformas a la parte especial del Código Penal”, en *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1984, p. 381; Francisco Pavón Vasconcelos, *Las reformas penales (análisis crítico de la parte general)*. México, Porrúa, 1985; Celestino Porte Petit Candaudap, “Reformas penales de 1984. Parte general (el delito)”, en *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1984, pp. 229-230; Sergio Vela Treviño, “Algunas consideraciones sobre la reforma penal de 1984”, en *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1984, p. 367; pp. 83-87 y 117-118.

Sin embargo, cuando se incorpora la figura del arraigo en el Código Federal de Procedimientos Penales, el contexto del sistema jurídico mexicano era completamente distinto,⁷ en aquel momento el artículo 16 de la Constitución⁸ no hacía referencia alguna a la facultad para que el agente del Ministerio Público pudiera detener o retener a alguien por 48 horas, o hasta por 96 horas en el caso de delincuencia organizada, porque esta reforma se hizo precisamente en septiembre de 1993.

Aunado a ello, con la reforma al artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales de 1999, se establecieron dos figuras procesales factibles de decretarse dentro de la fase de averiguación previa; éstas son el arraigo domiciliario y la prohibición de abandonar la demarcación geográfica, lo que equivale a un arraigo territorial o geográfico.

Ese es el contexto en el cual surge el tema de arraigo domiciliario; empero, con el paso del tiempo, se fue transformando, y en el año de 1996 la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada⁹ previó un arraigo diverso, que ya no aludía al arraigo domiciliario, sino a un arraigo a ejecutarse en el lugar que designara el juez a propuesta del Ministerio Público.

⁷ Cfr., igualmente, M. A. Aguilar López, "El arraigo domiciliario", *op. cit.*, p. 17.

⁸ Al respecto, ha señalado S. García Ramírez, *Proceso penal y derechos humanos*. México, Porrúa, 1992, p. 255: "Nuestro CPF emplea, con la mayor frecuencia, sólo la pena de prisión, o bien las penas de prisión y multa en forma conjunta, no alternativa o disyuntiva. Sólo en pocos casos, relativamente, acoge la posibilidad de que sean alternativas: prisión o multa. Esto tiene directa influencia sobre la aplicación de medidas cautelares privativas de libertad. En efecto, no puede dictarse orden de aprehensión o detención, a no ser por un "hecho determinado que la ley castigue con pena corporal" (ahora dice: "que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad"), sostiene el artículo 16 constitucional, y sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva, dice el artículo 18 constitucional. Una interpretación de ambos preceptos, favorable al reo, también excluye la detención y prisión preventiva en los casos en que la ley señala pena alternativa corporal y otra que no lo sea: tal ocurre, precisamente, en la disyuntiva entre prisión y multa".

⁹ Sobre la creación y aplicación de la LFCDO, cfr., principalmente, Luis Alonso Brucet, *Delincuencia organizada*. México, Porrúa, 2002; del mismo autor "¿Qué es la delincuencia organizada?", en *Revista Mexicana de Justicia*. México, 6a. época, núm. 4, 2002; S. García Ramírez, *Delincuencia organizada; antecedentes y regulación penal en México*, 3a. ed. México, Porrúa, 2002; M. Moreno Hernández, "Medidas preventivas contra la delincuencia organizada", en *Revista Mexicana de Procuración de Justicia*. México, vol. I, núm. 3, octubre, 1996; Raúl Plascencia Villanueva, *Teoría del delito*. México, UNAM, 1997, pp. 275 y ss.; Humberto Román Palacios, "Aspectos adjetivos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada", en *Revista Lex. Difusión y Análisis*. Torreón, Coahuila, 3a. época, año 3, núm. 27, septiembre, 1997.

En términos actuales, podemos percibir algo que es muy claro: el arraigo ha dejado de ser una medida precautoria y se ha tornado en su práctica en una consecuencia jurídico-penal, en una pena que no ha sido, en todo caso, decretada o impuesta por un juez.

Para explicar lo anterior basta mencionar que una persona arraigada durante 30, 60 o 90 días dependiendo del lugar de la República en el cual nos encontremos, o bien el ámbito local o federal que tomemos como referencia, no le es computado el tiempo de arraigo para efectos de la pena; en ese orden de ideas vale preguntarnos ¿en qué calidad se encuentra?, ¿como preso?, ¿qué tipo de detención es ésta?, ¿qué derechos le corresponden?

A la persona que es investigada y detenida, materialmente se le ha privado de su libertad, sin embargo, una de las consecuencias jurídico-penales de mayor gravedad que se puede infligir en un Estado democrático de Derecho es precisamente la privación del derecho a la libertad, pero con la exigencia de que exista previamente un juicio seguido con las formalidades esenciales.

Hoy por hoy, encontramos que el arraigo limita ese derecho de la libertad personal sin que se tome en consideración para efectos de la pena, no hay un marco jurídico claro. Entonces, los efectos del arraigo se han orientado hacia un horizonte completamente distinto del que le corresponde.

Hasta hace algunos años era poco común el uso cotidiano del arraigo, sin embargo, a partir de la última década se utiliza con mayor frecuencia, pero al compararlo con la detención ante el agente del Ministerio Público, con la reclusión preventiva y con la prisión, encontramos serias diferencias y una gran sorpresa.

En los términos anteriores, resulta que la medida precautoria del arraigo implica consecuencias y limita derechos de una mayor gravedad que la detención ante el agente del Ministerio Público, la prisión preventiva y, en su caso, la prisión.

Es común que se lleve a cabo la ejecución del arraigo en las denominadas casas de seguridad o casas de arraigo, las cuales son designadas discrecionalmente por quien está llevando a cabo la práctica de esa medida, o bien en hoteles, situación contraria a lo previsto en el párrafo primero del artículo 18 constitucional, que a la letra establece que “sólo por delito que amerite pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.

En el anterior orden de ideas la ejecución de dicha medida en las denominadas casas de seguridad, en casas de arraigo o bien en hoteles, constituye una privación de la libertad que excede las facultades de la autoridad administrativa, y contravienen lo señalado por el artículo 18 constitucional en relación a la ejecución de la prisión preventiva, toda vez que la persona privada de la libertad tiene derecho a no ser incomunicada, a recibir visitas, a un trato digno y, lo más importante, a que se le dispense un trato acorde con un marco jurídico sobre la materia, que incluye con toda claridad la gama de derechos de que gozará la persona.

La problemática antes referida deriva de un régimen jurídico deficiente que no establece en forma alguna los derechos que tendrá la persona sujeta a dicha medida: si podrá ser sustraído de la casa de seguridad, de la casa de arraigo o del hotel a la hora que determine el agente del Ministerio Público; si podrá estar en el arraigo en compañía de su familia o sin su familia; si podrá seguir con la realización de sus actividades o alguna de ellas, o bien, si podrá seguir trabajando, gozando de su derecho al buen nombre, a la imagen, en el ejercicio de sus derechos y prerrogativas que como persona le corresponde, lo cual presenta un sentido difuso, por no decir al margen de cualquier regulación, y por ende propicia el exceso y abuso por parte de quien lo ejecuta.

El pasado 19 de septiembre del presente año, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que el artículo 122 bis del Código Procesal Penal del Estado de Chihuahua era inconstitucional; el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró por mayoría de votos la inconstitucionalidad de la figura del arraigo domiciliario, para retener a probables delincuentes, en tanto se realizan investigaciones y reúnen elementos de prueba en su contra.

Dicha resolución, que tiene efecto obligatorio y declaratorio de invalidez, tal y como lo establece el artículo 105 constitucional, pues alcanzó los ocho votos necesarios para ello, se basó en la consideración de que la Constitución no permite privaciones de la libertad por parte del Ministerio Público por más de 48 horas, y hasta de 96 horas en casos de delincuencia organizada, lo cual, si bien se refiere en específico al caso de la legislación de Chihuahua, no obsta para utilizar los mismos razonamientos esgrimidos por los ministros y hacerlos extensivos al resto de los códigos que hacen referencia a dicha medida contraria a la Constitución.

En efecto, toda vez que ningún precepto de la Constitución establece la figura del arraigo penal, debido a que afecta la libertad personal, se determinó que este precepto es inconstitucional.

En los últimos años, el rumbo que ha tomado la ejecución del arraigo permite observar que no se lleva a cabo en el domicilio particular del investigado, menos aún dentro de una determinada demarcación geográfica, en la cual reside el arraigado, sino que se efectúa en lugares denominados oficialmente “casas de seguridad”, en hoteles o en las propias oficinas de las Procuradurías de Justicia, lo cual lleva a considerar que en la práctica se traduce en una verdadera privación ilegal de la libertad, donde los indiciados son recluidos en lugares distintos a los señalados por la ley, así como a los permitidos por el orden constitucional.

En cuanto al término del arraigo, como ya se indicó, se ha observado que por regla general la autoridad investigadora solicita de los órganos jurisdiccionales el otorgamiento de la medida precautoria, no solamente por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa, sino por el término máximo señalado por la ley, con lo cual se sujeta al arraigado a permanecer en un determinado lugar durante periodos prolongados, en condiciones que no encuentran justificación en la ley.

El arraigo, acorde con lo previsto en el marco jurídico actual, sólo resulta factible que sea decretado ante la posibilidad de que una persona se sustraiga a la acción de la justicia, en virtud de estar sujeta a investigación por la probable responsabilidad en la comisión de un delito, para lo cual deben reunirse los requisitos siguientes:

- a) Que con motivo de una averiguación previa se encuentre plenamente demostrada la comisión de un delito considerado grave;
- b) Que la averiguación previa arroje datos, indicios o “cualesquiera otra circunstancia” que conduzcan a establecer que en el ilícito pudiera tener responsabilidad penal una persona;
- c) Que exista riesgo fundado de que esa persona se sustraiga a la acción de la justicia;
- d) Que sólo la autoridad judicial correspondiente cuenta con la facultad de decretar el arraigo, a petición del Ministerio Público;
- e) Que en la solicitud de arraigo se especifique el lugar en que habrá de verificarse;
- f) Que, de ser posible, se escuche al afectado;
- g) Que estará a cargo del Ministerio Público y de sus auxiliares la cumplimiento del arraigo;
- h) El arraigado no podrá ser incomunicado, y

- i) Que el arraigado podrá solicitar a la autoridad judicial el cese del arraigo, la cual, escuchando al Ministerio Público, resolverá lo correspondiente.

Ahora bien, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis jurisprudencial 1^o./J. 78/99, consultable en la página 55 del tomo X, correspondiente a noviembre de 1999, novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, se había pronunciado en los términos siguientes:

ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.- La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación de fecha 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.

La jurisprudencia de la Corte hasta entonces era clara en el sentido de que la figura del arraigo penal implicaba un atentado a la libertad personal del sujeto arraigado, dado que obligar a una persona a permanecer dentro de un determinado inmueble bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, impidiéndole realizar cualesquiera de las actividades que normalmente acostumbra, como pueden ser las laborales, sociales o de recreación, indiscutiblemente tiene como consecuencia que el arraigado no pueda ejercer su derecho a la libertad personal al impedirle salir de dicho inmueble.

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 existan suficientes elementos para configurar una probable responsabilidad y previo un proceso penal en su contra, en el que se respeten las formalidades esenciales.

De igual forma, el artículo 16 constitucional prescribe la celeridad con la que deben llevarse a cabo todas las actuaciones que tengan como con-

secuencia 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 objeto de que, al iniciar éste el proceso penal correspondiente, el indiciado tenga pleno conocimiento de los delitos que se le imputan y pueda iniciar inmediatamente su defensa, con el fin de evitar que el ejercicio del derecho a la libertad personal se vea limitado por no existir una determinación, por escrito, de autoridad competente, que funde y motive su proceder.

De acuerdo con 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.

La Constitución 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 cualquier actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el marco jurídico actual, al solicitarse el arraigo los elementos de prueba que obran en la averiguación previa aún no son suficientes para que hagan probable la responsabilidad del indiciado y se pueda solicitar la orden de aprehensión, sino que requiere de mayor investigación; pero ante la existencia del riesgo de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia se solicita la orden de arraigo, de tal suerte que, sin cumplir aún con los requisitos que para la afectación de la libertad exigen los preceptos de la Constitución Federal, al indiciado se le restringe su libertad personal sin que se le dé oportunidad de defensa, sino hasta que se integre la averiguación previa y, de resultar probable responsable en la comisión de un delito, sea consignado ante la autoridad judicial para que se le instruya un proceso penal.

Así, la detención de una persona a través del arraigo se prolonga hasta por 30 días, 60 días, en caso de duplicidad de término, o 90 días en el caso de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, sin que se justifique con un auto de formal prisión, tal como lo ordena el párrafo primero del artículo 19 constitucional.

A mayor abundamiento, cabe observar que ni aun tomando el artículo 11 constitucional como transgredido por el arraigo, podría llegarse a conclusión distinta a la que se ha señalado, toda vez que al arraigado se le impide salir de un inmueble y, por tanto, también se le impide salir de la

población en que reside y del territorio nacional, con lo cual también se atenta contra la libertad de tránsito, por lo que, tal y como se ha resuelto por nuestro más alto tribunal, no encuentra sustento alguno en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se traduce en una violación a los artículos 11, 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que procede declarar su invalidez.

Es por ello que con el propósito de evitar una violación a los derechos humanos de las personas arraigadas, dicha medida se debe decretar por el tiempo estrictamente indispensable para la realización de las diligencias de investigación, por lo que el tiempo máximo de detención que permite la ley para poner en libertad al detenido o bien consignarlo ante la autoridad competente se reserve exclusivamente para los casos que así lo ameriten, lo anterior tomando en consideración que al solicitarse la medida la actividad ministerial de investigación tiene un objetivo cierto y determinado, y su inactividad se traduce en responsabilidad del servidor o servidores públicos que prolonguen la medida, si no se acredita que se continuaron las investigaciones.

En este sentido, la práctica del arraigo produce diversos efectos colaterales en perjuicio de la persona contra la cual se decreta, pues no sólo se suprime su libertad corporal, sino que también se le limita su libertad de tránsito y se le obliga a sujetarse a una investigación, durante la cual debe permanecer por un tiempo regularmente prolongado en un lugar y bajo la vigilancia de la autoridad investigadora, lo que trae como consecuencia la inmovilidad de su persona hasta en tanto no se resuelva su situación jurídica, lo cual se traduce en un acto que afecta y restringe la libertad personal y con ello se viola el derecho de libre tránsito, así como los artículos 1, 11, 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 7.1 y 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9.1 y 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En efecto, la trascendencia sobre todos los aspectos de la vida de las personas que son sometidas a un arraigo, sobre todo en aquellos casos en que por el aislamiento, la secrecía de las investigaciones, el detrimento social y económico al limitar la posibilidad de realizar una actividad remunerada, y en ocasiones hacer público el arraigo, todo ello se traduce en un acto arbitrario de la autoridad que lo ejecuta.

Por otra parte, en la ejecución del arraigo se ha observado la omisión en el cumplimiento del principio de presunción de inocencia, que impone al agente del Ministerio Público la obligación de dar a todo ser humano sujeto a investigación el tratamiento de inocente hasta en tanto los tribu-

nales competentes, mediante sentencia firme no lo declaren culpable, pues lo contrario implicaría la pérdida o la limitación de sus derechos, con lo cual se viola uno de los principios fundamentales del derecho, que es la justicia, misma que se alcanza a través de la seguridad jurídica.¹⁰

Asimismo, el no considerar la presunción de inocencia en un ser humano sujeto a investigación es un acto que atenta contra su naturaleza y dignidad, con el cual se pone en peligro la realización de sus prerrogativas fundamentales o se le impide su ejercicio, al desconocerse que la seguridad jurídica es la garantía reconocida al individuo para que su persona y sus derechos no sean objeto de ataques violentos o que si éstos llegan a producirse, deben efectuarse a través de un juicio previo.

En el ámbito internacional, el derecho a la presunción de inocencia se encuentra reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.1, que señala que: "Toda persona acusada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad"; en el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 14.2; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículo XXVI; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.2, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del 23 de noviembre de 1950.

¹⁰ En el mismo sentido, Raúl González-Salas Campos, "Principios internacionales del derecho penal", en S. García Ramírez, coord., *Derecho penal. Memoria del Congreso... I. Derecho penal, op. cit.*, pp. 230 y ss., dice respecto de la presunción de inocencia que "esta garantía es la más elemental de entre todas, y está expresamente reconocida sin gravedad ni excepción alguna por la Declaración Universal, el Pacto Internacional, la Declaración Americana y la Convención Americana. Según la interpretación de estos instrumentos, esta garantía se aplica únicamente a procesos penales, aunque la Comisión Interamericana condena la violación de la presunción de inocencia en procesos administrativos cuando la sanción impuesta, como por ejemplo el exilio, se compara con una pena. La cuestión del respeto a la garantía de la presunción de inocencia se plantea en la legislación y en las prácticas de los tribunales nacionales, principalmente en lo que respecta a la prueba. Según la Comisión Interamericana, la presunción de inocencia significa que nadie puede ser condenado por un delito 'mientras no se establezca plenamente su culpabilidad'. De ahí que la Comisión condene como violatoria de la presunción de inocencia la detención y el enjuiciamiento de individuos basándose en 'semi pruebas' de su culpabilidad... El Comité de Derechos Humanos, en su comentario general sobre el artículo 14 del Pacto Internacional, observó que 'en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación, y el acusado tiene el beneficio de la duda; no puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda *duda razonable*'".

En la jurisprudencia del Sistema Americano de Protección a los Derechos Humanos se han emitido dictámenes de comisión, donde se interpreta el derecho a la presunción de inocencia, la sospecha y la adopción de medidas cautelares, como la privación de libertad del acusado, y se considera que la prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre un individuo, constituye una violación del principio de presunción de inocencia, reconocido por el artículo 8.2 de la Convención Americana. Cabe precisar, sin embargo, que la existencia de un ambiente de creciente sospecha contra una persona en el curso del proceso criminal no es per se contraria al principio de presunción de inocencia. Tampoco lo es el hecho de que esta sospecha creciente justifique la adopción de medidas cautelares, como la prisión preventiva, sobre la persona del sospechoso (Jorge A. Giménez v. Argentina).

De igual manera, la Corte Interamericana ha sostenido que al hacer referencia el artículo 8.2 al derecho a la presunción de inocencia, obliga a los Estados a recopilar el material incriminatorio en contra del acusado de un cargo criminal, con el propósito de “establecer su culpabilidad”. El establecimiento de la culpabilidad implica la formulación de un juicio de reproche en una sentencia definitiva o de término. Si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que existe en su contra, está, fundamentalmente, sustituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo, la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia, y de medio se transforma en fin.¹¹

Resulta una verdadera paradoja que una persona que ha sido sentenciada y se encuentra privada de su libertad, tenga más derechos que aquella contra quien se ha dictado la medida precautoria del arraigo, a la cual se le está investigando y aún no se ha definido su probable responsabilidad penal, sobre todo a raíz del nuevo texto incluido en el artículo 18 constitucional, con motivo de la reforma publicada el 14 de agosto de 2001, que a la letra establece: “Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más

¹¹ Cabe aclarar que, según la Opinión Consultiva 8/87, del 30 de enero de 1987, de la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Como los Estados partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”.

cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social”.

Lo anterior encuentra fiel reflejo en la realidad que deriva de la ejecución de la mencionada medida, lo cual pone de manifiesto el desconocimiento por parte de la persona arraigada del lugar en donde se lleva a cabo el arraigo; el traslado injustificado de personas de un lugar a otro; la carencia de privacidad en las comunicaciones en virtud de la intervención reiterada de las líneas telefónicas, y la prohibición de la visita de familiares o de abogados, a quienes no se les permite asistir a las diligencias de declaraciones ministeriales de los inculcados ni a nombrar persona de confianza que los asista, lo cual provoca una inadecuada y deficiente defensa en contra de lo previsto por los artículos 14, y 20, fracciones II y IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 8.2, inciso d), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por consiguiente, esta medida precautoria se traduce, prácticamente, en una limitación a los derechos humanos de la persona contra quien se decreta, no obstante que en la etapa de integración de la averiguación previa en la que se encuentra el indiciado aún no se ha acreditado su responsabilidad penal y, en consecuencia, no puede ser objeto de privación o limitación de derechos.

El ejercicio del arraigo trae como consecuencia adicional que la persona contra quien se haya decretado se encuentre impedida para asistir a sus actividades laborales cotidianas, lo que violenta flagrantemente su derecho al trabajo, sobre todo cuando, al no existir indicios suficientes ni fundados que lo señalen como probable responsable, su detención se basa en simples sospechas.

Por lo anterior, es necesario procurar que la persona sujeta al arraigo pueda seguir trabajando en una actividad lícita, o bien generando los ingresos necesarios para su subsistencia y la de sus dependientes, ya que la privación de ese derecho atenta contra lo dispuesto por los artículos 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo San Salvador”, al establecer que el derecho al trabajo sólo puede vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero o por resolución gubernativa, dictada en términos que marque la ley, o cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

De igual manera, esta medida precautoria afecta el buen nombre de la persona y que es considerado como un derecho subjetivo, en el sentido de que todos los individuos tienen derecho a su propio nombre y a defenderlo contra el uso indebido del mismo por terceros; y no obstante que no concede a su titular una facultad jurídica de acción, sino solamente una autorización para impedir que una persona interfiera en la esfera jurídica de otra y en su misma persona, existe el deber de respetarlo e, incluso, su uso indebido es sancionado por las leyes.

El derecho al buen nombre está catalogado como un derecho de la personalidad, inherente a la calidad humana y, a la vez, los sujetos tienen el deber de ostentarse con su propio nombre en sus relaciones civiles y públicas, en razón del valor de la seguridad jurídica y para que una persona no sea confundida.

Aún más, debe considerarse que si bien los individuos tienen derecho a un nombre, también tienen derecho a que les sea respetado, ya que es el reflejo de su buena imagen ante la sociedad, por lo cual resulta contrario a derecho que a una persona que ha sido arraigada le sea perjudicada su imagen, situación que genera un clima de condena a su alrededor, sobre todo en el caso de que se insinúe que la institución tiene elementos suficientes para acreditar supuestos ilícitos.

En consecuencia, la información que proporcionan las Procuradurías a los medios de comunicación respecto de la participación en hechos delictivos de las personas que se encuentran arraigadas y sin juicio previo privadas de sus derechos personalísimos, es indebida y ha provocado en múltiples ocasiones la aparición de campañas sistemáticas de desprestigio en contra de su honra y reputación, lo cual también se traduce en una violación a su derecho a la presunción de inocencia, así como un atentado en contra del principio de confidencialidad que debe imperar en el orden jurídico mexicano, en beneficio de una adecuada investigación de los delitos.

La principal razón del Estado radica en garantizar a los gobernados la seguridad pública, y con ella las condiciones que les permitan su pleno desarrollo en un clima de paz y tranquilidad; pero en un Estado de Derecho son precisamente los órganos del Estado los primeros obligados a observar las normas que enmarcan su actuar y a respetar los derechos connaturales a los seres humanos, ante la ausencia de elementos suficientes para considerar al arraigado como probable responsable.

En esa virtud, es importante destacar que, cuando a la persona contra quien se decretó el arraigo no le sea comprobada responsabilidad en la

comisión de ilícito alguno, la medida precautoria le deja secuelas en los órdenes moral, económico y psicológico y, en consecuencia, una afectación a sus derechos humanos. En este sentido, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debe ser debidamente indemnizada por los daños que le provocó su ilegal detención.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido en las sentencias relativas a los casos *Bámaca Velásquez*, *Castillo Páez*, *Masacre Plan de Sánchez*, *Loayza Tamayo* y *Molina Theissen*, que la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución, que consiste en el restablecimiento de la condición anterior a la violación a los derechos humanos, por lo que debe adoptarse “un criterio de equidad para la definición de las sumas que corresponden a la reparación de los daños materiales e inmateriales causados por la violación de derechos humanos”; respecto del daño material “debe considerar tanto el lucro cesante, el daño emergente y el daño patrimonial del núcleo familiar... así como, otras formas de reparación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición”.

3. Propuestas para ajustar el arraigo a un marco jurídico coherente

Por la manera como se lleva a la práctica el arraigo, es necesario acotar su extensión y permitirle que recobre su naturaleza de medida precautoria, sobre la base de una reforma jurídica coherente que permita realizar los siguientes aspectos:

A. Eliminar de manera absoluta la práctica de detener para investigar. En un sistema de derecho que se funde precisamente en el respeto irrestricto del mismo, no deben existir las acciones reprobables orientadas a detener para investigar, que sólo resultan admisibles en un Estado autoritario que desprecie el derecho y la Constitución, pero no en Estados democráticos de Derecho. En este sentido, un órgano técnico, como se supone es el Ministerio Público encargado de investigar los delitos, debiera realizar sus indagaciones sin causar molestias innecesarias a la sociedad en general, y sólo cuando sea estrictamente indispensable o necesario y no exista otra alternativa, entonces sí debe aplicar esta medida precautoria, o bien, otras más, como la detención, la retención, la aprehensión o el formal procesamiento.

B. Consideramos conveniente promover la eliminación de las formas de ejecución del arraigo en hoteles y casas de seguridad, o en otros lugares de aseguramiento, y debe quedar muy claro en el marco jurídico que el arraigo como medida precautoria, única y exclusivamente, debe llevarse a la práctica en el domicilio de la persona que está siendo investigada.

C. El arraigo sólo debe estar previsto para probables responsables de la comisión de un delito, y si no existen elementos suficientes para determinar que una persona es probable responsable de haber participado en la planeación, o bien, ejecución de un delito, no debe aplicarse el arraigo. Actualmente se arraigan a testigos y a víctimas u ofendidos, lo cual, amén de no ser aceptable, es totalmente rechazable, por tergiversar el sentido de la medida.

D. Otra medida que consideramos indispensable es que exista un régimen jurídico de responsabilidades, tanto en materia penal como en materia civil, para quienes ordenan y ejecutan la práctica de un arraigo, y después resulta que no existen elementos para considerar que la persona no había participado en la comisión de un delito. Con ello se evitaría la situación de ofrecer disculpas cuando después de 30, 60 o 90 días de estar arraigada una persona, no existen elementos para deslindar responsabilidad en su contra.

E. Que en los cursos de capacitación, de actualización y de derechos humanos; en exámenes de oposición y evaluaciones periódicas, así como en concursos de selección para las áreas de procuración de justicia y seguridad pública se impartan los conocimientos sobre este tema, con la finalidad de que se alcance una pronta y completa procuración de justicia.

F. Es menester sumar esfuerzos tendentes a orientar la aplicación del arraigo dentro de los extremos autorizados por el orden jurídico mexicano, y que se analice con puntualidad la posibilidad de establecer los criterios de reparación del daño o indemnización en aquellos casos en que luego de la realización del arraigo no se logre demostrar la probable responsabilidad del agraviado en la comisión de delito alguno.

G. La figura del arraigo se deberá orientar únicamente hacia los probables responsables de la comisión de delitos graves, y por el tiempo estrictamente indispensable para que se investigue su probable participación en el delito. En el caso de que el arraigo sea injustificado y por lo mismo indebido, se deberá incoar un procedimiento de responsabilidad al servidor o servidores públicos involucrados e indemnizar a los sujetos de arraigo por los daños y perjuicios que se les causen.

H. Así las cosas, debieran dictarse las medidas necesarias para que la ejecución del arraigo se lleve a cabo en la zona geográfica correspondiente al lugar en donde se cometió el delito que se investiga y preferentemente en el domicilio particular de la persona investigada, pero no en casas de seguridad, hoteles, oficinas públicas o cualesquiera otros lugares distintos a los determinados por la ley, y que además se ordenen las medidas oportunas y necesarias, con el propósito de que en la ejecución del arraigo se garantice a las personas relacionadas con dicha medida precautoria la comunicación inmediata con sus familiares y abogados, ello con la finalidad de contar con una adecuada defensa.

I. Se deberán tomar las medidas necesarias para asegurarse de que las personas contra las cuales no se haya dictado una orden de arraigo no sean retenidas injustificadamente, dándose vista al agente del Ministerio Público de la indebida retención para el ejercicio de sus atribuciones ante la presencia de una privación ilegal de la libertad.

Reflexión final

La interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en lo relativo al artículo 122 del Código Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, deja un precedente de gran valía, particularmente en lo que atañe a la falta de regulación del término en el que ha de mantenerse detenida a una persona sólo ante indicios de una probable responsabilidad.

De ahí que en las condiciones en que se aplica la figura del arraigo en la actualidad pone en grave riesgo los derechos fundamentales del sujeto, como serían la presunción de inocencia, la libertad personal, la libertad de tránsito y de trabajo, y el buen nombre, entre otros. Asimismo, resulta incomprensible que una persona sujeta a proceso penal, o bien a la ejecución de una pena, se le reconozcan mayores derechos que a un arraigado, que en esencia no se encuentra sujeto a una pena, sino a una medida de seguridad, que sólo tiene como objetivo evitar que se sustraiga de la acción de la justicia y, por ende, debería generar consecuencias menos graves.

Por ello, es necesario y urgente crear una legislación precisa sobre la materia, orientada a regular de manera adecuada semejante figura, a promover la eliminación del arraigo en hoteles o casas de seguridad, así como el establecimiento de un régimen de responsabilidades en materia penal y de reparación del daño para el caso de excesos y abusos en su ejecución.