

ANEXO III

CRITERIOS PERSONALES

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO JUAN N. SILVA MEZA EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1250/2012

La sentencia materia de este voto sostiene la constitucionalidad del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos, a partir de la consideración de que la figura se introdujo en la reforma al artículo 16 constitucional en junio de dos mil ocho, para los casos de delincuencia organizada y, extendida a delitos graves, en el Décimo Primero Transitorio de la misma, sin embargo, desde mi perspectiva el artículo es a todas luces inconstitucional.

Previo a la reforma de junio de dos mil ocho, la Constitución no preveía la figura del arraigo, razón por la cual cuando esta Suprema Corte se pronunció a su respecto en la Acción de Inconstitucionalidad 20/2003, concluyó que la legislación local que lo preveía era inválida, dado que al ser la libertad la regla general sus excepciones debían estar en la norma fundamental, y al no estarlo, su previsión en el texto legal de Chihuahua, era inconstitucional.

1) A partir de dos mil ocho, con las reformas a la Constitución que introducen el sistema procesal penal acusatorio, se facultó al Congreso de la Unión para regular el arraigo, pero limitándolo a los delitos de delincuencia organizada.

ANEXO III

No obstante tal limitación, el artículo Décimo Primero Transitorio de la misma reforma, permitió, para la *vacatio legis* del sistema penal acusatorio, el arraigo, pero ya no sólo para los delitos de delincuencia organizada, sino que lo extendió a los delitos graves.

Sin embargo, si bien en la diversa acción de inconstitucionalidad 29/2012, el Tribunal Pleno estimó que “...puede entenderse que el transitorio permita una mayor extensión de la *facultad de emisión* de órdenes de arraigo por razón de materia, pero nunca por razón de competencia...”, concluyendo que “no es posible concebir la idea de que el transitorio Décimo Primero contenga una *permisión o habilitación para que las autoridades estatales legislen sobre el arraigo*”, lo cierto es que como se puede advertir, en tal acción sólo se analizó la competencia de las autoridades locales para legislar y emitir órdenes de arraigo, pero no existe en el precedente un pronunciamiento en que se sostenga que de ese transitorio puede obtenerse la facultad del Congreso de la Unión para legislar el arraigo respecto de delitos graves.

Así, en todo caso, del transitorio Décimo Primero sólo advierdo la facultad de *aplicar* la medida, mas no la de legislarla, por lo que desde esta primera perspectiva el artículo 133 bis resulta inconstitucional, pues el Congreso de la Unión no tenía facultades para legislar a su respecto, violando los artículos 16, 73, fracción XXI, inciso b) constitucionales y el transitorio Décimo Primero de la reforma de dos mil ocho.

2) Ahora, si bien ese precepto de vigencia temporal, permite la aplicación de la figura para los delitos graves, en tanto entra en vigor el sistema procesal penal acusatorio, lo cierto es que tal habilitación, sea que se entienda para aplicarla o legislarla, también me parece inconstitucional.

ANEXO III

En efecto, la norma de tránsito desborda el texto constitucional mismo, en específico el artículo 16, es decir, excede el núcleo duro del derecho a la libertad establecido en tal precepto.

A este respecto, es criterio de esta Corte que las disposiciones transitorias solamente tienen como objeto establecer la forma en que ha de “transitarse” o “pasarse” de un régimen —el abrogado o derogado—, a otro —el reformado o vigente—, pero no creo que en un precepto de naturaleza temporal y cuyo fin sólo es el de facilitar el paso de un sistema a otro, sea posible modificar la esencia de la Constitución, en el caso, la esencia del derecho a la libertad.

Por tanto, si los artículos 16 y 73, fracción XXI, inciso b), sólo autorizan al Congreso a afectar el derecho a la libertad, a través del arraigo, para los casos de delincuencia organizada, el artículo Décimo Primero Transitorio de tal reforma que amplía tal afectación, contraviene francamente tal disposición, por excederla y, desde esa perspectiva, la disposición transitoria y por ende el artículo 133 bis son inconstitucionales, por exceder el límite material impuesto al Estado para afectar la libertad personal con la figura del arraigo, referido a la delincuencia organizada.

3) En tercer lugar estimo que el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales es inconvencional por las siguientes razones.

La reforma al artículo 1o. constitucional genera un nuevo entendimiento constitucional, pues establece los principios básicos de los derechos humanos reconocidos en nuestro país (tanto de fuente nacional como internacional), así como a las reglas de interpretación de los mismos al estar sujetos al control constitucional, en particular aquella que ordena la mayor protección a la persona.

ANEXO III

Sobre este particular, es de gran importancia recordar que a partir de la discusión de la Contradicción de Tesis 293/2011, la mayoría del Tribunal Pleno esencialmente determinó que el conjunto de derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que nuestro país es parte, se encuentran en el mismo nivel de reconocimiento y protección, constituyendo un “parámetro de la regularidad constitucional”.

En mi opinión, lo anterior implica que los derechos humanos de fuente internacional gozan de la misma eficacia normativa que los previstos en la Ley Fundamental, lo que nos conduce a ir construyendo un sistema interpretativo, de armonización de las normas tanto de fuente nacional como internacional que regulan un derecho humano en particular, a fin de privilegiar la mayor protección a las personas, atendiendo los principios específicos que señala el artículo 1o. constitucional: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Es de suma importancia señalar que el mencionado precepto establece tanto el alcance de los derechos humanos como sus límites, al establecer que su “...ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece...”.

Al respecto, como sostuve en la contradicción de tesis referida, así como ningún derecho humano es absoluto, las restricciones a tales derechos tampoco deben serlo.

Tomando en consideración los aspectos anteriores, es decir, que ante una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, el juzgador debe acudir a lo que indica la norma constitucional, y que las restricciones —al igual que los derechos— no son absolutas, me conduce necesariamente a atender, en primer lugar, al contenido del artículo 1o. constitucional y al esquema interpretativo que establece, y con base en el cual,

ANEXO III

bajo mi perspectiva, el juzgador caso por caso, debe realizar un ejercicio de ponderación entre un derecho y otro; o bien, como en el caso, entre la restricción a un derecho y la garantía que necesariamente lo acompaña, a la luz del principio *pro homine* como criterio fundamental que garantice una mayor protección a la persona en el resultado de ese ejercicio de ponderación.

En ese sentido, el artículo 133 bis no cumple con los requisitos exigidos convencionalmente para imponer un límite válido al derecho a la libertad personal, como lo son idoneidad, necesidad, proporcionalidad en estricto sentido, razonabilidad, presunción de inocencia, excepcionalidad, notificación al interesado y que esté sujeta a oficiosa revisión judicial.

El artículo 7o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

Artículo 7. Derecho a la libertad personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

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

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

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

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

ANEXO III

6. 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.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

En efecto, al atender al contenido del artículo 7o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se advierten una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5) y a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6).

Asimismo, existen diversas sentencias de la Corte Interamericana (cuya obligatoriedad también derivó de la Contradicción de Tesis 293/2011) que desarrollan el contenido de las mencionadas garantías, como por ejemplo, la relativa al *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, en la que se estableció que las medidas cautelares que afectan la libertad personal tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, por lo que para su aplicación deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabili-

ANEXO III

dad del imputado y que se presente peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación, y peligro de que el imputado cometa un delito.

Por otra parte, en la sentencia del caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, la Corte determinó que el Estado podrá ordenar la prisión preventiva —considerada también una medida cautelar— sólo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

En cuanto a la duración de la medida cautelar restrictiva de libertad, se estableció en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* —con motivo del análisis de la prisión preventiva—, que los jueces *deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen*, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional.

De ahí que el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales cumpla con los requisitos referidos: estar establecido en ley, solicitado por el acusador, ser emitido por autoridad judicial; lo condiciona a que sea necesario para la investigación, protección de personas o haya riesgo de fuga; lo limita a 40 días; no será en centro penitenciario.

Sin embargo no cumple con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, la notificación y el recurso efectivo, que deben preverse en el precepto, su texto es el siguiente:

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

ANEXO III

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

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

De la anterior transcripción advierto, que el artículo no cumple con los requisitos de motivación, consistentes en necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, pues no establece como un requisito *sine qua non* para su otorgamiento dicho análisis y acreditamiento de una forma estricta, sino que de la forma en que se encuentra formulado, se está ante una facultad discrecional del juez. Esto es así, pues en el numeral no se establece un estándar que permita objetivamente determinar si existen indicios suficientes que permitan razonablemente suponer la culpabilidad de imputado, peligro de fuga, de que obstaculice la investigación, o de que cometa un delito, lo que viola el principio de presunción de inocencia, pues aun cuando el arraigo se prevea constitucionalmente como una excepción a la libertad personal y a la presunción de inocencia, su petición y otorgamiento siempre debe descansar sobre criterios objetivos que acrediten la necesidad de la medida para la consecución del fin buscado.

Ahora, igual situación estimo que acontece, en relación al requisito de la notificación, pues no existe en el texto obligación de notificar del arraigo ni de los hechos delictuosos.

Tampoco se cumple con el principio de excepcionalidad de la medida cautelar, pues aun cuando el artículo 133 ter de la misma codificación prevé la posibilidad de imposición de otras medidas cautelares como son la prohibición de abandonar una demarcación geográfica o la vigilancia de forma personal o a

ANEXO III

través de cualquier medio tecnológico, la norma impugnada no establece el carácter excepcional del arraigo, su aplicación debería ordenarse sólo cuando el resto de las medidas no aseguren la comparecencia del imputado al juicio, justificando la aplicación de esta medida frente a otras que pueden resultar menos lesivas de la libertad personal.

Finalmente, considero que tampoco se cumple con el principio de constante revisión judicial, pues aun cuando la restricción a la libertad con motivo del arraigo surge precisamente de un acto de autoridad judicial, no se impone al juez la obligación de revisar las condiciones en que se llevó a cabo la detención ni tampoco de verificar constantemente que se sigan cumpliendo los requisitos de necesidad y proporcionalidad que justifiquen la medida. Lo anterior lo sostengo, aun cuando el último párrafo del artículo impugnado dispone que el afectado podrá solicitar que el arraigo quede sin efecto, cuando considere que las causas que le dieron origen han desaparecido, pues dicha porción normativa no establece una obligación para la autoridad judicial, sino el derecho del arraigado de solicitar su revisión, a la que el juez podría atender o no, pero no le obliga a revisarlo constantemente que es un parámetro convencional.

Por las anteriores razones, considero que el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales resulta violatorio del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y diversos criterios interpretativos que la Corte Interamericana ha sostenido a su respecto, mismos que, de acuerdo al criterio de esta Suprema Corte, forman parte de dicho tratado internacional de derechos humanos.

Finalmente, debo insistir en mi ya reiterado criterio respecto al arraigo penal hoy constitucionalizado, en el sentido de que la inclusión en la Constitución del método consistente en “primero detener para después investigar” propicia que las autoridades

ANEXO III

conciban a dicho arraigo penal como una especial medida cautelar que propicia y permite sobreponerse en términos absolutos: uno: al contenido esencial de los derechos fundamentales; dos: a la libertad personal; tres: a la presunción de inocencia; cuatro: al debido proceso; cinco: a la tutela judicial efectiva. Propiciando con ello la arbitrariedad y el autoritarismo, contrarios al Estado democrático y constitucional de derecho, que diseña nuestra Constitución.

ATENTAMENTE:
MINISTRO JUAN N. SILVA MEZA¹⁵³

¹⁵³ Voto particular que formula el ministro Juan N. Silva Meza en el Amparo Directo en Revisión 1250/2012, véase sitio oficial: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=138663> (fecha de consulta: 30 de septiembre de 2016).