

IV. REFLEXIONES PERSONALES

Tras el análisis de la evolución de la figura del arraigo en el sistema jurídico mexicano, la revisión de los estándares internacionales y la delimitación de sus alcances y efectos a partir de los criterios sostenidos por la SCJN, a continuación se verterán algunas reflexiones sobre esta controvertida figura, partiendo de la siguiente premisa: es necesario emplear definiciones compartidas para poder analizar conceptos, situaciones y hechos.

En la actualidad existe una profusa y, a menudo, contradictoria bibliografía sobre la taxonomía de las definiciones, como hecho de convivencia, de dominación, dualidad entre gobernantes y gobernados, producto de la lucha de clases, asociación, institución, persona moral, como orden jurídico, relación jurídica, sujeto de derecho, patrimonio de afectación, como soberanía, empresa política, como régimen, como decisión, como personificación de la nación, etcétera, incluyendo desde las definiciones más globalizadoras (a saber, el Estado como totalidad del acaecer histórico), hasta las más particularistas, que definen al Estado por sus “elementos”: la población, el territorio, el poder, entre otras.¹²⁸

¹²⁸ Silva Meza, Juan N., Palabras con motivo de la conferencia llevada a cabo en el Colegio de la Defensa Nacional, el 30 de junio de 2014.

Con la finalidad de formular una definición íntegra del concepto objeto de la investigación, en el presente capítulo se revisarán algunas opiniones doctrinales a la luz de diversos criterios jurisprudenciales, para desarrollar los elementos básicos que conforman la figura del arraigo en la actualidad en el país. Finalizaremos revisando el tenor del criterio que se sostuvo en el voto particular producto del Amparo Directo en Revisión 1250/2012,¹²⁹ resuelto el 14 de abril de 2015, en el que la mayoría del cuerpo colegiado convalidó la constitucionalidad del artículo 133 bis del CFPP.

Partiendo de la interpretación del doctor Fernando Silva García:

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.¹³⁰

En relación con el fondo de la anterior definición, es necesario señalar que, según el párrafo octavo del artículo 16 constitucional, reformado en junio de 2008, y a partir de la interpretación de la Primera Sala de la SCJN en la jurisprudencia publicada en el *SJF* el 13 de febrero de 2015, con número de registro 2008404, bajo el rubro: “ARRAIGO LOCAL. LA MEDIDA EMITIDA POR EL

¹²⁹ Voto particular que formula el ministro Juan N. Silva Meza en el Amparo Directo en Revisión 1250/2012, sesión del 14 de abril de 2015. Véase el sitio oficial: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=138663> (fecha de consulta: 6 de noviembre de 2016).

¹³⁰ Silva García, Fernando, “El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconvencionalidad”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 33, 2012.

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

JUEZ ES INCONSTITUCIONAL”,¹³¹ la expedición de órdenes de arraigo se limita a delitos de delincuencia organizada, al establecer:

ARRAIGO LOCAL. LA MEDIDA EMITIDA POR EL JUEZ ES INCONSTITUCIONAL. La reforma constitucional a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; 73, fracciones XXI y XXIII; artículo 115, fracción VII y la fracción XIII, del Apartado B, del numeral 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 18 de junio de 2008, fue trascendente para el sistema de procuración e impartición de justicia en materia penal, pues establece un nuevo modelo de justicia penal para pasar del llamado sistema mixto al acusatorio u oral. Además, introduce la figura del arraigo a través de la cual se permite limitar la libertad personal bajo ciertos requisitos que la propia Constitución señala en el artículo 16 párrafo octavo adicionado. En esta reforma se establece la procedencia del arraigo única y exclusivamente para delitos de delincuencia organizada, emitida por la autoridad judicial y a solicitud del Ministerio Público. Hay que subrayar que en la misma reforma se modificó la fracción XXI del artículo 73, en la que se establece como competencia exclusiva de la Federación el legislar en materia de delincuencia organizada, quedando la facultad accesoria del arraigo como exclusiva de las autoridades federales, y su artículo décimo primero transitorio modifica temporalmente el alcance del arraigo hasta la entrada en vigor del sistema penal acusatorio federal, posibilitando la emisión de órdenes de arraigo en casos distintos a los de delincuencia organizada, en un lugar específico y por un término más limitado, para permitirlo en delitos graves, en el domicilio del indiciado y hasta por un máximo de cuarenta días...¹³²

¹³¹ Tesis mencionada en la conclusión del capítulo tercero del presente estudio. Tesis 1a./J. 4/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, febrero de 2015, t. II, p. 1226.

¹³² *Idem*.

Recordemos que al expirar en junio de 2016 los alcances del artículo Décimo Primero Transitorio de la Reforma constitucional de 2008, la expedición de órdenes de arraigo se limita a los delitos de delincuencia organizada, de tal manera que están excluidos los delitos considerados graves.

Por otro lado, como se desprende de la Acción de Inconstitucionalidad 29/2012 —analizada en el capítulo tercero de la presente investigación— cabe recordar que el Pleno de la SCJN determinó el arraigo como una figura que permite restringir la libertad personal bajo ciertos requisitos que la propia Constitución establece. Como se avanzaba al final del capítulo precedente, a tenor de la jurisprudencia con número de registro 2006517, publicada en el *SJF* el 30 de mayo de 2014:

ARRAIGO EN MATERIA PENAL. A PARTIR DE LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, LAS LEGISLATURAS LOCALES CARECEN DE COMPETENCIA PARA LEGISLAR SOBRE AQUELLA FIGURA, AL SER FACULTAD EXCLUSIVA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN. La reforma a los artículos 16 a 22, 73, fracciones XXI y XXIII, 115, fracción VII y 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, fue trascendente para el sistema de procuración e impartición de justicia en materia penal, pues estableció un nuevo modelo de justicia penal que transformó el sistema mixto en acusatorio u oral; entre otras modalidades, introdujo la figura del arraigo a través de la cual se permite limitar la libertad personal tratándose de delitos de delincuencia organizada, bajo ciertos requisitos que la propia Constitución señala. Es así que a partir de esa fecha el referido artículo 16 reguló constitucionalmente la procedencia del arraigo, reservándola para delitos de delincuencia organizada, respecto de los cuales por disposición expresa del diverso precepto 73,

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

fracción XXI, corresponde legislar en exclusiva al Congreso de la Unión; de ahí que a partir de esa data los congresos locales carecen de competencia para legislar en esa materia.¹³³

Dicha jurisprudencia limita los alcances de la interpretación de la figura del arraigo a lo señalado expresamente por la Constitución federal, de tal suerte que a partir del 2008 sólo se podrán expedir órdenes de arraigo para delitos de delincuencia organizada y hasta la entrada en vigor del Sistema Procesal Acusatorio por delitos graves, siendo competencia exclusiva del fuero federal.

Llegados a este punto, el arraigo penal en México, hoy podría definirse como: aquella medida cautelar tendente a restringir la libertad personal del indiciado, con el objeto de realizar actos de investigación, mismos que de estar en libertad serían imposibles de realizarse. Lo anterior, con la finalidad de garantizar el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o bien, cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia.

De esta definición así concebida, se desprenderían cuatro elementos fundamentales para la figura del arraigo penal en México, mismos que, como se avanzaba, serán analizados a continuación:

1. Constituye una medida cautelar.
2. Su efecto es restringir la libertad personal del indiciado.
3. Su objeto es realizar actos de investigación.
4. Su finalidad es garantizar el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o bien, cuando

¹³³ Tesis P/J. 31/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, mayo de 2014, t. I, p. 269.

exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

1. PRIMER ELEMENTO: EL ARRAIGO COMO MEDIDA CAUTELAR

A partir de la definición doctrinal formulada por el doctor Camilo Constantino Rivera en relación con el primer elemento, la medida cautelar constituye un fallo provisional sobre ciertos supuestos que, de actualizarse, podrían derivar en la imposibilidad por parte del Estado para garantizar el cumplimiento de la sanción decretada.

Una institución procesal a través de la cual, el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo, o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba.¹³⁴

De acuerdo con el mismo autor, las características de las medidas cautelares son: a) *Instrumentalidad*. Su objetivo es servir de medio para la actuación de la ley o derecho sustantivo. b) *Provisionalidad*. Las medidas cautelares son provisionales porque subsisten mientras duran las circunstancias que las determinaron. c) *Flexibilidad*. Consiste en el hecho de que las medidas cautelares pueden ser variadas a pedido del demandante o titular de la medida, o sustituidas a solicitud del afectado. d) *Contingencia*. Las medidas cautelares cumplen con una función asegurativa.¹³⁵

¹³⁴ Constantino Rivera, Camilo, "El proceso cautelar en el proceso penal acusatorio mexicano", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, núm. 24, invierno de 2009, p. 266.

¹³⁵ *Idem*.

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

De este modo, para entender el arraigo como una medida cautelar debería encuadrar de manera armónica con las características antes mencionadas. Es decir, si bien su objetivo es realizar actos de investigación (mediante la privación arbitraria de la libertad) la medida cautelar del arraigo debe ser un medio suficientemente flexible para no restringir de manera arbitraria los derechos fundamentales del indiciado; tomando en cuenta que, en esta etapa del “proceso penal”, aún no se obra con datos para sustentar la acción penal del MPF.

2. SEGUNDO ELEMENTO: EFECTO RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL DE LA PERSONA INDICIADA

Mucho se ha hablado acerca de los derechos transgredidos al momento de ejecutar las órdenes de arraigo, particularmente en la doctrina internacional —como se abordó en el capítulo segundo del presente estudio— siendo la restricción a la libertad personal el derecho humano más dañado ante este tipo de intervención estatal.

Por mucho tiempo, en nuestro país se ha dado preferencia al derecho a la seguridad. Sin embargo, en una democracia, la obligación del Estado de proveer de seguridad a su población pasa por el respeto, también irrestricto, a los límites que impone el debido proceso y la libertad personal.¹³⁶

La libertad personal encuentra sustento legal en el artículo 7o. de la Convención Americana, al establecer:

¹³⁶ Silva Meza, Juan N., palabras con motivo del *Cuarto Informe Anual de Labores como Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal*, el 11 de diciembre de 2014.

Artículo 7o. Derecho a la Libertad Personal

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

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...¹³⁷

De este modo, se puede concluir que la ejecución de las órdenes de arraigo atentan contra la dignidad del ser humano, al restringir de manera arbitraria la libertad personal, como se sostuvo en uno de los últimos votos particulares que emití en relación con el Amparo Directo en Revisión 1250/2012, en el siguiente sentido:

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 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

¹³⁷ CADH, artículo 7.2, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (b-32) San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. Véase el sitio oficial Organización de los Estados Americanos, en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (fecha de consulta: 3 de octubre de 2016).

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

la tutela judicial efectiva. Propiciando con ello la arbitrariedad y el autoritarismo, contrarios al Estado democrático y constitucional de derecho, que diseña nuestra Constitución.¹³⁸

3. TERCER ELEMENTO: MEDIO PARA REALIZAR ACTOS DE INVESTIGACIÓN

Tras la delimitación de los temas relativos al arraigo como instrumento cautelar que tiene como efecto la restricción de la libertad personal de los indiciados, resulta pertinente reflexionar en torno al objeto que persigue la figura bajo análisis.

Como se adelantaba, el objetivo del arraigo es la realización de actos de investigación por parte del agente del Ministerio Público de la Federación.

Pese a que la legislación mexicana no define expresamente el concepto de acto o actos de investigación, se puede asumir que los mismos implican la búsqueda, frente a un estado de desconocimiento o conocimiento inexacto de los hechos, a fin de alcanzar el conocimiento o perfeccionamiento de los mismos, para determinar si puede hacerse una afirmación de hecho y de derecho.¹³⁹

A la luz de lo anterior, en la siguiente tabla se retoman los artículos 251 y 252 del CNPP; a fin de observar el catálogo de actos de investigación que se pueden realizar sin autorización del órgano jurisdiccional, así como aquellos que requieren autorización previa del juez para ser ejecutados, por ser actos que abonan en el esclarecimiento de determinados hechos.

¹³⁸ Véase el voto particular completo en el anexo III “Criterios personales”, del presente estudio.

¹³⁹ Montero Aroca, Juan *et al.*, *Derecho jurisdiccional*, III: *Proceso penal*, Barcelona, Librería Bosch, 1991, pp. 172-197.

JUAN N. SILVA MEZA

<p><i>Artículo 251. Actuaciones en la investigación que no requieren autorización previa del juez de control.</i></p> <p>La inspección del lugar del hecho o del hallazgo; La inspección de lugar distinto al de los hechos o del hallazgo; La inspección de personas; La revisión corporal; La inspección de vehículos; El levantamiento e identificación de cadáver; La aportación de comunicaciones entre particulares; El reconocimiento de personas; La entrega vigilada y las operaciones encubiertas, en el marco de una investigación y en los términos que establezcan los protocolos emitidos para tal efecto por el procurador; La entrevista de testigos; Recompensas, en términos de los acuerdos que para tal efecto emite el procurador, y Las demás en las que expresamente no se prevea control judicial. En los casos de la fracción IX, dichas actuaciones deberán ser autorizadas por el procurador o por el servidor público en quien éste delegue dicha facultad. Para los efectos de la fracción X de este artículo, cuando un testigo se niegue a ser entrevistado, será citado por el Ministerio Público o en su caso por el juez de control en los términos que prevé el presente Código.¹⁴⁰</p>	<p><i>Artículo 252. Actos de investigación que requieren autorización previa del juez de control.</i></p> <p>La exhumación de cadáveres; Las órdenes de cateo; La intervención de comunicaciones privadas y correspondencia; La toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma; El reconocimiento o examen físico de una persona cuando se niegue a ser examinada, y Las demás que señalen las leyes aplicables.</p>
---	--

¹⁴⁰ No se especifican las fracciones referidas en el texto en cita, ya que la reflexión considera tanto las que requieren control judicial como las que no lo requieren, tratando de aclarar que la figura del arraigo no puede ser entendida en cuanto acto de investigación.

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

Cabe destacar que en ninguna fracción de los artículos referidos, se contempla al arraigo como acto de investigación. Lo anterior se debe a que esta figura no representa un acto de investigación propiamente, sino que debe ser entendida como el medio para realizar alguno o algunos de los actos de investigación señalados.

Lo anterior no implica que el arraigo sea legítimo por el hecho de ser un medio para realizar actos de investigación, sino por haber concluido un proceso legislativo. Sin embargo, la diferencia entre entender la figura como “un medio para realizar” en lugar de “un fin en sí mismo” no es meramente léxico, sino que implica que el arraigo es un medio para lograr un fin, en otras palabras, “detener para luego investigar”.

4. CUARTO ELEMENTO: HERRAMIENTA PARA GARANTIZAR EL ÉXITO DE LA INVESTIGACIÓN, LA PROTECCIÓN DE PERSONAS O BIENES JURÍDICOS, O BIEN, CUANDO EXISTA RIESGO FUNDADO DE QUE EL INculpADO SE SUSTRAIGA A LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA

La necesidad de incorporar herramientas al sistema jurídico mexicano destinadas para que las instituciones encargadas de la procuración de justicia estén preparadas y en óptimas condiciones cuando enfrenten el fenómeno criminal de manera efectiva y eficaz, aspecto fundamental en el reforzamiento del Estado de derecho.

...todas las instituciones la República enfrentamos dos grandes retos, dos grandes compromisos: el de la eficacia y el de la legitimidad.

Por el lado de la eficacia: estamos obligados a cumplir con nuestro trabajo; hacerlo mejor; hacerlo pronto; hacerlo cada vez con mayor calidad y con menores recursos.

JUAN N. SILVA MEZA

Por el lado de la legitimidad: debemos construir, mantener y acrecentar, todos los días, nuestra credibilidad. Debemos contar, siempre, con el respaldo, con la autoridad, con la confianza, con el apoyo de la sociedad: porque actuamos con honradez, con seriedad, con honestidad.¹⁴¹

Sin embargo, como se ha comentado, la incorporación de figuras que vulneran derechos humanos no debe ser utilizada como herramienta de acción inmediata por parte de las instituciones estatales.

La incorporación de figuras de excepción como el arraigo en el ordenamiento jurídico obedece a un modelo autoritario de seguridad que es aplicado en México por el cual se legitima la actuación arbitraria de las autoridades y se justifica la reducción de la esfera de derechos de la sociedad.¹⁴²

A pesar de que la expedición de órdenes de arraigo debe obedecer a ciertos criterios y requisitos expresamente consagrados en la CPEUM, lamentablemente puede ocurrir que la figura se traduzca en “detener para investigar” y no “investigar para detener”, lo cual es totalmente incompatible con un Estado democrático de derecho que sustenta sus principios en el irrestricto respeto a derechos humanos. Si bien los servidores públicos en un Estado de derecho pueden realizar conductas que vulneren derechos en situaciones excepcionales, el mismo Estado deberá establecer mecanismos institucionales tendentes a restablecer el pleno goce de derechos en la esfera jurídica de las personas. Tal es el caso del juicio de amparo que permite resta-

¹⁴¹ Silva Meza, Juan N., Palabras con motivo de la inauguración del *Tercer Foro Nacional Anual sobre Seguridad y Justicia*, el 4 de mayo de 2011.

¹⁴² Toledo Escobar, Cecilia, *El uso y el impacto del arraigo en México*, México, Fundar, 2014, p. 18.

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

blecer el pleno goce de derechos cuando éstos son violentados de manera arbitraria.

Todos los juzgadores del país estamos obligados a hacer valer los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales en la materia; aquí no hay vuelta de hoja, no hay regresión, ninguno debe excluirse o ser excluido: la voz y la participación de todos es igualmente importante en el marco de competencias que nos distingue.

En esta nueva época jurisprudencial, las aspiraciones de justicia y de seguridad jurídica de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado, adquieren un protagonismo esencial.

Ahora, como sabemos, que el derecho de una persona sea efectivamente protegido por el Estado, supone que el derecho complementario de otra, también lo sea. Así, por ejemplo, el respeto de la presunción de inocencia de una persona, garantiza, indudablemente, la vigencia del derecho a conocer la verdad de otra.¹⁴³

Los elementos descritos permiten comprender tanto los fines que persigue la figura del arraigo como los efectos que trae aparejada su ejecución, al poder colisionar con los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, como el derecho a la libertad personal, al debido proceso o a la presunción de inocencia.

En este tejido es en el que se construye un régimen de derecho. Un régimen de confianza y certidumbre en la ley y en las instituciones de justicia.

¹⁴³ Silva Meza, Juan N., Palabras con motivo del seminario “La justiciabilidad de los derechos de las víctimas: un debate sobre la aplicabilidad de la Ley General de Víctimas”, el 15 de febrero de 2013.

Certidumbre, respecto de las consecuencias adversas de una conducta ilícita.

Certidumbre, también, sobre las alternativas de verdad, justicia y sobre todo de reparación para quienes han visto vulnerados sus derechos.

Pero debemos hacer énfasis en que, para que la vocación de las reparaciones se cumpla y las víctimas puedan ser restablecidas adecuadamente en el goce y ejercicio de sus derechos, éstas deben dictarse desde la mirada consciente, informada y sensible de los impartidores de justicia, cuando, de acuerdo a su competencia, les corresponde.¹⁴⁴

Por todo lo anterior, es fundamental el estudio y el análisis de las diversas figuras frente a los momentos históricos, tratando de evitar asumir una postura pendular que lleve a los extremos. Todo hacia un lado sin ponderación. Los excesos en cualquier manifestación del conocimiento o comportamiento humano no son aconsejables, hay que buscar el punto de equilibrio, hay que poner el justo medio donde tiene que darse, y para ello se necesita estudio y reflexión.

La progresividad y expansión que han tenido el derecho procesal constitucional y los derechos humanos en los últimos años, resultan innegables, por lo que las aproximaciones serias a esta disciplina son condición inexcusable para la comprensión de las categorías básicas que son objeto de su estudio.

Una de las tareas pendientes es definir el papel del juez en un Estado democrático y constitucional, quien con su labor interpretativa y de aplicación, construye y reconstruye las normas, dotando de contenido a los derechos humanos.

¹⁴⁴ *Idem.*

REFLEXIONES EN TORNO AL ARRAIGO

Las tareas de las y los impartidores de justicia consisten, por lo tanto, en tutelar y aplicar de manera irrestricta los principios constitucionales con apoyo de los mecanismos legales, constitucionales y convencionales de diversa índole, previstos para tal efecto.

Así, es claro que los jueces nacionales tienen la responsabilidad central de salvaguardar los derechos humanos en un Estado, entendido este último como un verdadero fenómeno social y cultural.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Silva Meza, Juan N., Palabras con motivo de la presentación de la obra *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al. (coords.), México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.