

## El Ministerio Público, ¿garante de la libertad?

*Luis de la Barreda Solórzano\**

### I. LA FUNCIÓN MÁS DELICADA

LA INSTITUCIÓN del Ministerio Público tiene entre sus funciones una de especial importancia para la vigencia efectiva del Estado de derecho y la preservación de la convivencia civilizada: la persecución de los delitos, es decir, la búsqueda de pruebas, la fundamentación jurídica y el ofrecimiento de argumentos que permitan que el culpable de un delito sea debidamente sancionado por un juez.

Esa función se debe ejercer con calidad profesional, escrupulosidad ética, eficacia, prontitud y equilibrio emocional; así como con apego estricto al principio de legalidad y pleno respeto a los derechos humanos de todos los participantes en el procedimiento penal.

¿Por qué es tan relevante la tarea del órgano de la acusación? ¿Por qué su actuación debe ser impecable? Por una parte, porque los delitos son las conductas antisociales más dañinas, razón por la cual es de exigirse que se castiguen, sobre todo los más graves, en un porcentaje considerable. Por otra parte, porque las punibilidades previstas para los responsables son las más severas de todo el ordenamiento jurídico, por lo que resulta un abuso monstruoso que se acuse sin que se disponga de las pruebas y el fundamento legal que permitan sustentar correctamente la acusación.

Si el Ministerio Público falla en su tarea persecutoria por incapacidad para comprobar el delito cometido o demostrar la responsabilidad penal del acusado, la consecuencia es la impunidad, el triste fracaso de una de las tareas más importantes del Estado, fracaso que descorazona a las víctimas, desdibuja la función preventiva del derecho penal —al

\* Coordinador del Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

castigarse a un delincuente se le aparta de la sociedad y se envía a todos el mensaje de que quien delinca sufrirá una pena— y erosiona los fundamentos mismos de la coexistencia pacífica.

Pero, por otro lado, si el Ministerio Público acusa sin razón, es decir, abusivamente, sin que exista el fundamento jurídico o las pruebas que hagan sostenible la acusación, el inculpado sufre un terrible atropello, aun cuando posteriormente el juez lo exima, pues —como hizo ver Francesco Carnelutti— la justicia penal funciona de tal manera que “no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes”.<sup>1</sup> Ese atropello es más grave aún, mucho más grave, en los casos en que el inculpado tiene que enfrentar el procedimiento privado de su libertad.

Para ejercer la acción penal, el Ministerio Público debe contar con los elementos de prueba, que razonablemente permitan aseverar que se ha acreditado la probabilidad de que el inculpado sea responsable del delito y fundamentar su acusación en el supuesto normativo precisamente aplicable.

No es ético ni apegado a derecho que el órgano de la acusación someta a un individuo a un proceso penal como chivo expiatorio para satisfacer al gobernante, a cierta prensa, al conjunto de la opinión pública o un segmento de ella, a determinado grupo de presión, o atendiendo a bajas pasiones.

La persecución de un inocente —aun si al final no es condenado— es mucho peor que dejar el delito sin castigo, porque de todos modos el delito queda también impune, ya que no se castigará al culpable, al verdadero culpable; y al mal de la impunidad se agrega otro, que ameritaría que lloviera fuego contra sus perpetradores: la persecución penal contra quien se sabe que no es culpable.

Siempre será posible, ¡jay!, que se castigue a un inocente, pues ni los acusadores ni los jueces son infalibles. La historia de la práctica forense es abundante en errores judiciales. Pero no es lo mismo el error involuntario que la ruindad carente de escrúpulos. Lo que es una vileza es que se acuse y/o se condene a un inocente a sabiendas de que lo es o por lo menos, de que no hay pruebas que justifiquen la acusación.

<sup>1</sup> Carnelutti, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Buenos Aires, Ejea, 1959, p. 37.

Así que de todas las atribuciones y de todos los poderes que ejerce el Estado, acaso ninguno sea tan delicado como el *ius puniendi*, la potestad de perseguir delitos. Quizá, en ningún otro ámbito de su esfera de facultades sea tan indispensable que se actúe con objetividad, buena fe, empeño y pleno apego a la legalidad, lo que, reitero, supone una estricta observancia de los derechos humanos del ofendido, el denunciante —si éste es distinto al ofendido—, los testigos y el indiciado o inculgado.

Es falso que el respeto a los derechos del indiciado o inculgado obre en detrimento de los derechos de la víctima. No hay una sola razón para que así suceda. La víctima tiene derecho a que el órgano de la acusación ponga todos sus conocimientos, sus recursos y sus afanes en procurar justicia, y el indiciado tiene derecho a que ese órgano no atropelle ninguna de sus garantías.

Enseña Sergio García Ramírez:

No es debido cargar el acento sólo sobre el derecho de uno, el infractor (culpable o inocente), a la justicia penal, y desatender el derecho de otro, el ofendido, a la justicia en general o el que tiene la sociedad o debiera tener plenamente, a la tutela que brinda dicha justicia penal. Tampoco sería plausible obrar a la inversa... desentendiéndose de la suerte que corre el supuesto infractor. Por eso se habla de equilibrio: por la atención a cada interesado, a cada sujeto del drama penal.<sup>2</sup>

Contar con un Ministerio Público de alta calidad profesional y gran eficacia, respetuoso sin excepción de la ley, con vocación de servicio y amor inquebrantable a la justicia —lo que supone amor a la verdad—, diligente y honesto, es *conditio sine qua non* para un sistema de justicia penal digno y respetable.

## II. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SIGLO XIX

Desde las primeras leyes fundamentales de nuestro país, se integró, por la influencia española, a los fiscales dentro de los organismos judiciales. Véanse, al respecto, los siguientes documentos: Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814, Constitución

<sup>2</sup> García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, p. 222.

Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, las Siete Leyes Constitucionales de 1836 y las Bases Orgánicas de 1843.

La única tentativa de introducir algunos elementos del sistema francés se encuentra en las Bases Constitucionales de 1853, en las que se estableció (artículo 9o. de la sección primera) un procurador General de la Nación, dependiente del Ejecutivo. Este funcionario debía recibir las instrucciones de los diversos ministerios para atender los negocios contenciosos que versaran sobre los intereses nacionales; asimismo, era el encargado de proveer a la buena marcha de la hacienda pública y de prestar asesoría jurídica a los organismos gubernamentales.<sup>3</sup>

El artículo 91 de la Constitución de 1857 disponía que la Suprema Corte estaría integrada por once ministros propietarios, cuatro supernumerarios, un fiscal y un procurador general.

Las funciones del procurador general y del fiscal no estaban estipuladas en la ley fundamental: se precisaron en el Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (29 de julio de 1862).

De conformidad con este reglamento, el fiscal debía ser oído en todas las causas criminales o de responsabilidad, en los negocios relativos a jurisdicción y competencia de los tribunales, y en las consultas sobre dudas respecto de la ley (en este último caso, sólo que él lo pidiera y la Corte no lo estimase inoportuno). Por su parte, el procurador general intervenía ante la Corte en todos los negocios en que tuviera interés la hacienda pública.

La Ley de Jurados para el Distrito y Territorios Federales de 1869 estableció tres promotorías fiscales para los juzgados de lo criminal, que se debían constituir en parte acusadora y promover todo lo conducente al esclarecimiento de los hechos en los procesos penales. Esta ley constituye el modelo que posteriormente siguieron las diversas entidades federativas.

Es en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California de 1880, cuando, en lugar de “promotores fiscales”, se utiliza la expresión “Ministerio Público”.

Define el artículo 28 a esa institución como “...una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta en los casos y por los medios que señalan las leyes”.

<sup>3</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, 2a. ed., México, 1964.

En el código aludido y en el distrital de 1894, que lo sustituyó, el Ministerio Público asume, en el proceso, el carácter de parte acusadora, mas sin detentar el monopolio del ejercicio de la acción penal, pues en el proceso intervenían el ofendido o sus causahabientes, estimados como parte civil.

La reforma constitucional del 22 de mayo de 1900 modificó, sustancialmente, los artículos 91 y 96 de la Ley Fundamental, suprimiendo al procurador general y al fiscal como integrantes de la Suprema Corte de Justicia, y estableciendo que "...los funcionarios del Ministerio Público y el procurador General de la República que ha de presidirlo serán nombrados por el Ejecutivo". A partir de entonces, el Ministerio Público es considerado una dependencia del Poder Ejecutivo, independiente del Poder Judicial, "El Ministerio Público —reza la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1908— es un litigante que ejercita el derecho de petición en nombre de la sociedad y del Estado".

Esta ley orgánica federal tiene su antecedente en la Ley Orgánica del Ministerio Público en el Distrito y Territorios Federales de 1903, que por vez primera le daba al Ministerio Público una organización jerárquica.

De acuerdo con el artículo 5o., había tres procuradores, jefes del Ministerio Público: uno en el Distrito Federal que también tenía competencia en el partido norte de la Baja California y en el territorio de Quintana Roo; otro, para los partidos del centro y del sur de la Baja California, con residencia en La Paz, y un tercero en el territorio de Tepic, como residencia en la capital del mismo.

### III. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL CONGRESO CONSTITUYENTE

El análisis de los artículos 21 y 102 del Proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza al Congreso Constituyente de Querétaro en diciembre de 1916 insiste en: a) la conveniencia del desvinculamiento del Ministerio Público del juzgador, confiriéndole la facultad exclusiva de investigación y persecución de los delitos, así como el mando de la policía judicial, que ya no sólo es una simple función (que incluía a funcionarios administrativos, al Ministerio Público y al juez), sino un cuerpo especial, y b) la facultad del Procurador General de la República de asesorar jurídicamente al Ejecutivo Federal.

Es de sumo interés lo que al respecto escribió Carranza en su exposición de motivos:

...Pero la reforma no se detiene allí, sino que propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante largo tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias.

Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia.

Los jueces mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la Independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda desnaturaliza las funciones de la judicatura.

La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley.

La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará este sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes.

Por otra parte, el Ministerio Público, con la Policía Judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más mérito que su criterio particular.

Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada; porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige...<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución, presentado al Congreso de Querétaro el día primero de diciembre de 1916.

El fragmento transcrito es de una importancia insoslayable. Tanto en los ordenamientos mexicanos anteriores a la Constitución de 1917 como en la organización del Ministerio Público francés, los funcionarios de policía, el Ministerio Público y el juez forman parte de la Policía Judicial. Dentro del sistema jurídico francés, el comisario de policía sigue actuando, aun cuando intervienen el Ministerio Público y el juez. La idea de Carranza es otra: es el Ministerio Público a quien corresponde el ejercicio de la acción penal y la persecución de los delitos, para lo cual se le subordina la policía judicial (función de Ministerio Público y, además, cuerpo especializado).

De esta manera, los jueces se han de avocar, justamente, a su función de juzgadores, recobrando toda su dignidad como tales. Por otra parte, se trata de quitar a los funcionarios administrativos y a la *policía común* (se debe entender: a cualquier policía que no sea la policía judicial, esto es, a la policía preventiva o administrativa) la posibilidad de realizar detenciones fuera de los casos de excepción que señala el artículo 16 de la Constitución.

En los debates destacan las intervenciones de José Natividad Macías, explicando la distinción entre policía preventiva y policía judicial, y de Enrique Colunga, quien subraya que con la *nueva* institución del Ministerio Público queda asegurada la libertad individual. Fue, precisamente, Enrique Colunga quien propuso la redacción finalmente aprobada del artículo 21.<sup>5</sup>

Aun cuando en los debates no se discutió a fondo el problema de la función procesal del Ministerio Público, se aceptaron las ideas delineadas en la exposición de motivos.<sup>6</sup>

Libertad individual asegurada con la institución del Ministerio Público, dijeron Carranza y Colunga. La libertad protegida contra los abusos de autoridad, contra decisiones no justificadas, contra excesos irracionales. Un objetivo grandioso. El Ministerio Público perseguiría los delitos sin incurrir en procedimientos atentatorios y reprobados.

¿Qué ha sucedido con esa misión que los más soñadores imaginaron que cumpliría el Ministerio Público? ¿Quedó asegurada la libertad individual, uno de los bienes más valiosos del ser humano, contra procedimientos atentatorios y reprobados? Es una pregunta que urge responder a 100 años de aquella ilusión.

<sup>5</sup> *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, t. II, pp. 236 y ss.

<sup>6</sup> *Idem*.

#### IV. SIN LÍMITE DE TIEMPO

El artículo 19 constitucional fija a los jueces un plazo, contado a partir de que el detenido es puesto a su disposición, de 72 horas —que puede ampliarse si lo solicita la defensa— para dictar el auto de sujeción a proceso o de libertad por falta de elementos para el proceso penal. Todos los jueces del país han cumplido con este plazo.

Pero la Constitución no establecía inequívocamente cuánto tiempo podía permanecer detenida una persona antes de ser puesta a disposición del juez.

La fracción XVIII del artículo 107 constitucional, en su párrafo tercero, disponía: “...será consignado a la autoridad o agente de ella el que realizada una aprehensión no pusiera al detenido a disposición de su juez dentro de las veinticuatro horas siguientes”.

El párrafo cuarto señalaba una excepción: “Si la detención se verificare fuera del lugar en que reside el juez, al término mencionado se agregará el suficiente para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y el en que se efectuó la detención”.

Todos coincidían, en los círculos académico y forense, en que, con base en la disposición constitucional transcrita, la detención derivada de una orden de aprehensión no podía prolongarse, con la excepción referida, más de 24 horas sin que el detenido fuera puesto a disposición del juez. No todos estaban de acuerdo, sin embargo, en que ese fuera el plazo si la detención derivaba de situaciones distintas.

Ese desacuerdo posibilitó que un detenido en separos policíacos permaneciera allí, sin ser puesto a disposición de un juez, por días y días, incluso semanas, sin más confin cronológico que el trazado en cada caso por el agente del Ministerio Público o por los agentes policíacos a cargo de la investigación.

La mayoría de los autores sostuvieron que el párrafo tercero de la fracción XVIII del artículo 107 constitucional se refería, en exclusiva, a las detenciones derivadas de órdenes de aprehensión. Los razonamientos no eran uniformes.

Así, por ejemplo, Guillermo Colín Sánchez opinaba que

...la averiguación previa tal parece que no pasó en ningún momento por la mente de los constituyentes, sino más bien es creación de quienes elaboraron los códigos de procedimientos penales... si el término de veinticuatro horas de que hemos venido hablando se observara y dentro del mismo se

llevara a cabo la consignación, ello rompería con la realidad, porque la práctica ha demostrado la imposibilidad de que en ese lapso el Ministerio Público pueda realizar las diligencias características de una averiguación seria y consistente; de lo contrario, se llegaría al extremo de consignar hechos no constitutivos de delitos y a personas ajenas a los mismos.<sup>7</sup>

Por su parte, Rigoberto López Valdivia sustentaba su postura en antecedentes históricos: señalaba que

...el término de veinticuatro horas establecido por el artículo 226 del Código de Procedimientos Penales de 1894 que reformó al de 1880, consignado posteriormente en la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución, no es un término impuesto a las autoridades que tienen que practicar una averiguación previa, sino para aquellas otras cuya función consiste únicamente en aprehender al reo y ponerlo a disposición de las autoridades competentes.<sup>8</sup>

También en la práctica forense de nuestro país prevalecía el punto de vista según el cual no existía un plazo —salvo si se trataba de órdenes de aprehensión— para que el detenido fuera puesto a disposición del juez. En todo el país las detenciones prejudiciales se prolongaban indefinidamente.

A ello contribuyó el silencio de los códigos de procedimientos penales. A veces, el silencio fue roto desacertadamente. El artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales disponía: “Al recibir el Ministerio Público diligencias de Policía Judicial, si hubiere detenidos y la detención fuere justificada, hará inmediatamente la consignación a los tribunales”.

Véase que se trataba al Ministerio Público y a la policía judicial como si fueran dos instituciones distintas, a pesar de que el artículo 21 constitucional ponía a ésta bajo las órdenes de aquel; obsérvese, también, que se le imponía al Ministerio Público la obligación de consignar inmediatamente, pero *después* de que recibía las diligencias de policía judicial para las cuales “no se fijaba plazo alguno”.

<sup>7</sup> Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 3a. ed., México, Porrúa, 1974, p. 237.

<sup>8</sup> López Valdivia, Rigoberto, *Ampliación del término constitucional de 24 horas*, ponencia presentada en la Primera Conferencia de Procuradores de Justicia, México, 1959.

Una persona podía permanecer detenida, antes de ser consignada ante un juez, indefinidamente: el tiempo necesario a criterio del Ministerio Público o de la policía judicial para integrar la averiguación previa. Estábamos en el reino de la inseguridad jurídica, de la ausencia de reglas claras y precisas.

La incertidumbre sufrida por un detenido respecto del tiempo que había de permanecer en los separos policiacos constituía, sin lugar a dudas, violencia moral —permitida por la ley— cuya intensidad podía llegar a configurar tortura. Imaginemos al detenido, al que no se le toca un cabello, pero se le advierte que no saldrá del separo mientras no firme la declaración que el agente ministerial o policiaco ha redactado. Al transcurrir los días persistiendo la incertidumbre, ¿no será el detenido presa de la zozobra?

Ante lo inaceptable de tal situación, a propuesta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se derogó en 1991 la fracción XVIII del artículo 107 constitucional y se estableció, en el artículo 16 de la ley suprema, el plazo de 48 horas para poner a un detenido a disposición de un juez o dejarlo en libertad, plazo que se podría duplicar en los casos que la ley previera como delincuencia organizada.

Este acotamiento es de la mayor importancia: significa seguridad jurídica. De aquí en adelante, el Ministerio Público estaba obligado a consignar en el lapso señalado —48 o 96 horas según el caso— o dejar en libertad al detenido.

## V. PLAZOS

Hasta antes de la reforma de 2008, la Constitución mexicana enumeraba los siguientes supuestos en que una persona podía ser detenida:

- a) Por orden del juez competente, que sólo puede dictarse si obran datos que comprueben que se ha cometido un delito y establezcan la probabilidad de que el indiciado sea autor o partícipe. En este caso la detención la hace la policía de investigación y el indiciado debe ser puesto de inmediato a disposición del juez que dictó la orden.
- b) En flagrancia, esto es, en el momento en que el sujeto está cometiendo el delito o inmediatamente después de que lo ha

cometido. En esta hipótesis cualquier persona puede realizar la detención, y debe entregar al detenido sin demora a la autoridad más cercana, y ésta, igualmente sin tardanza, debe ponerlo a disposición del Ministerio Público.

- c) En casos urgentes, cuando se trate de delito grave y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia, el Ministerio Público está facultado, bajo su responsabilidad, a ordenar la detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder, siempre y cuando no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia.
- d) Tratándose de infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, procede la detención si el infractor es sorprendido en flagrancia, y la sanción máxima es de arresto hasta por 36 horas.

En los supuestos b) y c), el Ministerio Público cuenta, invariablemente, con un plazo de 48 horas para consignar al detenido ante un juez, plazo que se puede duplicar (96 horas) en los casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Si en ese lapso el Ministerio Público no consigue pruebas de que se ha cometido un delito y de la probable responsabilidad del detenido como autor o partícipe, debe dejarlo en libertad.

En ningún caso la detención prejudicial podía prolongarse más de 48 horas, o de 96 si se trataba de delincuencia organizada. Así, quedaba debidamente protegido el derecho de toda persona a no ser detenida injustificadamente ni retenida por un lapso excesivo. Hasta que...

## VI. UNA EXCEPCIÓN

Del latín *ad* y *radicare*, “arraigar” significa, en la acepción que aquí interesa —dice el *Diccionario* de la Real Academia Española—, “notificar judicialmente a alguien que no salga de la población, bajo cierta pena”.

En los procesos civiles, el arraigo —medida cautelar cuyo propósito es asegurar el objeto y la buena marcha del proceso— procede, a petición de parte, cuando existe el temor de que se ausente u oculte la persona que vaya a ser o haya sido demandada, a fin de que no aban-

done el lugar del juicio, sin dejar representante o abogado que pueda intervenir en aquél y afrontar sus consecuencias.

En el procedimiento penal lo que interesa, asimismo, es que el inculcado comparezca ante la autoridad investigadora o ante la autoridad judicial y no escape a la acción de la justicia. Tradicionalmente se ha entendido que arraigar a una persona es ordenarle que permanezca dentro de la circunscripción territorial correspondiente al ámbito de competencia de la autoridad que persigue el delito o aquélla ante la que se realiza el proceso. Se entiende que dentro de ese territorio el arraigado es libre de desplazarse a discreción.

En concordancia con esa conceptualización, los códigos de procedimientos penales, federal y del fuero común, contemplaban el arraigo como la prohibición de abandonar el lugar del procedimiento o del proceso. En cambio, el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996 dispuso que el juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público, *en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud*. En el mismo sentido, en 1999 se reformó el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales a efecto de que el juez, a petición del Ministerio Público, pueda “decretar el arraigo domiciliario”.

El arraigo se convirtió entonces, contrariando su contenido semántico, en una privación de libertad, y no era precisamente domiciliario: el arraigado es recluido en el lugar solicitado por el Ministerio Público y no en su domicilio. Esa privación de la libertad procede sin que se esté en presencia de flagrancia ni haya datos que establezcan que existe la probabilidad de que el indiciado sea autor o partícipe de un delito; es decir, los datos que justificarían una orden judicial de aprehensión.

Reformas similares se llevaron a cabo en los diversos códigos procesales de las entidades federativas. Nació en nuestra legislación penal, con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, lo que Sergio García Ramírez llamó *el bebé de Rosemary*, evocando la memorable cinta de Roman Polanski, protagonizada por Mia Farrow, en la que el demonio engendra un hijo.<sup>9</sup>

Esa medida cautelar, aplicable sin que existan pruebas que permitirían al juez dictar una orden de aprehensión, tenía diversos periodos de duración en los distintos códigos, llegando hasta noventa días, lap-

<sup>9</sup> García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 89.

so más que suficiente para arruinarle la vida al afectado, ¡90 días de privación de la libertad sin que haya pruebas para iniciar un proceso!

## VII. LA SUPREMA CORTE BURLADA

En su resolución del 19 de septiembre de 2005, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró anticonstitucional la figura del arraigo con el siguiente razonamiento:

...en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.

Esa importante resolución de nuestro máximo tribunal fue burlada. Para evadir la inconstitucionalidad de la figura del arraigo, el Poder Constituyente Permanente (el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados) la introdujo posteriormente en la Constitución. Al ser incluida en ésta, ya no podía ser inconstitucional.

La reforma de 2008 adicionó el siguiente párrafo al artículo 16 de la ley suprema:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando

exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Además, el artículo decimoprimerio transitorio del decreto por el que se publicó la reforma disponía que la medida sería también aplicable, desde la entrada en vigor de la reforma hasta 2016, a los delitos considerados graves en la legislación penal.

Así, el atraco se constitucionalizó. Una persona contra la que no hay las pruebas que justificarían una orden judicial de aprehensión y el inicio de un proceso, es decir, un mero sospechoso, puede estar preso —pues no otra cosa es permanecer coactivamente en un sitio cerrado y designado unilateralmente por la autoridad— hasta por ochenta días, lapso en muchos casos más que suficiente para arruinar la vida profesional, la vida familiar, la vida amorosa y aun la fortaleza espiritual y el buen ánimo de una persona.

## VIII. REPROBACIÓN

El arraigo ha sido reprobado por organismos nacionales e internacionales de derechos humanos.

El Comité contra la Tortura de la ONU expresó, el 7 de febrero de 2007, preocupación por “la figura del «arraigo penal» que, según la información recibida, se habría convertido en una forma de detención preventiva con el uso de casas de seguridad (casas de arraigo) custodiadas por policías judiciales y agentes del Ministerio Público, donde se puede detener indiciados durante 30 días —hasta 90 días en algunos estados— mientras se lleva a cabo la investigación para recabar evidencia, incluyendo interrogatorios”, y propuso al Estado mexicano “garantizar que la figura del arraigo desaparezca tanto en la legislación como en la práctica, a nivel federal así como a nivel estatal”.

El Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU consideró, en el informe sobre su visita a México, que “la figura jurídica del arraigo puede llegar a propiciar la práctica de la tortura al generar espacios de poca vigilancia y vulnerabilidad de los arraigados, quienes no tienen ninguna condición jurídica claramente definida para poder ejercer su derecho de defensa”.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU lamentó, el 22 de marzo de 2010, la falta de aclaraciones sobre el nivel de pruebas necesarias para una orden de arraigo y recomendó al Estado mexicano la eliminación de esa figura jurídica.

La relatora especial de la ONU sobre la Independencia de Jueces y Abogados señaló, al concluir su visita a México en octubre de 2010, que la figura del arraigo es resultado del mal funcionamiento del sistema de investigación y procuración de justicia, pues coloca los incentivos en una dirección contraria al fortalecimiento de la capacidad investigativa de la autoridad, y viola el principio de presunción de inocencia.

La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), en su Recomendación 2/2011, consideró que “con la solicitud y otorgamiento de las órdenes de arraigo se prolongan privaciones de la libertad de las personas, sin controlarse la legalidad de la detención, lo cual viola el derecho a la libertad personal consagrado en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano”, y que

...el modelo de la reforma de 2008, al establecer en la Constitución el arraigo, se alejó de la concepción del derecho penal ciudadano y lo aproximó a modelos represivos de restricciones a los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en diversos instrumentos internacionales. A través del arraigo se establece un régimen de excepción.

## IX. APLICACIÓN DESMEDIDA

En su origen, el arraigo se pretendió justificar como una medida cautelar que impediría que un sospechoso evadiera la acción de la justicia, dañara al denunciante o a los testigos, o destruyera pruebas. En la legislación se permite su aplicación sólo en esos casos. En los hechos se ha aplicado abusivamente, aun cuando no se presente ninguno de esos supuestos. El Ministerio Público frecuentemente lo ha solicitado sin medida, y ciertos lamentables jueces sumisos han aceptado esas solicitudes sin justificación jurídica.

El arraigo frecuentemente se ha concedido con base solamente en la declaración de un testigo protegido. Esta expresión se emplea para denominar a testigos que no sólo reciben protección de las autoridades

des, sino que son *pagados* por el órgano de la acusación: declarantes que cobran por su declaración. Algunos *pájaros de cuenta*, incluso delinquentes condenados judicialmente, han hecho de la venta de sus imputaciones un *modus vivendi* declarando en numerosas indagatorias exactamente lo que sus pagadores querían escuchar.

Las cifras son elocuentes. En el período de diciembre de 2006 a noviembre de 2012 —el gobierno del presidente Felipe Calderón—, exclusivamente en el fuero federal, la Procuraduría General de la República solicitó 2,337 órdenes de arraigo contra 8,109 personas. Los jueces que resolvieron acerca de esas peticiones fueron, en general, sumamente obsequiosos: otorgaron 2,227 mandatos contra 7,739 indiciados, es decir, el 95% de los solicitados.

¿El uso desmesurado de la figura mejoró la procuración de justicia, al concederse al órgano de la acusación un plazo extremadamente largo para integrar una buena averiguación previa con detenido? No. De las personas arraigadas solamente se consignó ¡al 5%! Contra el 95% restante nunca se consiguieron las pruebas que acreditaran su presunta responsabilidad en el delito o los delitos que se les imputaban. Esas cifras sugieren que la gran mayoría de los jueces no cumplieron con su función de proteger los derechos de los indiciados.

En un país con una cultura sólida de respeto a los derechos humanos, este abuso reiterado habría generado un escándalo. No en el nuestro. Ni la prensa ni los legisladores ni los partidos de oposición ni la Comisión Nacional de los Derechos Humanos parecen incómodos. Por el contrario, la aplicación desmedida del arraigo encuentra condiciones propicias en una opinión pública sobreexcitada por el tema de la inseguridad ciudadana.

En efecto, la opinión pública mayoritariamente prejuzga que la persona detenida por la policía es responsable de un delito, y, por tanto, el arraigo no sería más que un adelanto de la pena que ha de merecer. Los medios de comunicación dan a entender que dejar en libertad a un indiciado, en lo que se concluye la investigación, es dejarlo impune del delito por el cual mediáticamente ya se le ha juzgado. Se trata de un proceso paralelo en el cual al inculpado no se le concede la presunción de inocencia ni ninguno otro de los derechos que le corresponderían en el procedimiento penal. Contra lo que quizá supondría una postura izquierdista, el arraigo no sólo se aplica excesivamente contra indiciados pobres, sino también contra personajes encumbrados, ricos o famosos, con apoyo en el discurso de que nadie está por encima de la ley.

Si al final no se puede condenar al procesado, al menos el arraigo cumple en el imaginario social la función de hacer creer que algo se hizo contra la impunidad. La presunción de inocencia no es un principio que esté firmemente arraigado en la conciencia de la gran mayoría de los ciudadanos.

## X. RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES

Ocho años después de su propia resolución, que declaró inconstitucional el arraigo, y cinco después de la reforma que lo constitucionalizó, la Suprema Corte tuvo la ocasión de expulsar esa figura cautelar de nuestro universo jurídico.

Otra reforma a la Constitución, la de 2011, modificó el artículo 1o., cuyo segundo párrafo quedó en los siguientes términos: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales en la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

La disposición no establece, en materia de derechos humanos, jerarquía alguna entre la Constitución y los tratados internacionales: es aplicable la norma que, independientemente de que forme parte de aquella o de éstos, tutele más ampliamente tales derechos.

Lo que el texto citado ha introducido en la Constitución es el principio que la doctrina denomina *pro homine* o *pro persona*, en virtud del cual queda superada la antigua polémica sobre jerarquía normativa. Prevalece la norma que brinde mayor protección a los individuos.

Con base en dicho principio, los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen jerarquía supraconstitucional cuando sus normas son más benéficas para la persona, pero la Constitución tiene una jerarquía superior a la de los tratados, cuando la disposición constitucional le otorga mayor protección al individuo.

Sin embargo, en sesión del 3 de septiembre de 2013, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por diez votos contra uno, que los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales pueden restringirse si así lo establece una disposición constitucional.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Contradicción de tesis 293/2011.

La resolución de la Suprema Corte supone la inaplicación del principio *pro homine* siempre que un texto constitucional restrinja los derechos consagrados en los tratados internacionales, no obstante la redacción inequívoca, aunque peculiar, del párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución y el mandato del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual “los Estados Partes no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Como lo expresó el ministro José Ramón Cossío, al argumentar su voto en contra, con la resolución de la Suprema Corte —garante de los derechos humanos— van a prevalecer las restricciones que la Constitución imponga a los derechos convencionales —los contenidos en convenciones o tratados—, con lo cual el principio *pro persona* ya no jugará como un equilibrador o como un universalizador.

No obstante, los juristas Alejandra Medina Mora, Pedro Salazar y Daniel Vázquez defienden que

...la tarea de la justicia como intérprete de las restricciones constitucionales a los derechos no puede quedar zanjada con una regla general... En realidad, los jueces deberán seguir haciendo interpretaciones y adoptando decisiones abandonando la lógica de las jerarquías y dotando de sentido y contenido al principio *pro persona*.<sup>11</sup>

Año y medio después, en sesión del 14 de abril de 2015, la Suprema Corte de Justicia avaló —aunque por mayoría de un solo voto, seis contra cinco— la figura del arraigo, que establece en un texto constitucional una severa restricción a la libertad al permitir que una persona permanezca detenida por un lapso considerable sin las pruebas que permitirían abrirle un proceso.

El fallo es congruente con la resolución del 3 de septiembre de 2013, pero viola lo ordenado en el párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución y el mandato del artículo 27 de la citada Convención de Viena. Todos los ministros reconocieron, a pesar del aval, que el arraigo es cuestionable. Tan cuestionable que no se le pudo defender con una sola razón jurídica. Los argumentos fueron, sin excepción, meta-jurídicos.

<sup>11</sup> Medina Mora, Alejandra *et al.*, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, 2015, p. 131.

De los argumentos expuestos para defender el arraigo, dos me llaman particularmente la atención. Uno de ellos es curioso. La Corte —dijeron reiteradamente varios ministros en la sesión— tenía que “darle una deferencia al poder constituyente de manera indefectible”. Deferencia significa —dice el *Diccionario* de la Real Academia Española— “adhesión al dictamen o proceder ajeno, por respeto o por excesiva moderación; muestra de respeto o de cortesía, o conducta condescendiente”. Es decir, por cortesía, condescendencia o excesiva moderación, la Corte (los seis ministros que suscribieron el fallo mayoritario) admite que una figura indefendible prevalezca sobre los derechos humanos.

Con la misma deferencia también por el constituyente permanente, nuestro máximo tribunal pudo optar por aplicar en ambas resoluciones, la del 3 de septiembre de 2013 y la del 14 de abril de este año, el segundo párrafo del artículo 1o. reformado de la Constitución, que consagra el principio *pro homine*, y que igualmente es de la autoría de ese poder. De esa manera, además de la deferencia por el constituyente permanente, el alto tribunal asimismo la hubiera tenido con la supremacía jerárquica de los derechos humanos y con todas las víctimas —pasadas, presentes y futuras— de la aplicación del arraigo.

El otro argumento fue que el arraigo tiene entre sus finalidades la de hacer efectivos los derechos de las víctimas. Con esa lógica, cualquier abuso contra un indiciado —la detención indebida, la cancelación del derecho a la defensa, la tortura— estaría justificado: todos esos atropellos favorecerían un fallo condenatorio. Volveríamos a la Inquisición.

Pero ¿eso hace efectivos los derechos de las víctimas? Por supuesto que no. Lo que las víctimas quieren, además de que se les brinde una atención profesional y se les repare el daño, es que los culpables de los delitos sean castigados, y eso no se logra restringiendo o suprimiendo derechos a éstos, sino con una investigación escrupulosa y eficaz por parte del Ministerio Público. Por lo demás, hay que decir que el arraigo no ha aumentado la eficacia de dicho órgano de la acusación. De los miles y miles de arraigos que se han aplicado, en 97% de los casos no se han obtenido pruebas para iniciar un proceso penal contra los indiciados.

Burlada su resolución que declaró inconstitucional el arraigo, la propia Suprema Corte optó por dejar intocada esa medida cautelar y blindarla contra las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos. Una decisión lamentable.

## XI. UN NUEVO ARRAIGO, *AD INFINITUM*

La expedición de un código nacional de procedimientos penales —fundamento para el establecimiento en todo el país del sistema penal acusatorio ordenado en la reforma constitucional de 2008— generó grandes esperanzas. Se cuenta ahora, por primera vez, con un ordenamiento que pondrá fin a la dispersión legislativa en la materia, estableciendo el enjuiciamiento penal acusatorio en todo el país, tanto en el fuero federal como en el fuero común, dentro del plazo concedido en la reforma constitucional, que vence en junio de 2016.

El nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial* el 5 de marzo de 2014 —que entrará en vigor gradualmente—, contiene disposiciones plausibles, pero también normas contrarias a los principios democráticos y de derechos humanos de un enjuiciamiento penal. Una de esas normas es la más inadmisibles.

El arraigo —la medida cautelar más abusiva porque, contrariando los más elementales principios de la justicia y los derechos humanos, como aquí ha quedado apuntado, permite que se detenga por largo tiempo a una persona sin pruebas de que probablemente haya cometido un delito— no se menciona en el articulado del código, pero al disponerse que no quedan derogadas las normas de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, esa figura seguiría vigente en apariencia sólo para los delitos previstos en dicha ley.

Sin embargo, una disposición del código instaura, sin atreverse a decir su nombre, un arraigo mucho más abusivo.

### Artículo 155. Tipos de medidas cautelares

A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:

...

VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a (*sic*) institución determinada;

...

Esta medida cautelar no se limita a cierta clase de delitos —graves, federales, de delincuencia organizada—, por lo que podrá ser aplicada a todo imputado, independientemente del delito de que se trate. Por otra parte, su duración no ha quedado señalada, por lo que dependerá exclusivamente del arbitrio del juez.

En consecuencia, esta medida resulta peor que el anterior arraigo, porque se puede aplicar sin que importe la clase del delito imputado y no tiene plazo de duración, por lo que se puede prolongar indefinidamente durante todo el procedimiento. En cambio, el arraigo previsto en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que es el que permite el artículo 16 constitucional, se aplica solamente a los delitos llamados de delincuencia organizada enlistados en las siete fracciones del artículo 2o. de dicha ley, y tiene un plazo máximo de duración de ochenta días (artículo 12).

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra otras disposiciones del nuevo código, pero extrañamente no contra esta nueva medida cautelar.

Es inadmisibles que dicha medida anticonstitucional y desmesurada permanezca en el código, y que se pueda aplicar en los nuevos procedimientos acusatorios a los que contaminaría gravemente por ser una flagrante contradicción al enjuiciamiento penal auténticamente acusatorio propio de un sistema democrático y respetuoso de los derechos humanos.

El arraigo se tiene que eliminar de la legislación penal mexicana, pero es particularmente urgente que el Congreso de la Unión derogue este nuevo arraigo *ad infinitum* y sin restricciones del Código Nacional de Procedimientos Penales. Así lo solicitó el Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México (PUDH-UNAM) al Congreso de la Unión en mayo de 2014. No se ha recibido respuesta alguna.

## XII. TELÓN

La conclusión es triste: nuestro Ministerio Público, además de que ha sido sumamente ineficaz en la persecución de los delitos, lejos de ser garante de la libertad como esperaban y anhelaban los constituyentes de Querétaro, ha incurrido contra ella en los procedimientos atentatorios y reprobados que éstos creyeron desterrados.