

El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconvencionalidad

Fernando Silva García*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Primera alternativa: el arraigo “convencionalizado”*. *Interpretación conforme del arraigo penal*. III. *Segunda alternativa: el arraigo “al desnudo”*. *Inconvencionalidad del arraigo en materia penal*.

I. Introducción

En “El traje nuevo del emperador”, Andersen explora que hay hechos y situaciones que generan verdades aparentes, cuya nueva evaluación es capaz de evidenciar la existencia de realidades diversas y desenmascarar anteriores apreciaciones que se tenían por inconvencionales. En el año 2005, el arraigo en materia penal fue declarado inconstitucional por el Pleno de la SCJN, al implicar la detención de una persona cuando la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal, sin que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.¹ Posteriormente, en el año 2008 el Poder Revisor revirtió dicha decisión y colocó un traje nuevo al arraigo penal, al convertir dicha medida cautelar en una figura de carácter constitucional, por introducirla en el artículo 16 de la Norma Suprema. Es decir, el arraigo se constitucionalizó. Esa constitucionalización ha llevado a la idea consistente en que el arraigo siempre es válido por el simple hecho de estar previsto en la Norma Suprema. Se ha interpretado que si se afecta el arraigo penal

* Juez de Distrito.

¹ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXIII, febrero de 2006; Pág. 1170. 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.

se afecta el principio de supremacía constitucional. Se ha pensado que el nuevo ropaje constitucional del arraigo tiende a blindarlo y a resistir cualquier tipo de control de regularidad constitucional o convencional proveniente de la rama judicial. En ese sentido, la experiencia ha puesto de manifiesto que el arraigo en materia penal se ha utilizado para detener a personas por hasta 40 u 80 días sin que exista investigación alguna a esos efectos; es decir, las autoridades han entendido que se ha constitucionalizado y es válido el método consistente en “*primero detener para después investigar*”; lo que ha generado que las autoridades conciban al arraigo penal como una especie de medida cautelar metaconstitucional que permite sobreponerse, en términos absolutos, al contenido esencial de los derechos fundamentales a la libertad personal, a la presunción de inocencia, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

El presente trabajo tiene por objeto demostrar que dicha aproximación del arraigo penal compromete el Estado de Derecho, así como diversos derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales adoptados por el Estado. Veremos que el nuevo ropaje del arraigo penal es insuficiente para entender que dicha medida cautelar es inmune al control judicial, al encontrarse delimitado por toda una serie de derechos, garantías y exigencias constitucionales e internacionales, que deben cumplirse por los poderes públicos encargados de su aplicación y regulación legal. A propósito de dicho análisis, haremos una propuesta sobre las condiciones generales de validez que debe cumplir el arraigo en materia penal para su constitucionalidad y convencionalidad, tomando en cuenta el nuevo parámetro de validez surgido a partir de la reforma constitucional del año 2011 en materia de derechos humanos; con base en lo cual pondremos de manifiesto que, desde cierta perspectiva, dicha medida cautelar se encuentra entre dos alternativas posibles: *interpretación conforme o inconventionalidad*.

II. Primera alternativa: el arraigo “convencionalizado”. Interpretación conforme del arraigo penal

1. ¿Qué es el arraigo penal?

Existen dudas sobre el concepto y los alcances del arraigo en materia penal. Una primera posición interpretativa definiría al arraigo penal como una especie de medida cautelar metaconstitucional que autoriza “*primero detener a una persona para después investigarla*”, lo cual, por un lado, permite desplazar y reemplazar al sistema ordinario de restricción a la libertad personal (urgencia, flagrancia, orden de aprehensión); por otro lado, permite hacer inaplicables

los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia y al debido proceso, principalmente. Una segunda postura interpretativa consiste en entender que el arraigo penal es una medida cautelar excepcional y supletoria, la cual, por un lado, sólo debe operar cuando el sistema ordinario de restricción a la libertad personal (urgencia, flagrancia, orden de aprehensión) resulta inviable para la persecución del delito por razones fácticas extraordinarias; por otro lado, está sujeta a todos los derechos humanos del detenido.

De manera que, para algunos, el arraigo es una medida cautelar que permite *“primero detener a una persona para después investigarla”*, sin que sea necesario acreditar elemento alguno que relacione al sujeto con la comisión del delito; mientras que, para otros, el arraigo permite restringir los movimientos de una persona o hasta detenerla, *siempre y cuando exista una investigación e indicios que hagan probable su participación en la comisión del delito*; coincidiendo ambos puntos de vista en que es procedente tratándose de ilícitos graves o de delincuencia organizada y con el fin de garantizar el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el arraigado se sustraiga a la acción de la justicia.

El método consistente en *“primero detener a la persona para después investigarla”* es una de las acciones representativas de los sistemas autoritarios, en razón a que implica que todas las personas sean tratadas eventualmente como presuntos culpables y presupone la inexistencia del derecho a la libertad personal, tomando en cuenta que el Estado estaría en posibilidad de disponer de la libertad de las personas en cualquier momento, sin investigación ni defensa alguna, bastando para ello la sola voluntad y el señalamiento unilateral proveniente de las autoridades ministeriales. Asimismo, el método consistente en *“primero detener a la persona para después investigarla”* pone en riesgo el derecho a la integridad personal del detenido, ya que su sola estancia en un centro de arraigo por hasta 40 u 80 días, serviría en sí mismo como instrumento de coacción y podría abrir la posibilidad de actos de intimidación y tortura para obtener una confesión artificial de los hechos respectivos. Es por ello que el arraigo penal ni siquiera podría ser definido como el método consistente en *“primero detener a la persona para después investigarla”*; pues la propia definición, su objeto, sería contrario al sistema constitucional e internacional de los derechos humanos.

La definición del arraigo –para su constitucionalidad y convencionalidad– debe excluir en forma absoluta la idea consistente en que su objeto es “*primero detener a la persona para después investigarla*”. El arraigo debe entenderse como una medida cautelar dirigida a restringir la libertad de una persona cuando, entre otros requisitos, *existe una investigación que reporta indicios razonables sobre su participación* en la comisión de un delito grave o de delincuencia organizada; cuando es necesaria la restricción contemplada, pero por circunstancias excepcionales resulta imposible aplicar una de las figuras ordinarias contempladas en la Carta Magna, para realizar una detención. En ese orden de ideas, del propio concepto de arraigo se desprenden ya tres condiciones esenciales del arraigo en materia penal: la existencia del delito grave o de delincuencia organizada; una investigación e indicios razonables sobre la participación del sujeto en la comisión del ilícito. Sin esas tres condiciones esenciales el arraigo se ubicaría como una figura propia de los sistemas autoritarios y antidemocráticos, puesto que en un Estado de Derecho resulta inconcebible la posibilidad de privar de la libertad a personas en cuya contra, a esas alturas, no existen elementos que hagan probable su participación en algún ilícito.

Por otro lado, es preciso recordar que nuestra Carta Magna ya contempla una serie de figuras ordinarias que permiten la detención de una persona (los casos de delito flagrante, caso urgente y por orden judicial de aprehensión). El arraigo en tanto medida precautoria excepcional no puede sustituir dichas figuras ordinarias, sino que se debe interpretar de manera complementaria como medida aplicable cuando se encuentren cumplidos los requisitos constitucionales e internacionales para privar de la libertad a una persona, pero por circunstancias excepcionales las figuras ordinarias de flagrancia, urgencia u orden judicial no puedan aplicarse, situación que por definición será de una temporalidad estrictamente limitada. Tomando en cuenta los amplios alcances de las figuras ordinarias, podemos concluir que en la gran mayoría, si no la totalidad de los casos, serán suficientes éstas para posibilitar la detención.

Hace algunos años (2005), el Pleno de la SCJN declaró inconstitucional el arraigo penal previsto en una legislación estatal. Los Ministros destacaron que el arraigo penal contemplado en la ley autoriza la afectación de la libertad personal: “(...) 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”.²

Años después, el Poder Revisor de la Constitución revirtió la jurisprudencia de la SCJN e introdujo el arraigo en materia penal en el artículo 16 constitucional, en los términos siguientes:

Art. 16. (...) La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

(...) [Subrayado añadido]

Es verdad que la Constitución reformada autorizó el arraigo penal y revirtió la jurisprudencia de la SCJN. Sin embargo, debe destacarse que el artículo 16 constitucional no sólo autoriza el arraigo penal, sino que lo sujeta a toda una serie de condiciones, garantías y exigencias constitucionales para su validez. Asimismo,

² [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXIII, febrero de 2006; Pág. 1170. 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. 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.

dicha medida cautelar constitucional está condicionada actualmente por los tratados internacionales sobre derechos humanos adoptados por el Estado mexicano. De forma que el “arraigo” requiere cumplir con una serie de condiciones de validez muy estrictas, por ser una figura que tiende a convertir la excepción (disponibilidad de la libertad personal) en la regla general. Es así como el alcance del arraigo en materia penal debe definirse y entenderse a partir de una *interpretación sistemática* de la Norma Suprema y de una *interpretación conforme* con los tratados internacionales, de conformidad con los siguientes criterios:

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA. En virtud de que cada uno de los preceptos contenidos en la Norma Fundamental forma parte de un sistema constitucional, al interpretarlos debe partirse por reconocer, como principio general, que el sentido que se les atribuya debe ser congruente con lo establecido en las diversas disposiciones constitucionales que integran ese sistema, lo que se justifica por el hecho de que todos ellos se erigen en el parámetro de validez al tenor del cual se desarrolla el orden jurídico nacional, por lo que de aceptar interpretaciones constitucionales que pudieran dar lugar a contradecir frontalmente lo establecido en otras normas de la propia Constitución, se estaría atribuyendo a la voluntad soberana la intención de provocar grave incertidumbre entre los gobernados al regirse por una Norma Fundamental que es fuente de contradicciones; sin dejar de reconocer que en ésta pueden establecerse excepciones, las cuales deben preverse expresamente y no derivar de una interpretación que desatienda los fines del Constituyente. (Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: XXIII, febrero de 2006. Tesis: P. XII/2006. Página: 25).

CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SI. Las reformas a los artículos 49 y 131 de la Constitución, efectuadas por el Congreso de la Unión, no adolecen de inconstitucionalidad, ya que jurídicamente la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás; por lo que no se puede decir que algunos de sus estatutos no deban observarse por ser contrarios a lo dispuesto por otros. La Constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás normas que constituyen un orden jurídico determinado y conforme a su artículo 133, la Constitución no puede ser inconstitucional; es un postulado sin el cual no se podría hablar de orden jurídico positivo, porque es precisamente la Carta Fundamental la que unifica la pluralidad de normas que componen el derecho positivo de un Estado. Además, siendo “la Ley Suprema de

toda la Unión”, únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con las disposiciones de la misma que en el derecho mexicano se contienen en el artículo 135 constitucional, y únicamente por conducto de un órgano especialmente calificado pueden realizarse las modificaciones o adiciones, y por exclusión, ningún otro medio de defensa legal como el juicio de amparo es apto para modificarla. (No. Registro: 233,476. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional. Séptima Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo: 39 Primera Parte. Tesis: Página: 22. Genealogía: Informe 1972, Primera Parte, Pleno, página 310. Amparo en revisión 8165/62. Salvador Piña Mendoza. 22 de marzo de 1972. Unanimidad de dieciséis votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa).³

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país –al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano–, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte (Registro No. 160525. Localización: Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro III, diciembre de 2011. Página: 552).

³ CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE EllAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución de la República todos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás, por lo que no puede aceptarse que algunas de sus normas no deban observarse por ser contrarias a lo dispuesto por otras. De ahí que ninguna de sus disposiciones pueda ser considerada inconstitucional. Por otro lado, la Constitución únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con los procedimientos que ella misma establece. (No. Registro: 205,882. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional. Octava Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo: V, Primera Parte, Enero a Junio de 1990. Tesis: XXXIX/90. Página: 17. Genealogía: Gaceta número 33, septiembre de 1990, página 71).

2. El arraigo convencionalizado. Condiciones de validez del arraigo penal e interpretación conforme

El arraigo penal se encuentra condicionado en su validez por los derechos, garantías y exigencias derivadas de los artículos 1, 14, 16, 17, 18, 19, 20 de la Norma Suprema; 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; concretamente las siguientes:

1. *Intervención judicial y solicitud del MP.* La orden de arraigo debe ser emitida por un juez competente a solicitud del Ministerio Público (artículo 16, octavo párrafo, constitucional).

2. *Respeto al principio de legalidad.* El principio de legalidad se cumple, por un lado, cuando el legislador (y no el MP) ha previsto en una ley formal y material las modalidades de tiempo y lugar⁴ en que debe ejecutarse el arraigo; por otro lado, cuando el MP y el juez exteriorizan los motivos y razones que justifican el tiempo del arraigo y el lugar en que ha de implementarse. Sin que sea suficiente que las causas de privación o restricción de la libertad a través del arraigo estén consagradas en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los derechos fundamentales, sean razonables, previsibles y proporcionales (artículo 16, párrafos primero y octavo, de la Norma Suprema).

3. *Constatación de la existencia del delito grave o de delincuencia organizada.* La orden de arraigo debe ser emitida ante la existencia de un hecho delictuoso grave o de delincuencia organizada, que debe demostrarse tanto por el MP como por el juez competente, de manera que el arraigo no debe descansar en una situación delictiva hipotética, futura e incierta; de lo contrario la privación de la libertad sería una actuación arbitraria e injustificada por no actualizarse la existencia del delito cualificado que exige la Norma Suprema a esos efectos; si no hay delito lógicamente no hay responsables ni detención justificada posible (artículo 16, párrafo octavo, constitucional; 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

⁴ La reserva de ley ha sido también reconocida por la Corte Interamericana: "El artículo 7.2 de la Convención establece que 'nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas'. Este numeral del artículo 7 reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal. Valga reiterar que para esta Corte 'ley' es una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes. La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y 'de antemano', las 'causas' y 'condiciones' de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana" (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Itúñez. Vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170; Caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207).

4. *Respeto al derecho a la presunción de inocencia: Existencia de una investigación que constate la existencia de indicios concretos que permitan suponer razonablemente la participación del sujeto en la comisión del delito respectivo.* El arraigo debe excluir el método consistente en “*primero detener a la persona para después investigarla*”; el momento en que la policía judicial tenga la potestad de privar a la gente de la libertad personal para después investigarlas será el tiempo en que fenezca uno de los derechos fundamentales más preciados de las personas, la libertad personal. Por lo cual, a pesar de tratarse de una medida cautelar o precautoria, la orden de arraigo debe presuponer una investigación a cargo del MP sobre la posible participación del arraigado en la comisión del delito grave o de delincuencia organizada; de allí que el propio párrafo octavo del artículo 16 constitucional literalmente señale que el arraigo procede “cuando exista riesgo fundado de que el *inculcado* se sustraiga a la acción de la justicia”; siendo que el décimo cuarto párrafo también del artículo 16 de la Norma Suprema prevé que: “Los poderes judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los *indiciados* y de las víctimas u ofendidos (...)”; lo que es complementado por el artículo transitorio décimo primero constitucional de la reforma de 18 de junio de 2008, que establece que: “Décimo Primero. En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del *indiciado* tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días”; de todo lo cual deriva que, pese a que el arraigo sea una medida cautelar, una de sus condiciones de validez radica en la existencia de indicios sobre la posible participación del sujeto en la comisión del ilícito.⁵ De manera que la presencia de los términos “*inculcado*” e “*indiciado*” en las normas constitucionales que regulan

⁵ Novena Época, Registro: 165105, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXI, marzo de 2010, Materia(s): Civil, Tesis: L2o.C.44 C, página: 2890. ARRAIGO DOMICILIARIO DE NATURALEZA PENAL, ARRESTO CIVIL COMO MEDIDA DE APREMIO Y ARRAIGO CIVIL. DIFERENCIAS Y EFECTOS. La legislación procesal penal establece el arraigo domiciliario en contra del *probable responsable* de la comisión de un delito, ante el riesgo de que se sustraiga a la acción de la justicia, constituyendo un acto que afecta y restringe la libertad personal, porque obliga a la persona en contra de quien se decreta, a permanecer en determinado inmueble y bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora; en la materia procesal civil existe la figura jurídica del arresto, como una medida de apremio; sin embargo, su consecuencia es la privación de la libertad del contumaz, aunque por un breve tiempo. De ello se sigue que tanto el arraigo domiciliario como el arresto afectan un derecho fundamental que es la libertad, lo que da lugar a un tratamiento especial que obliga a la autoridad que conoce de un juicio constitucional a suplir la deficiencia de la queja incluso ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del afectado. A diferencia del arraigo domiciliario de naturaleza penal y el arresto civil como medida de apremio, el arraigo civil como medida cautelar, no tiene las mismas consecuencias, ya que sus efectos se limitan a que el arraigado no se ausente del lugar donde se encuentra radicado el juicio o salga del país, en tanto no deje apoderado suficientemente instruido y expensado, pero sigue gozando de libertad de tránsito en virtud de que puede desplazarse por donde le plazca; de tal modo que si queda a su arbitrio cumplir con dicho requisito, es evidente que en el momento que lo satisfaga debe levantarse esa medida cautelar. En esas condiciones, se concluye que el arraigo civil no lesiona la libertad personal, como sucede en las figuras jurídicas anteriores, por cuya razón no procede la suplencia de la queja, en los mismos términos que se exige para aquellas.

el arraigo presupone que sólo procede frente a personas respecto de las cuales existen indicios que permitan suponer razonablemente su participación en la comisión del delito grave o de delincuencia organizada. Por ende, el MP, el juez de arraigo y el juez de amparo, en sus respectivos momentos, deban acreditar (fundamentación y motivación) que existen tales indicios y excluir el método “*primero detener a la persona para después investigarla*”. En tal sentido, es insuficiente que la orden de arraigo se fundamente exclusivamente en el tipo de delito cometido (grave o delincuencia organizada), toda vez que es preciso expresar una motivación ceñida al caso concreto, casuística, con respecto a la posible participación del arraigado en la comisión del ilícito⁶ (artículos 16, párrafos octavo y décimo cuarto, así como transitorio décimo primero, de la Norma Suprema; y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido:

La Corte considera indispensable destacar que las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. La jurisprudencia internacional y la normativa penal comparada coinciden en que para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal *deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado* y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad. Asimismo, dichas medidas cautelares no pueden constituirse en un sustituto de la pena privativa de libertad ni cumplir los fines de la misma, lo cual puede suceder si se continúa aplicando cuando ha dejado de cumplir con las funciones arriba mencionadas. De lo contrario, la aplicación de una medida cautelar que afecte la libertad personal y el derecho de circulación del procesado sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos. (Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111).

*La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga*⁷. En el mismo sentido, la Corte Europea ha señalado

⁶ Ello, en vista de “la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo” (Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141).

⁷ Corte IDH, *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.

que “la razonabilidad de las sospechas sobre las que se debe fundar una detención constituye un elemento especial de la garantía ofrecida por el artículo 5.1 del Convenio Europeo contra las privaciones de libertad arbitrarias”, añadiendo que “[la existencia] de sospechas razonables presupone la [...] de hechos o información capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado puede haber cometido una infracción”⁸. Para esta Corte, *la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio*. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente, en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia⁹. En el auto que ordenó la prisión preventiva de las víctimas no consta una descripción, aunque sea somera, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el señor Lapo supuestamente cometió el ilícito, ni la indicación de la acción u omisión atribuida que precise los elementos que caractericen la imputación. En lo que respecta al señor Chaparro, la autoridad judicial no fundamentó las razones por las cuales creía que su prisión preventiva era indispensable para “garantizar la inmediación” del acusado o para permitir el desarrollo del procedimiento. Además, no se señaló el tipo penal supuestamente infringido por las dos víctimas. Por consiguiente, la prisión preventiva dictada contra los señores Chaparro y Lapo fue arbitraria. (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170).

5. Respeto al principio de excepcionalidad. Procedencia del arraigo cuando pueda justificarse la inviabilidad de las diversas formas ordinarias que autorizan la privación de la libertad del individuo (flagrancia, urgencia, orden de aprehensión). La SCJN ha interpretado que la Constitución permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: i) 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; ii) en casos urgentes,

⁸ECHR, *Caso Fox, Campbell y Hartley v. United Kingdom*, Judgment of 30 August 1990. The “reasonableness” of the suspicion on which an arrest must be based forms an essential part of the safeguard against arbitrary arrest and detention which is laid down in Article 5 § 1 (c) (art. 5-1-c). The Court agrees with the Commission and the Government that having a “reasonable suspicion” presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence. What may be regarded as “reasonable” will however depend upon all the circumstances.

⁹Caso *Servellón García y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152. Caso *Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.

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; iii) 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; iv) 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 v) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, para la SCJN, 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.¹⁰

En consecuencia, el MP y el juez deben exteriorizar una motivación reforzada y cualificada capaz de justificar (fundamentación y motivación) por qué se ha elegido el arraigo (medida cautelar excepcional) y no se ha optado por acudir al sistema ordinario de restricción de la libertad personal previsto en la Norma Suprema, de forma tal que es necesario que el MP y el juez demuestren que el arraigo resulta la única opción posible para la eficacia de la persecución del delito respectivo y el correspondiente acceso de las víctimas a la administración de justicia; lo cual conlleva que, por virtud del principio de excepcionalidad del arraigo, dicha medida cautelar solamente proceda ante la inexistencia de urgencia, flagrancia y ante razones inusuales que hagan difícil o imposible obtener orden de aprehensión en esa etapa preliminar de la investigación; puesto que en dichos supuestos la propia Constitución establece plazos breves –definidos inclusive en horas– que deben respetarse, so pena de que se actualice una especie de “desviación de poder” por ser distorsionado y pasado por alto el sistema constitucional de garantías en torno a la restricción de la libertad personal. En palabras coloquiales, el arraigo no debe ser “el camino corto” para restringir la libertad personal del individuo, sino que debe aplicarse en forma excepcional cuando las formas ordinarias de restricción de la libertad personal resulten inadecuadas por causas inusitadas y ante la necesidad de garantizar el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia (artículo 16 constitucional). Por ejemplo, el arraigo procedería en el escenario en que falte algún elemento concreto de prueba para justificar la emisión de una orden de aprehensión, misma que el MP tendrá a su disposición en cuestión

¹⁰ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXIII, febrero de 2006; Pág. 1170. 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.

de horas o días. En el inter, si las circunstancias lo justifican (por ejemplo, la persona indiciada se dispone para salir del país), el MP podría solicitar una medida de arraigo para restringir los movimientos de la persona, la cual se convertiría en una consignación (o en libertad) en cuanto se cuente con la prueba faltante.

6. *Deber de motivación adecuada en torno a la finalidad legítima, proporcionalidad y necesidad del arraigo.* El artículo 16 constitucional establece que la finalidad constitucional del arraigo radica en 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. Por ende, la validez del arraigo requiere que el MP y el juez demuestren (aportación de pruebas y fundamentación y motivación) que dichos objetivos constitucionales se actualizan en el caso concreto, máxime cuando la persona que se pretende arraigar se presuma inocente, pues ello genera que la carga de la prueba para restringir su libertad personal recaiga en el MP y en el juez competente para emitir el arraigo. Por lo tanto, deben acreditar con pruebas, razones y motivos objetivos, que la medida cautelar es necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o el riesgo fundado de que el “inculpado” se sustraerá a la acción de la justicia (artículo 16, párrafos primero y octavo, constitucional).

Asimismo, la Corte Interamericana ha establecido que no es suficiente que toda causa de privación de la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que la aplicación de ésta respete los siguientes requisitos: i) que la finalidad de las medidas que priven la libertad sea compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido. En este orden de ideas, el Tribunal Interamericano ha señalado que toda limitación a la libertad personal debe ser excepcional, y estrictamente proporcional, tomando en cuenta el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad por un lado, y por otro, las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. *“Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención”*.¹¹

¹¹ Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170; Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

7. *Temporalidad limitada.* El párrafo octavo del artículo 16 constitucional establece que la ley debe establecer las modalidades de tiempo y lugar del arraigo. Adicionalmente, el MP y el juez deben fundar y motivar la temporalidad del arraigo en el caso concreto. Asimismo, el MP y el juez deberán informar al afectado la duración del arraigo, a fin de que sea previsible y, en consecuencia, no resulte una medida arbitraria cuya duración se encuentre sujeta a la voluntad y capricho de las autoridades ejecutoras. Ahora bien, la Norma Suprema establece un primer límite de temporalidad, que consiste en prohibir periodos de arraigo superiores a los 80 días de modo tal que la privación de una persona por más de ese tiempo se traduciría automáticamente en una privación “ilegal” de la libertad, es decir, daría lugar a la configuración de un delito de abuso de autoridad, sea por causas atribuibles a las autoridades o por causas relacionadas con la dilación de los medios de defensa promovidos frente a dicha medida cautelar (artículo 16, párrafos primero y octavo, constitucional). Sin embargo, el prohibir medidas de arraigo de más de 80 días, no implica que sea válido en automático dictar una medida de arraigo de tal duración, toda vez que otras disposiciones constitucionales, en particular las derivadas de los tratados internacionales, disponen que una privación de libertad previa a la puesta a disposición de la autoridad judicial *no puede durar más que el tiempo absolutamente necesario*, el cual normalmente será de no más de un par de días. Bajo el ya referido criterio de interpretación congruente y sistemática de la Constitución y atendiendo al principio pro persona, también consagrado en la Carta Magna (art. 1°), no es admisible interpretar el artículo 16 párrafo octavo de forma tal que cancele el goce de derechos fundamentales protegidos en otras disposiciones constitucionales; al contrario, se debe aplicar la norma o la interpretación que favorezca la mayor protección al derecho a la libertad personal. Ello implica que en la práctica, difícilmente podemos concebir un caso en que sea necesario y congruente con los derechos constitucionales, disponer el arraigo de una persona indiciada por hasta 40 u 80 días. El mero hecho de que el MP solicite una medida de arraigo por tales periodos de tiempo pone en duda si realmente se cuenta con indicios de la probable participación de la persona en algún ilícito, o si no está solicitando la medida con el fin de “*primero detener a la persona para después investigarla*”.

8. *Lugar del arraigo. Excepcionalidad del arraigo en sede oficial (preferencia de la ejecución de la medida cautelar en el domicilio del arraigado).* El octavo párrafo del artículo 16 constitucional prevé una reserva de ley en lo que atañe al lugar en que ha de ejecutarse el arraigo. Es decir, la Constitución encomienda al legislador (y sólo al legislador) a determinar el lugar en que debe ejecutarse dicha medida cautelar. No obstante, el artículo transitorio décimo primero constitucional de la reforma de 18

de junio de 2008, establece que: “Décimo Primero. En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo *domiciliario* del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días”; de tal manera que es la propia Constitución la que prevé que el arraigo en casos de delitos graves debe ser domiciliario, es decir, debe ejecutarse en el domicilio del arraigado. Esta interpretación es acorde al concepto de “domicilio” utilizado a lo largo de todo el articulado de la Norma Suprema, particularmente desde la óptica y contexto del artículo 16 constitucional al referirse a las órdenes de cateo y visitas domiciliarias, de manera que la Constitución, al aludir al concepto “domicilio”, lo hace siempre para referirse al lugar de habitación, vivienda o asiento principal de las actividades de los justiciables; sin que en ningún precepto constitucional la palabra domicilio se refiera a la sede oficial de las autoridades. Pensar que el “arraigo domiciliario” podría interpretarse como “arraigo en sede oficial” (en el domicilio de las autoridades), llevaría al absurdo de interpretar que también podría referirse al domicilio del MP o del juez competente. De forma tal que, cuando la norma constitucional, en el artículo décimo primero transitorio, tratándose de delitos graves, hace referencia al “arraigo domiciliario” ello tendría que significar que, por disposición constitucional, es en el domicilio del afectado en que debe ejecutarse la medida cautelar. Máxime que dicha interpretación del término “arraigo domiciliario” es acorde a su finalidad constitucional, si se toma en cuenta que ésta no radica en sancionar al arraigado (que se presume inocente), ni imponerle una pena privativa de libertad, puesto que a esas alturas no existen datos que acrediten su responsabilidad penal. La finalidad del arraigo, por disposición constitucional, consiste en garantizar el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Para cumplir con esa finalidad constitucional, basta con que el arraigo se ejecute en el domicilio de la persona sujeta a investigación con la vigilancia de las autoridades; luego, la ejecución del arraigo en sede oficial podría considerarse desproporcional, por regla general. En todo caso, la designación de cualquier sede distinta al domicilio para ejecutar el arraigo se torna sospechosa por desviarse de su finalidad constitucional y ante la vulnerabilidad del presunto inocente, máxime cuando bajo tal supuesto la medida precautoria se convertiría en un mecanismo de coacción, presión e intimidación para el arraigado, además de que presentaría el riesgo de que se obtenga una confesión artificial bajo coacción o tortura, que los jueces tienen el deber de prevenir (artículo 16, párrafos octavo, así como transitorio décimo primero, de la Norma Suprema; 5 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En este orden de ideas y ante la ausencia de disposición contraria, es

posible presumir que el arraigo previsto en el artículo 16 párrafo octavo también se refiere en principio a una medida de arraigo domiciliario, toda vez que la medida persigue el mismo fin, ya sea en casos de delitos graves o delitos relacionados con la delincuencia organizada.

Ahora bien, de interpretarse que el arraigo no necesariamente es domiciliario, en todo caso, es necesario destacar que el artículo 16 constitucional prevé una reserva de ley para que sea el legislador (y sólo el legislador) el que determine las modalidades de tiempo y lugar de la ejecución del arraigo, lo cual podría generar tres escenarios principales:

i) Omisión del legislador y consecuente ausencia de previsión legal que determine los lugares autorizados para la ejecución del arraigo. En este supuesto, si la orden de arraigo llegara a decretarse para su cumplimiento en sede oficial, dicha actuación carecería de fundamento legal, por lo cual tendría que ser declarada inconstitucional. El octavo párrafo del artículo 16 constitucional encomienda al legislador a determinar el lugar en que debe ejecutarse el arraigo. Por tanto, ante la ausencia de previsión legal, el MP y el juez carecerían de facultades y serían incompetentes para definir (por propia autoridad) un lugar de ejecución del arraigo distinto al domiciliario (que es el único previsto constitucionalmente).

ii) Pretendida cesión o renuncia del legislador a su reserva de ley a favor del MP. La reserva de ley implica que la Constitución obliga a que el lugar del arraigo sea determinado por el legislador (sólo el legislador). De manera que ni siquiera el legislador podría renunciar o ceder esa obligación que le impone la Norma Suprema (definir el lugar del arraigo); pensar lo contrario implicaría que el legislador tiene el poder para sobreponerse a la Constitución. Podemos observar cómo algunas leyes incumplen con la Constitución, pasan por alto la reserva de ley, omiten determinar el lugar del arraigo y ceden al MP la tarea que les encomendó la Constitución a esos efectos. Es decir, existen leyes que dejan sin efectos la reserva de ley que la Norma Suprema creó en el artículo 16, párrafo octavo, constitucional. Las leyes secundarias, lógicamente, no pueden dejar sin efectos normas constitucionales (reserva de ley). A manera de ejemplo, hemos observado que el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada prevé lo siguiente:

Artículo 12.- El Juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2o. de esta Ley y *con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud*, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado

se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación.

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

Como es posible observar, mientras que la Constitución establece que deberá ser el legislador quien determine el lugar de ejecución del arraigo; en cambio, la ley transcrita pasa por alto dicha encomienda y establece que el MP bien puede determinar el lugar de ejecución de dicha medida cautelar; de lo cual podemos desprender que el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se sobrepone, anula y distorsiona al mandato constitucional previsto en el octavo párrafo del artículo 16 de la Norma Suprema.

iii) Previsión legislativa para que el arraigo se ejecute en sede oficial. El supuesto consistente en que la ley determine que el arraigo bien puede ejecutarse en sede oficial sólo procedería en el caso extremo de que la Constitución se interpretara en el sentido de que el arraigo no se limita al domicilio del afectado. Al respecto, debe destacarse que, en todo caso, el lugar de ejecución de dicha medida cautelar debe ser un recinto oficial (prohibición de clandestinidad)¹² e idóneo a esos efectos, es decir un centro de detención diseñado y utilizado para ese fin, por lo que tendría que contar con las garantías suficientes para proteger la seguridad e integridad personal del afectado, en particular la supervisión del lugar de parte del poder judicial. Asimismo, el MP y el juez tendrían la carga argumentativa de demostrar que existen razones objetivas para que el arraigado permanezca detenido en sede oficial; hablaríamos de una motivación reforzada que acredite la idoneidad y necesidad del arraigo en lugar oficial (distinto del domicilio del afectado), con la demostración de las garantías de seguridad tendentes a salvaguardar la integridad personal del afectado. En este orden de ideas, en ningún caso procederá el arraigo de una persona en instalaciones militares.

9. Respeto al derecho a la integridad personal. Reportes de médicos legistas independientes especialmente cuando el arraigo se ejecute en sede oficial. La Corte Interamericana ha establecido que el derecho a la integridad física, psíquica y moral de toda

¹² La Corte Interamericana ha dicho: "Según los hechos probados, tras ser privado de su libertad sin orden de detención, el señor Anzualdo fue conducido a los sótanos del SIE, un centro clandestino de detención, lo cual es contrario a la obligación de los Estados de mantener a toda persona privada de la libertad en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentarla sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad judicial competente, como una medida eficaz para prevenir estos hechos". (Caso *Anzualdo Castro Vs. Perú*. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202).

persona, y la obligación estatal de que las personas privadas de libertad sean tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, implica la *prevención razonable* de situaciones que podrían resultar lesivas de los derechos protegidos.¹³ Como se ha dicho, particularmente cuando el arraigo se ejecuta fuera del domicilio, debe destacarse que el lugar debe ser un recinto oficial, y debe ser idóneo, por lo que tendría que contar con las garantías suficientes para proteger la seguridad e integridad personal del afectado. Asimismo el MP y el juez tendrían que demostrar la existencia de condiciones fácticas que otorguen garantías suficientes de seguridad tendentes a salvaguardar la integridad personal del afectado.

La Corte Interamericana ha establecido que el Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, etc.) es responsable de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia.¹⁴ En consecuencia, existe la presunción de considerar responsable al Estado por las torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades no han realizado una investigación seria de los hechos seguida del procesamiento de los que aparezcan como responsables de tales conductas.¹⁵ En dicho supuesto, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados.¹⁶ Cuando el detenido alega que su confesión se ha obtenido mediante coacción surge un deber de investigación, y la carga de la prueba es para el Estado. Desde luego que la confesión obtenida mediante cualquier tipo de coacción se debe excluir como elemento de prueba.¹⁷ Para la Corte Interamericana aun cuando la aplicación de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes no haya sido denunciada ante las autoridades competentes, en todo caso en que existan indicios de su ocurrencia el Estado deberá iniciar de oficio y de inmediato una investigación imparcial, independiente y minuciosa que permita determinar la naturaleza y el origen de las lesiones advertidas, identificar a los responsables e iniciar su procesamiento.¹⁸ Es indispensable que el Estado actúe con diligencia para evitar las prácticas de tortura, tomando en cuenta, por otra parte, que la víctima suele abstenerse, por temor, de denunciar los hechos. A las autoridades judiciales corresponde el deber de garantizar los derechos del detenido, lo que implica la obtención y

¹³ Caso *Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147; Caso *Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.

¹⁴ Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

¹⁵ Caso de los "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y otros*) Vs. *Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. *Eur. C.H.R., Aksoy v. Turkey*, Judgment of 18 December 1996, y *Eur. C.H.R., Tomasi v. France* of 27 August 1992.

¹⁶ Caso *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99. Caso *Baldeón García Vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

¹⁷ Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

¹⁸ Caso *Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132. Caso del *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. Caso *Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.

el aseguramiento de toda prueba que pueda acreditar los actos de tortura.¹⁹ El Estado debe garantizar la independencia del personal médico y de salud encargado de examinar y prestar asistencia a los detenidos de manera que puedan practicar libremente las evaluaciones médicas necesarias, respetando las normas establecidas en la práctica de su profesión²⁰ (artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

10. *Respeto al debido proceso (derecho a ser llevado sin demora ante un juez; derecho de asistencia legal y derecho a la información de las razones del arraigo)*. La “medida cautelar” del arraigo consiste en una privación de la libertad, por lo cual emergerían los diversos deberes de respeto a los derechos fundamentales derivados del debido proceso en materia penal, centralmente, los siguientes:

i) *Obligación de llevar sin demora al arraigado ante un juez*. La Corte Interamericana ha determinado que: “La autoridad judicial debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad”.²¹ En la práctica no sucede, sin embargo, atendiendo directamente los derechos convencionales del detenido, podríamos establecer que una vez emitida la orden de arraigo, el MP tendría que presentar al afectado con el juez de arraigo para manifestar lo que a su derecho conenga; a fin de cerciorarse del estado de su integridad personal; garantizar que no está incomunicado; que conoce los motivos de dicha medida cautelar; que tiene derecho a informar su detención a su abogado, al defensor público respectivo o persona de confianza; asimismo el juez de arraigo debe informarle la duración del arraigo, el lugar de detención y los medios de defensa para combatir la orden de arraigo.²²

¹⁹ *Protocolo de Estambul (Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes)*.

²⁰ Caso *Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164. Caso *Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187; 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.

²¹ Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Itúñez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

²² La Corte Interamericana ha dicho: “El hábeas corpus en su sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad. En la Convención este procedimiento aparece en el artículo 7.6 que dice: Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. Si se examinan conjuntamente los dos procedimientos, puede afirmarse que el amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos. En efecto, de acuerdo con los principios básicos de ambas garantías recogidos por la Convención así como con los diversos matices establecidos en los ordenamientos de los Estados Partes, se observa que en algunos supuestos el hábeas corpus se regula de manera autónoma con la finalidad de proteger esencialmente la libertad personal de los detenidos o de aquellos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad, pero en otras ocasiones el hábeas corpus es denominado ‘amparo de la libertad’ o forma parte integrante del amparo. El hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o

ii) *Derecho a comunicar la detención a una persona de confianza (familiar y/o abogado)*. A fin de que el arraigado cuente con asistencia legal pertinente desde el momento de la emisión del arraigo y su ejecución.²³

iii) *Derecho a conocer las razones de detención y la notificación de los hechos y motivos que dieron origen a dicha medida cautelar*.²⁴ La información de los “motivos y razones” de la detención debe darse “cuando ésta se produce”, lo cual “constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo”. Adicionalmente, el derecho a ser informado de los motivos de la detención permite al detenido impugnarla, haciendo uso de los mecanismos que todo Estado debe ofrecer (artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

degradantes. Esta conclusión se fundamenta en la experiencia sufrida por varias poblaciones de nuestro hemisferio en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos. Esa realidad ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el hábeas corpus es parcial o totalmente suspendido”. (El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8).

²³ La Corte Interamericana ha dicho: “Por otra parte, el detenido tiene también derecho a notificar lo ocurrido a una tercera persona, por ejemplo a un familiar o a un abogado. En este sentido, la Corte ya ha señalado que ‘[e]l derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trat[a] de detenciones de menores de edad’. Esta notificación debe ser llevada a cabo inmediatamente por la autoridad que practica la detención y, cuando se trate de menores de edad, deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación. En este caso, se probó que ni Rafael Samuel ni Emilio Moisés Gómez Paquiyauri, al momento de su detención, ni sus familiares, fueron informados de los motivos de ésta, de las conductas delictivas que se les imputaban y de sus derechos como detenidos, todo lo cual constituye una violación del artículo 7.4 de la Convención” (Caso *de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110).

²⁴ Sobre el particular, la Corte Interamericana ha dicho: “Esta Corte, en el caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, estableció que la información de los ‘motivos y razones’ de la detención debe darse ‘cuando ésta se produce’, lo cual ‘constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo’. Adicionalmente, el derecho a ser informado de los motivos de la detención permite al detenido impugnar la legalidad de la misma, haciendo uso de los mecanismos legales que todo Estado debe ofrecer, en los términos del artículo 7.6 de la Convención. La información sobre los motivos y razones de la detención necesariamente supone informar, en primer lugar, de la detención misma. La persona detenida debe tener claro que está siendo detenida. En segundo lugar, el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención. No se satisface el artículo 7.4 de la Convención si sólo se menciona la base legal” (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170; Caso *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99). “La primera obligación del artículo 7.4 de la Convención no especifica que la información que el detenido debe recibir tenga que ser escrita. Para esta Corte, puede satisfacerse dicha obligación de manera oral, no así la segunda obligación del artículo 7.4 de la Convención, referente a la notificación, sin demora, del cargo o cargos formulados contra el detenido, la cual debe darse por escrito. Tomando en cuenta que esa información permite el adecuado derecho de defensa, es posible sostener que la obligación de informar a la persona sobre los motivos y las razones de su detención y acerca de sus derechos no admite excepciones y debe ser observado independientemente de la forma en que ocurra la detención” (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170; Caso *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99; Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141).

11. *Control judicial y derecho a un recurso efectivo.* A través de la orden de arraigo y su notificación se debe informar al arraigado sobre la posibilidad de impugnar dicha actuación a través del juicio de amparo. El juez de amparo debe resolver de inmediato el asunto²⁵, inclusive con la posibilidad de suspender el acto reclamado, para lo cual tendría que analizarse la apariencia de buen derecho de la pretensión constitucional frente a la orden de arraigo y su ejecución (*contrario sensu*, la aparente inconstitucionalidad de la orden de arraigo y su ejecución), máxime que los efectos y consecuencias del arraigo son de carácter continuado y se trata de un acto con efectos prácticamente irreparables sobre la libertad personal del afectado. El juez de amparo encontraría el deber tanto de entrar al análisis de la apariencia de buen derecho en la suspensión, como de abordar integralmente el fondo del asunto en el juicio principal, sin pretextos sustentados “*en la imposibilidad de sustituirse al juez de arraigo*”, porque en ejercicio de la competencia constitucional a su cargo podría analizar si la orden reúne todas las condiciones de validez que hemos mencionado (por tratarse de un examen constitucional-convencional); así, por ejemplo, el juez de amparo tendría jurisdicción para analizar (tanto en el incidente de suspensión como en el juicio principal) si existen indicios que permitan suponer razonablemente la participación del arraigado en la comisión del delito grave o de delincuencia organizada, tomando en cuenta que dicho análisis versa sobre el alcance del derecho fundamental a la presunción de inocencia que forma parte de un tema competencial (constitucional) que es de la jurisdicción tanto del juez de arraigo como del juez de amparo. Así también, siguiendo esa línea de pensamiento, por virtud del derecho a la tutela judicial efectiva y la relevancia de los actos que afectan la libertad personal, el juez de amparo tendría que

²⁵ La Corte resalta que la Corte Superior demoró 31 días en resolver el recurso del señor Lapo y 9 días en resolver el recurso del señor Chaparro, lo que no se ajusta al término “sin demora” contenido en el artículo 7.6 de la Convención. Por lo anterior, el Tribunal considera que el Estado violó el artículo 7.6 de la Convención en perjuicio de los señores Chaparro y Lapo y, por ello, su derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía consagrado en el artículo 1.1 de la misma (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170). Quien es privado de libertad sin control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez (Caso *de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110; Caso *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99; Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141; Caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103; Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135). La Corte Interamericana ha establecido: “La parte inicial del artículo 7.5 de la Convención dispone que la detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia. (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170).

realizar un control judicial efectivo²⁶ y, en consecuencia, evitar aplicar alguna de las causales de improcedencia por todos conocidas²⁷, inclusive en el supuesto de que el arraigo se agote antes de la resolución del juicio constitucional, habida cuenta que una sentencia protectora demostraría que el individuo estuvo privado de su libertad injustificadamente, lo que serviría de base para denunciar la conducta ilegítima de las autoridades por las distintas vías previstas constitucional y legalmente a esos efectos. En ese sentido, cobra relevancia el criterio siguiente:

IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. LAS CAUSALES QUE LA PREVIEN DEBEN INTERPRETARSE DE MANERA ESTRICTA, A FIN DE EVITAR OBSTACULIZAR INJUSTIFICADAMENTE EL ACCESO DE LOS INDIVIDUOS A DICHO MEDIO DE DEFENSA. Las causales de improcedencia del juicio de garantías deben interpretarse de manera estricta, de manera que la salvaguarda de la Constitución y de las garantías individuales a través de dicho proceso sea efectiva, de lo cual deriva que ante distintas posibles interpretaciones de las fracciones que componen el artículo 73 de la Ley de Amparo, el juez debe acoger únicamente aquella que se haya acreditado fehacientemente, evitando dejar, con base en presunciones, en estado de indefensión al promovente, lo que es acorde al derecho a la tutela judicial efectiva previsto en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Federal, que condicionan la actuación de todos los poderes públicos, incluido el juez de amparo. (TA; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXXI, enero de 2010; Pág. 324).

En suma, el juicio de amparo tendría que erigirse como el mecanismo de defensa idóneo y efectivo para garantizar la libertad personal y evitar cualquier acto de autoridad arbitrario (artículos 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

²⁶ La Corte Interamericana ha dicho: “Esta Corte ha establecido que no basta con la existencia formal del recurso sino que además debe ser efectivo, esto es, debe dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. De lo contrario, la actividad judicial no significaría un verdadero control, sino un mero trámite formal, o incluso simbólico, que generaría un menoscabo de la libertad del individuo. Más aún, el análisis de la legalidad de una privación de libertad ‘debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Convención Americana’. Como puede apreciarse, la Corte Superior de Guayaquil denegó los recursos interpuestos sin pronunciarse sobre las causas que a criterio de los señores Lapo y Chaparro hacían ilegal su prisión preventiva. Es más, al resolver el recurso del señor Chaparro expresamente indicó que el auto de prisión preventiva es discrecionalidad del juez que la dicta, dándose a entender que esa discrecionalidad no puede ser controlada por el *ad quem*. La Corte observa que la decisión mencionada incurre en la llamada falacia de petición de principio, toda vez que da por supuesto aquello que precisamente tendría que demostrar, es decir, se afirma de antemano que no se debe analizar si es procedente el auto de prisión cuando precisamente eso es lo que se debatía ante dicha Corte. Por otro lado, el superior no se pronunció sobre el mantenimiento de la prisión preventiva”. (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170; Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141).

²⁷ Un clásico de lo que “no” debe hacerse; modelo de la ausencia de tutela judicial efectiva: Novena Época, Registro: 178531, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXI, mayo de 2005, Materia(s): Penal, Tesis: XX.2o.42 P, Página: 1416. ARRAIGO DOMICILIARIO EN MATERIA PENAL. CUANDO EL MINISTERIO PÚBLICO SOLICITA LEVANTAR DICHA MEDIDA PRECAUTORIA Y EL JUEZ ACUERDA DE CONFORMIDAD, CESAN SUS EFECTOS Y, EN CONSECUENCIA, ES IMPROCEDENTE EL AMPARO EN SU CONTRA.

12. *Deber de garantizar la prohibición de incomunicación del arraigado.* Cuando el arraigo se ejecuta en sede oficial, debe tutelarse la integridad personal del arraigado y sus familiares. La incomunicación entre el afectado y sus familiares produce angustia, sufrimiento y es un elemento de coacción e intimidación que debe prevenirse ante el riesgo de que sea utilizado para fines contrarios a la prohibición de tortura y a la obtención de confesiones artificiales ilícitas. En ese orden de ideas, el juez de arraigo debe decretar las medidas idóneas y adecuadas a fin de evitar la incomunicación entre el arraigado y sus familiares, al grado de que las autoridades ministeriales tendrían la carga de la prueba sobre el desarrollo de visitas y convivencias, flexibles, dentro del centro de arraigo. A ese respecto, la Corte Interamericana ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas con motivo de las afectaciones que aquéllos padecieron en virtud de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales con respecto a los hechos violatorios, cuando se actualicen los siguientes elementos: i) la existencia de un estrecho vínculo familiar; ii) las circunstancias particulares de la relación con la víctima; iii) la forma en que el familiar se involucró en la búsqueda de justicia; iv) la respuesta ofrecida por el Estado a las gestiones realizadas; v) el contexto de un “régimen que impedía el libre acceso a la justicia”, y vi) la permanente incertidumbre en la que se vieron envueltos los familiares de la víctima como consecuencia del desconocimiento de su paradero²⁸ (artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Es igualmente imprescindible garantizar la comunicación del arraigado con su abogado defensor de conformidad al derecho de toda persona detenida en el marco de una investigación o proceso penal, a una defensa adecuada.

13. *Deber de ponderación equilibrada entre los derechos del arraigado y los derechos de las víctimas.* Las víctimas del delito son parte procesal y tienen derecho a la investigación y sanción de los hechos delictuosos que las afecten; sin embargo tales derechos fundamentales no tienen el alcance de mantener en condiciones de detención injustificada a terceras partes. Para que emerja el derecho de las víctimas a que se haga justicia en materia penal en lo que atañe a la detención y sanción de los responsables, precisamente es necesario que se cumplan las condiciones y exigencias constitucionales/convencionales para restringir su libertad personal. En ese sentido, podríamos afirmar que transformar la presunción de inocencia en presunción de culpa, o la libertad personal en excepción ni la detención en regla general, de manera alguna abona al acceso de las víctimas a la justicia, puesto que las

²⁸ Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

víctimas tienen derecho a que se sancione a los verdaderos responsables del delito y no a personas cuya culpabilidad no haya sido demostrada.

Desde luego que el incumplimiento de cualquiera de dichas condiciones de validez tendría una consecuencia reparatoria propia, de acuerdo a su naturaleza y alcances; sin embargo la inobservancia de la mayoría de ellas tiende a producir la libertad inmediata del arraigado.

III. Segunda alternativa: el arraigo “al desnudo”. Inconvencionalidad del arraigo en materia penal

En caso de no admitirse la *interpretación constitucional sistemática y conforme con los tratados internacionales* del arraigo penal propuesta en el apartado II, la alternativa que surge es la declaratoria de inconvencionalidad de dicha figura procesal. Imaginemos que un especialista en materia penal lee nuestra propuesta desarrollada en el apartado II; imaginemos que desarma nuestra definición del arraigo penal, así como nuestros estándares y la interpretación conforme que hemos propuesto. Para nuestro amigo penalista el arraigo es una medida cautelar previa a la investigación, por lo cual es ilógico que existan indicios sobre la posible participación del arraigado en la comisión del delito respectivo. El especialista penal sostiene que el arraigo es una medida precautoria que permite *disponer de la libertad personal de un individuo para después (una vez detenido) investigar si ha cometido un delito*, con el fin de garantizar el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el arraigado se sustraiga a la acción de la justicia. Para nuestro colega penalista el arraigo permite *detener en sede oficial para después investigar*; y dicha medida cautelar es válida por el simple hecho de estar constitucionalizada, con independencia de que carezca de virtudes axiológicas.

La constitucionalización del arraigo ha generado la verdad aparente consistente en que el arraigo siempre es válido por el simple hecho de estar previsto en la Norma Suprema. Las autoridades y muchos jueces han entendido que es válido el método consistente en *“primero detener a una persona para después investigarla”*; a partir de la (distorcionada) idea consistente en que los derechos humanos admiten restricciones²⁹; y la verdad aparente consistente en que las restricciones previstas en la Constitución son supremas y son, en consecuencia, inmunes al control judicial. En general, se ha pensado que el nuevo ropaje constitucional del arraigo tiende a blindarlo y a resistir cualquier tipo de control de regularidad constitucional o convencional proveniente de la rama judicial.

²⁹ Recordemos que, aunque los derechos humanos admiten restricciones, la validez de éstas (de las restricciones) está condicionada por los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica.

El hecho de que el arraigo sea una figura constitucional no lo exime de cumplir con las normas constitucionales que lo rodean. Toda institución o restricción constitucional requiere para su validez cumplir con derechos, garantías y exigencias también constitucionales. Así, por ejemplo, la expropiación no puede ser válida sin audiencia previa; la expulsión de extranjeros es inválida cuando carece de fundamentación y motivación; la orden de visita domiciliaria es inconstitucional cuando se sustenta en una orden genérica. Siguiendo esa línea de pensamiento, es posible advertir que el arraigo del artículo 16 constitucional no es una figura metaconstitucional que se ubique por encima de los derechos humanos previstos en la Norma Suprema y en los tratados internacionales.

Desde nuestra óptica, el entendimiento del arraigo penal como una medida precautoria que permite “*primero detener a la persona para después investigarla*”, es una actuación desnuda, vulnerable y expuesta a una inminente declaratoria de invalidez por incumplir con los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si bien el arraigo es una medida cautelar constitucionalizada, ello de ninguna manera significa que su aplicación o regulación legal siempre deba ser declarada válida por los jueces. El arraigo se ha constitucionalizado; sin embargo, coexiste y aparece rodeado, cercado, sitiado por toda una serie de derechos, garantías y principios constitucionales que circundan y delimitan los alcances de dicha medida cautelar, entre ellos, los derechos constitucionales y convencionales dirigidos a tutelar la libertad personal, el debido proceso y el principio de presunción de inocencia; de forma que cuando las autoridades o el legislador pretendan aplicar o regular el arraigo “al desnudo” sin observar las diversas garantías y condiciones de validez que lo rodean, estaremos ante la presencia de una medida cautelar inconstitucional e inconvencional; lo cual se ha visto reforzado a partir del artículo 1º de la Constitución mexicana (reforma de junio del 2011) que establece que las normas relativas a los derechos humanos (libertad personal y restricciones) se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, lo que es relevante desde la perspectiva de los artículos 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que exigen que las restricciones a la libertad personal

(aunque estén previstas en ley) deben ser razonables y proporcionales³⁰; que una persona es inocente y debe permanecer en libertad mientras no exista prueba de su responsabilidad penal; que los jueces deben prevenir la coacción, intimidación y la tortura de los detenidos; y que nadie debe ser privado de la libertad cuando no ha sido escuchado en defensa ni llevado sin demora ante un juez.³¹

El arraigo penal “al desnudo”, esto es, la interpretación aislada e incompleta de dicha medida cautelar llevaría a pensar que autoriza el método consistente en “*primero detener a la persona para después investigarla*”, lo cual generaría:

1. *Violación al contenido esencial de la libertad personal.* Sabemos que no todos los derechos humanos son absolutos, sino que algunos admiten restricciones. El arraigo penal es una restricción a la libertad personal. Sin embargo, las restricciones

³⁰ El Pleno de la SCJN ha emitido la jurisprudencia siguiente: “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA. De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados. (Novena época. Pleno. Jurisprudencia 130/2007)”. La Corte Interamericana ha manifestado: “(...) en relación con los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención, relativo a la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, que: según el primero de tales supuestos normativos [artículo 7.2 de la Convención] nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto [artículo 7.3 de la Convención], se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad (Caso *Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129). La Corte ha establecido en otras oportunidades que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad (...). Ello significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no solo lícita sino además razonable en toda circunstancia. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención” (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Itúñez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170; Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141).

³¹ Caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69. Caso *Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

a los derechos humanos deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, de manera que aquéllas (las restricciones) no deben absorber el núcleo esencial del derecho fundamental que limitan. Cuando las restricciones a los derechos humanos son absolutas –insaciables– estamos en presencia de situaciones de no-derecho, más que de límites a tales derechos fundamentales. El método consistente en “*primero detener a la persona para después investigarla*” implica que las autoridades están facultadas para disponer de la libertad de todas las personas en cualquier momento sin razones y motivos a partir de su señalamiento unilateral, de su mera voluntad; dicho método presupone, desde una perspectiva lógica, la ausencia e inexistencia del derecho a la libertad personal.

2. *Violación al derecho a la presunción de inocencia.* El método consistente en “*primero detener a la persona para después investigarla*” conlleva el entendimiento de que el arraigado se presume culpable a partir del mero señalamiento de las autoridades a esos efectos. Para restringir el derecho a la libertad personal deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga³²; la razonabilidad de las sospechas sobre las que se debe fundar una detención constituye un elemento esencial del derecho a la libertad personal contra las privaciones de libertad arbitrarias; la existencia de sospechas razonables presupone la de hechos o información capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado puede haber cometido una infracción, de manera que la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe “*detener para luego investigar*”, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio, a partir de una descripción concreta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el arraigado supuestamente pudo cometer el ilícito respectivo.

3. *Violación al debido proceso.* El arraigo actualmente llega a implicar la detención de una persona por hasta 40 u 80 días; en sede oficial o incluso irregular; muchas veces sin que la persona sea informada claramente de las razones de su detención o tenga el debido acceso a la asistencia legal; y sin que la persona sea llevada (sin demora) ante un juez para ser escuchada en defensa. De manera que el método consistente en “*primero detener a la persona para después investigarla*” deniega las garantías esenciales del proceso reconocidas en los artículos 14, 16 y 17 de la Norma Suprema; así como 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³² Caso *Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.

4. *Violación al sistema ordinario de restricciones a la libertad personal.* El método consistente en “*primero detener a la persona para después investigarla*” presupone la inexistencia de una motivación adecuada capaz de justificar por qué se ha elegido el arraigo (medida cautelar excepcional) y no se ha optado por acudir al sistema ordinario de restricción de la libertad personal previsto en la Norma Suprema (flagrancia, urgencia, orden de aprehensión), de forma tal que se actualiza una especie de “desviación de poder” por ser distorsionado y pasado por alto dicho sistema constitucional ordinario de garantías en torno a la restricción de la libertad personal, ya que el arraigo se utilizaría como “el camino corto” para afectar la libertad del individuo, como un subterfugio que permite disponer de la libertad e integridad personal del arraigado por hasta 40 u 80 días sin razones, motivos y sin la presencia de un juez que garantice los derechos del detenido.

5. *Violación al deber de prevenir la coacción, la intimidación y la tortura.* En el supuesto de que el arraigo se ejecute en sede distinta al domicilio del afectado, la detención de la persona sin que existan indicios suficientes en su contra para posibilitar su consignación pone en riesgo su derecho a la integridad personal en tanto propicia el uso de la tortura o la coacción para obtener una confesión, lo cual actualiza el incumplimiento del deber de *prevención razonable* de situaciones que podrían resultar lesivas de tal derecho³³; máxime que, para la Corte Interamericana, la detención injustificada de una persona incluso por breve tiempo es contraria al derecho a la integridad personal.³⁴

Bajo este escenario, el juez de amparo podría declarar la inconstitucionalidad e inconveniencia tanto de la orden de arraigo, como de las leyes que le sirvieran de fundamento (locales y federales). Inclusive, desde nuestra óptica, y bajo este escenario hipotético (que estima imposible la interpretación conforme del arraigo), el párrafo octavo del artículo 16 constitucional que prevé dicha medida cautelar podría declararse inconveniente e inaplicable en el caso concreto para dar vida a los derechos humanos constitucionales y convencionales

³³ Caso *Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147; Caso *Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.

³⁴ “Una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le violen otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con respeto a su dignidad. Aun cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Basta con que la detención ilegal haya durado breve tiempo para que se configure, dentro de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una conculcación a la integridad psíquica y moral, y que cuando se presentan dichas circunstancias es posible inferir, aun cuando no mediaran otras evidencias al respecto, que el trato que la víctima recibió durante su incomunicación fue inhumano y degradante. Esta incomunicación produce en el detenido sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas y lo coloca en una situación de particular vulnerabilidad”. (Caso *Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147; Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110; Caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103).

que resultarían afectados con la ejecución de dicha medida cautelar, adelantando que el juzgador se encontraría con una interrogante muy interesante: ¿Cómo se resuelve el conflicto entre una norma constitucional que restringe derechos humanos (“arraigo al desnudo”), frente a norma(s) de derecho internacional que amplían tales derechos fundamentales y, en consecuencia, parecen contradecir la Constitución nacional?

Creemos que ante este escenario hipotético (en el que estamos partiendo de la premisa consistente en la supuesta imposibilidad de armonizar las normas en conflicto), el juez tendría que aplicar la normativa de derecho internacional, con base en dos argumentos. *Primero*, desde una perspectiva formal, debe aplicarse la normativa de derecho internacional, porque es la que prevé la protección más amplia para la persona humana, lo cual respeta el principio de supremacía constitucional porque, por disposición del propio artículo 1º constitucional, dicho criterio de resolución de conflictos normativos debe ser aplicado por todos los operadores jurídicos. *Segundo*, desde una perspectiva material, el principio *pro homine*, el artículo 29 de la CADH³⁵ y la reforma al artículo 1º constitucional establecen un sistema de interpretación de los derechos humanos que, para la resolución de conflictos normativos, permiten abandonar el criterio de jerarquía normativa y sustituirlo por un criterio material, que autoriza la preferencia aplicativa de la norma que mayor protección brinda a la persona humana.

Como mencionamos al inicio, hay hechos y situaciones que generan verdades aparentes, cuya nueva evaluación es capaz de evidenciar la existencia de realidades diversas y desenmascarar anteriores apreciaciones que se tenían por incontestables. En la actualidad, la configuración del sistema jurídico constitucional e internacional impide revestir de un traje democrático-constitucional a figuras esencialmente autoritarias, como lo es el método consistente en: “*detener primero a la persona para después investigarla*”. Resultaría paradójico constitucionalizar el autoritarismo; la Norma Suprema está diseñada como un mecanismo de control de poder, por lo cual resultaría inviable constitucionalizar espacios de impunidad para el ejercicio arbitrario del poder. Inclusive el Poder Revisor de la Constitución está imposibilitado para introducir a la Norma Suprema instituciones plenamente restrictivas de derechos humanos con la idea de que resulten impunes, inmunes o blindadas frente a los mecanismos normativos de control del poder; en primer lugar, porque existen derechos humanos de fuente constitucional, con idéntica fuerza normativa que la institución que se pretendiera blindar, que orillan al operador jurídico a una interpretación sistemática

³⁵ Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, 111.

de la Constitución; en segundo lugar, porque las normas constitucionales deben respetar los derechos humanos de fuente internacional y están sujetas a un posible control de convencionalidad por parte de los jueces; en tercer lugar, porque el principio *pro homine*, el artículo 29 de la CADH y la reforma al artículo 1º constitucional establecen un sistema de interpretación de los derechos humanos que, frente a un conflicto entre dos normas aplicables, autoriza la preferencia de la norma que mayor protección brinda a la persona humana. De modo que los tratados internacionales y la Constitución misma, a partir de la reforma de junio de 2011, vinculan a todos los poderes a mirar hacia sus orígenes deontológicos cuando se trata de resolver conflictos normativos; una vinculación tendente a escuchar el corazón de la Constitución y de los tratados internacionales de la materia; que obliga a los jueces a concebir las normas constitucionales e internacionales, y al Derecho mismo, como un medio para lograr determinados fines (derechos humanos, valores axiológicos y democráticos); y no como fines en sí mismos (aplicación de la jerarquía normativa a toda costa con independencia de los valores axiológicos y democráticos que buscan garantizar), lo cual, podríamos afirmar, constituye la esencia del constitucionalismo e internacionalismo contemporáneo de los derechos y libertades del ser humano.