



CRV-VIII-28-15



SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS

DIRECCIÓN

CONGRESO REDIPAL VIRTUAL VIII

Red de Investigadores Parlamentarios en Línea
Marzo-agosto 2015

Ponencia presentada por

Javier Alberto García González

LA INEFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ARRAIGO

Marzo 2015

El contenido de la colaboración es responsabilidad exclusiva de su autor, quien ha autorizado su incorporación en este medio, con el fin exclusivo de difundir el conocimiento sobre temas de interés parlamentario.

Av. Congreso de la Unión N°. 66, Colonia El Parque; Código Postal 15969,
México, DF. Teléfonos: 018001226272; (+52 o 01) 55 50360000, Ext. 67032, 67034
Correo electrónico: redipal@congreso.gob.mx

LA INEFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ARRAIGO

Javier Alberto García González ¹

INTRODUCCIÓN

Las próximas líneas se realizaron tomando la postura del ministro José Ramón Cossío en el amparo directo en revisión 1250/2012 (arraigo) y se enfocarán, en específico, al estudio sobre la figura del arraigo, ya que en muchas conferencias, publicaciones o coloquios, se tocan los temas de la supremacía de la Constitución y de la nueva forma de interpretar las normas; pero a raíz de la reforma del 10 de junio de 2011 en materia de arraigo cabe preguntarse: ¿las autoridades realmente aplican los principios los derechos humanos establecidos en la constitución y en los tratados? ¿En el arraigo, las normas relativas a los derechos humanos se interpretan de conformidad con la Constitución y los tratados? ¿Se garantiza la protección más amplia a un arraigado? ¿Las autoridades cumplen con su obligación de respetar y garantizar los derechos humanos?

¹ Miembro de la Redipal. Abogado, funcionario público en el gobierno del estado de Jalisco, México. Correo electrónico: javiergarcia379@hotmail.com

PROBLEMÁTICA

A 5 años de que entró en vigor la reforma del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos que reformó el artículo 1 constitucional e integralmente la estructura del Poder Judicial de la federación, dada la recomendación que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco², no hay dudas, porque quedó estipulado a nivel constitucional, que todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Como antecedente a la reforma en materia de derechos humanos, en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008³ se reformaron diez artículos de la Constitución en materia de seguridad y justicia; sin embargo, no se circunscribió al establecimiento del sistema procesal penal acusatorio, sino que se trató de una reforma integral que incluyó, además, los ejes de la regulación de otros aspectos en materia de seguridad pública, extinción de dominio, ejecución de sanciones y el régimen especial contra la delincuencia organizada.

En efecto, además de establecerse un sistema penal que brindara mayor protección a los derechos humanos y garantías a los ciudadanos, también se dispuso una regulación especial que circunscribiera a la delincuencia organizada con el propósito de establecer mecanismos que permitieran hacerle frente. Debe recordarse que dada la compleja situación de inseguridad y violencia que prevaleció en el país en el pasado reciente, se hizo necesaria la previsión de una figura excepcional como lo es el arraigo

El artículo undécimo del transitorio del decreto de reforma constitucional publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, estableció que *la figura del “arraigo domiciliario”, podrá solicitarse al juzgador cuando se trate de delitos graves, siempre que dicha medida sea necesaria 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 y que de decretarse el establecimiento de esta medida, su vigencia tiene una duración máxima de cuarenta días*⁴.

² Expediente 912/10 varios. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

³ <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

⁴ http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008

El antecedente que nos lleva a abordar el tema es el suscitado el 8 de mayo de 2012, en el que se realizó una denuncia de hechos en contra de una persona del sexo masculino, quien fue puesto a disposición del agente del Ministerio Público Especial de Delitos Familiares, Sexuales y Adolescentes del Estado de Aguascalientes como probable responsable de la comisión de los delitos de corrupción de menores, violación y abuso sexual en agravio de una menor, por lo que dicha autoridad decretó la retención ministerial; posteriormente, visto el estado procesal que guardaban las diligencias de la averiguación previa, se señaló que era procedente la solicitud de arraigo en virtud de que de las constancias de antecedentes, los delitos por los cuales se integró la indagatoria eran los de corrupción de menores, violación y abuso sexual previstos y sancionados en la legislación penal para el estado de Aguascalientes. De lo anterior, el juez quinto penal de Aguascalientes decretó la petición con la finalidad de recabar elementos probatorios para acreditar su probable responsabilidad en la comisión de esos hechos y por existir la posibilidad de que se sustrajera a la acción de la justicia. Por esta última determinación se agravia el detenido mediante el juicio de amparo, y el presidente del Alto Tribunal, después de varias etapas procesales, mediante acuerdo de 20 de septiembre de 2012 ordenó turnar los autos al ministro José Ramón Cossío Díaz para su estudio, análisis y presentación en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), a dicho asunto se le asignó el número de amparo en revisión 546/2012.

En la propuesta se analizó que los actos reclamados *eran la detención, la privación de la libertad y el arraigo* decretado en contra del quejoso y que el juez de amparo decretó el sobreseimiento del juicio, en términos del artículo 74, fracción IV, de la Ley de Amparo, ante la negativa de las autoridades señaladas como responsables de haber emitido los actos que en la demanda se les reclamó.

El ministro ponente mencionó que haría una adecuación al proyecto con base en el criterio sustentado en la acción de inconstitucionalidad 29/2012, en la cual sólo se establecieron los efectos en caso de concesión del amparo y en la cual se declaró la invalidez del artículo 291 de la legislación penal del estado de Aguascalientes, por lo tanto, la orden de arraigo dictada en contra del quejoso resultó ilegal por la falta de fundamentación y motivación al estar sustentada en un artículo declarado inconstitucional

en la acción anteriormente identificada, lo cual fu aprobado por mayoría de siete votos a favor del proyecto modificado⁵.

Es así como el proyecto en la acción 29/2012 implícitamente aceptó la constitucionalidad de dicho artículo undécimo transitorio y con ello la figura del arraigo; sin embargo, se cree que se está haciendo una lectura equivocada del precedente.

Haciendo un análisis de la posición del ministro José Ramón Cossío⁶ en el amparo directo en revisión 1250/12 (arraigo), la finalidad del artículo transitorio en comento era ampliar la competencia material para la emisión de las órdenes de arraigo a los delitos graves⁷ (homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas⁸), esta afirmación tenía un sentido puramente descriptivo frente a la posibilidad de que las legislaturas locales emitieran leyes que establecieran la posibilidad de emisión de órdenes de arraigo por parte de la autoridades locales.

En los precedentes (señala el ministro José Ramón Cossío) “nunca se evaluó el transitorio como parte de parámetro de regularidad de las normas legislativas que establecían el arraigo (en ese caso, del estado de Aguascalientes), sino que simplemente se le excluyó del mismo”, considerando que las autoridades locales no eran competentes para emitir normas que contemplaran el arraigo por parte de autoridades locales y que el artículo décimo primero transitorio no les resultaba aplicable.

⁵ Los efectos de esta sentencia se sustentaron con base en la mencionada acción de inconstitucionalidad, aunque con mayor amplitud puesto que se determinó constreñir al juez de la causa penal a que, mediante un auto que emita en la etapa procedimental en que se encuentre el juicio penal, determine qué pruebas deben excluirse de toda valoración, por estar inmediata y directamente relacionadas con el arraigo, que son aquéllas que no hubieran podido obtenerse a menos de que la persona fuera privada de su libertad personal mediante dicha medida, lo cual debe hacer del conocimiento de las partes en el juicio. Por último, el ministro presidente mencionó que lo particularmente valioso es precisamente hacer esa determinación, en cuanto al parámetro de exclusión, que se elabora precisamente en función de la extensión de la cadena de causalidad que existe entre la conducta ilícita del arraigo, y la obtención de las pruebas. <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=143471&SeguimientoID=586> consultado el 13 de mayo de 2015.

⁶ Para desarrollar el presente ensayo se tomó la postura del ministro José Ramón Cossío en el amparo directo en revisión 1250/2012 (arraigo). Dentro de la fuente en la página <http://www.sitios.scjn.gob.mx/jrcossio/sites/default/files/articulos/prt140415.pdf>

⁷ De conformidad con lo prescrito por el párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸ Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Y siguió indicando el ministro José Ramón Cossío: “Por ello, considero que el proyecto debió haber enfrentado el problema de la función de los artículos transitorios de una reforma constitucional y preguntarse si los mismos pueden hacer extensiva material y temporalmente lo que la mayoría de este Tribunal llama una “restricción” a los derechos humanos mediante el establecimiento de una competencia para que las autoridades emitan una orden que afecta de manera directa la libertad personal y de tránsito”.

El fondo de la resolución del varios 912/2010, puso en armonía la integración de un parámetro de control constitucional de conformidad con los derechos humanos, y al analizar la figura del arraigo primeramente se cree que se debe partir desde esa óptica y no partiendo primeramente de si existe o no competencia. Tan es así que el artículo 1 de la Constitución debe leerse e interpretarse de manera conjunta con lo que dispone el artículo 133 y, a partir de ello, establecer el parámetro de control de la regularidad de las normas que integran el sistema jurídico mexicano⁹, ya que este parámetro se refiere al conjunto de normas a partir del cual se determina la regularidad o la validez de las normas que integran al ordenamiento jurídico mexicano, bajo el principio *pro persona*¹⁰.

Esta protección amplia de las personas deberán cumplirla los juzgadores en cada uno de los casos que se les presenten en el ámbito de sus competencias, y deberán elegir si son los estándares nacionales o los internacionales sobre un determinado derecho humano los que resultan más favorables.

Consecuentemente, corresponde a los jueces, en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales, la realización de un ejercicio de valoración derivado del mandato contenido en la parte final del segundo párrafo del nuevo artículo 1 constitucional para la elección del estándar normativo que integrará el parámetro de regularidad

⁹ Véanse los párrafos 27 y ss. del asunto varios 912/2010, resuelto por el Tribunal Pleno en la sesión de 14 de julio de dos mil once.

¹⁰ Dicho parámetro está compuesto, en el párrafo 31 del varios 912/2010, de la siguiente manera:

- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1 y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
- Todos los derechos humanos contenidos en Tratados de los que el Estado mexicano sea parte;
- Los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y los criterios orientadores (considerados vinculantes desde la CT. 293/2011) de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

constitucional a aplicar en cada caso concreto, buscando siempre el objetivo constitucional: aplicar el que resulte en el mayor beneficio de las personas.

A partir de esta obligación genérica de todos los jueces del Estado mexicano, ya en el ámbito de sus atribuciones y tratándose de las acciones de inconstitucionalidad, como se hizo en la acción 155/2007 (trabajo forzado¹¹), la SCJN ya no limita al texto constitucional, o poner en primer lugar su competencia y restricciones, como ahora lo hace la mayoría del Tribunal Pleno a partir del caso 293/2011¹², sino que también debe tomar en cuenta lo establecido en los convenios internacionales suscritos por el Estado mexicano, aun cuando no hayan sido invocados. Así, la integración del parámetro de control de constitucionalidad en cada caso concreto, para el posterior ejercicio de valoración derivado del mandato contenido en la parte final del segundo párrafo del nuevo artículo 1 constitucional realizado por el Tribunal, debe incluir de forma oficiosa los estándares derivados de las disposiciones internacionales que establezcan derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano.

“De este modo, no se puede considerar suficiente la mera afirmación de que existe una restricción en la Constitución o la afirmación de que los derechos no deben ser tenidos como absolutos para aceptar que la norma constitucional, y en particular un artículo transitorio como el decimoprimer, justifican la existencia de todas las normas locales en materia de arraigo” (señala el Ministro).

Hay que recordar que el punto de partida no es la competencia otorgada a los diversos órganos del Estado, sino el derecho establecido constitucionalmente. Este derecho debe ser construido con los parámetros más favorables a la persona humana, independientemente de su fuente, para estar en capacidad de evaluar si su contenido es acorde o no con el objetivo establecido en el artículo 1 de la Constitución Federal.

Señala el ministro Cossío que según la estructura de la redacción idéntica tanto en el 16 constitucional como en el transitorio decimoprimer de la reforma de 18 de junio de

¹¹ <http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Ministros/Meza/Accion155-2007.pdf> consultada el 12 de mayo de 2015.

¹² <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011-PL%20CT%20Ejecutoria.pdf> consultada el 12 de mayo de 2015.

2008, “el arraigo es un mecanismo que, fuera de proceso, priva de su libertad a una persona sin que haya sido acusada formalmente para asegurar el éxito de la investigación, exista riesgo o protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia”, por lo que se considera que de la estructura lógica de la medida deriva su naturaleza como auxiliar en el ejercicio de una investigación. Las demás hipótesis que justifican la medida, relativas a la protección de personas o bienes jurídicos o la existencia de riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia, no son hipótesis autónomas, sino que dependen de su verdadero objetivo: el éxito de la investigación; si se tuviesen los elementos suficientes para la acusación, ningún sentido tendría el arraigo como medida cautelar autónoma fuera de proceso.

“Esto demuestra que el arraigo es una medida de auxilio a la actividad investigadora deficiente y no una medida cautelar que prevenga condiciones particulares derivadas de las características del inculcado” (Señala el Ministro).

De este modo, el arraigo claramente afecta un cúmulo de derechos al llevarse a cabo en una fase previa a la consignación del imputado, aun cuando dicho arraigo esté bajo control judicial, estos derechos son la libertad personal, debido proceso, presunción de inocencia, integridad física por riesgo de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes y libertad de circulación, por lo que se considera que las medidas que establecen el arraigo deben pasar por un estándar más severo que en el caso de la protección a la intimidad personal.

Señala el ministro que “si aplicáramos a la figura del arraigo los estándares para la protección y posible restricción de estos derechos en una sociedad democrática, nos encontraríamos frente a algo que no sería distinguible del proceso judicial mismo, ya que no solamente se requeriría la existencia de un control judicial, sino de una acusación en sentido formal, por lo que la medida perdería todo su sentido”. Por ello, se considera que para la restricción de estos derechos cualquier estándar menor al proceso penal mismo resulta inaceptable¹³.

¹³ Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH) en la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) no ha generado criterios específicos sobre la figura del arraigo, sí se ha acercado a ello al resolver diversos casos relacionados con la libertad personal (es de especial mención el caso de Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010, ya que es un

La Convención Americana de los Derechos Humanos establece en sus artículos 5 (integridad personal), 7 (libertad personal. Puesta a disposición sin demora), 8 (garantías judiciales y presunción de inocencia) y 22 (libertad de tránsito), claras protecciones al individuo que se ven afectadas de manera severa por una medida como el arraigo:

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*
2. *Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.*
3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*
5. *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*
6. *Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.*

Artículo 8. Garantías Judiciales

2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.*

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

caso en contra del Estado mexicano con las consiguientes características de obligatoriedad); asimismo, contamos con varias opiniones de comités y de grupos de trabajo internacionales que se refieren directamente a la figura y recomiendan su eliminación. Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la ONU: Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en su visita a México (2002) E/CN.4/2003/8/Add.3. Disponible en: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/e0d30fad39c92e5fc1256ccc0035bb0a?Opendocument>; Comité contra la Tortura de la ONU: Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura (2007). CAT/C/MEX/CO/4. Disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/2e3ffd18d95b0739c12572b30042e140?Opend](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/2e3ffd18d95b0739c12572b30042e140?Opend)

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

Si bien el arraigo afecta a cada uno de estos derechos contemplados en los preceptos citados, es el derecho a la libertad personal y sus garantías establecidas en el artículo 7 el que resulta más afectado, impactando en la violación de los demás derechos. El derecho a la libertad personal en la Convención contiene una serie de garantías, entre ellas el control judicial, la puesta a disposición sin demora ante un juez para calificar la legalidad de la detención, ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso, libertad bajo garantía de comparecencia a juicio. De esta primera lectura puede observarse que todas estas garantías conducen directamente al inicio de un proceso penal y el estándar de limitación de la libertad del individuo de la convención es justamente la existencia de este proceso, cualquier detención extra o preprocesal queda fuera de la cobertura de estas garantías.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha sostenido que el control judicial inmediato es una medida que tiende a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde a la autoridad judicial 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. Sin embargo, este control no es suficiente para entender que se cumple con el contenido del artículo 7 de la CADH, en especial su punto 5, ya que aun cuando el arraigo pueda ser controlado judicialmente, no es suficiente para cumplir con la puesta a disposición sin demora para el inicio del proceso penal, que es el sentido del artículo 7.5.

Mantener a una persona privada de su libertad fuera de proceso, aun en condiciones de control judicial, conlleva el riesgo de vulnerar otros derechos, en particular aquéllos protegidos por el artículo 5 de la CADH relativos a la integridad personal. Si bien puede establecerse que el inculcado se encuentre bajo supervisión permanente de la autoridad judicial, éste se encuentra en condiciones de mayor vulnerabilidad al no estar dentro de un proceso penal, en el que la intención de la autoridad investigadora es recabar el material probatorio que le permita consolidar su acusación e iniciar el proceso, que, como ya lo afirmé, es el verdadero objetivo del arraigo.

Otra consecuencia inmediata de mantener a una persona privada de su libertad fuera de proceso, es que se viola de manera severa el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 8.2 de la CADH. En efecto, no es posible que el Estado sostenga la presunción de inocencia de un individuo privado de su libertad como medida cautelar sin que exista justificación mediante la emisión de un auto de inicio de proceso por autoridad competente, en el que se hayan analizado, caso por caso, las características de la acusación del sujeto, así como la posibilidad de que se evada de la justicia pero, repito, una vez iniciado el procedimiento, no antes¹⁴. La vulneración de los derechos contenidos en los artículos 5, 7, 8 y 22 de la Convención hacen imposible la generación de un examen que permita aceptar la existencia de la medida en el derecho interno mexicano.

CONCLUSIÓN

Se puede concluir, por lo tanto, que la norma analizada sobre la figura del arraigo, va en contra del mandato constitucional de protección más amplia de la persona humana del artículo 1 constitucional.

¹⁴ Como fundamento de estas consideraciones, véase caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafos 80 a 88; caso Fleury y otros vs. Haití, sentencia de 23 de noviembre de 2011, párrafos 53 a 64; Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafos 90 a 102.

FUENTES DE CONSULTA

Amparo directo en revisión 1250/2012 (ARRAIGO)

Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008.

Constitución política de los estados unidos mexicanos

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/jrcossio/sites/default/files/articulos/prt140415.pdf>.

Expediente 912/10 varios. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>.

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008.

Ley de amparo

Acción de inconstitucionalidad 29/2012,

<http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Ministros/Meza/Accion155-2007.pdf>.

<https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011-PL%20CT%20Ejecutoria.pdf>.

Convención Americana de los Derechos Humanos.

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/2e3ffd18d95b0739c12572b30042e140?Opend](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/2e3ffd18d95b0739c12572b30042e140?Opend).