

Sobre la necesidad y utilidad del arraigo en el marco del proceso penal mexicano

*Roberto A. Ochoa Romero**

Sumario: **I.** Introducción **II.** Aparición constitucional de la figura **III.** Evolución de la figura en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada **IV.** Necesidad y utilidad del arraigo en el marco del proceso penal denominado “tradicional” o “mixto” **V.** Necesidad y utilidad del arraigo en el marco del proceso penal acusatorio: especial referencia a los casos de criminalidad organizada **VI.** Conclusiones **VII.** Fuentes de investigación

Resumen: La figura del arraigo fue incorporada al texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como parte de la conocida reforma en materia de seguridad y justicia del año 2008. De manera particular, el arraigo vino a formar parte del catálogo de instrumentos especiales para la investigación, procesamiento y sanción de los delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada que, desde entonces, poseen reconocimiento constitucional. Sin embargo, después de la puesta en marcha del sistema procesal penal acusatorio -que también surge de la reforma constitucional del 2008- conviene cuestionar la necesidad, utilidad y, con éstas, la permanencia de la figura del arraigo que, ni más ni menos, constituye una forma de detención que se puede prolongar hasta ochenta días. La cuestión no es ociosa si se tienen en cuenta los cambios que se han producido, precisamente por la adopción del modelo procesal penal acusatorio, en el ámbito de la investigación penal.

Abstract: Precautionary detention was incorporated into the text of the Political Constitution of the United Mexican States as part of the well-known reform in matters of security and justice of the year 2008. In particular, it became part of the catalog of special instruments for the investigation, prosecution and punishment of crimes committed by members of organized crime that, since then, have been constitutionally recognized. However, after the implementation of the accusatory criminal procedure system -which also arises from the constitutional reform of 2008- it is convenient to question the necessity, utility and, with these, the permanence of the figure of precautionary detention and if, since it constitutes a form of detention that

* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

can last up to eighty days. The issue is not idle, if one takes into account the changes that have occurred, precisely due to the adoption of the accusatory criminal procedure model, in the field of criminal investigation.

Palabras clave: reforma constitucional; arraigo; delincuencia organizada; investigación penal; sistema penal; proceso penal; detención.

Key words: constitutional reform, precautionary detention, organized crime, criminal investigation, criminal system, criminal legal procedure, detention

I. INTRODUCCIÓN

México, al igual que otros países de su entorno continental, ha venido adecuando su legislación penal y procesal penal de conformidad con las nuevas y cada vez más complejas manifestaciones de la criminalidad; en especial, la de tipo asociativo. En esa evolución legislativa han aparecido nuevas leyes -al tiempo que se han ajustado otras ya existentes- que se suman al amplio listado de textos legales de contenido penal. Por ejemplo, las llamadas *leyes generales* han constituido un recurso legislativo que ha permitido la extracción de ciertos delitos o grupos de delitos tradicionalmente regulados en el Código penal federal -y en los códigos penales de las entidades federativas- para concentrarlos en un solo cuerpo normativo de aplicación nacional. Al mismo tiempo, se han diseñado nuevos esquemas de competencia, formas de colaboración entre la Federación y los estados de la República, así como programas de apoyo para víctimas del delito.

Pero el impulso legislativo de los últimos años no se ha concentrado, como ya se decía, solo en el ámbito del Derecho penal. Al contrario. En el año 2008 fueron colocadas en la Constitución general del país las bases para el diseño y puesta en marcha de un nuevo sistema procesal penal. Se trató, concretamente, del modelo procesal penal de corte acusatorio y oral, actualmente vigente en toda la República. Sin embargo, la reforma constitucional de ese año no se ocupó únicamente del proceso penal -que ya hubiera sido bastante-. También incorporó al texto de la Carta Magna nacional diversas figuras y estrategias orientadas, de manera particular, hacia la persecución penal de la delincuencia organizada. Tal es el caso del concepto de delincuencia organizada, del arraigo, de los beneficios por colaboración con la justicia, y de las (diversas) restricciones o limitaciones en el ámbito de la ejecución penal, por mencionar algunas.

En su mayoría, estas disposiciones ya se encontraban recogidas en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, pero no dejaban de generar debate con respecto a sus implicaciones constitucionales, lo cual motivó en buena medida su incorporación en el texto constitucional. Por lo demás, el despliegue de cada una de estas figuras y estrategias (ahora de rango constitucional) en el plano del proceso penal, tuvo lugar mientras se encontraba vigente el proceso penal anterior, llamado “tradicional”

Sobre la necesidad y utilidad del arraigo en el marco del proceso penal mexicano

o “mixto”. Con lo cual, su desempeño estuvo acotado, como es lógico, por los parámetros y las reglas de dicho sistema. No obstante, al ponerse en marcha el modelo procesal penal acusatorio, surgieron no pocas incógnitas sobre las consecuencias que podría plantear -y que de hecho plantea- la utilización de tales instrumentos especiales para la investigación, procesamiento y sanción de los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, frente a las garantías dimanantes del *debido proceso*.

Tal es el caso del arraigo, que habilita una detención con autorización judicial de hasta ochenta días, cuya necesidad y utilidad resulta muy cuestionable si se tienen en cuenta los principios que sostienen el modelo acusatorio, así como, en especial, el diseño que recibe la investigación penal en el nuevo proceso penal mexicano. Así pues, en las siguientes líneas se pretende verificar si tan atormentada figura se sostiene a pesar del cambio de paradigma procesal penal y de los notables avances que se han producido a nivel nacional en materia de protección de los derechos humanos.

II. APARICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FIGURA

La recepción constitucional de la figura del arraigo se remonta a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de junio del año 2008. Esa reforma constitucional, llamada de *seguridad y justicia*, se impulsó con un doble propósito: por una parte, integrar en el texto de la Carta Magna nacional los principios (y algunas reglas) del proceso penal acusatorio y, por la otra, incorporar ciertas excepciones a dichos principios y algunos instrumentos especiales de investigación en materia de persecución penal de la delincuencia organizada.¹ Así, al tiempo que se abrieron paso en el texto de la Constitución general del país los principios capitales del proceso penal acusatorio y oral, se marcaron puntuales excepciones² –verdaderas restricciones de derechos fundamentales- y se recogieron figuras que, hasta esa fecha, solo encontraban alojamiento en la ley secundaria, concretamente, en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.³

Por lo que respecta al primer propósito de la reforma y, en particular, al desarrollo legislativo del modelo procesal penal acusatorio, hay que reconocer que desató un buen

¹ En relación con esta reforma y la indiscutible “escisión penal” véase, especialmente, García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 4ª ed., México, Porrúa, 2010.

² Al respecto, véase Alvarado Martínez, Israel, *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Juicios Orales, número 2, 2012, pp. 31 y ss.

³ En general sobre la estrategia nacional para la persecución penal de la delincuencia organizada y su vinculación con la reforma constitucional de junio del 2008, véase Ochoa Romero, Roberto A., “Política criminal mexicana en materia de delincuencia organizada”, en González Rus, Juan José (director), *La criminalidad organizada*, AA.VV., México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 219 y ss.

número de discusiones. Sobre todo porque, en aquella época, no existía una ley que diera forma al proceso penal de forma única en toda la República. Cada una de las entidades federativas -y también la Federación- contaban con facultades constitucionales para diseñar y aplicar sus propias leyes de rito procesal penal, lo cual daba como resultado la convivencia de treinta y tres códigos de proceso penal vigentes en todo el país.⁴

En tal escenario, una de las grandes cuestiones a resolver era, precisamente, cómo se habrían de recibir y desdoblar en la legislación secundaria -con sus treinta y tres manifestaciones- los principios del nuevo proceso penal, así como sus excepciones y las figuras que se incorporaban novedosamente en la Constitución, sobre todo aquellas dirigidas a la investigación, procesamiento y sanción de los delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada.

Después de muchos ejercicios y propuestas legislativas, la diversidad normativa fue mayor en la medida en que cada estado de la República adoptó (y adaptó) los principios constitucionales de forma diversa; unos por influencia continental y otros, incluso, de otras latitudes. Tal cuestión hizo necesaria una nueva reforma constitucional que, finalmente, habilitó al Congreso de la Unión para emitir un código nacional de procedimientos penales.⁵ La decisión dejó fuera del marco constitucional, lógicamente, la posibilidad de que los estados de la República mantuvieran su capacidad legislativa en esa materia.

Con esa base constitucional, la ausencia de una ley nacional en materia procesal penal se solventó el día 5 de marzo del año 2014 con la publicación del Código Nacional de Procedimientos Penales. En este código se desarrollan (de forma única) todas las cuestiones que tienen injerencia en la conformación del sistema procesal penal mexicano.

En cuanto al segundo propósito de la reforma constitucional y su desarrollo legislativo, es importante referir que las figuras que en materia de delincuencia organizada habían encontrado, novedosamente, un lugar en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se dejaron fuera del Código Nacional de Procedimientos Penales y se mantienen, como entonces, en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Este es el caso del arraigo y de otras instituciones que ya reconocía dicha ley federal desde su publicación en noviembre de 1996. Por tanto, las cuestiones que tienen injerencia en la investigación, procesamiento y sanción de los delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada, siguen ordenadas y reguladas actualmente en esa ley especial.

De hecho, en el apartado de disposiciones transitorias del decreto con el que se publicara el señalado Código Nacional, se incluyó un artículo (cuarto) que dejaba a

⁴ Se trataba de treinta y dos códigos de aplicación estatal o local, y uno más para la Federación.

⁵ La reforma se centró en el artículo 73 fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de octubre del año 2013.

Sobre la necesidad y utilidad del arraigo en el marco del proceso penal mexicano

salvo las disposiciones existentes en materia de persecución penal de la delincuencia organizada:

Quedan derogadas todas las normas que se opongan al presente Decreto, con excepción de las leyes relativas a la jurisdicción militar así como de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

De conformidad con esta disposición transitoria, la aparición del Código Nacional no tendría impacto sobre ninguna de las disposiciones propias del régimen especial de investigación, persecución, procesamiento y sanción para la delincuencia organizada. Y es precisamente la figura del arraigo una de esas disposiciones de las que no se ocupa el Código Nacional de Procedimientos Penales. De hecho, en su apartado de medidas cautelares, el Código Nacional no prevé nada con respecto al arraigo, lo cual permite subrayar su naturaleza excepcional y su aplicación exclusiva (actual) para casos relacionados con la criminalidad organizada.

Esta figura, como se verá más adelante, ya existía en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, pero no se encontraba en el texto de la Constitución general de la República. Fue precisamente a través de la reforma constitucional de junio de 2008 como se incorporó en su artículo 16 con el texto siguiente:

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.

Como se puede ver, el arraigo, que se localiza dentro del título segundo, capítulo cuarto, intitulado “Del arraigo”, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, forma parte del catálogo de disposiciones que fueron implantadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, paradójicamente, al mismo tiempo que se abría la puerta para el diseño de un sistema procesal penal más respetuoso de los derechos dimanantes de la dignidad humana. La paradoja se mantiene vigente con el texto ya referido, en el mismo artículo 16 constitucional.

Ahora bien, esta peculiar medida recibió un tratamiento particular dentro del apartado de disposiciones transitorias del decreto de reforma constitucional del año 2008; concretamente, por la vía del artículo décimo primero que textualmente indica:

En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.

Esta medida será procedente siempre que 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.

De acuerdo con esta disposición transitoria, el arraigo -que solo podía ser domiciliario- era una medida a ser utilizada en delitos graves del orden común o federales- con un límite temporal de cuarenta días, en tanto entraba en vigor el sistema procesal penal acusatorio y oral. En consecuencia, al ponerse en marcha de forma integral el nuevo sistema procesal penal (18 de junio del 2016), el arraigo solo podía (y puede) utilizarse en casos de delincuencia organizada, esto es, conforme al artículo 16 constitucional y su correlato del artículo 12 (y siguientes) de la Ley federal en materia de criminalidad organizada. Esa es su previsión constitucional y su aplicación actual.

III. EVOLUCIÓN DE LA FIGURA EN LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Tal y como se ha dicho en apartados anteriores, la figura del arraigo ya contaba con una previsión legal; no se creó con -ni para- el sistema procesal penal acusatorio. Solo sucedió que la reforma constitucional del año 2008 lo llevó al texto del artículo 16 constitucional.

En efecto, la figura apareció -con sus contornos actuales- dentro del catálogo de instrumentos especiales de investigación que recogía la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada desde su publicación en noviembre de 1996.⁶ Por tratarse

⁶ Sobre otros antecedentes legislativos del arraigo véase Santiago Juárez, Mario y Cantú Martínez, Silvano, "El arraigo como detención arbitraria constitucionalizada", en AA. VV., *Obra Jurídica Enciclopédica en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*, volumen Derecho Procesal Penal, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012, pp. 87-90. Un antecedente legislativo inmediato de su configuración actual en el orden federal, se localiza en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales (actualmente abrogado), que señalaba: "La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

"El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales, en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica. "Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse". Este artículo fue reformado posteriormente mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de enero del 2009, ajustando su texto a la figura del arraigo prevista en el artículo 16 constitucional.

Sobre la necesidad y utilidad del arraigo en el marco del proceso penal mexicano

de una figura no prevista en esa época en la Constitución general de la República que, además, comprometía seriamente la libertad personal (fuera del proceso), fue duramente señalada por su posible inconstitucionalidad.⁷ En su versión original, el arraigo se localizó en el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada con el siguiente texto:

El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpa-do, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.

De acuerdo con su previsión legal original, el arraigo permitiría “la debida integración de la averiguación de que se trate”, lo cual es tanto como decir que su objetivo central no sería otro sino facilitar la investigación del delito⁸ y, con ésta, el ejercicio de la acción penal. Conclusión de toda lógica en el contexto de un sistema procesal penal de matices claramente inquisitivos, aún más acentuados en tratándose de investigaciones relacionadas con miembros de la delincuencia organizada.

El sometimiento del justiciable al poder punitivo del Estado era y sigue siendo evidente, a pesar de que se reconociera que el afectado *podría participar en la aclaración de los hechos*. En todo caso, la participación del indiciado resultaba muy compleja en la medida en que se encontraba completamente privado de su libertad. Este artículo fue modificado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de enero del año 2009, para quedar como sigue:

El Juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2o. de esta Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpa-do se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación.

⁷ Al respecto véase García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 1, pp. 71 y ss; Alvarado Martínez, Israel, *op. cit.*, nota 2, pp. 31-34. También, Góngora Pimentel, Genaro David y Santoyo Castro, E. Alejandro, *Crimen Organizado. Realidad jurídica y herramientas de investigación*, México, Porrúa, 2010, p. 44, quienes afirman que la inclusión del arraigo en la Carta Magna deja atrás la discusión sobre su constitucionalidad.

⁸ La afirmación obedece a que, en la época en que se publicó la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la averiguación previa comprendía y concentraba toda la investigación del delito. Su conclusión implicaba, asimismo, la terminación de la investigación.

La duración del arraigo podrá prolongarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que la duración total de esta medida precautoria exceda de ochenta días.

Esta reforma se produjo como consecuencia de la incorporación de la figura del arraigo en el texto del artículo 16 constitucional. En esta ocasión se incorporó la exigencia de que el Ministerio Público expusiera en su solicitud, con toda precisión, cuáles serían las modalidades de lugar, tiempo y forma de realización del arraigo; aparecieron nuevos supuestos para justificar la petición de arraigo, y se redujo su duración para limitarse, teniendo en cuenta su prórroga, a un plazo no mayor a los ochenta días. Su concesión, por tanto, dependía de la solicitud que realizara el agente del Ministerio Público en la que justificara que la medida era necesaria: i) para el éxito de la investigación; ii) para la protección de personas o bienes jurídicos; o, iii) por existir riesgo de evasión.

Años más tarde, mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 16 de junio del año 2016, se volvió a modificar el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, para quedar con el siguiente texto:

El Juez de control podrá decretar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, tratándose de los delitos previstos en esta Ley, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia.

El arraigo no podrá exceder de cuarenta días, y se realizará con la vigilancia de la autoridad del agente del Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación.

La duración del arraigo podrá prolongarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que su duración total exceda de ochenta días.

En esta reforma se identificó puntualmente a la autoridad judicial que habría de conocer de la petición de arraigo (lo cual se mantenía pendiente); se conservaron -como no podía ser de otra manera- los puestos que justifican la solicitud, así como los plazos para su duración.

IV. NECESIDAD Y UTILIDAD DEL ARRAIGO EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL DENOMINADO "TRADICIONAL" O "MIXTO"

Resulta fundamental que la cuestión sobre la necesidad y utilidad del arraigo se aborde, en primer lugar, en el contexto del proceso penal anterior y, posteriormente, del actualmente vigente en todo el país a partir del 18 de junio del 2016. Y no se trata de una obviedad si se tienen en cuenta los cambios más evidentes que se produjeron -y que son de toda lógica- en el ámbito de la investigación del delito.

Sobre la necesidad y utilidad del arraigo en el marco del proceso penal mexicano

Pues bien. En el proceso penal llamado “tradicional” o “mixto”, la averiguación previa era la plataforma sobre la cual se desarrollaba la investigación de los delitos; tanto en el orden común (local o estatal), como en el federal. Este procedimiento penal -el de averiguación previa- que se desarrollaba bajo la conducción del Ministerio Público como su actor principal, concentraba todos los actos que de forma conjunta deberían llevar a la confirmación (o no) del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado. De forma tal que, a su conclusión, siempre a criterio del Ministerio Público, la investigación podría resolverse por ausencia de delito o de responsabilidad criminal, por falta de elementos probatorios para demostrar uno u otro de tales extremos, o bien, enviarse ante un juez para el inicio del proceso.

Lo anterior significa que el procedimiento penal de averiguación previa encarnaba la investigación del delito y con ésta se agotaba; ya sea que se resolviera la inexistencia del delito o de la responsabilidad criminal, o bien, que se afirmara la existencia de elementos de prueba suficientes para llevar el caso ante un juez de lo penal. Pero en el momento en que la averiguación previa estuviera en manos de una autoridad judicial, la investigación no podría continuar sobre los mismos hechos y personas; estaba absolutamente concluida en lo principal.

Ahora bien, para ilustrar con claridad el sentido y los fines del arraigo en el contexto del proceso penal mexicano anterior -llamado “tradicional” o “mixto”-, es fundamental hacer una referencia a los plazos de retención ante la autoridad investigadora. Al respecto, es muy importante recordar que el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de septiembre de 1993. Dicha reforma tuvo como propósito, entre otros, ampliar el plazo de retención de una persona ante el Ministerio Público, permitiendo que fuera de noventa y seis horas y no solo de cuarenta y ocho, “en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada”. De esta forma, en tratándose de delincuencia organizada, el artículo 16 constitucional permitiría duplicar el plazo de retención ante la autoridad investigadora.⁹ Fuera de tales supuestos, la investigación penal podía realizarse sin límite de tiempo, teniendo en cuenta los plazos de prescripción de la acción penal.

En este orden, cuando una persona se encontrara detenida ante el Ministerio Público por un delito relacionado con las actividades de la delincuencia organizada, el plazo de retención no podría ser -ni puede ser ahora- mayor a noventa y seis horas. Con lo cual, si tal persona no era puesta en libertad para continuar la investigación sin detenido, el Ministerio Público debía ejercitar la acción penal durante ese plazo y poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, concluyendo así con la investigación; algo que se antoja complicado, por decir lo menos, en tratándose de averiguaciones criminales sobre delitos complejos, cometidos en grupo y mediante el uso de estrategias de operación de alta sofisticación.

⁹ La duplicidad del plazo de retención se mantiene vigente en el artículo 16 de la Carta Magna.

Y es ahí en donde encontraba su lugar (y su justificación) la figura del arraigo. Se trataba, básicamente, de un instrumento especial de investigación que permitía -práctica y materialmente- ampliar el plazo de retención ministerial y, con éste, la investigación de los delitos vinculados a las actividades de la delincuencia organizada. En efecto, dado que la retención de una persona no podía (ni puede) durar más de noventa y seis horas, el arraigo permitía (y permite actualmente) ampliar hasta ochenta días, con autorización judicial, la sujeción del indiciado a la investigación del Ministerio Público; pero siempre bajo la hipótesis del arraigo, no de retención ministerial que ya habría concluido.

Para entender con toda claridad la función del arraigo en este contexto, el momento de la terminación de la investigación ministerial (con detenido) en el sistema procesal penal anterior, resulta crucial. Si se tiene en cuenta que en el proceso penal “tradicional” o “mixto” la investigación criminal se agotaba con la terminación del procedimiento penal de averiguación previa, en los casos de investigaciones (con detenido) en materia de criminalidad organizada -en los que el plazo no podría haber sido mayor a las noventa y seis horas que dispone el artículo 16 constitucional-, la conclusión del plazo de retención solo podía significar que al indiciado se le debía poner en libertad, o bien, dejarlo a disposición de la autoridad judicial para la pre-instrucción y, en su caso, para el seguimiento del proceso, pero en todo caso, con la investigación ministerial cerrada y terminada.

En tal escenario, el arraigo funcionaba como una suerte de puente entre el cierre de la investigación con detenido (no mayor a noventa y seis horas) y la puesta a disposición del sujeto ante la autoridad judicial, lo cual permitía amplificar hasta ochenta días la investigación del delito y, con ésta, la disposición (o sujeción) del indiciado a las atribuciones del Ministerio Público.

Así, en el contexto del proceso penal “tradicional” o “mixto”, el arraigo comportaba -materialmente- una amplificación de la investigación ministerial con detenido. Esa era su utilidad.¹⁰ En estos casos el Ministerio Público podía realizar actuaciones de investigación que involucraran, directa o indirectamente, al sujeto del arraigo, pero no tenía ya ninguna injerencia en cuanto a su libertad, pues el sujeto arraigado se encontraba a disposición del juez que hubiera autorizado la medida, en lo que a su libertad personal respecta. De hecho, para llevar a cabo la puesta a disposición del justiciable ante la autoridad judicial una vez concluido el plazo del arraigo, era necesario requerir una orden de aprehensión, dado que el sujeto (arraigado), como ya se dijo, solo estaba a disposición del Ministerio Público para el desarrollo de la investigación (ampliada) del delito.

¹⁰ Coinciden con esta postura Góngora Pimentel, Genaro David y Santoyo Castro, E. Alejandro, *op. cit.*, nota 7, p. 167.

V. NECESIDAD Y UTILIDAD DEL ARRAIGO EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CASOS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Al inicio de este trabajo se señaló que la reforma del año 2008 incorporó al texto de la Constitución los principios del llamado *sistema de justicia penal acusatorio* -que abonan el terreno para la implantación de un régimen procesal penal más respetuoso de las exigencias propias del debido proceso- y que, al mismo tiempo, le concedió rango constitucional a un catálogo de instrumentos especiales orientados hacia la investigación y procesamiento de los delitos en materia de delincuencia organizada; disposiciones que, sin duda, han venido a contaminar el ámbito del debido proceso penal con medidas propias del conocido Derecho penal del enemigo.

Se trata, sin duda, de instrumentos legales especiales cuya inspiración político-criminal es distinta a la que informa y soporta el resto de la reforma constitucional. En todos los casos, se pretende facilitar la intervención penal del Estado en ciertos sectores de la criminalidad, a pesar del compromiso natural que corren diversas instituciones básicas del propio proceso penal de corte acusatorio.¹¹

Eso no quiere decir que se desconozca o se soslaye la complejidad que supone la investigación y el procesamiento de los delitos que se cometen como manifestaciones de un acuerdo previamente adoptado en el seno de una organización criminal. Ni mucho menos. Pero sí debe ponerse de relieve la falta de coherencia y, por así decir, de comunicabilidad que tales instituciones presentan cuando se les enfrenta con los principios del sistema procesal penal acusatorio. Principios capitales como el de igualdad procesal, el de defensa adecuada o el de presunción de inocencia, se comprometen seriamente con este tipo de apuestas legislativas. Este es el caso del arraigo que, por integrar una restricción *innecesaria* de la libertad en el marco del modelo acusatorio, no cumple otra función sino la de someter al ciudadano, aún más, al poder penal del Estado.

Sin duda, esa es la razón, la de la complejidad en la investigación, para que no sean pocos los países que han debido adoptar, desde hace varios años, soluciones penales y procesales penales llamadas de *emergencia*.¹² En el caso de México ya se

¹¹ En este sentido véase Alvarado Martínez, Israel, *op. cit.*, nota 2, pp. 27-31.

¹² Sobre la experiencia española véase González Rus, Juan José, "Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010", en González Rus, Juan José (Director), *La criminalidad organizada*, AA. VV., Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 93 y ss.; Vercher Noguera, Antonio, "Terrorismo y reinserción social en España", en Revista Jurídica Española *La Ley*, número 2, 1994; Cuerda Arnau, María Luisa, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995. Para el caso de Italia puede verse Ferrajoli, Luigi, "Emergenza penale e crisi della giurisdizione", en *Dei Delitti e delle pene*, 1984, p. 271 y ss.; Ferrajoli, Luigi, "Ravvedimento processuale e inquisizione penale", en *Questione Giustizia*, 1982, pp. 209 y ss.; Padovani, Tullio, "La soave Inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento", en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981, pp. 529 y ss.

ha visto que la tendencia en la materia no es otra sino la del Derecho penal de excepción.¹³

El denominador común de las diferentes propuestas legislativas en los últimos años ha sido, según se ha visto, facilitar la intervención penal estatal en sectores de la criminalidad en los que no suele ser sencillo identificar a los responsables. Un signo inequívoco de la esbozada tendencia político-criminal -hoy definitivamente adoptada en nuestro país- ha sido, precisamente, la introducción en el texto de la Carta Magna de ciertos instrumentos de investigación, procesamiento y sanción de la criminalidad organizada.

Pero se antoja muy difícil armonizar las reglas y los principios del nuevo sistema procesal penal centrados y concentrados primordialmente en las exigencias del debido proceso-, con otra suerte de estrategias, como se ha dicho, de excepción, que se plantean para la investigación y procesamiento de los delitos en materia de delincuencia organizada y que, por sí solas, suponen un distanciamiento formal y material de tales reglas y principios básicos. Y es que tales excepciones conducen, indefectiblemente, al reconocimiento de un régimen de excepción que distingue y separa a quienes pueden ser tratados conforme a la legislación penal ordinaria, con respecto de quienes -por la condición de ser miembros de la criminalidad organizada y, por ello, sujetos *presumiblemente* más peligrosos-, son destinatarios de una respuesta penal diferenciada y, ciertamente, más invasiva.

Así, no queda más que reconocer que tal estrategia pretende privilegiar la *seguridad colectiva* por encima de las exigencias dimanantes de la dignidad humana; de suerte que el individuo deja de ser *persona* para convertirse en *enemigo*.¹⁴

Efectivamente, la introducción de *novedosos* instrumentos de investigación y procesamiento de los delitos en materia de delincuencia organizada no puede conjugarse sin reparos con los principios informadores del nuevo sistema mexicano de enjuiciamiento criminal. La adopción, por tanto, de tales instrumentos legales para la investigación de la criminalidad organizada en el derecho y proceso penal nacional, no puede ser pacífica.

Y es que resulta evidente la falta de congruencia que existe entre tales recursos legales y los principios fundamentales del derecho y proceso penal modernos; por ejemplo, el de igualdad procesal, presunción de inocencia e, incluso, de imparcialidad judicial. De ahí que hayan surgido incógnitas serias con respecto a la forma en que habrían de articularse tales estrategias en el marco del nuevo sistema de justicia penal.

¹³ Sobre esta apuesta legislativa y su ascenso al texto constitucional en México véase, especialmente, García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 1, pp. 50-53.

¹⁴ En este sentido véase, ampliamente, González Cussac, José Luis, "El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del *derecho penal enemigo*", *Revista Penal*, número 19, 2007, pp. 52-69.

Sobre la necesidad y utilidad del arraigo en el marco del proceso penal mexicano

El arraigo es un ejemplo vivo de tal problemática; sin embargo, subsiste en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, entre otras razones, por su reconocimiento constitucional actualmente vigente. Pues bien. Ya se ha dicho que uno de los grandes cambios que trajo consigo la adopción del modelo procesal penal acusatorio en México, se manifiesta en el ámbito de la investigación del delito. Y así es. En el sistema procesal penal anterior el procedimiento de averiguación previa abarcaba la totalidad de la investigación, de suerte que, en el momento en que un asunto quedaba en manos del Poder judicial, la indagación ministerial había terminado. En cambio, en el contexto del sistema procesal penal acusatorio (actualmente vigente en todo el país), la investigación ministerial no concluye en el momento en que un caso es puesto en conocimiento del órgano jurisdiccional.

Así es. En el proceso penal acusatorio la investigación se encuentra dividida en dos partes: i) la investigación inicial, que se desarrolla ante el Ministerio Público y da comienzo con la presentación de la denuncia o de la querrela, y concluye con la puesta a disposición del justiciable para la formulación de la imputación ante la autoridad judicial; y, ii) la investigación complementaria, que inicia con la formulación de la imputación durante la audiencia inicial y concluye en el plazo señalado al efecto por el juez de control.¹⁵

En estas condiciones, si la investigación complementaria inicia con la formulación de la imputación y ésta, a su vez, forma parte de la audiencia inicial que supone el inicio del proceso penal, resulta que en el marco del proceso penal acusatorio la investigación no concluye ni se agota en el momento en que un asunto es puesto en conocimiento de la autoridad judicial. Muy por el contrario. En el modelo procesal penal acusatorio adoptado en México, la investigación de los delitos se mantiene aún después de que se haya solicitado la intervención de la autoridad judicial.

Por tanto, si la utilidad del arraigo en el proceso penal anterior radicaba, fundamentalmente, en la extensión (material) del plazo de la investigación con detenido, el solo hecho de que ésta no concluya en el nuevo sistema con la intervención judicial bastaría para afirmar su innecesariedad. Sin embargo, la duración de la investigación complementaria también tiene injerencia en esa conclusión. Dado que aquélla puede tener una duración de hasta seis meses, ya no sería necesario que el Ministerio Público solicite ochenta días más durante la investigación inicial, antes de acudir ante la autoridad judicial.

Una razón por la cual sería imaginable la formulación de una solicitud de este tipo, obedecería a la necesidad de ampliar la investigación inicial con la finalidad de contar con más y mejores elementos (datos) de prueba que, llegado el momento, fortalezcan la teoría del caso del Ministerio Público de cara a la vinculación a proceso

¹⁵ Véase el artículo 211 fracción I del Código Nacional de Procedimientos Penales.

y, de esta forma, permitan continuar con el proceso penal con mayores posibilidades de éxito.¹⁶

Pero existe otra razón de peso para afirmar la innecesariedad del arraigo en el sistema procesal penal acusatorio. Aún en tratándose de investigaciones contra miembros de la delincuencia organizada. Se trata, concretamente, del régimen constitucional dispuesto para la prisión preventiva. El tratamiento de esta medida cautelar se localiza en el artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Su texto es el siguiente:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

De acuerdo con este artículo, la prisión preventiva puede autorizarse bajo dos modalidades: i) prisión preventiva justificada, que el juez de control puede conceder a solicitud del Ministerio Público cuando se trate de “garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad”, o bien, “cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”; y, ii) prisión preventiva oficiosa, vale tanto como decir “automática”, que el juez ordena, sin mayor justificación, en los delitos y en los casos previstos en la segunda parte del párrafo segundo del artículo 19 constitucional.

Entre los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa conforme al texto constitucional, se halla el de delincuencia organizada, así como otros que forman parte del catálogo de infracciones que reconoce la ley como manifestaciones de esta modalidad de delincuencia asociativa, por ejemplo, el secuestro y la trata de

¹⁶ En este sentido, el arraigo generaría una ventaja (indebida) para el titular de la acción penal pública durante la investigación inicial, la cual provocaría un detrimento directamente proporcional del principio de igualdad procesal y del derecho a una defensa adecuada.

personas.¹⁷ Así, cuando una persona sea imputada por cualquiera de estos delitos, el juez habrá de ordenar la prisión preventiva *oficiosamente*.¹⁸ En consecuencia, si se tiene en cuenta que los motivos por los cuales se puede solicitar un arraigo conforme al artículo 16 de la Constitución son “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 cualquiera de estos supuestos justificaría que el inculcado sea privado de la libertad, no hay duda que el mismo propósito se logra con la prisión preventiva oficiosa, lo cual no significa, en ningún caso, que se coincida o esté de acuerdo con la previsión, uso y abuso de esta última modalidad de medida cautelar.

VI. CONCLUSIÓN

Si el arraigo es una medida restrictiva de la libertad que solo encuentra aplicación en los casos de delincuencia organizada y si éstos, a su vez, merecen prisión preventiva oficiosa, no solo durante el proceso, sino desde la investigación inicial, no cabe duda que la restricción de la libertad personal se alcanza, permanentemente, sin necesidad del arraigo. Además de que las finalidades que persigue el arraigo también se consiguen con la prisión preventiva.

Así que, en el marco del proceso penal acusatorio actualmente vigente en México, el arraigo ya no es necesario (ni útil) para prolongar la investigación con detenido, porque ésta continúa, a diferencia del sistema procesal penal anterior, aún después de que la autoridad judicial intervenga en el asunto. Ya no es necesario (ni útil) para la protección de personas o bienes jurídicos, dado que, en materia de delincuencia organizada que es la única hipótesis que habilita actualmente una solicitud de arraigo-, el inculcado debe mantenerse en prisión preventiva oficiosa que equivale a decir “automática”- desde el inicio de la investigación y, por la misma razón, no es necesario (ni útil) para prevenir que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia.

Sin duda, el arraigo se mantiene en la Constitución general de la República como una reminiscencia del sistema procesal penal anterior en su versión más inquisitiva y, por ello, más cercana al Derecho penal de autor. En definitiva, tal y como ha quedado demostrado, el proceso penal acusatorio vigente en México proporciona los instrumentos necesarios para lograr los fines que, originalmente, se perseguían con el arraigo y, de manera particular, en las investigaciones y procesos penales relacionados con las actividades de la delincuencia organizada. Su presencia en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la ley federal en materia de persecución penal de la criminalidad organizada, ya no es necesaria.

¹⁷ Véase el artículo 2º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

VII. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

- Alvarado Martínez, Israel, *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Juicios Orales, número 2, 2012.
- Cuerda Arnau, María Luisa, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- Ferrajoli, Luigi, "Emergenza penale e crisi della giurisdizione", en *Dei Delitti e delle pene*, 1984.
- Ferrajoli, Luigi, "Ravvedimento processuale e inquisizione penale", en *Questione Giustizia*, 1982.
- García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 4ª ed., México, Porrúa, 2010.
- Góngora Pimentel, Genaro David y Santoyo Castro, E. Alejandro, *Crimen Organizado. Realidad jurídica y herramientas de investigación*, México, Porrúa, 2010.
- González Cussac, José Luis, "El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del *derecho penal enemigo*", *Revista Penal*, número 19, 2007.
- González Rus, Juan José, "Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010", en González Rus, Juan José (Director), *La criminalidad organizada*, AA. VV., Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2013.
- Ochoa Romero, Roberto A., "Política criminal mexicana en materia de delincuencia organizada", en González Rus, Juan José (director), *La criminalidad organizada*, AA.VV., México, Tirant lo Blanch, 2013.
- Padovani, Tullio, "La soave Inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento", en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981.
- Santiago Juárez, Mario y Cantú Martínez, Silvano, "El arraigo como detención arbitraria constitucionalizada", en AA. VV., *Obra Jurídica Enciclopédica en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*, volumen Derecho Procesal Penal, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012.
- Vercher Noguera, Antonio, "Terrorismo y reinserción social en España", en *Revista Jurídica Española La Ley*, número 2, 1994.