

II. REFLEXIONES FRENTE A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Como se menciona en la “Introducción”, conforme a sus características y elementos consagrados en la legislación mexicana, la figura del arraigo no existe en otros sistemas jurídicos del mundo. En términos amplios, el arraigo es una figura que permite detener a una persona dentro del ámbito penal, distinta a la derivada de una orden de aprehensión, a los supuestos de flagrancia, al caso urgente y a la prisión preventiva. Sin embargo, las discusiones sobre su legalidad y legitimidad dentro de las medidas privativas de la libertad en el proceso penal, no son exclusivas del sistema jurídico mexicano.⁴⁵

En tal sentido, el Comité de Derechos Humanos, órgano creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁶ (en adelante, PIDCP), ha definido la detención como “toda aprehensión de una persona que da inicio a su privación de libertad”, y establecido que según el artículo 9o. del PIDCP

⁴⁵ En otras jurisdicciones existen figuras similares al arraigo que permiten la detención con el fin de asegurar pruebas y/o que el presunto responsable no evada la acción de la justicia.

⁴⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, y entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. El Estado mexicano firmó su adhesión el 24 de marzo de 1981. Véase el sitio oficial del Alto Comisionado de Naciones Unidas, en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (fecha de consulta: 13 de octubre de 2016).

no “tiene por qué implicar una detención formal conforme al derecho interno”.⁴⁷

En el ámbito comparado, vale la pena destacar la Recomendación R(2006)13 del Comité de Ministros de la Unión Europea⁴⁸ a los Estados miembros, sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tenga lugar y las medidas de protección contra los abusos;⁴⁹ establece la siguiente medida cautelar conocida como:

Prisión preventiva es todo periodo de detención de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a la condena. También incluye todo periodo de detención de conformidad con las reglas referentes a la cooperación judicial internacional y la extradición, sujeto a las disposiciones específicas correspondientes. No incluye la privación de libertad inicial llevada a cabo por un policía o un agente de las fuerzas de seguridad (o por cualquier persona autorizada a actuar como tal) a efectos de interrogatorio.⁵⁰

Toda salvedad guardada, dicha figura contemplada en la legislación europea podría ser equiparada a la figura del arraigo en

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General 35, párr. 13.

⁴⁸ Véase el sitio oficial, Comité de Ministros de la Unión Europea, en: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/council-eu_es (fecha de consulta: 13 de octubre de 2016).

⁴⁹ Adoptada por el Comité de Ministros el 27 de septiembre de 2006 en la 974a. reunión de los representantes de los ministros. Véase el documento completo en: http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/arxiu/sc_5_022_10_cast.pdf (fecha de consulta: 26 de septiembre de 2016).

⁵⁰ Recomendación R(2006)13 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra los abusos. Véase el documento completo en: http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/arxiu/sc_5_022_10_cast.pdf (fecha de consulta: 26 de septiembre de 2016).

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

México, solamente en cuanto constituye un periodo de privación de la libertad ordenado por una autoridad judicial y previo a la condena. Puesto que, fuera de lo anterior, los requisitos de procedibilidad de las dos figuras son abismalmente diferentes.⁵¹

En dicho sentido, la figura de la prisión preventiva se encuentra contemplada en la Constitución mexicana, concretamente en el párrafo primero del artículo 18 en relación con el artículo 19, párrafo segundo, del mismo cuerpo normativo; sin ser materia específica de análisis en el presente estudio.

Como se analizará en el presente capítulo, diversos organismos internacionales de protección de derechos humanos se han pronunciado sobre los elementos que debe tener una medida de detención para ser acorde con el derecho internacional de los derechos humanos. Tanto la Convención Americana como el PIDCP prohíben fundamentalmente la arbitrariedad e ilegalidad de cualquier medida privativa de la libertad. Por ello, el arraigo ha sido criticado a nivel internacional, sin tomar en cuenta el contexto particular del Estado mexicano en el momento en que fue constitucionalizada la figura, como respuesta frente a la lucha contra el crimen organizado.

En el México de hoy, donde diversos fenómenos nacionales trastocan primordialmente la seguridad y tranquilidad de la sociedad, es fundamental que los poderes del Estado forta-

⁵¹ En la misma recomendación, el Comité de Ministros establece los parámetros que habrían de justificar la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva, teniendo como requisitos indispensables: "Sólo se podrá condenar a una persona a prisión preventiva cuando se reúnan las cuatro condiciones siguientes: a) si existen sospechas razonables de que la persona ha cometido un delito; y b) si existen razones importantes para creer que, si se la pone en libertad, la persona (i) escapará, o (ii) cometerá un delito grave, u (iii) obstruirá el curso de la justicia, o (iv) será una amenaza grave para el orden público; y c) si no existe ninguna posibilidad de aplicar medidas alternativas para abordar los problemas planteados a b.; y d) si es una medida adoptada como parte del proceso de justicia penal".

lezcan su eficacia, y que la Constitución, las leyes, las instituciones y la cultura de la legalidad, sean las pautas fundamentales de convivencia social.⁵²

A partir de la evolución normativa descrita en el capítulo primero y asumiendo que el arraigo federal se encuentra consagrado en la Constitución mexicana, conforme al artículo primero constitucional, en el presente capítulo se analizarán los estándares internacionales, a partir de *tres riesgos* que tal vez afectaran a los derechos humanos frente a la detención en materia penal. Mismos que pudieran presentarse en la ejecución del arraigo y que son retomados en la mayoría de las discusiones, tanto del sistema universal como de los sistemas regionales de protección de derechos:

1. *Arbitrariedad de la detención*
2. *Prohibición de la tortura y tratos crueles e inhumanos*
3. *Derecho a recurrir ante un tribunal*

Lo anterior a partir del concepto de jurisprudencia amplia, entendiendo por ésta los modelos interpretativos tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵³ (en adelante, TEDH o Tribunal Europeo) como de los criterios sustentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o Corte Interamericana), siendo estos últimos particularmente vinculantes para las y los jueces mexicanos, desde la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011 del 3 de septiembre de 2013,

⁵² Silva Meza, Juan N., Discurso pronunciado al asumir el cargo de Presidente de la SCJN, el 3 de enero de 2011.

⁵³ Véase el sitio oficial, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, en: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home> (fecha de consulta: 13 de octubre de 2016).

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

en la que, como se avanzaba, el Pleno la SCJN determinó, en el segundo punto resolutivo, el siguiente criterio jurisprudencial:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, *resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado*. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.⁵⁴

De tal suerte que la jurisprudencia emitida por la Corte IDH resulta ser vinculante para el sistema jurídico mexicano, siempre que ofrezca mayor protección a las personas, independiente-

⁵⁴ Tesis P/J. 21/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, abril de 2014, t. I, p. 204.

mente de si el Estado mexicano es parte o no en el conflicto. Expandiendo, de este modo, los alcances de la jurisprudencia internacional al derecho interno e imponiendo a las y los operadores jurídicos el análisis de los derechos que vayan más allá de la percepción que pudo haber predominado durante años, contextualizando las decisiones a partir de los nuevos desarrollos jurisprudenciales.

1. ARBITRARIEDAD DE LA DETENCIÓN

Pese a que la legislación mexicana limite la expedición de órdenes de arraigo a supuestos determinados, la medida tiene el riesgo implícito de ser arbitraria y, de ese modo, vulnerar derechos fundamentales.

Antes de abordar los criterios internacionales para determinar la arbitrariedad de una detención, es importante mencionar que el derecho internacional de los derechos humanos no prohíbe explícitamente el arraigo, ni enlista las causas por las que una persona puede ser detenida.⁵⁵ Lo anterior implica que las particularidades de la detención siempre dependerán de la legislación interna de los Estados.

Como se avanzaba, el derecho a la libertad no es absoluto y está sujeto a ciertas restricciones⁵⁶ también en el derecho internacional, según se establece en los artículos 9 del PIDCP y 7.2 de la CADH. Aunado a los preceptos anteriores, las bases y los procedimientos para la detención deben ser establecidos por la ley y no deberán ser arbitrarios, según el párrafo tercero del artículo 7o. de la CADH.⁵⁷ Debiendo ser sancionados de

⁵⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General 35, párr. 14.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 10.

⁵⁷ Artículo 9o. PIDCP y artículo 7.2 y 7.3 CADH.

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

conformidad con los requisitos procesales establecidos por la legislación doméstica y estar formulados de manera específica para prevenir su aplicación arbitraria.⁵⁸

De este modo, parece aceptado en el campo internacional que la determinación de la arbitrariedad de la medida de detención se basa en “elementos de impropiedad, injusticia e imprevisibilidad”,⁵⁹ así como en elementos de “razonabilidad, necesidad y proporcionalidad”.⁶⁰

A partir de lo anterior, el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU),⁶¹ considera la detención arbitraria cuando se dan los siguientes supuestos:

- a) Cuando es *manifiestamente imposible invocar fundamento jurídico alguno que la justifique* (como el mantenimiento en detención de una persona tras haber cumplido la condena o a pesar de una ley de amnistía que le sea aplicable) (categoría I);
- b) Cuando la privación de libertad resulta de un enjuiciamiento o una condena *por el ejercicio de derechos o libertades proclamados en los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y, ade-*

⁵⁸ Trad. del autor, Shah, Sangeeta, “Detention and Trial” 263, en Moeckli, Daniel *et al.* (eds.), *Internacional Human Rights Law*, Oxford University Press.

⁵⁹ Comité de Derechos Humanos, Gorji-Dinka contra Camerún (2005) CCPR/C/83/D/1134/2002, párr. 5.1, reunido el 14 de marzo de 2005; Comité de Derechos Humanos, Hugo van Alphen contra Países Bajos (1990) CCPR/C/39/D/305/1988, párr. 5.8., reunido el 23 de julio de 1990.

⁶⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General 35, párr. 12.

⁶¹ Las Naciones Unidas nacieron oficialmente el 24 de octubre de 1945, después de que la mayoría de los 51 Estados miembros signatarios del documento fundacional de la Organización, la Carta de la ONU, la ratificasen. México suscribió la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945. Véase el sitio oficial de la Secretaría de Relaciones Exteriores en: <http://www.gob.mx/sre> (fecha de consulta: 13 de octubre de 2016).

más, respecto de los Estados Partes, en los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (categoría II);

- c) *Cuando la inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pertinentes instrumentos internacionales aceptados por los Estados interesados es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad un carácter arbitrario (categoría III);*
- d) *Cuando los solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados son objeto de detención administrativa prolongada sin posibilidad de recurso administrativo y judicial (categoría IV);*
- e) *Cuando la privación de la libertad constituye una violación del derecho internacional por motivos de discriminación basada en el nacimiento; el origen nacional, étnico o social; el idioma; la religión; la condición económica; la opinión política o de otra índole; el género; la orientación sexual; la discapacidad u otra condición, y tiene por objeto hacer caso omiso de la igualdad de derechos humanos o puede causar ese resultado (categoría V).⁶²*

En una de las causales permitidas por la legislación mexicana,⁶³ el arraigo pudiera parecer una forma de detención preventiva al estar dirigido a proteger bienes jurídicos tutelados. Cabe destacar que el derecho internacional de los derechos humanos no prohíbe esta forma de detención cuando es un medio

⁶² Comité de Derechos Humanos, *Tomintat Marx Yu y Zhu Wei Yi contra México* (2011) A/HRC/WGAD/2011/61, párr. 2.

⁶³ Recordemos que las causales del arraigo son, conforme al artículo 16 párrafo octavo de la CPEUM: 1. Garantizar el éxito de la investigación; 2. La protección de personas o bienes jurídicos, y 3. Riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

legítimo para “la seguridad social y control”⁶⁴ y “la administración de justicia penal”.⁶⁵

Aunado a lo anterior, el Comité de Derechos Humanos establece que “*la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no sólo lícita sino además razonable en toda circunstancia*. La prisión preventiva debe además ser necesaria en toda circunstancia, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito”.⁶⁶

En el mismo sentido la Corte Interamericana sostuvo en el caso *Díaz Peña vs. Venezuela*, el siguiente argumento:

Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de *garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia*. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, y de *garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención...*⁶⁷

El criterio anterior puede tomarse en cuenta frente a casos particulares de prisión preventiva así como considerarse un estándar aplicable a situaciones con personas privadas de la libertad

⁶⁴ Trad. del autor, Cook, Helena, “Preventive Detention – International Standards and the Protection of the Individual”, en Frankowski, Stanislaw y Shelton, Dinah (eds.), *Preventive Detention: A Comparative and International Law Perspective*, Martinus Nijhoff, 1992, p. 1.

⁶⁵ Trad. del autor, Rodley, Nigel, “Detention as a Response to Terrorism”, en Salinas de Frías, Ana María et al. (eds.), *Counter-terrorism: International Law and Practice*, OUP, 2012, p. 457.

⁶⁶ Comité de Derechos Humanos, *Hugo van Alphen contra Países Bajos* (1990) CCPR/C/39/D/305/1988, párr. 5.8., reunido el 23 de julio de 1990.

⁶⁷ Caso *Díaz Peña vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de junio de 2012, serie C, núm. 244.

tras el desarrollo del proceso penal (mecanismo ordinario nacional).

Pese a que, como se avanzaba al inicio del capítulo, el arraigo no puede ser equiparado a la prisión preventiva ya que los requisitos de procedibilidad de las dos figuras son abismalmente diferentes, por la temática de la presente colección de Cuadernos, vale la pena mencionar que en el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, la Corte Interamericana señala las características que debe poseer una medida de detención o prisión preventiva para estar ajustada a lo que señala la Convención, según se indica en el siguiente fragmento:

Las características que debe tener una medida de detención o prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana:

a) Es una medida cautelar y no punitiva: debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso...

b) Debe fundarse en elementos probatorios suficientes... Verificar este presupuesto material constituye un primer paso necesario para restringir el derecho a la libertad personal por medio de una medida cautelar, pues si no existiesen mínimamente elementos que permitan vincular a la persona con el hecho punible investigado, tampoco habrá necesidad de asegurar los fines del proceso... 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.

c) Está sujeta a revisión periódica: La Corte ha puesto de relieve que no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción.⁶⁸

⁶⁸ Caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*. Fondo y reparaciones, sentencia del 29 de mayo de 2014, serie C, núm. 279.

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

Para algunos autores, los requisitos para la solicitud de arraigo en el sistema jurídico mexicano no son claros por lo que deberían de tomarse en cuenta estos parámetros internacionales para superar la prueba de la arbitrariedad.⁶⁹

De este modo, el control judicial del arraigo está previsto cuando se emite una orden de privación de libertad en los términos enunciados; sin entrar a delimitar cuáles son los requisitos y las pruebas necesarias para que el juzgador otorgue la petición al agente del Ministerio Público,⁷⁰ pero siempre bajo las circunstancias excepcionales constitucionalmente previstas: como se avanzaba, el arraigo se podrá decretar exclusivamente por delitos de delincuencia organizada.

Como se desarrolló al inicio del capítulo primero del presente estudio, la LFCDO no prevé los criterios para la solicitud y petición del arraigo, aunque obliga al juez a contemplar en su resolución ciertos requisitos.

Por lo que, a fin de controlar el posible riesgo de la arbitrariedad de la detención derivada de la aplicación del arraigo como medida precautoria, las y los juristas idean técnicas interpretativas que deben ser consideradas, como los criterios de *proporcionalidad* y *razonabilidad*, tratando de equilibrar la medida con base en la gravedad de los hechos, además de observar que la duración de la misma no sea mayor a lo estrictamente necesario para el caso particular.⁷¹

⁶⁹ Cantú Martínez, Silvano, “El régimen penal de excepción para delincuencia organizada bajo el test de los derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al. (eds.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 1759.

⁷⁰ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, México, CCPR/C/MEX/CO/5, párr. 15.

⁷¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General 35, párr. 15.

Recordemos que “el test de razonabilidad implica identificar, por un lado, el fin que persigue la norma y, por otro, la relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el criterio escogido y el fin buscado”.⁷² Lo que permite encontrar nuevas soluciones ante dilemas normativos existentes frente a las diversas realidades.

En México, el amparo es la figura procesal para examinar la legalidad y/o arbitrariedad del arraigo. En la práctica, se han concedido sólo 4% de los amparos en contra de las órdenes de arraigo.⁷³ Por lo que algunos críticos sostienen que la presentación de un amparo en estos supuestos, acelera el ejercicio de la investigación frente al juez, con lo cual el acto reclamado cesa de existir y se evita la revisión judicial de la detención. De ser el caso, esto podría constituir una negación del derecho al acceso a la justicia, por ello es menester que los operadores jurídicos tomen en cuenta prácticas que pudieran generar un contexto de riesgo para la persona detenida, con el fin de proteger los derechos humanos de los justiciables.

2. PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y TRATOS CRUELES E INHUMANOS

En las reflexiones de los organismos internacionales, el riesgo de la detención arbitraria suele relacionarse con la posibilidad

⁷² Saba, Roberto, *Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pp. 173 y 174.

⁷³ *Op. cit.*: CMDPDH y OMCT, “El arraigo hecho en México: violación a los derechos humanos, Informe ante el Comité Contra la Tortura con motivo de la revisión del 5 y 6 Informes Periódicos de México”, octubre de 2012, p. 14. Véase el documento, en: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/MEX/INT_CAT_NGO_MEX_12965_S.pdf (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2016).

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

de que el detenido pueda ser expuesto a algún tipo de tortura o trato cruel e inhumano.⁷⁴

En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷⁵ (en adelante, CIDH o Comisión Interamericana), expresó en su Informe de 2015 la situación de los derechos humanos en México,⁷⁶ señalando particularmente su preocupación sobre la problemática de la privación de la libertad arbitraria en el país, al sostener:

Con base en la información recibida por la CIDH a través de sus distintos mecanismos, y con la información recopilada durante su visita *in loco*, la Comisión observa que otro problema grave en México es la privación arbitraria de la libertad y el uso generalizado de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes durante los momentos que siguen a la detención de una persona y antes de la puesta a disposición de la justicia.⁷⁷

Más adelante, en el mismo Informe, la CIDH asevera que:

el arraigo fomenta el uso de la detención como medio de investigación vulnerando derechos como la libertad personal y las garantías personales, además de que propicia un clima en el que las personas privadas de libertad corren el riesgo de ser sometidos a malos tratos y tortura.⁷⁸

⁷⁴ Sub-Comité para la Prevención de la Tortura, Reporte 2007, párr. 15.

⁷⁵ Véase el sitio oficial, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, en: <http://www.oas.org/es/cidh/> (fecha de consulta: 13 de octubre de 2016).

⁷⁶ CIDH, “Situación de derechos humanos en México”, OEA, 2015. Véase documento en línea: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf> (fecha de consulta: 10 de octubre de 2016).

⁷⁷ *Ibidem*, p. 141.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 149.

De este modo, la CIDH manifiesta su preocupación al considerar el arraigo como una figura contraria a los principios fundamentales de un Estado protector de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana en los numerales 7.5, 8.2 y 22.1, y demás ordenamientos relativos.⁷⁹

Asimismo, existe evidencia respecto a si en los hechos este riesgo se materializa. A modo de ejemplo, el Sub-Comité para la Prevención de la Tortura reportó en su visita a México de 2007, que *las condiciones del centro de arraigo federal visitado eran decentes y que los detenidos no presentaban señales de tortura o tratos crueles*.⁸⁰ A pesar de lo anterior, el Sub-Comité concluyó que *existía evidencia sobre tortura y tratos crueles e inhumanos al momento de la aprehensión y el trayecto al centro de arraigo*.⁸¹

Recientemente, el relator especial de la ONU sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan Méndez, destacó en el Informe sobre su visita a México —entre el 21 de abril y el 2 de mayo de 2014— emitido en diciembre de 2014,⁸² que hubo un incremento en las denuncias por violación de derechos humanos de personas en arraigo de 2008 a 2011, sosteniendo que la ejecución de la medida cautelar no es la adecuada para contrarrestar el fenómeno criminal. Al considerar, ya en las conclusiones preliminares de su Informe, que:

⁷⁹ CADH, artículo 7.5, en cuanto hace referencia a la puesta a disposición del indiciado sin demora ante la autoridad competente. CADH, artículo 8.2, en lo referente al principio de presunción de inocencia. Y el artículo 22.1 CADH, en lo relativo al libre tránsito.

⁸⁰ Sub-Comité para la Prevención de la Tortura, Reporte 2007, párr. 221.

⁸¹ Sub-Comité para la Prevención de la Tortura, Reporte 2007, párr. 137.

⁸² Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, disponible en: http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/G1425291.pdf (fecha de consulta: 13 de octubre de 2016).

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

Esta tendencia a detener para investigar, en lugar de investigar para detener se manifiesta también en la figura del arraigo contemplada en la Constitución Nacional. En el caso del arraigo, el relator le da la bienvenida al fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de febrero de 2014 que limitó el uso de esta figura a la jurisdicción federal en los supuestos de delitos relacionados con el crimen organizado y permitió la posibilidad de interponer el recurso de amparo en esas situaciones. Asimismo, el Relator reconoce una notoria disminución en la utilización del arraigo y recibe con aprobación las iniciativas legales en curso tendientes a incorporar la decisión de la Corte en la legislación y restringir la duración y aplicación del arraigo.⁸³ A pesar de estos avances, el Relator recuerda al gobierno que el arraigo no es acorde con la normativa internacional relativa a la privación de la libertad y expone a las personas a una mayor vulnerabilidad respecto de posibles torturas y malos tratos.⁸⁴

⁸³ “El uso del arraigo ha disminuido recientemente. Mientras que en 2012 hubo 812 medidas de arraigo solicitadas y 586 concedidas, en 2013 fueron 272 y 177, respectivamente, y a abril de 2014 eran 112 y 48. Recientes decisiones de la SCJN restringieron el uso del arraigo a la jurisdicción federal por casos de delincuencia organizada. Estados como Chiapas, Oaxaca, Coahuila y Yucatán derogaron la medida y otros han dejado de usarla. El Congreso actualmente considera un proyecto constitucional que disminuiría el plazo del arraigo a 20 días, prorrogables por 15.

Aun cuando el arraigo vaya disminuyendo con la implementación definitiva del proceso penal acusatorio, la medida es contraria al derecho internacional y alimenta la filosofía prevaleciente de detener para investigar. Esto se manifiesta en el D.F., que mantiene el arraigo aunque con distinto nombre (‘detención con control judicial’) y menor duración”. OACDHNU, Conclusiones preliminares de la visita a México del Relator Especial de la ONU sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, 2 de mayo de 2014. Véase documento completo en: http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/Approved-FinalConclusionesPreliminares_2deMayode2014_VisitaSRTMexico.pdf (fecha de consulta: 26 de septiembre de 2016).

⁸⁴ *Idem*.

Aunado a lo anterior, el relator especial menciona como preocupante que el CNPP autorice una detención domiciliaria (“resguardo domiciliario”)⁸⁵ así como que otorgue un plazo de hasta seis meses de investigación complementaria, luego de la vinculación al proceso y antes de presentados los cargos, para que el Ministerio Público investigue. Argumentando que, durante este tiempo la persona puede estar en prisión preventiva, que en el caso de delitos graves es preceptiva. El relator especial *recomienda fortalecer las garantías procesales para asegurar la presunción de inocencia y evitar replicar la institución del arraigo con otras figuras afines.*⁸⁶

En ese sentido, el Comité de Ministros de la Unión Europea se ha pronunciado, de conformidad con los términos del artículo 15.b del Estatuto del Consejo de Europa,⁸⁷ considerando la importancia fundamental de la presunción de inocencia y el derecho a la libertad de las personas. Observando estrictamente los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas privadas de libertad, y atendiendo a la especial necesidad de asegurar no sólo que quienes se encuentran en prisión preventiva puedan acceder a una adecuada defensa, sino también que no estén en condiciones que vulneren sus de-

⁸⁵ CNPP, artículo 155, reforma publicada en el *DOF* del 17 de junio de 2016.

⁸⁶ OACDHNU, Conclusiones preliminares de la visita a México del Relator Especial de la ONU sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, 2 de mayo de 2014. Véase documento completo en: http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/Approved-FinalConclusionesPreliminares_2deMayode2014_VisitaSRTMexico.pdf (fecha de consulta: 26 de septiembre de 2016).

⁸⁷ Estatuto del Consejo de Europa, véase el sitio oficial: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documents/Acta%20de%20Adhesi%C3%B3n%20de%20Espa%C3%B1a%20al%20Consejo%20de%20Europa.pdf> (fecha de consulta: 13 de octubre de 2016).

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

rechos, respetando en todo momento el principio de presunción de inocencia.⁸⁸

Sobre el particular, cabe mencionar que el principio de presunción de inocencia en México está vigente a partir de la reforma al artículo 20 de la CPEUM de 2008⁸⁹ y pareciera que la sociedad mexicana no concluye ese cambio de mentalidad.

Pese a lo anterior, las autoridades judiciales nacionales están sujetas a reportar cualquier acto que pueda ser constitutivo de tortura para que sea investigado. Y deberán desechar cualquier prueba que haya sido obtenida bajo coerción.⁹⁰ Todo ello de conformidad a diversos instrumentos del marco normativo aplicable en la jurisdicción mexicana, como son: la Convención contra la Tortura,⁹¹ la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura⁹² y la tesis aislada de la SCJN con número de registro 2008503, bajo el rubro TORTURA. LA OMISIÓN DEL JUEZ DE INVESTIGARLA OFICIOSAMENTE CUANDO LA ALEGUE EL PROCESADO, CONSTITUYE

⁸⁸ Recomendación R(2006)13 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra los abusos. Véase el documento completo en: http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/arxiu/sc_5_022_10_cast.pdf (fecha de consulta: 26 de septiembre de 2016).

⁸⁹ CPEUM, artículo 20, reforma publicada en el *DOF* el 15 de agosto de 2016.

⁹⁰ Cabe destacar que los juzgadores deben valorar los posibles riesgos derivados de actos que vulneren los derechos fundamentales, particularmente cuando se obtengan pruebas a través de la declaración durante el arraigo.

⁹¹ Convención contra la Tortura, véase el sitio oficial: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx> (fecha de consulta: 13 de octubre de 2016).

⁹² Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, reforma publicada en el *DOF* el 10 de enero de 1994, véase el documento completo en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/129.pdf> (fecha de consulta: 13 de octubre de 2016).

UNA VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO QUE TRASCIENDE AL RESULTADO DEL FALLO.⁹³

3. DERECHO A RECURRIR ANTE UN TRIBUNAL

A partir de los principios del debido proceso, tanto en el ámbito nacional⁹⁴ como en el internacional, la detención de una persona debe ser sometida sin demora a control judicial. En este sentido, el artículo 9.4 del PIDCP establece:

Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.⁹⁵

En casos de cargos criminales, el PIDCP decreta el control judicial como un *derecho inderogable*, ya sea por un juez o un oficial facultado para ejercer el control judicial.⁹⁶ Por su parte, el Comité de Derechos Humanos sostiene que:

Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal sea *llevada sin demora ante un juez* u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales... y que

⁹³ Tesis 1a. LIII/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, febrero de 2015, t. II, p. 1424.

⁹⁴ CPEUM, artículos 14, 16, 17, 19 y 20, última reforma publicada en el DOF el 15 de agosto de 2016.

⁹⁵ PIDCP, artículo 9.4, adhesión de México, 24 de marzo de 1981, véase el documento oficial: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf> (fecha de consulta: 13 de octubre de 2016).

⁹⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General 29, párr. 16; Corte IDH, *Habeas Corpus en situaciones de emergencia* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana (1987) Opinión Consultiva OC-8/87, párr. 35.

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

la autoridad que la ejerza sea independiente, objetiva e imparcial en relación con las cuestiones de que se trate.⁹⁷

Reforzando la idea de que el análisis de la convencionalidad de la detención se debe hacer caso por caso, la Corte IDH sostuvo en el caso *Fleury y otros vs. Haití*,⁹⁸ que el control judicial inmediato es una medida tendente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones. Asimismo, se toma en cuenta que en los Estados de derecho compete al juzgador garantizar los derechos del detenido y procurar, en todo momento, que se trate al indiciado a partir del principio de presunción de inocencia. La Corte interamericana retoma el artículo 7.5 de la CADH que, a la letra, señala:

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.

Cabe destacar que, el significado de la expresión “sin demora” puede variar según los criterios de las cortes internacionales; sin embargo, los plazos no deberán exceder de pocos días; normalmente 48 horas son aceptadas como suficientes para la preparación de la audiencia judicial según el Comité de Dere-

⁹⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General 35, párr. 32.

⁹⁸ Corte IDH, *Caso Fleury y otros vs. Haití*. Fondo y reparaciones, sentencia del 23 de noviembre de 2011, serie C, núm. 236.

chos Humanos.⁹⁹ La presencia del detenido es necesaria y deberá tener asistencia legal.¹⁰⁰

A modo de ejemplo, en el caso *Brogan contra Reino Unido*, el Tribunal Europeo consideró que cuatro días era un plazo excesivo.¹⁰¹ Sin embargo, el mismo TEDH ha aceptado periodos de hasta siete días, mientras existan medidas de control externo, como la posibilidad de debatir la legalidad de la detención y acceder a un defensor después de cierto tiempo.¹⁰²

Llegados a este punto, para finalizar el capítulo, cabe tener presente que la figura del arraigo es *sui generis* a la realidad de nuestro país y fue constitucionalizada en un contexto en el que la lucha contra el crimen organizado presentaba un gran reto para la seguridad pública.¹⁰³ Pese a lo anterior, es importante destacar que fue concebida como medida excepcional de privación de la libertad.

Todos los operadores jurídicos compartimos la función social de dirimir conflictos y encontrar las mejores soluciones que contribuyan a la conservación del orden constitucional. Vivimos, sin embargo, una etapa particularmente delicada de nuestra historia en la que parece que el monopolio de la fuerza se resquebraja ante la delincuencia y la inseguridad. Regiones enteras del país se han convertido en tierra de na-

⁹⁹ *Ibidem*, párr. 33.

¹⁰⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General 35, párr. 33.

¹⁰¹ TEDH, *Brogan y otros contra Reino Unido*, Solicitudes núms. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85 (1989) 11 EHRR 117, párr. 62.

¹⁰² TEDH; *Brannigan y McBride contra Reino Unido*, solicitudes núms. 14553-14554/89 (1994) 17 EHRR 539.

¹⁰³ Véase la motivación del *Dictamen* (previo a la Reforma constitucional de 2008) de la Cámara de Senadores, "Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; de Gobernación; de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos, Segunda H. Asamblea", México, 13 de diciembre de 2007. Véase el documento en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3158/8.pdf> (fecha de consulta: 12 de noviembre 2016).

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

die. Es tarea de todos nosotros, regresar las instituciones a la normalidad que les caracteriza. Jueces y abogados compartimos una lista de pendientes, que solo podremos desahogar si trabajamos en equipo. Lograr construir un mejor orden jurídico a partir de la aplicación cotidiana de normas y principios protectores de los derechos fundamentales, potenciando el derecho interno con el internacional, es hoy tarea común.¹⁰⁴

Por todo ello, los límites que imponen los estándares internacionales en materia de derechos humanos, en referencia a cuestiones *de facto* que pudieran presentar una injerencia a los derechos de la persona detenida, deben ser tomados en cuenta por todas las autoridades y operadores que intervengan en los procesos.

¹⁰⁴ Silva Meza, Juan N., Palabras con motivo de la inauguración del XIV Congreso Nacional de Abogados: derechos humanos y sus garantías, su identificación y propuestas de soluciones prácticas, Puebla, 6 de noviembre de 2014.