

## El arraigo como restricción injustificada del derecho a la libertad personal y del principio de presunción de inocencia\*

*Arturo Zaldívar Lelo de Larrea\*\**

SUMARIO: 1. Fallo de la mayoría. 2. Motivos del disenso.

En sesiones de nueve, trece y catorce de abril de dos mil quince, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación discutió y resolvió el presente amparo directo en revisión en el que se abordó la constitucionalidad de la figura del arraigo prevista en el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en el sentido de confirmar la sentencia recurrida y negar el amparo al quejoso.

Voté en contra de dicha determinación, porque contrariamente a lo resuelto por el Pleno, a mi juicio el arraigo supone una restricción injustificada del derecho a la libertad personal y del principio de presunción de inocencia.

### 1. FALLO DE LA MAYORÍA

El considerando noveno de la sentencia aborda la cuestión de si el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, al regular la figura del arraigo tratándose de delitos graves, constituye una restricción a la libertad personal no contemplada en la Constitución general.

La resolución del Tribunal Pleno da respuesta negativa al planteamiento, en esencia, porque mediante la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 se incorporó al artículo 16 de la Constitución general la procedencia del arraigo tratándose de delitos de delincuencia organizada. Asimismo, el artículo décimo primero transitorio de dicha reforma dispuso que hasta en tanto entrara en vigor el sistema procesal penal acusatorio, el Congreso de

---

\* El presente texto reproduce el voto particular en torno a las consideraciones sustentadas en el Amparo Directo en Revisión 1250/2012.

\*\* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

la Unión podría regular el arraigo para hacerlo disponible para los jueces también tratándose de los delitos graves, con los requisitos establecidos en dicho transitorio, a saber, hasta por un máximo de cuarenta días y siempre que fuese necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o ante riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

Por tanto, si el artículo impugnado reproduce los límites permitidos para la utilización del arraigo en términos del artículo décimo primero transitorio, ello demuestra que el Congreso de la Unión respetó la competencia otorgada constitucionalmente para ese fin.

El anterior planteamiento se estructura con base en el criterio derivado de la contradicción de tesis 293/2011, en el cual se determinó que los derechos humanos, tanto los de fuente constitucional como internacional, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano, y que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

## 2. MOTIVOS DEL DISENSO

Respetuosamente disiento del fallo, pues considero que la conclusión alcanzada por la mayoría de ministros parte de una incorrecta aplicación de los criterios derivados de la contradicción de tesis 293/2011, en los que el Pleno sostuvo, por un lado, que el parámetro de control de regularidad constitucional lo conforman los derechos humanos en su conjunto y que cuando haya una restricción expresa a su ejercicio, se deberá estar a lo que esta indique; y, por otra parte, que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos, siempre que sea más favorable a la persona<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 10. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 10., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de

## El arraigo como restricción injustificada del derecho...

En el caso, existió un consenso en reconocer que la figura del arraigo prevista en los artículos 16 constitucional y décimo primero transitorio de la reforma de 18 de junio de 2008 constituye una restricción constitucional a la libertad personal, por lo que en términos de la primera jurisprudencia de la contradicción de tesis 293/2011 debemos estar a esa restricción, lo que presentó ante el Pleno la problemática de determinar qué implica “estar a lo que establece el texto constitucional”.

A este respecto, en el voto concurrente que acompañé a la contradicción de tesis mencionada sostuve, en lo que interesa, lo siguiente:

- Que las restricciones a los derechos humanos **no pueden ser interpretadas en el sentido de hacerlos nugatorios o vaciarlos totalmente de contenido.**

---

los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.”

[J]; Décima Época, P./J. 20/2014 (10a), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, lib. 5, t. I; abril de 2014, p. 202.

**“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.”

[J]; Décima Época, P./J. 21/2014 (10a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, lib. 5, t. I, abril de 2014, p. 204.

- Que a la luz del nuevo paradigma constitucional todo el texto de la Constitución debe ser **reinterpretado de la manera más favorable a la persona**, maximizando el ámbito protector de los derechos y minimizando sus posibles restricciones.
- Que esta operación en ocasiones tendrá el efecto de que en algunos casos las restricciones constitucionales **se desdibujen o desvanezcan** y, en otros, se apliquen cabalmente, en un análisis que deberá hacerse caso por caso.
- Que **existen casos en los que no es posible lograr la armonización de los contenidos constitucionales**, debido a que distintas normas constitucionales regulan de forma diferenciada un mismo derecho y que en tal supuesto debe aplicarse el principio pro persona en su vertiente de criterio de preferencia de normas, **de tal manera que se prefiera la norma que favorezca en todo momento la protección más amplia a las personas**.
- Que los alcances de la cláusula introducida en la primera tesis sobre “estar a lo que indica el texto constitucional” debían irse precisando caso por caso.

Siguiendo esta metodología, considero que la operación que debió realizar el Pleno –más allá del mero contraste material entre el artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 y el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles– pasaba, en primer lugar, por buscar una interpretación de la figura del arraigo que fuera compatible con los derechos fundamentales y garantías penales que disciplinan el contenido de cualquier medida cautelar que afecte la libertad de las personas.

Esto es, previamente a contrastar el artículo impugnado contra el contenido constitucional era necesario interpretar este último de manera que la restricción autorizada no hiciera nugatorio o vaciara de contenido los derechos en juego y es dicha interpretación la que en todo caso debió servir como parámetro de validez del precepto impugnado, no su contenido literal.

En el caso, sin embargo, de la aplicación de esta metodología, llego a la conclusión —y así lo expuse durante la discusión del asunto— de que **no existe una interpretación posible de la figura del arraigo que sea compatible con las exigencias del derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia**.

El artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 que sirve de fundamento al artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales,<sup>2</sup> establece lo siguiente:

<sup>2</sup> Cabe precisar que la regulación constitucional del arraigo establece dos regímenes en función del sistema penal en el que se aplicará la medida cautelar a nivel federal: (1) un

## El arraigo como restricción injustificada del derecho...

---

**Artículo 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.

Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

Dicho precepto prevé la posibilidad de restringir por orden judicial la libertad del indiciado en su domicilio, a petición del Ministerio Público, durante la fase de la investigación preliminar, con tres posibles finalidades: (i) asegurar el éxito de la investigación; (ii) asegurar la protección de personas o bienes jurídicos, o (iii) evitar que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Esta medida permite entonces que una persona esté detenida en su domicilio hasta por 40 días, sin que pese sobre ella una acusación formal de haber cometido un delito, y sin que se precise siquiera cuál es el estándar probatorio mínimo exigible para decretarla.

Lo anterior obliga a determinar si el precepto que establece una medida con estas características puede ser interpretado de manera compatible con los contornos mínimos del derecho a la libertad personal contenidos en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues de no ser así, lo procedente será aplicar el principio pro persona en su vertiente de criterio de preferencia de normas, de tal manera que se opte por la norma que favorezca la protección más amplia a las personas.

El citado precepto convencional señala:

### **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.

---

*régimen de transición* contemplado en el artículo *décimo primero transitorio* de la reforma constitucional de junio de 2008 que regula el arraigo en tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio; y (2) un *régimen ordinario* previsto en el artículo 16 constitucional que empezará a regir una vez que haya entrado en vigor el sistema acusatorio. Toda vez que cuando se decretó la medida de arraigo que se examina en el presente caso no había entrado en vigor el sistema acusatorio a nivel federal, resulta pacífico que **el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales debe contrastarse con la regulación constitucional del régimen transitorio del arraigo contemplado en el artículo transitorio décimo primero.**

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.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este 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 este 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.

De un simple ejercicio comparativo entre la regulación constitucional del arraigo y el precepto convencional citado, puede advertirse que el hecho de que una persona pueda permanecer arraigada hasta por 40 días sin que se ejerza en su contra la acción penal por considerársele probable responsable de un delito, plantea problemas a la luz de los numerales 7.4 y 7.5 los cuales prevén, respectivamente, que toda persona detenida o retenida debe ser notificada “sin demora” no solo de las razones de su detención sino también de “los cargos formulados contra ella” y que tendrá derecho a ser juzgada “dentro de un plazo razonable”.

Las razones por las que la figura del arraigo entra en conflicto con estas exigencias son evidentes: por un lado, cuando una persona está arraigada aún no se ha formulado ningún cargo en contra de ella, entendiendo por “cargo”, la acusación de esa persona ante un juez por la comisión de algún delito; por otro lado, la persona no puede en principio “ser juzgada” en un plazo razonable, puesto que aún no ha sido sometida a proceso.

Más aún, si bien la Constitución prevé que la orden de arraigo será emitida por autoridad judicial, no establece que el arraigado deba ser llevado ante un juez. Al respecto, en el caso *Tibi Vs. Ecuador (2004)* la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente: “[...] En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la

## El arraigo como restricción injustificada del derecho...

libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. **El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente [...] no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente [...]**" (párr. 118).

En el caso del arraigo, no existe posibilidad de dar cumplimiento a esta exigencia. El hecho de que la orden sea girada por un juez de control no satisface el requisito de que el detenido sea llevado ante un juez o funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales y, en tal medida, es incompatible con la obligación contenida en el artículo 7.5 de la Convención.

De todo lo anterior advierto una dificultad para aplicar en su literalidad las garantías penales del artículo 7 de la Convención a las personas arraigadas, **lo cual no podría superarse mediante una simple interpretación del texto constitucional**, sino acaso mediante una manipulación del mismo a través de la cual se introdujeran otros contenidos, lo que si bien constituye una práctica que no es ajena a muchos tribunales constitucionales, ordinariamente se realiza respecto de textos legales y no respecto de constituciones.

Pero la mayor dificultad que presenta el arraigo a la luz de los derechos fundamentales y principios constitucionales en juego es en relación con el **principio de presunción de inocencia** el cual exige tratar como inocente, en la mayor medida posible, a una persona sujeta a investigación ministerial.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. INFLUENCIA DE SU VIOLACIÓN EN EL PROCESO PENAL. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que como regla de trato, el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que cualquier persona imputada por la comisión de una conducta tipificada como delito, sea tratada como inocente durante el trámite del procedimiento e, incluso, desde antes de que se inicie, pues puede ser el caso de que ciertas actuaciones de los órganos del Estado -sin limitarlos a quienes intervienen en la función jurisdiccional propiamente dicha- incidan negativamente en dicho tratamiento. En este sentido, la violación a esta faceta de la presunción de inocencia puede afectar de una forma grave los derechos relativos a la defensa del acusado, ya que puede alterar la evolución del proceso al introducir elementos de hecho que no se correspondan con la realidad y que, en el ánimo del tribunal, y sobre todo de las víctimas y de los posibles testigos, actúen después como pruebas de cargo en contra de los más elementales derechos de la defensa. Así, la presunción de inocencia como regla de trato, en sus vertientes procesal y extraprocesal, incide tanto en el proceder de las autoridades en su consideración a la condición de inocente de la persona, como con la respuesta que pueda provenir de las demás partes involucradas en el juicio. Particularmente, la violación a la regla de trato de la presunción de inocencia puede influir en un proceso judicial cuando la actuación indebida de la policía que pretenda manipular la realidad, tienda a referirse a: (i) la conducta, credibilidad, reputación o antecedentes penales de alguna de las partes, testigos o posibles testigos; (ii) la posibilidad de que se produjere una confesión, admisión de hechos, declaración previa del imputado o la negativa a declarar; (iii) el

---

resultado de exámenes o análisis a los que hubiese sido sometido alguien involucrado en el proceso; (iv) cualquier opinión sobre la culpabilidad del detenido; y, (v) el hecho de que alguien hubiera identificado al detenido, entre muchas otras.”

[TA]; Décima Época, 1a. CLXXVII/2013 (10a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XX, t. 1, Mayo de 2013, p. 563.

“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. SU CONTENIDO Y CARACTERÍSTICAS. A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el derecho fundamental a la presunción de inocencia como regla de trato, en su vertiente extraprocesal, debe ser entendido como el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos y determina, por ende, el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza. Asimismo, es necesario señalar que la violación a esta vertiente de la presunción de inocencia puede emanar de cualquier agente del Estado, especialmente de las autoridades policiales. Dada la trascendencia de una acusación en materia penal, la Constitución otorga al imputado una serie de derechos fundamentales a fin de garantizar que se efectúe un juicio justo en su contra, sin embargo, de nada sirven estos derechos cuando las autoridades encargadas de investigar el delito realizan diversas acciones que tienen como finalidad exponer públicamente a alguien como responsable del hecho delictivo. Frente a estas acciones se corre el enorme riesgo de condenar al denunciado antes de tiempo, ya que el centro de gravedad que corresponde al proceso como tal, se puede desplazar a la imputación pública realizada por la policía.”

[TA]; Décima Época, 1a. CLXXVI/2013 (10a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, lib. XX, t. 1, mayo de 2013, p. 564.

“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE BUENA FE MINISTERIAL. Como ya lo ha establecido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la seguridad pública va de la mano, necesariamente, del respeto al orden constitucional. Asimismo, se ha reconocido que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, como regla de trato, exige que cualquier persona imputada por la comisión de una conducta tipificada como delito, sea tratada por todas las autoridades como inocente durante el trámite del procedimiento e incluso desde antes de que se inicie. En este sentido, el respeto de las autoridades policiales y ministeriales a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de trato, se encuentra exigido en nuestro ordenamiento jurídico, no solo en virtud del derecho a la presunción de inocencia, sino también atendiendo a lo establecido en el artículo 21 constitucional. Dicho artículo consagra el principio de buena fe ministerial, al establecer que: “la actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución”. En atención a este principio, resulta indudable que con la inclusión de este apartado en el artículo 21 constitucional, el constituyente tuvo por objetivo establecer un estándar constitucional relativo a la actuación de los policías: la legalidad, la honestidad, la eficiencia y el cumplimiento de las normas de derechos fundamentales. Este estándar de actuación necesariamente implica que las autoridades policiales y ministeriales deben respetar plenamente los derechos de los detenidos y acusados, incluyendo entre ellos a la presunción de inocencia en sus distintas vertientes.”

[TA]; Décima Época; 1a. CLXXIX/2013 (10a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, lib. XX, t. 1; mayo de 2013, p. 565.

## El arraigo como restricción injustificada del derecho...

---

En la jurisprudencia interamericana, el problema que suponen las medidas cautelares, particularmente la prisión preventiva, a la luz del principio de presunción de inocencia, se ha resuelto por dos vías: por un lado, mediante la determinación de las finalidades que pueden justificar este tipo de medidas y, por otro, mediante el establecimiento del estándar probatorio para decretarlas.

En *Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), la Corte Interamericana sostuvo 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”**, de tal manera 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 [...] [o] peligro de que el imputado obstaculice la investigación”** (párrafo 129).

De esta manera, puede decirse que la Corte Interamericana ha identificado dos finalidades legítimas compatibles con la presunción de inocencia para una medida cautelar que priva de la libertad a una persona: (i) asegurar que esa persona no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones; y (ii) garantizar que la persona no eludirá la acción de la justicia. [En sentido similar, véase también caso *Acosta Calderón vs. Ecuador* (2005); párrafo 111; *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), párrafo 198; y *Barreto Leyva vs. Venezuela* (2009), párrafo 121].

Una primera observación que debe hacerse respecto del artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional de junio de 2008 es que los tres fines que necesariamente se deben perseguir con el arraigo –el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos y el riesgo fundado que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia– **contrastan con los dos fines permitidos por la jurisprudencia interamericana**: (i) asegurar que esa persona no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones; y (ii) garantizar que la persona no eludirá la acción de la justicia.

El problema lo plantea el segundo objetivo contemplado en la Constitución, consistente en “la protección de personas o bienes jurídicos”. Este segundo objetivo parece estar en la línea de una manera de entender las medidas cautelares, específicamente la prisión preventiva, como necesarias por razones vinculadas a la “peligrosidad de la persona”. Al respecto, cabe recordar que la primera vez que la Corte Interamericana identificó los objetivos que legítimamente puede perseguir la medida cautelar de prisión preventiva, en *Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), no solo se refirió a los

dos objetivos ya mencionados, sino también al “**peligro de que el imputado cometa un delito**”, aclarando expresamente que se trataba de una finalidad “**questionada en la actualidad**” (párrafo 129). Por esa razón, la Corte Interamericana no volvió a hacer referencia a esta finalidad de la prisión preventiva, limitándose a identificar como objetivos legítimos de esa medida cautelar asegurar que la persona no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones o garantizar que no eludirá la acción de la justicia.

Pero más allá de esta incompatibilidad, lo que resulta relevante es que si bien estas finalidades han sido consideradas legítimas en la jurisprudencia interamericana para dar sustento a la prisión preventiva, se justifican en ese ámbito porque **para su aplicación se requiere satisfacer un estándar probatorio que se ha identificado con la expresión “sospecha razonable de culpabilidad”**,<sup>4</sup> que es equivalente al de “probable responsabilidad” que nuestra Constitución exige para dictar orden de aprehensión y auto de formal prisión. Así, en *Barreto Leiva vs Venezuela* (2009) la Corte Interamericana sostuvo 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 ha participado en el ilícito que se investiga” (párrafo 111).

Ahora bien, en muchas de sus decisiones la Corte Interamericana se ha referido a la prisión preventiva como “la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito” [caso *Tibi vs Ecuador* (2004), párrafo 106], lo que a mi juicio debe ser interpretado en el sentido de que **los estándares probatorios requeridos para la prisión preventiva son los mínimos que justifican una restricción a la libertad personal**.

Tales estándares no podrían aplicarse tratándose del arraigo, ya que en la fase de investigación aún no es posible considerar a una persona como “probable responsable” (estándar constitucional) o bajo una “sospecha razonable de culpabilidad” (estándar interamericano), pues si se contara desde ese momento con pruebas suficientes respecto del “cuerpo del delito” y la “probable responsabilidad”, no habría razón para solicitar el arraigo, sino que se tendría que acusar a la persona ante el juez con la evidencia disponible.

En este sentido, si no se satisface el citado estándar probatorio sobre el delito y la responsabilidad de la persona, no está justificado dictar una

<sup>4</sup> Véanse Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C; núm. 206, párr. 111; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 170, párr. 103 y *Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 152, párr. 90.

## El arraigo como restricción injustificada del derecho...

---

medida cautelar con la que se pretenden evitar los riesgos procesales que se han identificado como justificantes de la prisión preventiva, por lo que una medida como el arraigo, que necesariamente requiere de un estándar más bajo, entra en mayor tensión con el principio de presunción de inocencia y no podría considerarse como una restricción razonable a derecho a la libertad personal.

Esto es, el estándar mínimo para que una persona pueda ser privada de la libertad como medida precautoria requiere de una cantidad de evidencia que aún no se tiene en la fase de investigación cuando se solicita el arraigo.

En tal sentido, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador* (2007) claramente se estableció que: “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, solo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.** [...]” (párrafo 103).

En estas condiciones y a la luz tanto del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como de los estándares de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que lo interpretan, y que nos son obligatorios en términos de la segunda jurisprudencia derivada de la contradicción de tesis 293/2011, me parece que estamos en un supuesto en el que **no existe una interpretación posible del artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 que lo haga compatible con el derecho a la libertad personal y el principio de presunción de inocencia,** por lo que estamos en el supuesto de preferir la aplicación de los estándares interamericanos más protectores.

A su vez, y dado que el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales se limita a reproducir el contenido de la Norma Fundamental, ello debe llevar a la conclusión de que dicho precepto es inconstitucional, por lo que considero que debió revocarse la sentencia recurrida y conceder al quejoso el amparo y protección de la Justicia Federal.