

EL ARRAIGO: DETENER PARA INVESTIGAR

Luis de la Barreda Solórzano

Porque parece que en el presente sistema criminal, según la opinión de los hombres, prevalece la idea de la fuerza y de la prepotencia a la de la justicia; porque se arrojan confundidos en una misma caverna los acusados y los convictos

Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria

Derechos de libertad

Entre las conquistas democráticas de los gobernados frente al poder del Estado, específicamente frente a las autoridades policíacas y las persecutoras de los delitos, están el derecho a no ser detenido arbitrariamente y el derecho a que la duración de la retención del detenido previa a su puesta a disposición ante un juez sea razonablemente breve.

Es clara la importancia de estos derechos: sin ellos, cualquiera podría ser detenido una y otra vez sin que hubiera elementos probatorios que lo ameritaran, las retenciones sin juicio podrían alargarse *ad infinitum*, y si esas detenciones fueran reiteradas al afectado se le podría arruinar la vida aunque nunca fuera siquiera juzgado.

La significación de estos derechos ha sido expresada en una sentencia breve y elocuente: en los regímenes autoritarios se detiene para investigar; en las democracias se investiga para detener.

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

1. Por orden del juez competente, que sólo puede dictarse si obran datos que establezcan que se ha cometido un delito y existe 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;
2. En flagrancia, esto es en el momento en que el sujeto está cometiendo el delito o inmediatamente después. 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;
3. En casos urgentes, cuando se trate de delito grave y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, 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, y
4. Tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el 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 puede duplicarse (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...

Una excepción

Del latín *ad*, y *radicare*, arraigar significa —dice el Diccionario de la Real Academia Española—: Echar o criar raíces // 2. Dicho de un afecto, de una virtud, de un vicio, de un uso o de una costumbre: Hacerse muy firme. // 3. Establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas. // 4. Afianzar la responsabilidad a las resultas del juicio, generalmente con bienes raíces, pero también por medio de depósito en metálico o presentando fiador abonado. // 5. Establecer, fijar firmemente algo. // 6. Fijar y afirmar a alguien en

una virtud, vicio, costumbre, posesión, etcétera. // 7. 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 abandone 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 es el 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 (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. 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 cinta de Roman Polanski en la que el demonio decide engendrar un hijo.

Para muestra de ese engendro, el arraigo domiciliario, que no se lleva a cabo, como su nombre parece indicar, en el domicilio del arraigado sino en el lugar señalado en la solicitud del Ministerio Público, y cuya aplicación no está sustentada en las pruebas contra el detenido que permitirían la orden de aprehensión correspondiente, sino que transcurre en tanto se obtienen esas pruebas.

La Corte burlada

En su resolución de 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 resolución fue burlada. Para evadir la inconstitucionalidad de la figura del arraigo, se le introdujo en la Constitución: si estaba en la Constitución, ya no podía ser inconstitucional. La reforma de 2008 adicionó el siguiente párrafo al 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 inculcado

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 decimoprimer transitorio del decreto por el que se publicó la reforma dispone que la medida será también aplicable, desde que entró en vigor 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 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.

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 pueden 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...”.

No obstante esa reprobación calificada, el arraigo permanece incólume en casi todos los códigos de procedimientos penales. A contracorriente de esa tendencia generalizada, y sustentando la decisión en el respeto a los derechos humanos, en fecha reciente el Estado de Chiapas abolió la figura.

Una figura indefendible

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 sin que se presente ninguno de esos supuestos. El Ministerio Público frecuentemente lo ha solicitado sin mesura y ciertos lamentables jueces sumisos han aceptado esas solicitudes sin justificación jurídica. Su duración es groseramente larga: hasta 80 días.

Además, al ser arraigado el indiciado, suele impedirle a él y a su defensor la consulta del expediente, de tal modo que se le cancela la posibilidad de ofrecer pruebas, lo cual genera un estado de absoluta indefensión. La CDHDF constató tales abusos en los 92 expedientes que analizó. La Constitución es muy clara al consagrar el derecho a la defensa desde el momento mismo de la detención o desde antes de la primera comparecencia del indiciado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que: “El numeral 8.2.c de la Convención Americana (de Derechos Humanos) concede un derecho fundamental relativo a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa. No se puede esperar a que la persona sea formalmente acusada o privada de su libertad para proporcionarle la información de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa, conocer el expediente llevado en su contra y garantizar la intervención del inculcado en el análisis de la prueba”. Asimismo, ha señalado: “El investigado, antes de declarar, tiene que conocer de manera oficial cuáles son los hechos que se le imputan, no sólo deducirlos de la información pública o de las preguntas que se le formulan”. Y también: “Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento...”.

El arraigo, por lo menos en la forma en que hoy está regulado, debe desaparecer de nuestros códigos. Una vez más: en el Estado democrático de Derecho se investiga para detener y no se detiene para investigar. No se trata de propiciar la impunidad de los delitos cuya investigación es más compleja, sino de evitar abusos inadmisibles en la justicia penal tal como ha sido concebida desde la Ilustración. Ya se concede al Ministerio Público un plazo de 96 horas —cuatro días— para integrar la averiguación previa y consignar al detenido ante un juez, cuando la detención es en flagrancia o en caso urgente, si se trata de delincuencia organizada. Si ese plazo es insuficiente, podría ampliarse en medida razonable, quizá hasta 168 horas —una semana—. Lo que es inadmisibles es que a una persona contra la que aún no hay pruebas se le prive de la libertad hasta por 80 días, durante los cuales se le impide el derecho a la defensa, sin que exista en realidad alguno de los riesgos que sirvieron en su momento para justificar esta medida cautelar.

La figura del arraigo, tal como hoy la contemplan los códigos mexicanos y tal como se está aplicando, es inadmisibles en un derecho penal ilustrado y humanitario, en un Estado democrático de Derecho.

Artículo publicado en el periódico **EstePaís** el viernes 1 de octubre de 2012.