

El arraigo penal en México. Frente a la presunción de inocencia

The house arrest in the criminal law in Mexico.
Faced with the presumption of innocence

Fecha de recepción: 1 de mayo de 2014.
Fecha de aceptación: 31 de mayo de 2014.

Por Dra. Amalia Patricia Cobos Campos
Universidad Autónoma de Chihuahua

Resumen

Cuando hablamos del enfrentamiento de dos figuras jurídicas como lo son la presunción de inocencia como derecho humano y el arraigo constitucionalmente previsto, los derechos en posible colisión, revisten gran importancia y han sido materia de amplios debates en la doctrina jurídica y en los tribunales nacionales y transnacionales.

Palabras clave

Arraigo, derechos humanos, principio constitucional.

Abstract

When we speak of the clash of two legal concepts such as the presumption of innocence as a human right and the constitutional provisions house arrest, rights in collision, are of great importance and have been the subject of much debate in legal doctrine and in national and transnational courts.

Keywords

House arrest, human rights, constitutional principle.

“ El arraigo en materia penal se ha utilizado para detener a personas por 40 y hasta 80 días sin que exista investigación alguna a esos efectos; es decir, las autoridades han malentendido que es válido el método de primero detener para después investigar ”

Si algún precepto ha recibido cuestionamientos a nivel internacional de los contenidos en nuestra carta magna es sin duda el contenido en el Artículo 16, octavo párrafo de la misma, que es del siguiente tenor literal:

“Artículo 16. (...)”

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.”

La pregunta obligada es ¿cómo sostener la presunción de inocencia frente a un apartado constitucional de tal envergadura? Es decir, ¿cómo compaginamos este precepto con el contenido del Artículo 20 constitucional, especialmente cuando dicho precepto dice en el inciso B, relativo de los derechos de la persona imputada fracción primera, que ésta tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa?

Debemos reconocer que no hay respuestas fáciles para esto, por lo que en principio debemos analizar los supuestos en que la Constitución permite el arraigo, así el precepto en análisis establece como sujetos legitimados activamente para solicitarlo única y exclusivamente al Ministerio Público y para otorgarlo solamente a la autoridad judicial.

Asimismo, establece como condicionante que se trate de delitos de delincuencia organizada y es aquí donde nos topamos con el primer problema, ya que la delimitación de este tipo penal ha sido criticada duramente por la doctrina. En principio, porque en lugar de quedar tipificado en los respectivos códigos penales se crea un cuerpo normativo exprofeso, como lo es la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, una ley que ha sufrido una gran cantidad de reformas, consta de 45 artículos y que de todos formas remite al Código Penal y otros orde-



EL ARRAIGO es uno de los métodos más utilizados en crímenes de alto impacto.

namientos para complementar las modalidades insertas dentro del tipo penal, contemplado en el artículo segundo el cual determina lo que se entiende por delincuencia organizada y que integra una gran multiplicidad de conductas.

El mencionado artículo determina que: “Artículo 2º. Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

- I. Terrorismo incluyendo también al internacional; contra la salud; falsificación o alteración de moneda; el previsto en la fracción IV del artículo 368 Quáter en materia de hidrocarburos; operaciones con recursos de procedencia ilícita;¹
- II. Acopio y tráfico de armas previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;
- III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración;
- IV. Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud;
- V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo;
- VI. Delitos en materia de trata de personas, previstos y sancionados en el Título Segundo de la Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos
- VII. Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro”.

Para realizar un análisis de esta figura, debemos en principio aludir al primer párrafo el artículo en comento, que habla de varios elementos sine qua non para su encuadramiento, debe tratarse de tres o más personas, las cuales deberán organizarse de hecho, lo que como sabemos implica “establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados”²; pero esa organización deberá ser permanente o reiterada, lo que implica una duración prolongada de la organización, en principio cuando se habla de permanente pero no ocurre igual con el término ‘reiterada’, que puede ir desde más de una vez a un número indeterminado ya que su sentido gramatical implica “que se hace o sucede repetidamente”³. Esa organización deberá reflejarse en conductas cuya finalidad se encaminen a la comisión de algunos de los delitos enumerados por el precepto, delitos cuya tipicidad no contiene el cuerpo normativo sino el Código Penal Federal y otros ordenamientos como la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, Ley de Migración y hasta la Ley General de Salud e involucra incluso las legislaciones penales estatales.

¹ Fracción reformada DOF 11-05-2004, 28-06-2007, 24-10-2011, 14-03-2014.

² Diccionario de la Lengua Española, 22ª Ed., voz ‘organizar’, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=organizarse>, accedida el 11 de mayo de 2014.

³ Ídem, voz: reiterada.

Es evidente que es tal el catálogo de delitos que lo que resulta difícil es no encuadrar en ellos, ante una enumeración que resulta tan amplia que permite una discrecionalidad impresionante a la autoridad ministerial para solicitar el arraigo y que definitivamente no todas las conductas incluidas en este vasto catálogo pueden ser estimadas como delitos graves, aun cuando el legislador haya establecido lo contrario. Debemos resaltar que hay conducta cuya tipificación como delincuencia organizada pudiera resultar hasta absurda, como es el caso de la piratería en materia de derechos de autor o el brincar el orden en el trasplante de órganos, delitos con los que ni la comparación cabe cuando los enfrentamos al terrorismo o a la trata de personas que sí son conductas cuya tipificación debe encuadrarse en los delitos graves.

Estimamos que es tanta la presión social frente a la inseguridad que el legislador ha optado por considerar grave casi toda conducta ilícita, lo cual no corresponde a una adecuada técnica jurídica y nos lleva a justificar el arraigo para casi todo como una medida prima facie cuando debería ser una medida ultima ratio, y es que pareciera que por el hecho de constitucionalizarlo se deja atrás el estigma de vulneración de derechos humanos que ha acompañado al arraigo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación por su parte, en cuanto al tema que nos ocupa, con anterioridad a la reforma constitucional determinó la inconstitucionalidad del precepto que regulaba el arraigo en el ordenamiento penal de la entidad federativa de Chihuahua, resolviendo que:

“La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará

la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, 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 aunque 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.⁴

Posteriormente se modifica la Constitución a fin de resolver tal inconstitucionalidad y como bien dice Silva García⁵:

⁴ Arraigo penal. El Artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua que lo establece, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución federal [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXIII, febrero de 2006; Pág. 1170. Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 19 de septiembre de 2005. Mayoría de cinco votos.

⁵ Silva García, Fernando, “El arraigo penal entre dos alternativas posibles: Interpretación conforme o inconveniencia”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Poder Judicial Federal, No. 33, México, 2012, pp. 217-246.

“El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos considera los casos de arraigo como abusivos”



LAS AUTORIDADES determinan si el acusado merece ser arraigado.



“Se ha pensado que el nuevo ropaje constitucional del arraigo tiende a blindarlo y a resistir cualquier tipo de control de regularidad constitucional o convencional proveniente de la rama judicial. En ese sentido la experiencia ha puesto de manifiesto que el arraigo en materia penal se ha utilizado para detener a personas por 40 y hasta 80 días sin que exista investigación alguna a esos efectos; es decir las autoridades han entendido que se ha constitucionalizado y es válido el método consistente en “primero detener para después investigar”⁶; lo que ha generado que las autoridades conciban al arraigo penal como una especie de medida cautelar metaconstitucional que permite sobreponerse, en términos absolutos, al contenido esencial de los derechos humanos a la libertad personal, a la presunción de inocencia, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Con posterioridad a la reforma la Corte se ha pronunciado únicamente por lo que hace a la inconstitucionalidad de las leyes locales que regulen esta figura, la cual estima sólo corresponde a las autoridades federales.

En relación con esta problemática, Concha⁷ ha dicho:

“Desde el año 2002 alrededor de nueve mecanismos internacionales de derechos humanos han recomendado al estado mexicano eliminar la figura del arraigo tanto a nivel federal como local, en virtud de que facilita violaciones a derechos humanos, en virtud de que en su aplicación no se cuenta con un suficiente control jurisdiccional y de legalidad, y con ello se potencia su uso discrecional.

La Relatora Especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, encontró de tal relevancia la problemática del arraigo que le dedicó un apartado especial en el informe el C y al respecto expresó:



EL ARRAIGO sólo está contemplado para los crímenes de alto impacto.

⁶ Cursivas y comillas en el original.

⁷ Concha, Miguel, “Inconstitucionalidad del arraigo”, Periódico la Jornada [online], sábado 1º de marzo de 2014, UNAM, México, disponible en: http://www.jornada.unam.mx/2014/03/01/opinion/018a2pol?utm_source=hoj+en+dh&utm_campaign=fc286c977c-Monitoreo_del_30_de_agosto_de_20134_1_2013&utm_medium=email&utm_term=0_58473853f8-fc286c977c-51642477, accedida el 12 de mayo de 2014.

“Las autoridades conciben al arraigo penal como una medida cautelar metaconstitucional que permite sobreponerse al contenido esencial de los derechos humanos”

“60. El arraigo es una medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad de una persona, que se sospecha pudo haber cometido un delito, durante la fase de investigación. Fue elevado a rango constitucional en 2008, luego de haber sido considerado inconstitucional por la SCJN en 2006.

61. La decisión de elevar a rango constitucional la figura jurídica del arraigo habría estado vinculada a la necesidad gubernamental de contar con un instrumento acorde a la situación de excepcional violencia causada por el crimen organizado. Sin embargo, la justificación más frecuente de la existencia del arraigo es que sirve esencialmente en casos de flagrancia, cuando se presume que la persona podría estar vinculada con algún otro delito dentro del contexto del crimen organizado pero todavía no se cuenta con los elementos suficientes para probarlo.

62. En estos casos, por regla general, los agentes del Ministerio Público, en vez de pedir que las personas sean perseguidas por el delito en flagrancia, prefieren pedir que éstas sean arraigadas —aunque no subsistan elementos suficientes para acusarlas de ningún otro delito más grave—. Esta situación depende también del hecho que los agentes del Ministerio Público suelen preferir que las personas queden a su disposición para interrogarlas y obtener mayor información, en lugar de que sean puestas a disposición de un juez.

63. Estos elementos no hacen más que confirmar el carácter arbitrario del arraigo y su incompatibilidad con el principio de presunción de inocencia y con el derecho a la libertad personal.⁸ Los casos de arraigo fueron considerados como de detenciones arbitrarias por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos luego de su visita a México. Además, esta figura es intrínsecamente contraria al modelo oral acusatorio que México ha aprobado para su sistema procesal penal.

A más de lo anterior en el apartado de conclusiones determinó que el arraigo debería desaparecer del sistema de justicia penal en México.

La presunción de inocencia por su parte la concibe Nogueira Alcalá como:

“El derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y

⁸ Las negritas son nuestras.



COMISION NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS MEXICO

responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida, respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal de forma restrictiva.

Encontramos en consecuencia un problema de preservación de dicha presunción frente a una normatividad permisiva hacia la autoridad investigadora, que la faculta para solicitar el arraigo sin requerir un sustento real bajo la simple sospecha de una enumeración interminable de tipos penales de tan diversa índole y que se ven enlazados a la delincuencia organizada que como ya vimos adolece de una vaguedad preocupante.

Conclusiones

La comisión encargada del informe sobre el impacto en México de la figura del arraigo penal en los derechos humanos, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, determinó entre otros aspectos relevantes que:

“El arraigo resulta per se contrario a los principios en que se funda un estado democrático de derecho y violatorio del principio de legalidad contenido en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos; los derechos de libertad personal y de tránsito contenidos en el artículo 7 de la misma y el derecho a la presunción de inocencia prevista en el artículo 8 del mismo instrumento.”

Los argumentos a favor del arraigo se sustentan en la protección de la seguridad pública frente a delitos estimados de gravedad por la sociedad y el Estado, regulados como tales por los respectivos ordenamientos penales, así lo sostiene Lara Rivera, cuando afirma:

“No podemos realizar una discusión objetiva sobre el tema del arraigo sin poner en el centro de la discusión a la víctima. Y me parece que la necesidad de procurar seguridad en la vida, en los bienes, en la familia y el entorno de las víctimas, hacen que esta figura de medida cautelar cobre relevancia, pertinencia y plena legitimidad.”

Sus bondades, no han resaltado en la investigación de los delitos a que se contrae su extenso catálogo y sí pareciera que su implemen-

tación en lugar de utilizarse como una medida cautelar excepcional, se está convirtiendo en práctica cotidiana mediante la cual se vulneran los derechos del imputado, en especial su derecho a la presunción de inocencia. Incluso se ha desnaturalizado al arraigo penal como medida cautelar para transformarlo en la aplicación de una pena que no es posible justificar jurídicamente.

“Es tanta la presión social frente a la inseguridad que el legislador ha optado por considerar grave casi toda conducta ilícita”

El problema es la discrecionalidad que la abundancia de preceptos y cuerpos normativos permite en su implementación, por ello, las voces de la doctrina se han elevado en un afán crítico de reflexión respecto de lo que ocurre con el sistema mexicano, así verbigracia Cantú Martínez ha dicho:

“El régimen de excepción para delincuencia organizada es un sistema penal paralelo al democrático, consistente en la aplicación de penas pre-condenatorias que adelgazan la efectividad de las garantías judiciales de las personas colocándolas en un limbo jurídico en el que no son ni indiciadas ni inculpadas.

Si bien es cierto que los problemas de inseguridad flagelan el país, éstos no se resuelven restringiendo derechos alcanzados ni aplicando el derecho penal del enemigo; debemos encontrar los mecanismos de prevención y aquellos que faciliten vencer la impunidad para paliar este gran azote que se traduce en ausencia del bien común, a que el Estado está obligado como su fin esencial, pero jamás deberemos sustentarlo como lo hacemos en figuras de dudosa legalidad pese a que estén insertas en nuestra carta magna, porque sacrificar los derechos no es ni será nunca la vía idónea de un estado que se precia de ser democrático.



LA DRA. Amalia Patricia Cobos en el Congreso Internacional CLEU 2014 hablando sobre el arraigo en México.



DISTINGUIDAS personalidades que asistieron al Congreso Internacional CLEU, 2014, celebrado en mayo en el estado de Veracruz.