

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE RESTRICCIONES AL DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD: LA DETENCIÓN Y EL ARRAIGO*

Mercedes PELÁEZ FERRUSCA**

SUMARIO: I. Presentación. II. Concepción legalista y derechos humanos en el arraigo en México. III. Respeto a la dignidad de la persona, proporcionalidad y derecho a la legalidad en la detención y el arraigo. IV. La detención y la privación de libertad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al arraigo.

I. PRESENTACIÓN

Algunos de los factores que hicieron posible en nuestro país, durante las últimas dos décadas, la sobreutilización del arraigo como medida cautelar y, con ello, el abuso de una de las prácticas más controvertidas de la historia jurídica nacional, están referidos no solo a los cada vez más altos índices delictivos, sino particularmente a la notoria dificultad de las autoridades persecutoras del delito de realizar eficazmente la labor de investigación.

Entiéndase por eficaz una persecución penal apegada a los principios y normas que hacen del derecho penal un instrumento protector de bienes jurídicos, de los bienes jurídicos de todas las personas; primordialmente, para el derecho penal liberal, del bien jurídico llamado libertad.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) las sanciones administrativas son como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones naturaleza similar a la de éstas [182]. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida es-

* Ponencia presentada en el marco de las XIV Jornadas Penales, organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, del 3 al 6 de diciembre de 2013, en México.

** Directora general de estrategias para la atención de derechos humanos de Segob y miembro supernumerario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

trictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado [183]. En igual sentido, el Grupo de trabajo sobre la detención arbitraria sostuvo que el derecho a la libertad personal exige que los Estados recurran a la privación de libertad solo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa necesidad [184].¹

La tensión entre “seguridad y derechos humanos” se manifiesta en el arraigo en forma agravada, pues la naturaleza y la práctica misma de esta medida cautelar desmienten la compleja composición de valores y principios que informan y limitan al derecho penal; como potestad punitiva, el derecho penal de los Estados democráticos impone límites a la actividad persecutora de delitos, tanto por lo que se refiere a la conducta punible como a la responsabilidad del autor. El arraigo como figura procesal constituye una regresión peligrosa a estadios pregarantistas, en donde el procedimiento estaba basado en la detención de la persona para realizar la investigación.

No obstante las claras muestras de las terribles implicaciones del uso del arraigo, la práctica jurídica mexicana usa y abusa de la medida cautelar con especial predilección por las justificaciones de corte coyuntural y alarmista, como la violencia generalizada o los altos índices delictivos; para más tarde, en muchos casos, durante la consignación o el proceso, descubrir que se trata de conductas no graves o fuera de los supuestos previstos y autorizados por la previsión constitucional y legal correspondientes.

El arraigo fue incorporado a la Constitución mexicana en la reforma penal de 2008. A pesar de las muchas voces que clamaban por su ilegitimidad e inconstitucionalidad, el Constituyente optó por darle carta de naturaleza constitucional.

La crítica a esta figura venía de tiempo atrás por su incompatibilidad con los artículos 7.5, 8.2 y 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues se entiende —entonces como ahora— que con ella se violenta, en principio, el derecho a la libertad personal y el derecho de circulación y residencia; pero, sobre todo, porque se transgreden además principios elementales del debido proceso, como la presunción de inocencia, la defensa y la contradicción.

En los hechos, esto significa que en México, la autoridad, antes de contar con pruebas suficientes para acusar a una persona de haber cometido

¹ *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 23 de noviembre de 2010, serie C, núm. 218, párrs. 170 y 171.

algún delito, puede detenerla y mantenerla privada de su libertad, incluso en casos en los que los indicios o sospechas del ilícito no llegan a constituir elementos de probabilidad, como se exige para la expedición de la orden de aprehensión. Como se verá más adelante, la exigencia a la autoridad investigadora, respecto de los elementos en los que basa su acusación, por parte de los jueces, es muy menor.

II. CONCEPCIÓN LEGALISTA Y DERECHOS HUMANOS EN EL ARRAIGO EN MÉXICO

Los individuos, los colectivos humanos y las organizaciones se encuentran sujetos a la operación sincrónica de complejos sistemas —jurídicos y no jurídicos—, que regulan la interacción social. Los campos normativos articulan sistemas de pensamiento —narrativas acerca de lo debido y lo indebido; de lo legal y lo ilegal; de lo justo y lo injusto, etcétera— con secuencias de acción (dimensión pragmática).

En el caso del campo jurídico, este conecta sistemas de pensamiento y pautas de acción de conformidad con un momento del desarrollo en la cultura de la juridicidad, cuya singularidad se encuentra definida y matizada por las particularidades históricas, sociales y culturales de cada comunidad, local o regional.

Las sociedades latinoamericanas comparten, utilizando una expresión de Carlos Monsiváis, una suerte de *aire de familia*² en sus sistemas de pensamiento y prácticas de la juridicidad. La identidad o *aire de familia* de la tradición jurídica latinoamericana, hasta un pasado reciente, se había encontrado caracterizada, de modo destacado, por un atributo: la concepción del derecho como un mero sistema de reglas.

El paradigma legalista o normativista del derecho latinoamericano — como ha expuesto Vigo en *De la ley al derecho*— configura un modelo que adoptó como estructura arquetípica y específica de la juridicidad a la *textualidad* y, específicamente, a la *norma jurídica*, ejes simbólicos de las rutinas organizacionales de razonamiento y determinación legal.

El *texto de la norma* constituye, en dicha tradición, un supuesto general, abstracto y permanente confrontable con un determinado campo de eventos de orden fáctico o fenomenológico. En consecuencia, la legalidad, validez o legitimidad de una acción subjetiva o colectiva, en ese sistema de pensamiento normativo, deriva de su adecuación o no a las prescripciones positivas o negativas previstas por el enunciado normativo.

² Monsiváis, Carlos, *Aires de familia. Cultura y sociedad en América Latina*, Barcelona, Anagrama, 2000.

El derecho concebido, de modo restricto, como un mero sistema de normas, desde esa perspectiva, propició —utilizando una categoría propuesta por el sociólogo francés Raymond Boudon— *efectos perversos* o *emergentes*³ en los sistemas jurídicos latinoamericanos.

El campo del derecho penal, en particular, las restricciones previstas normativamente respecto del derecho humano a la libertad, son un referente obligado para reflexionar los efectos perversos de la perspectiva de tradición legalista del derecho, toda vez que figuras jurídico-penales, como la detención, el arraigo o la privación de la libertad, se encuentran caracterizadas, de modo rutinario, por la condición de la paradoja y el dilema, al generar en la puesta en operación de la política pública penal un *tipo calificado de conflictos*, esto es, algo más que simples conflictos, por encontrarse asociados, de modo sistemático, a la arbitrariedad y a la discrecionalidad por parte de los operadores del sistema penal y, también, por sus problemas para sustentar su razonabilidad, proporcionalidad y sentido de lo justo.

Por otro lado, tampoco debemos obviar que la construcción del sistema penal en la mayor parte de los países latinoamericanos se debió en gran medida al florecimiento de los regímenes totalitarios, que impregnaron al derecho penal de la influencia de las razones de Estado como justificación para la abusiva intromisión del aparato represor en la vida civil y en los derechos ciudadanos, como una medida para salvaguardar la seguridad del Estado.

Una derivación de ese modelo se aprecia claramente en la política de seguridad pública y el derecho penal de excepción que caracteriza, en América Latina, la última mitad del siglo XX, con las legislaciones para combatir la delincuencia organizada.

Otra muestra de ello es la proliferación desde comienzos del siglo XX del abuso de la prisión preventiva, de la que la Corte ha dicho que

Es una medida cautelar y no punitiva, existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, se podrá ordenar la prisión preventiva de un imputado sólo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acre-

³ La categoría *efecto perverso* puede apropiadamente ser reservada a tipos de situación en que los efectos o resultados de una forma de pensamiento y/o secuencia de acciones tienen un carácter manifiestamente pernicioso para la interacción social. Dicha categoría ha sido desarrollada por Raymond Boudon en *The Unintended Consequences of Social Action*.

dite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho, ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia.⁴

Este es el escenario normativo del florecimiento del arraigo como medida procesal. Ante la imposibilidad de los sistemas punitivos de garantizar los principios de necesidad, subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal, se optó por expandir el derecho penal de excepción, arrasando muchas de las garantías y derechos fundamentales ganados en el ámbito constitucional.

La influencia de los derechos humanos

Una de las manifestaciones del proceso de deconstrucción o, para decirlo de otra manera, de la transición por parte de los sistemas jurídicos latinoamericanos hacia un nuevo paradigma o cultura jurídica, se encuentra presente en las formas de pensar y de generar nuevas prácticas jurídicas promovidas desde la perspectiva de los derechos humanos.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece la oportunidad de establecer un reconocimiento de los atributos de un paradigma que se desplaza de la veneración dogmática de la textualidad normativa hacia una visión ponderativa y argumental.

Ese desplazamiento de paradigma se observa en la importancia que adquieren en el nuevo diseño constitucional, el criterio de interpretación sistemática conforme a la Constitución; la preeminencia de los principios pro persona, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y, en general, las lógicas hermenéuticas y deliberativas que suponen la armonización de los derechos constitucionales con la diversidad de instrumentos —tanto del sistema universal y como del interamericano— contenidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado mexicano, así como la inclusión del control constitucional y control de convencionalidad difuso, a partir de la reforma al artículo 1o. de la Constitución federal, como un acto que debe ser ejercido por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación.

Esta nueva visión está sustentada en un ejercicio argumental e interpretativo de las posibilidades y obstáculos de la intertextualidad jurídica; así

⁴ Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 20 de noviembre de 2009, serie C, núm. 207, párr. 144.

como de los sistemas de prácticas institucionales y rutinas informales de las organizaciones y de los operadores del sistema jurídico. Es decir, un sistema complejo de valoraciones que con aquella imagen descrita por Kafka, en la novela *El proceso*, donde el operador del derecho es solo y simplemente un guardián de la ley.

El nuevo paradigma reivindica la función del operador del derecho como un agente social que es garante de la salvaguarda de los principios que sustentan lo justo y, sobre todo, el sentido del respeto irrestricto a la dignidad de toda persona.

III. RESPETO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA, PROPORCIONALIDAD Y DERECHO A LA LEGALIDAD EN LA DETENCIÓN Y EL ARRAIGO

La jurisprudencia de la Corte Interamericana utiliza la ponderación como técnica interpretativa y argumental cuando judicialmente la subsunción ha sido insuficiente para evitar la afectación de los derechos humanos de una persona.

La ponderación, además de establecer una valoración del contexto normativo de un caso específico de probables violaciones a derechos humanos, recaba las deliberaciones entre los actores institucionales vinculados al caso y la persona que reclama que ha ocurrido en su perjuicio una violación a sus derechos fundamentales.

La ponderación se establece como un conflicto entre principios presentes en la norma jurídica. La necesidad de este ejercicio ha quedado positivado en la Constitución a partir de las reformas de 2011, que implican para la actividad judicial en el proceso penal, un control no solo de la legalidad en sentido amplio, sino muy especialmente de la convencionalidad, a partir de la cual se obliga a los juzgadores a resolver sobre la privación de libertad, como detención o como arraigo, a la luz de los instrumentos y resoluciones de derechos humanos derivados de los sistemas regionales e internacionales de protección de derechos.

Un aprendizaje que se deriva del examen de algunos criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acerca de la figura de las diversas modalidades de la restricción del derecho humano a la libertad personal, tiene que ver con el postulado de respeto de la dignidad de la persona, que exige que la aplicación de la ley penal o administrativa no se conviertan en un fin en sí mismo.

Si la ley se aplica de manera formalista, es decir, sin atender los efectos que produce la medida o sanción en las personas detenidas o descuidando

las acciones en virtud de su calidad de garante frente al detenido, se convertiría la medida o sanción en un sí mismo, haciendo entrar en conflicto legalidad y respeto de la dignidad de las personas.

A diferencia de la perspectiva normativista que busca establecer la subsumción del hecho a la descripción de la norma jurídica, el sistema de ponderación desde la perspectiva de derechos humanos establece un régimen de interpretación contextual e interaccional, bajo el cual la detención como circunstancia prevista por el régimen normativo debe garantizar para la persona detenida condiciones de la detención —materiales, de trato y cuidado— de conformidad con estándares mínimos internacionales y establece en esa interacción el papel de garante —de la salud y bienestar del detenido— a cargo del Estado.

El principio de respeto de la dignidad de la persona se conecta a la obligación del Estado a una intervención sustentada en la proporcionalidad de la medida, a la utilidad de la medida, a la prohibición de la tortura y a las penas o tratos inhumanos o degradantes, así como para evitar condiciones de vulnerabilidad del detenido al impedir establecer la red social que gestionar las acciones de asistencia jurídica que el caso amerite.

El principio de respeto de la legalidad se encuentra vinculado a la taxatividad de las previsiones de las infracciones y/o los delitos, así como de las sanciones (exigencia de ley formal y estricta). Asimismo, implica la materialización de los beneficios procesales de defensa que la ley prevea, así como el control judicial del procedimiento bajo condiciones de imparcialidad y el respeto a la presunción de inocencia. También, la motivación y fundamentación de la intervención de los operadores del sistema jurídico.

A nuestra revisión y análisis de criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las que se alude a la figura de la detención, encontramos factible identificar que esta potestad del Estado, prevista en diversos ordenamientos jurídicos de los Estados parte de la Organización de Estados Americanos, se estructura en cada caso concreto bajo la forma de la pretensión de una colisión de valores o principios confrontados al derecho humano a la libertad, que parece obligar al Estado a establecer una medida restrictiva de la libertad. Entre esos valores confrontados al derecho humano a la libertad se alude, en algunos casos, a la obligación de salvaguarda de la seguridad pública y, en otros, a generar las condiciones necesarias para garantizar que una persona no escape a la acción de la justicia.

Identificar un conjunto abierto de prescripciones jurídicas, vinculadas, en un sentido amplio, a una colisión de principios que por un lado aluden a valores tales como la seguridad pública o favorecer las condiciones para que un probable responsable no eluda la acción de la justicia, y por otro se

confrontan con el derecho a la libertad personal, la proporcionalidad, la presunción de inocencia, el debido proceso, entre otros.

Así como de la intervención de una serie diversa de operadores del Estado, cuya actividad se despliega como una manifestación sancionadora del derecho, en sentido amplio, y no solo del derecho penal —aquel que orbita entorno de la textualidad del Código Penal—, sino que abarca sectores como el derecho administrativo o el derecho penitenciario. Todo aquello —como diría Sánchez-Ostiz⁵— que podría englobarse bajo la denominación común de *derecho sancionador*.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es prolífica en identificar la figura de la detención, particularmente en su aspecto negativo, como detención arbitraria, por contravenir las disposiciones de la Convención Americana y otros instrumentos interamericanos.

La detención policial, el arraigo en establecimientos administrativos o la prisión preventiva son algunos de los eventos fácticos que establecen campos de interacción entre las personas y los encargados de hacer cumplir la ley. Interacción que es de observar obedece a esquemas normativos, rutinas institucionalizadas o eventos para los cuales parece no existir un esquema normativo previo y ante la incertidumbre se realizan acciones de orden discrecional.

Respecto de la aplicación material del arraigo como forma de privación de la libertad, es adecuado decir, tal como sostiene la Corte Interamericana, que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal.⁶

Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar *condiciones de detención* que no cumplan con los estándares mínimos.⁷

Los razonamientos aducidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en la hipótesis de que una autoridad emite un acto que le depa-

⁵ Sánchez-Ostiz, Pablo, *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 34 y 35.

⁶ *Caso Díaz Peña vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 26 de junio de 2012, serie C, núm. 244, párr. 135.

⁷ Corte IDH, *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*, sentencia del 19 de mayo de 2011, serie C, núm. 224, párr. 42.

ra un perjuicio, impone que la determinación de esas autoridades no solo busque justificación en el imperio de la ley, sino que los efectos materiales de esa determinación no puedan desligarse del imperio del derecho, esto es, de la Constitución, de los principios; la contradicción entre las formalidades de la determinación legal y las condiciones materiales derivadas de esa resolución para la integralidad de derechos de la persona es responsabilidad del Estado, por lo que es recusable por violatoria a los derechos humanos por parte de los intérpretes y argumentadores, bajo el paradigma del Estado constitucional de derecho.

Al respecto es pertinente hacer referencia a tres aspectos a los que ha hecho alusión Robert Alexy:⁸ los derechos humanos han adquirido “un efecto de irradiación” sobre el sistema jurídico, cuyo resultado es la ubicuidad de los derechos constitucionales; los derechos constitucionales se encuentran vinculados al principio de proporcionalidad; el contenido de los derechos constitucionales se ha expandido más allá de los derechos constitucionales clásicos, que se restringían a la acción negativa u omisión estatal, para incorporar la acción positiva del Estado respecto de la salvaguarda y la garantía del respeto, promoción y desarrollo de los derechos humanos.

El proceso de constitucionalización de las prácticas de las organizaciones encargadas de la procuración y administración de justicia, bajo la perspectiva de derechos humanos, hace necesaria una profunda y radical reflexión acerca de los contextos más amplios en los que esas prácticas ocurren, para efecto de formular rutas de solución que permitan la viabilidad y eficacia de los cambios en nuestra cultura jurídica, principalmente en el desarrollo de buenas prácticas que materialicen el principio pro persona y garanticen la accesibilidad a la justicia por parte de la ciudadanía. Al respecto, debe atenderse la siguiente consideración de Atienza:

A mí me parece que la explicación de fondo —y obvia— de que si el Derecho es un subsistema del conjunto social, no parece que ese subsistema pueda dejar de reflejar el conflicto estructural que caracteriza nuestras sociedades; el Derecho no puede dar siempre una solución justa si opera en el marco de una sociedad que dista de ser justa. Por eso la conciencia de lo trágico, el sentimiento de pesar o de sacrificio, debería cumplir, precisamente, la función de recordar a los juristas (a los jueces) su deber (como ciudadanos) de contribuir al cambio social de manera que disminuya la dimensión de lo trágico en el Derecho.⁹

⁸ Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, México, Fontamara, 2007, pp. 45-51.

⁹ Prólogo de Manuel Atienza al texto de Lariguet, Guillermo, *Dilemas y conflictos trágicos. Una investigación conceptual*, Perú, Palestra-Temis, 2008, p. 25.

IV. LA DETENCIÓN Y LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU APLICACIÓN AL ARRAIGO

La figura procesal del arraigo mexicano constituye una medida de naturaleza cautelar que consiste en la privación de la libertad de una persona con fines de investigación. La previsión constitucional y procesal federal del arraigo está determinada por ciertos supuestos:

- A solicitud del agente del Ministerio Público.
- Decretada por autoridad judicial.
- Modalidades de tiempo y lugar que la ley señale.
- Sin que exceda de 40 días, prorrogables siempre que el agente del Ministerio Público demuestre que subsisten las causas que le dieron origen, la duración total del arraigo no podrá exceder de 80 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 inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

El artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, fijando un estándar de posibilidades menos exigente que el texto constitucional, establece que el arraigo domiciliario:

- Podrá ser decretado por la autoridad judicial.
- A petición del agente del Ministerio Público.
- Tratándose de delitos graves.
- Siempre que sea necesario para el éxito de la investigación.
- La protección de personas o bienes jurídicos.
- Cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.
- Se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de 40 días.

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

Por tratarse de una forma restrictiva de la libertad, debería de quedar claro que las circunstancias de urgencia y flagrancia y las consecuentes exigencias a la autoridad investigadora se mantienen vigentes. Lo anterior,

porque esta forma de privación de libertad no supone una excepción a las reglas que para la detención exigen la Constitución y la ley a la autoridad en materia de legalidad.

No obstante, pareciera que la vaguedad con que el Código Federal de Procedimientos Penales y otros ordenamientos estatales regulan el arraigo, favorece la extrema discrecionalidad con que se tramita esta forma privativa de libertad.

A pesar de su naturaleza cautelar extraordinaria, la práctica del arraigo le ha convertido en instrumento de uso regular, como si la ley autorizara a, sin detener a la persona, arraigarla sin control judicial de la detención.

El arraigo implica la detención de la persona, y es por ello que la tramitación de la solicitud de arraigo debería estar más dirigida a garantizar tanto la legalidad de la detención como de la medida, y no, como se realiza en la práctica, favorecer la falta de elementos del agente del Ministerio Público con la disposición de la libertad de la persona.

En este sentido la CA y la jurisprudencia de la CI se han pronunciado por “los numerales 2 y 3 del artículo 7o. establecen límites al poder público y prohíben expresamente tanto las detenciones ilegales como las arbitrarias. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (*aspecto material*), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (*aspecto formal*)”.¹⁰

Que la restricción de libertad pueda extenderse en el tiempo hasta 80 o 90 días, como de hecho ha sucedido, nos obliga a revisar detenidamente los criterios de la Corte Interamericana, dado que hasta el momento en que se escriben estas palabras, no ha habido ninguna sentencia interamericana sobre el arraigo; el análisis versará sobre los parámetros establecidos por la propia Corte tanto a la detención como a la prisión preventiva.

En este sentido, el artículo 7.5 de la Convención Americana es muy precisa al determinar el compromiso de los Estados de que toda persona detenida o retenida sea llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y también establece que tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112, párr. 224; en relación con el *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 25 de mayo de 2010, serie C, núm. 212, párr. 90, entre otras.

El conjunto de derechos fundamentales afectados por las circunstancias en que se practica el arraigo, hacen de esta medida una de las más lesivas para la persona humana. El arraigo se ejecuta en establecimientos habilitados para tal fin, sin ningún control ni supervisión de lo que ahí sucede, por lo tanto, es importante tomar en cuenta no solo los derechos relacionados al debido proceso, sino también aquellos que van dirigidos a proteger a las personas en circunstancias de reclusión.

1. *De la detención y la tramitación del arraigo*

Con la finalidad de economizar espacio y tiempo, permítaseme hacer un análisis detallado del arraigo, implicando en este a la detención y algunos aspectos de las restricciones que a la libertad, materialmente, se llevan a cabo durante la ejecución del arraigo.

Las únicas posibilidades legales de detener a una persona son, de acuerdo con la ley, la urgencia, la flagrancia y la ejecución de una orden de aprehensión. El arraigo no implica, tal como se practica actualmente, ninguna de ellas.

La distorsión con que opera el arraigo permite a la autoridad evadir el control judicial de la legalidad de la detención. Los supuestos de urgencia y flagrancia obligan al agente del Ministerio Público a poner a disposición de la autoridad judicial, en un término de 48 horas, al detenido.

En ocasiones, ante la detención de una persona sin mandamiento judicial y su presentación a rendir declaración ministerial en calidad de probable responsable, el agente del Ministerio Público decreta “caso urgente” ante la gravedad del delito,¹¹ y con solo la mera advertencia ministerial de evasión de la acción de la justicia, solicita el arraigo, aunque no consten mayores elementos que permitan satisfacer las exigencias legales para la expedición de la orden de aprehensión.

En el caso del arraigo, la autoridad ministerial no presenta con la solicitud de arraigo la puesta a disposición de la persona, cuando en realidad se trata de una forma de privación de libertad, por lo que el control de legalidad de la detención formalmente no se lleva a cabo, ni en este, ni en ningún otro momento, pues, en la mayoría de los casos, antes de vencerse el arraigo

¹¹ Si bien el arraigo se solicita por un delito grave, es posible que la consignación se presente por uno no grave, es decir, por uno que no permite como supuesto el arraigo. El insuficiente control judicial de las garantías del debido proceso promueve la discrecionalidad de la autoridad ministerial. Recomendación 02/2011, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, p. 10.

el agente del Ministerio Público tramita la consignación sin detenido, solicitando una orden de aprehensión que se ejecuta en el momento mismo en que el arraigado sale del lugar de custodia.

La exigencia legal de la inmediata “puesta a disposición de la persona ante autoridad judicial” permite equilibrar el control que, de facto, la autoridad administrativa ejerce sobre el ciudadano; busca protegerle de arbitrariedades e incluso de detenciones ilegales, es el juez el garante de los derechos del ciudadano y es, asimismo, el órgano de control de los actos de autoridad, especialmente de aquellos tan invasivos de los derechos ciudadanos.

La CoIDH ha sostenido que el artículo 7.5 de la CI dispone que la detención de una persona, debe ser sometida sin demora a revisión *judicial* [46]. En este sentido, la Corte ha señalado que el *control judicial* inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los *derechos del detenido*, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia [47].¹²

En otras ocasiones, como pudo comprobar la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF),¹³ es posible que personas que están siendo declaradas como testigos, incluso con varios días de presentación ante la autoridad ministerial, son convertidas inmediatamente en investigados y sujetos a solicitud de arraigo, sin que la autoridad judicial revise cuidadosamente si se cumplen o no las exigencias legales para la detención; basta con que el agente del Ministerio Público lo solicite aportando algunos datos relativos a las sospechas de que la persona haya participado en actividades delictivas y la eventual evasión.

Muy recientemente, a propósito de un caso contra México, la Corte Interamericana sostuvo que 5 días sin que existiera un control judicial de la detención¹⁴ generó la vulneración del artículo 7.5 de la Convención Americana, citado líneas arriba.

¹² Corte IDH, *Caso Fleury y otros vs. Haití. Fondo y reparaciones*, sentencia del 23 de noviembre de 2011, serie C, núm. 236, párr. 61.

¹³ Expediente de Queja relacionado con la AP FAO/AO-4/T1/147/10-01; Recomendación 02/2011, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Violaciones a derechos humanos con motivo de la solicitud, expedición y condiciones en las que se aplica el arraigo en el Distrito Federal*, pp. 9 y 10.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia del 26 de noviembre de 2010, párr. 102.

En una sentencia de 2012, la CI ha establecido que la CI no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la CI con base a las causas o circunstancias *por las que* la persona es retenida o detenida. *Por lo tanto* en virtud del principio *pro persona*, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una *detención* de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal [197]. Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél [198].¹⁵

En ninguno de los casos señalados, la persona arraigada conoce, inmediatamente con la detención, los términos precisos de la acusación, solamente hasta el momento de rendir declaración ministerial o al momento de la “audiencia” ante el juez por la solicitud del arraigo.

Sobre este aspecto de las violaciones a los derechos del ciudadano, la Corte ha sido enfática al establecer que los motivos y razones de la detención deben darse cuando esta se produce, como una medida para impedir detenciones ilegales o arbitrarias en el momento mismo de la detención, al tiempo que representa una garantía del derecho de defensa.¹⁶

Aún más, la Corte Interamericana ha establecido que mencionar exclusivamente el fundamento de la detención no satisface los requisitos del artículo 7.4 de la Convención Americana. Básicamente dice la Corte: “la persona detenida debe tener claro que está siendo detenida”,¹⁷ así como ser informada de los hechos y bases legales en los que se basa su detención.

De acuerdo con el artículo 8.2.b, de la Convención Americana, la Corte ha establecido que es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública.

La sentencia del *Caso Barreto Leyva*¹⁸ ahonda en este sentido estableciendo:

¹⁵ Sentencia *Caso Nadeque Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 24 de octubre de 2012, serie C, núm. 251, párr. 136; en relación con las sentencias *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114, párr. 118 y *Caso Vélez Loor vs. Panamá...*, *cit.*, párr. 107, así como *Caso Bayarri vs. Argentina. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 30 de octubre de 2008, serie C, núm. 187, párr. 67.

¹⁶ Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 7 de junio de 2003, serie C, núm. 99.

¹⁷ Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, sentencia del 21 de noviembre de 2007, serie C, núm. 170, párr. 73.

¹⁸ Corte IDH, sentencia del 17 de noviembre de 2009, serie C, núm. 206, párr. 28; véase, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005, serie C, núm. 126, párrs. 67 y 68.

La transición entre investigado y acusado —y en ocasiones incluso condenado— puede producirse de un momento a otro. No puede esperarse a que la persona sea formalmente acusada o que se encuentre privada de la libertad para proporcionarle la información de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa.

Otro conjunto de derechos que se violentan entre la detención y la solicitud del arraigo, es el de defensa adecuada y oportuna. Mientras quien dispone de la libertad de la persona es el agente del Ministerio Público, es muy probable que no se solicite la presencia del defensor, ni se le comunique la solicitud de arraigo. Este hecho dificulta enormemente la defensa de la persona, al impedirle la asistencia letrada incluso durante la llamada audiencia de arraigo.¹⁹

La Corte Interamericana ha afirmado en diversas resoluciones que el derecho a la defensa surge en el momento en que se ordena investigar a una persona (desde el momento mismo de la detención). Impedir a este contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo.²⁰

Los derechos de audiencia e intermediación procesal difícilmente pueden ser salvaguardados cuando, en muchas ocasiones, la presencia del juez está exclusivamente referida a la mera tramitación de la solicitud del agente del Ministerio Público, en el sentido de, por un lado, limitarse a escuchar al investigado sobre si está de acuerdo o no con la medida y, por otro, cuando es frecuente que la audiencia se lleve a cabo en condiciones poco favorables para la persona detenida, incluso, fuera del local del juzgado como fue documentado en casos del Distrito Federal.²¹

2. *La laxitud de los jueces en cuanto al tiempo*

En primer lugar, es importante destacar que a pesar del riguroso control del tiempo que una persona puede estar sujeta a la autoridad administrativa, antes de ser puesta disposición del juez, que prevé la legislación mexicana (48 horas, excepcionalmente duplicable), tratándose de casos de arraigo, la CDHDF documentó que suele ser práctica en las agencias del Ministerio

¹⁹ *Idem*. “En 17 de 92 casos —documentados por la CDHDF—, la persona no contó con asistencia de abogado defensor público o particular durante la audiencia de arraigo”, p. 10.

²⁰ Corte IDH, *Caso Barreto Leyva vs. Venezuela...*, *cit.*, párr. 63.

²¹ Recomendación 02/2011, pp. 10 y 11.

Público, la poca atención a estos términos, pues como se ha establecido, en algunos casos, la espera en la sede ministerial para la toma de declaración puede durar algunos días, sin que las personas puedan dejar el establecimiento ministerial; después, cambiarle la calidad jurídica y solicitar, por tanto, el arraigo al juez.

En sede judicial también ha podido comprobarse la diferencia de tiempos con que los jueces resuelven sobre la solicitud: antes de 48 horas el 25.92% de jueces encuestados; 51.84% entre el mismo día de la petición, 12 horas e inmediatamente.²²

Finalmente, es importante mencionar respecto de la resolución del arraigo, que su duración, al menos en el Distrito Federal, como bien ha comprobado la CDHDF en la Recomendación 02/2011, se autoriza por 30, prorrogables por 30 más y hasta 90, atendiendo a legislación contra la delincuencia organizada local, de dudosa aplicación, pues es una materia reservada al Congreso de la Unión.

Respecto del cómputo de los tiempos de la detención es necesario destacar que, tal como se ha aplicado el arraigo, la autoridad ministerial ha encontrado la manera de ignorar los estrechos tiempos legales que la Constitución autoriza para las detenciones sin intervención judicial y que, en el caso del Distrito Federal analizado aquí, esos tiempos se ven agravados por la insuficiente intervención judicial, dejando en estado de indefensión al arraigado por un número importante de días e incluso meses.

Este tiempo, durante el que se detiene, arraiga y consigna a una persona, no cuenta para el cómputo de la prisión en el caso en que llegase a ejecutarse esta pena; la regulación respectiva es omisa respecto del tiempo del arraigo, y como virtualmente no hay detención, este tiempo privado de libertad afecta gravemente la situación de la persona.

El arraigo implica un estado de indefensión que va de la detención a la consignación judicial, si esta última llega a ser solicitada; en expresión temporal, como se ha visto, puede significar varios días, incluso meses.

Por lo que se refiere al momento de la consignación, es preocupante que, a pesar de la resolución positiva del arraigo, se permita a los agentes del Ministerio Público tramitar la consignación sin detenido, y dado que no hay aparentemente afectación a la libertad de la persona, el juez puede tomarse su tiempo para resolver la consignación, entre 1 y 10 días,²³ como se comprobó en el Distrito Federal, y entonces, librar finalmente la orden de aprehensión, como si la persona materialmente se encontrara libre. Una vez detenido, debería decirse retenida, comienza el cómputo de las 72 para

²² *Ibidem*, nota 39.

²³ *Ibidem*, p. 13.

la determinación de su situación legal, o se le dicta auto de formal prisión o se le deja en libertad por falta de elementos.

Tampoco existe una supervisión judicial sobre la trasposición de los tiempos entre la vigencia del arraigo y la ejecución de la orden de aprehensión. Es posible, por tanto, que a pesar de contar con la orden de aprehensión, no se levante el arraigo para ejecutarla y poner a la persona a disposición del juez.

Poco menos de cien días privado de la libertad sin que se le garanticen mínimamente los derechos básicos, como saber quién le acusa y de qué, de defensa, de audiencia, de intermediación y de contradicción.

3. La inexistencia de medidas de control y la falta de recurso judicial procedente contra la orden de arraigo

Una forma más de ilustrar la indefensión del ciudadano frente a un arraigo decretado en las condiciones arriba expuestas, consiste en la nula supervisión judicial tanto de la situación legal como de las condiciones del arraigo. A pesar de que efectivamente el juez puede imponer medidas para controlar el arraigo, como solicitar se informe de la forma de ejecución; los avances de la investigación cada 15 días; o informar sobre el cumplimiento de las condiciones impuestas, estas medidas no son verificadas por los jueces, ni tampoco prevén consecuencias respecto de su incumplimiento y no se sabe de ningún juez que se haya presentado nunca en el Centro de Arraigos a verificar las condiciones de restricción de la libertad.

Por otro lado, un tema inquietante respecto de la protección de los derechos de los ciudadanos frente a los actos arbitrarios de la autoridad es la imprecisión respecto de los recursos judiciales que aplican en contra de la resolución de arraigo. Para la mayoría de los jueces encuestados por la CDHDF, el único recurso procedente es el juicio de amparo, otros incluyen también el de revocación; sin embargo, resulta preocupante que para una minoría no exista recurso alguno;²⁴ esto último está muy vinculado a la desprotección del derecho de impugnación con recursos judiciales adecuados, pues no se le informa al arraigado sobre las herramientas legales con que cuenta para combatir la resolución, porque no hay claridad de cuáles son.

En términos reales, la falta de precisión de las reglas de aplicación del arraigo, la insuficiente regulación procesal, aunados a la falta de criterios jurisdiccionales dirigidos a la protección de los derechos del debido proceso, y

²⁴ *Ibidem*, nota 44, p. 13.

muy especialmente al inexistente control de legalidad por parte de los jueces, los agentes del Ministerio Público pueden, sin mayor obstáculo ni consecuencia, eludir las exigencias constitucionales y convencionales de la detención y la privación de la libertad, contraviniendo los principios de respeto a los derechos humanos que sustentan al Estado constitucional de derecho.