

ÍNDICE

CONTENIDO DE LA VERSIÓN TAQUIGRÁFICA DE LA SESIÓN PÚBLICA ORDINARIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CELEBRADA EL LUNES 13 DE ABRIL DE 2015

SECRETARÍA GENERAL DE ACUERDOS

1

NÚMERO	ASUNTO	IDENTIFICACIÓN, DEBATE Y RESOLUCIÓN. PÁGINAS.
1250/2012	<p>AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN PROMOVIDO EN CONTRA DE LA SENTENCIA DICTADA EL 13 DE OCTUBRE DE 2011 POR EL MAGISTRADO DEL SEGUNDO TRIBUNAL UNITARIO DEL OCTAVO CIRCUITO, EN EL TOCA PENAL 227/2011.</p> <p>(BAJO LA PONENCIA DEL SEÑOR MINISTRO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA)</p>	3 A 59 ENLISTA

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

TRIBUNAL PLENO

**SESIÓN PÚBLICA ORDINARIA DEL PLENO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CELEBRADA EL LUNES
13 DE ABRIL DE 2015**

ASISTENCIA:

PRESIDENTE

SEÑOR MINISTRO:

LUIS MARÍA AGUILAR MORALES

SEÑORES MINISTROS:

**ALFREDO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA
JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS
JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS
ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA
JORGE MARIO PARDO REBOLLEDO
JUAN N. SILVA MEZA
EDUARDO MEDINA MORA I.
OLGA MARÍA SÁNCHEZ CORDERO
ALBERTO PÉREZ DAYÁN**

(SE INICIÓ LA SESIÓN A LAS 11:40 HORAS)

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Se abre la sesión. Señor secretario denos cuenta por favor.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Sí señor Ministro Presidente. Se somete a su consideración el proyecto de acta de la sesión pública número 38 ordinaria, celebrada el jueves nueve de abril del año en curso.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Señoras Ministras, señores Ministros, pongo a su consideración el acta con que se nos ha

dado cuenta, si no hay observaciones, ¿en votación económica se aprueba? **(VOTACIÓN FAVORABLE). QUEDA APROBADA.**

Continúe señor secretario.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Sí señor Ministro Presidente. Se somete a su consideración el proyecto relativo al

**AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN
1250/2012. PROMOVIDO EN CONTRA
DE LA SENTENCIA DICTADA EL
TRECE DE OCTUBRE DE DOS MIL
ONCE POR EL MAGISTRADO DEL
SEGUNDO TRIBUNAL UNITARIO DEL
OCTAVO CIRCUITO, EN EL TOCA
PENAL 227/2011.**

Bajo la ponencia del señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena y conforme a los puntos resolutivos a los que se dio lectura en sesión anterior.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor secretario.

Antes de darle la palabra al señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena, quisiera proponer al Tribunal Pleno que consideráramos necesario determinar si para la votación que vamos a hacer sobre la constitucionalidad de la norma que está en estudio, los señores Ministros que han considerado –por ejemplo– que son inoperantes los argumentos, están o no obligados a pronunciarse en relación con la constitucionalidad que es el planteamiento final del proyecto y, por lo tanto, el resolutivo tiene que ver con esa consideración.

Desde mi punto de vista considero que ya habiéndose superado las etapas previas con las votaciones mayoritarias del Pleno pondría a su consideración que quienes están en esa posición también debieran expresar su voto en relación con la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma y, por lo

tanto, les pido que se pudieran pronunciar al respecto, haremos una votación nominal para que quede clara la mayoría, en su caso, por un criterio o por el otro.

Por favor señor secretario.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Sí señor Ministro Presidente.

SEÑOR MINISTRO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA: Me parece que la votación obliga a entrar al estudio de fondo.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: En sentido contrario.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: En mi opinión, también no debiéramos votar ya el problema de constitucionalidad porque ya estamos votando el fondo y nosotros en el fondo votamos por la inoperancia, pero si este Pleno considera que debemos votar por la constitucionalidad no tendría inconveniente. Mi voto inicial es no, pero si la mayoría dice que sí, adelante.

SEÑOR MINISTRO FRANCO GONZÁLEZ SALAS: Yo tendría que estar en la misma posición; sin embargo, en el caso concreto por sus características voy a pronunciarme porque entremos al fondo inclusive los que nos pronunciamos por la inoperancia.

SEÑOR MINISTRO ZALDÍVAR LELO DE LARREA: En el mismo sentido y solicitando que se agregue mi voto ya que se abrió este espacio a quienes votaron a favor de la procedencia de los conceptos toda vez que no estuve en la sesión anterior. Gracias.

SEÑOR MINISTRO PARDO REBOLLEDO: En este caso estaré de acuerdo en que se entre al estudio de fondo, aunque soy de los que sostuve que había inoperancia porque si nos mantuviéramos cada quien en esa postura no alcanzaría mayoría ninguna de las posibles soluciones del asunto.

SEÑOR MINISTRO SILVA MEZA: En el mismo sentido exactamente.

SEÑOR MINISTRO MEDINA MORA I.: Exactamente en el mismo sentido.

SEÑORA MINISTRA SÁNCHEZ CORDERO: Porque se entre al fondo.

SEÑOR MINISTRO PÉREZ DAYÁN: Se debe votar como lo razoné en la sesión anterior.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE AGUILAR MORALES: Yo también y coincido plenamente con el argumento del señor Ministro Pardo que es lo que decía yo al principio, para que se pueda obtener la votación del Pleno ya en el tema habiéndose superado los temas anteriores creo que es necesario que nos pronunciemos todos.

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS: Señor Ministro Presidente, me permito informarle que existe una mayoría de nueve votos en el sentido de que los señores Ministros que votaron por la inoperancia de los conceptos de violación respectivos deben pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma general correspondiente; con anuncio del señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea en cuanto a votar por la operancia de los conceptos respectivos; voto en contra de los señores Ministros Cossío Díaz y Luna Ramos.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Con esta decisión que ha tomado el Pleno entonces continuaremos con el análisis en los términos que nos va a proponer el señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena. Por favor señor Ministro.

SEÑOR MINISTRO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA: Gracias señor Ministro Presidente. Analicé con cuidado las participaciones de

las señoras y de los señores Ministros de la sesión anterior, y con base en las manifestaciones realizadas propongo dos modificaciones muy puntuales al proyecto.

En primer lugar, el señor Ministro Pérez Dayán afirmó estar de acuerdo con la consulta y sugirió se matizara el párrafo 245 del proyecto para precisar que como lo establece la Constitución, el juez de control sí debe considerar la peligrosidad del sujeto de la medida así como la investigación de delitos graves. Agradezco la observación y, por lo tanto, propongo modificar este párrafo para precisar el sentido de las palabras ahí utilizadas.

Se aclararía que la peligrosidad que el juez debe considerar es aquella concreta, real y objetiva que se acredita respecto a los bienes autónomos respecto de los cuales se pretende obtener el arraigo penal: bienes o personas o sustracción de la propia persona de la justicia, pero no la peligrosidad en abstracto de la persona de acuerdo a un modelo de derecho penal del autor, que es el que se pretendió excluir de la interpretación propuesta.

También se aclararía que si bien debe considerarse la existencia de una averiguación previa por delitos graves, el sentido del proyecto es que ello sólo constituye una condición necesaria mas no suficiente; es decir, un requisito de procedencia que además requiere la satisfacción del estándar de motivación propuesto en la consulta. Hasta aquí la primera modificación que propongo.

En segundo lugar, al revisar la versión taquigráfica de la participación del señor Ministro Cossío Díaz, advertí que expresó la duda de que si el proyecto proponía controlar la validez del artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional de junio de dos mil ocho, lo que lleva a la pregunta más general de

si lo que se propone en la consulta, especialmente en la tercera parte a partir de la página cuarenta y tres del proyecto, es controlar la validez material de la norma constitucional.

El proyecto no propone realizar un control material de la norma constitucional, sino únicamente verificar si el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales en tanto norma legal al regular una restricción constitucional expresa de la libertad resulta ser la posibilidad reglamentaria menos restrictiva posible, lo cual hemos hecho en varios precedentes.

Así en el proyecto, al proponer una interpretación conforme del precepto legal, no se propone someter a un control material la validez del artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional, sino de la norma legal secundaria que la desarrolla o reglamenta; por tanto, propongo introducir de manera muy puntual en el proyecto, en la parte final, un párrafo que señala que en el caso deben distinguirse dos operaciones distintas; por una parte, una primera operación que consiste en identificar la restricción constitucional al derecho humano, a la cual en este primer momento se da valor aplicativo; esto es, el artículo décimo primero transitorio; y, una segunda, que es la de controlar la forma en que el legislador reglamenta esa restricción buscando que lo haga de una forma lo menos restrictiva posible para no vulnerar otros derechos y principios contenidos en la Constitución, el contenido del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales. Esta segunda operación es distinta a la primera y no busca inaplicar la restricción constitucional ni controlarla materialmente, sino aplicarla en su apropiado alcance a la luz del resto de las normas constitucionales.

En mi opinión, lo que se propone en este caso no es nada extraño a la forma de resolver de esta Suprema Corte, justo lo que pretende el proyecto es seguir la línea jurisprudencial construida en diversos casos, según la cual esta Suprema Corte debe controlar que el legislador, al reglamentar una restricción constitucional expresa a un derecho, lo haga lo menos restrictivamente posible.

Por ejemplo, al resolver la contradicción de tesis 6/2008 reconocimos que el artículo 38, fracción II, constitucional establece una restricción expresa a los derechos humanos de naturaleza política, pues establece que las personas sujetas a un proceso criminal que merezca pena privativa de la libertad tienen suspendidos sus derechos ciudadanos desde el auto de formal prisión, entre ellos el derecho al voto.

Sin embargo, se estableció que esta restricción no podía entenderse en cualquier sentido, sino que debía aplicarse exclusivamente a los procesados que no estuvieran en libertad durante el proceso por ser ésta la interpretación menos restrictiva de los derechos humanos al voto y a la presunción de inocencia, por tanto, se excluyó como inconstitucional la posibilidad de aplicar esta restricción a quienes estuvieran sujetos a un proceso penal en libertad.

Otro ejemplo es la expropiación establecida en el artículo 27 constitucional, la que se ha reconocido como una restricción al derecho de propiedad. Si bien en los últimos precedentes se ha ampliado el concepto de “utilidad pública” que se condiciona su procedencia, este Pleno ha sido enfático en afirmar sus facultades de control sobre la forma en que el legislador regula y recoge este concepto, estableciendo un concepto delimitado

fuera del cual no se puede reglamentar dicha figura restrictiva de derechos constitucionales.

Recientemente, –por ejemplo– siguiendo esta línea de precedentes en la Primera Sala se ha establecido al resolver el amparo directo 23/2013 el veintiuno de agosto de dos mil trece, bajo la ponencia del señor Ministro Pardo Rebolledo, que: —y cito— “Si bien es cierto que el artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala como límite a la libertad de expresión y el derecho a la información, el ataque a la moral y que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1830 define ese hecho ilícito como aquel contrario a las leyes del orden público y a las buenas costumbres, también lo es que los límites a aquélla constituyen la excepción a la regla y como tales deben interpretarse de forma restrictiva.” Finalmente, llamo la atención sobre otros ejemplos recientes de este Pleno.

Hemos reconocido que el artículo 17 constitucional no sólo establece el derecho de acceso a la justicia, sino la facultad del legislador de establecer mediante leyes los términos y plazos que regularán su acceso pudiendo resultar dichas leyes injustificadas si establecen requisitos irracionales. De ahí que si bien se ha reconocido que el legislador puede establecer restricciones válidas al ejercicio de ese derecho, esta Corte debe de controlar la forma en que lo realiza mediante un estándar de proporcionalidad.

En suma, propondría hacer una aclaración inicial en este proyecto de que no se realiza un control material sobre la Constitución, sino de la ley exclusivamente para verificar que el legislador ha escogido la posibilidad reglamentaria menos

restrictiva, funcionando la interpretación conforme que se propone de esta norma legal como una garantía de ello.

Con estas dos modificaciones muy puntuales que no modifican la propuesta en esencia señor Ministro Presidente, por tanto, sigo sosteniendo los términos de la consulta.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena. Está a su consideración la propuesta del señor Ministro. Señor Ministro Cossío Díaz.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Gracias señor Ministro Presidente. Agradezco los ajustes que ha introducido el señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena, pero por las razones que expresé en la sesión anterior sigo creyendo que el arraigo —tal como está establecido en este artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales— es inconvencional, no repito las razones, son las que se expusieron en la sesión del jueves pasado y sigo estando en contra del proyecto por la inconvencionalidad que conforma nuestro sistema generaría inconstitucionalidad del juicio de amparo. Gracias señor Ministro Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor Ministro Cossío Díaz. Señor Ministro Franco González Salas.

SEÑOR MINISTRO FRANCO GONZÁLEZ SALAS: Gracias señor Ministro Presidente. También agradezco la información que nos ha planteado el señor Ministro ponente de lo que pretende introducir al proyecto, con mucho de lo cual estaría de acuerdo, inclusive yo me iba a separar de algunas de las cuestiones que ahora él ofrece en modificar en el proyecto.

Obligado por la decisión mayoritaria, —y pido una disculpa si eventualmente tengo que interrumpir por los accesos de tos— como ya lo votamos, y en este caso concreto —insisto— me pronuncié por entrar al fondo precisamente para establecer mi posición y poder formar —en su caso— una argumentación respecto de minorías y mayorías en este asunto tan importante.

En principio, estoy de acuerdo con el proyecto —como lo dije en mi intervención inicial— y creo que el precepto es constitucional; sin embargo, me separo de algunas de las consideraciones del proyecto y del enfoque, particularmente del enfoque de análisis de convencionalidad que eventualmente podría ser —hasta donde entiendo— matizado por el ponente.

Mi posicionamiento se basa en lo que he sustentado mis razonamientos desde la primera vez que intervine en el Pleno en estos temas antes de la reforma constitucional de dos mil once y con posterioridad.

He sostenido que la Constitución puede establecer restricciones a los derechos fundamentales porque es un derecho de soberanía de los Estados, y que éstos son los responsables frente a ese tipo de determinaciones en el ámbito internacional.

Parto de la reforma de dos mil once también porque es lo que nos obliga ahora para hacer el estudio. He sostenido que el artículo 1° constitucional en el conjunto de reformas, efectivamente, —desde mi punto de vista— estableció que tanto los derechos humanos de fuente puramente constitucional, de texto de la Constitución, como los de tratados internacionales están equiparados hoy en día en rango y alcance por el artículo 1°

constitucional de manera general; sin embargo, el Constituyente estableció en el propio artículo 1º, en el párrafo primero, última parte, una salvedad importante respecto a restricciones y suspensión expresamente señalados en el texto constitucional, y esto también fue lo que se retomó –en mi opinión– en la tan mencionada tesis de jurisprudencia de este Pleno 20/2014, cuyo rubro lo indica claramente: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”.

Esto se repite al desarrollar esto en el texto –no me voy a detener, todos conocemos bien esta jurisprudencia– y –en mi opinión– no hay duda de lo que estableció una mayoría muy amplia fue en este sentido, gramaticalmente no hay lugar a dudas; cuando en la Constitución hay una restricción expresa al ejercicio de aquéllos se debe estar a lo que establece el texto constitucional.

Consecuentemente, he sostenido que si bien en el sistema actual constitucional mexicano ha desaparecido –de manera general– una jerarquía de normas en materia de derechos humanos entre la Constitución y los tratados internacionales, cuando estamos enfrente de una restricción o suspensión entonces vuelve a regir evidentemente un sistema jerárquico en donde la Constitución está por encima aun de los tratados internacionales. En mi opinión, esto es lo que dice la tesis que aprobamos también.

Ahora bien, estimo que ante esta forma en que el Constituyente planteó el nuevo sistema de derechos humanos y manteniendo la

posibilidad de restricciones y suspensión de derechos humanos, –también subrayo, lo he sostenido– no es lo mismo “restricción” que “suspensión” y no se pueden mezclar, las restricciones son diferentes a las suspensiones de derechos humanos tanto a nivel constitucional mexicano como en el orden convencional; la propia Convención Americana Sobre Derechos Humanos señala –si mal no recuerdo– en sus artículos 27 y 30 esta diferencia clara; el artículo 27 se refiere a la suspensión por condiciones extraordinarias urgentes; y el artículo 30 se refiere a las restricciones que la propia Convención autoriza, y si vemos en varios de los derechos humanos previstos en la Convención hay restricciones autorizadas por la propia Convención. Consecuentemente, creo que son dos cosas diferentes, en el caso concreto estamos hablando de una restricción de derechos humanos con la figura del arraigo.

Al mantener en estos casos intocado –en mi opinión– el principio de jerarquía es obvio que tenemos que hacer el contraste directamente con la Constitución, en este caso con el artículo décimo primero transitorio de la Constitución.

Por estas razones, no convengo con el análisis –respetuosamente y por supuesto sé que en estos temas ha habido posiciones muy encontradas– no coincido en que sea necesario acudir a un examen de convencionalidad, creo que basta el contraste con el texto expreso de la Constitución que autoriza un arraigo que además es si bien del género arraigo, –en mi opinión– es diferente al previsto en el artículo 16, no nada más por el objeto porque son delitos graves cuando el artículo 16 habla de delitos de delincuencia organizada, sino también por sus características; consecuentemente, creo que el Constituyente pretendió dejar temporalmente esta figura hasta en tanto se instaurara de manera integral el sistema penal adversarial que

tiene que estar funcionando el año que entra, pero eso, –en mi opinión– no quiere decir —y en esto coincido con la idea del proyecto y así lo he sostenido— que también el legislador puede interpretar de la manera más favorable y buscando la protección más amplia de los derechos humanos aun dentro de la figura del arraigo, y que en este sentido pero con el contraste con la Constitución podría eventualmente este Pleno –como lo ha hecho en otras ocasiones– pronunciarse sobre ya el contenido específico —y ahorita me referiré a ello— del artículo transitorio.

Al convenir con el proyecto en el sentido de que la legislación secundaria debe ser entonces motivo de escrutinio por este Pleno para definir si dentro de los parámetros de protección a los derechos humanos y siempre, obviamente, sin desaparecer la restricción que ha establecido el Constituyente puede eventualmente señalar que para conseguir los fines necesarios de la figura el juez pueda tener ciertas referencias, ciertos lineamientos para cumplir plenamente con ello, y lo voy a referir específicamente en relación al transitorio de la Constitución.

El transitorio de la Constitución dice: –artículo décimo primero, es el transitorio de la reforma constitucional de junio de dos mil ocho– “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 —otra diferencia, arraigo domiciliario— del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días”. Delito grave y es un máximo de cuarenta días, a diferencia del arraigo previsto en el artículo 16 que puede ser hasta por ochenta días.

Y lo importante –para mí– está en el segundo párrafo: “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 inculpado se sustraiga a la acción de la justicia”. Me parece que *lato sensu* lo que se señaló aquí se compadece con los lineamientos generales que se han fijado a nivel internacional: es de excepción, interviene el juez y se tienen que señalar claramente los lineamientos.

Así, pienso que lo que podría, en todo caso, ser un juicio de constitucionalidad –en este caso respecto de la figura de arraigo– ya en eso es o resulta o debe resultar absolutamente necesario que cuando se solicita el arraigo se justifique plenamente —y esta es mi posición— que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

Me parece que esto es lo que podría ser motivo en un momento dado de una regulación específica en la ley, precisamente para lograr el propósito de que esta figura restrictiva de derechos humanos al cumplir con su propósito quede plenamente justificada. Ésta será mi posición señor Ministro Presidente, señoras y señores Ministros en el presente asunto.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor Ministro Franco. Señor Ministro Zaldívar por favor.

SEÑOR MINISTRO ZALDÍVAR LELO DE LARREA: Gracias señor Ministro Presidente. Señoras y señores Ministros, cuando aprobamos la tesis de jurisprudencia 293 este Tribunal Pleno aprobó dos tesis. La primera en la cual establecía que hay un parámetro de regularidad constitucional, un bloque de constitucionalidad entre los derechos humanos propiamente

constitucionales y los derechos humanos de fuente internacional, con lo cual estos derechos humanos se constitucionalizaban, y que este parámetro era el que servía como presupuesto de validez de todo el orden jurídico mexicano.

También en esta tesis se dijo que cuando hubiera una restricción expresa al ejercicio de un derecho se estaría a lo que marca el texto constitucional, dice en una parte, en otras partes el engrose habla de norma constitucional; y en la segunda tesis se estableció que las sentencias de la Corte Interamericana o los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aquellos casos en que México no es parte, resultaban vinculantes para todos los jueces del país en aquello que fuera más favorable a la persona.

Hago notar a ustedes que por lo que hace a la primera tesis en cuanto a las restricciones, no se estableció en esa oportunidad qué se iba a entender por restricción para diferenciarla de otras modalidades, como puede ser limitación o puede ser condicionamientos o puede ser suspensión y tampoco se estableció de qué forma se iban a interpretar estas restricciones, por ello, algunos de nosotros establecimos en la discusión que esto se tendría que ver caso por caso en la ocasión en que se presentara.

Creo que aquí es un caso en que efectivamente se presenta esta hipótesis, en otros asuntos en que se ha sostenido que hay restricciones, he dicho que no se trata propiamente de restricciones pero aquí sí, sin duda es una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano.

En mi voto concurrente y en las discusiones posteriores que se han dado en otros asuntos sostuve lo siguiente y con base en esto voy a fijar mi posición en este asunto:

Primero. Que las restricciones también son interpretables y se tiene que hacer caso por caso.

Segundo. Que la restricciones al ejercicio de un derecho solamente pueden ser válidas aquéllas que se compadezcan con un Estado democrático y un sistema de derechos; de otra manera estas restricciones no serían legítimas.

Tercero. Que todas las restricciones como excepciones al principio general, que es el ejercicio de los derechos son de aplicación estricta o limitativa; esto, por lo demás no es ningún criterio interpretativo moderno es un principio general de interpretación del derecho en el cual todas las excepciones son de aplicación estricta, aquí la regla general es el ejercicio de los derechos y la excepción es la restricción. Nuestro sistema constitucional –como no podría ser de otra manera– establece, consagra un sistema de derechos, un sistema de libertades no un sistema de restricciones.

Cuarto. Que cuando la tesis habla de que se estará a lo dispuesto en la norma constitucional, se refiere a todo el texto constitucional no solamente al texto de la restricción.

Quinto. Que las restricciones a los derechos humanos no pueden ser interpretadas en el sentido de hacerlos nugatorios o vaciarlos totalmente de contenido.

Sexto. Que a la luz del nuevo paradigma constitucional, todo el texto de la Constitución debe ser reinterpretado de la manera más favorable a la persona, maximizando el ámbito protector de los derechos y minimizando sus posibles restricciones.

Séptimo. Que esta operación en ocasiones tendrá el efecto de que en algunos casos las restricciones constitucionales se desdibujen o desvanezcan y en otros se apliquen cabalmente en un análisis que deberá hacerse –como ya dije– caso por caso.

Octavo. Que existen casos en los que no es posible lograr la armonización de los contenidos constitucionales debido a que distintas normas constitucionales regulan de forma diferenciada un mismo derecho y, que en tal supuesto debe aplicarse el principio *pro personae* de su vertiente de criterio de preferencia de normas; de tal manera que se prefiera la norma que favorezca en todo momento la protección más amplia de las personas.

En este sentido, el proyecto sigue una metodología muy similar, propone una interpretación conforme del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales a fin de que la medida de arraigo se aplique de la forma más favorable a la persona, por ello acude a los estándares interamericanos sobre prisión preventiva, bajo el argumento de que el arraigo y prisión preventiva son especies de un mismo género, a saber: las medidas cautelares y a partir de ahí se incorporan al contenido del precepto impugnado diversos elementos necesarios para minimizar la interferencia que supone el arraigo en los derechos de la libertad personal, presunción de inocencia, garantías judiciales, etcétera.

Me parece adecuada la forma de abordar el problema y quiero expresar mi reconocimiento al señor Ministro ponente por este proyecto tan inteligente que nos presenta a consideración; sin embargo, –en mi opinión– en este caso concreto no es viable encontrar una interpretación posible de la figura del arraigo que sea compatible con las exigencias del derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia; por ello estaré en contra del proyecto por las razones que voy a señalar, expresando mi respeto absoluto no sólo al ponente y a su proyecto, sino a todas las posturas que se han presentado y que se presentarán en esta sesión y en su caso, en las siguientes, porque entiendo que es un tema polémico en donde tenemos algunos de nosotros visiones encontradas diferentes pero creo que enriquecen a un Tribunal Constitucional el que haya distintas formas de abordar los problemas.

Estamos en presencia de una medida que permite que una persona esté detenida en su domicilio hasta por cuarenta días, sin que pese sobre ello una acusación formal de haber cometido un delito y sin que se precise siquiera cuál es el estándar probatorio mínimo exigible para decretarla.

Si bien se prevé que la medida cautelar debe perseguir determinadas finalidades: asegurar el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o evitar que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, estas finalidades sólo encuentran justificación en la medida en que exista una sospecha razonable de culpabilidad, lo que explica que la Corte Interamericana las considere finalidades legítimas para el dictado de la prisión preventiva.

Cuando se decreta el arraigo en la fase de investigación aún no es posible considerar a una persona como probable responsable –estándar constitucional para dictar orden de aprehensión y auto de formal prisión– precisamente porque no se tiene una sospecha razonable de culpabilidad –estándar interamericano para decretar la prisión preventiva– que sería más o menos equivalente a la probable responsabilidad, toda vez que si se contara desde ese momento con pruebas suficientes respecto del cuerpo del delito y la probable responsabilidad no habría razón para solicitar el arraigo, sino que se tendría que acusar a la persona ante el juez con la evidencia disponible.

En este sentido, si no se satisface este estándar mínimo sobre el delito y la responsabilidad de la persona no está justificado dictar una medida cautelar con la que se pretenden evitar los riesgos procesales que se han identificado como justificantes de la prisión preventiva.

En muchas decisiones la Corte Interamericana se ha referido a la prisión preventiva como la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito –caso Tibi Vs. Ecuador– lo que puede ser interpretado en el sentido de que los estándares requeridos para la prisión preventiva son los mínimos que justifican una restricción a la libertad personal, por lo que una medida como el arraigo, que necesariamente requeriría un estándar más bajo entraría en mayor tensión con el principio de presunción de inocencia y no podría considerarse como una restricción razonable al derecho de libertad personal; esto es, el estándar mínimo para que una persona pudiera ser privada de la libertad como medida precautoria requeriría de una cantidad de evidencia que aún no se tiene en la fase de investigación cuando se solicita el arraigo.

Lo anterior explicaría que antes de que se cuente con elementos suficientes para al menos que una persona es probable responsable de un delito, no estaría justificada una restricción a la libertad; en tal sentido, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez Vs. Ecuador, claramente se estableció por la Corte Interamericana que para esa Corte la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas, de ahí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para llevarla a juicio.

Desde otra perspectiva, el hecho de que una persona pueda permanecer arraigada hasta por cuarenta días sin que se ejerza acción penal en su contra plantea problemas a la luz de los artículos 7, punto 4, y 7, punto 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto prevén respectivamente que toda persona detenida o retenida debe ser notificada sin demora, no sólo de la razón de su detención, sino también de los cargos formulados contra ella, que será llevada sin demora ante un juez y que tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable.

Estas exigencias no parecen dar lugar para una detención con las características del arraigo, pues por un lado, cuando una persona está arraigada aún no se ha formulado ningún cargo en contra de ella, entendiéndose por ello la acusación ante un juez por la comisión de algún delito; y por otro lado la persona no puede, en principio, ser juzgada en un plazo razonable, pues aún no ha sido sometida a proceso. Más aún, si bien la orden de arraigo es

emitida por autoridad judicial, el arraigado nunca es llevado ante el juez.

Al respecto, en el caso Tibi Vs. Ecuador la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente, cito: “En primer lugar los términos de la garantía establecida en el artículo 7, punto 5, de la Convención, son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal, esto es, es esencial para la protección del derecho a la libertad procesal y para otorgar protección a otros derechos: como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, no satisface esta garantía ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente”.

En el caso del arraigo no existe posibilidad de dar cumplimiento a esta exigencia, el hecho de que la orden sea girada por un juez de control no satisface el requisito de que el detenido sea llevado sin demora ante un juez, y en tal medida es incompatible con la obligación de que toda persona retenida o detenida comparezca sin demora ante la autoridad judicial competente, como lo requiere el artículo 7, punto 5, de la Convención.

En estas condiciones y a la luz de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que nos son vinculantes en términos de la segunda jurisprudencia derivada de la contradicción de tesis 293/2011, me parece que estamos en el supuesto en el que debemos preferir la aplicación de estos criterios más protectores y declarar la invalidez del artículo 133

Bis del Código Federal de Procedimientos Penales por ser contrario a ellos.

Adicionalmente, considero que tal como lo he sostenido en diversos asuntos, la nueva —ya ni tan nueva— reforma en materia de derechos humanos, particularmente el artículo 1º y todo el sistema de derechos tiene que ser interpretado armónicamente.

De tal suerte que cualquier restricción a los derechos tiene que hacerse una ponderación en relación a los otros derechos, particularmente el artículo 1º y el principio *pro personae*, y si esto es así me parece que cuando se tiene una norma que no se compadece con este sistema de derechos, como es el artículo décimo primero transitorio, este artículo llega a interpretarse de tal manera que puede incluso diluirse su intención literal que establece la Constitución, porque de otra manera parecería que esta interpretación constitucional no puede darse, que siempre que haya una restricción aunque ésta anule de hecho un derecho tendría que privilegiarse a ésta, lo que me parece que sería contrario al artículo 1º constitucional y a los criterios interpretativos *pro personae* que estamos obligados a realizar en cualquier supuesto.

También las restricciones, como lo he dicho de manera reiterada no sólo en esta ocasión, son interpretadas a la luz del principio *pro personae*; y cuando este principio no es susceptible de ser interpretado porque la norma es incompatible con un sistema democrático constitucional de derechos creo que la consecuencia tiene que ser anular el artículo del código procesal que ha sido aquí impugnado. Por ello, votaré por la inconstitucionalidad del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales. Gracias señor Ministro Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea. Señor Ministro Medina Mora.

SEÑOR MINISTRO MEDINA MORA I.: Muchas gracias señor Ministro Presidente, con su venia. En el mismo sentido que han planteado otros honorables miembros de este Pleno, me manifiesto ahora obligado por la decisión mayoritaria a pesar de que yo voté por considerar que los agravios son inoperantes, en este caso concreto para poder establecer mayoría en función de la decisión respecto de la constitucionalidad de este precepto.

Me hago cargo de abordar los puntos 2 y 3 de la consulta de manera conjunta; es decir, la regularidad constitucional del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales y la competitividad del arraigo con el *corpus iuris* de los derechos humanos.

En el primer caso, estoy desde luego de acuerdo en la lógica de que este artículo es compatible y es perfectamente consistente con el texto constitucional, la reforma del veintitrés de enero de dos mil nueve al artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales tuvo por objeto adecuar la regulación en materia de arraigo a los parámetros establecidos por el Constituyente en el artículo décimo primero transitorio del decreto publicado el dieciocho de junio de dos mil ocho; esto es, para delitos graves siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de las personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia por un plazo máximo de cuarenta días, limitando su vigencia conforme al artículo segundo transitorio del propio decreto, a la fecha en que entre en vigor el sistema penal

acusatorio. Sólo añade la obligación del ministerio público y sus auxiliares de vigilar que el mandato judicial establecido en la orden de arraigo sea debidamente cumplido; que el arraigo domiciliario deba durar el tiempo estrictamente indispensable sin exceder de cuarenta días y otorga al afectado por el arraigo la posibilidad de solicitar que éste quede sin efecto cuando considere que las causas que lo originaron hayan desaparecido. En este sentido, el artículo es conforme a lo dispuesto por el artículo décimo primero transitorio de la reforma de dos mil ocho.

En cuanto a la compatibilidad con el *corpus iuris* de los derechos humanos, no comparto el sentido y las consideraciones del proyecto. La restricción a la libertad personal como efecto del arraigo se encuentra prevista constitucionalmente, por lo que si el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales se ajusta a lo dispuesto por el artículo décimo primero transitorio del decreto publicado el dieciocho de junio de dos mil ocho como se concluye en el considerando previo, esto resulta suficiente para sostener que respeta el parámetro de control de regularidad constitucional integrado por los derechos humanos establecidos por la Constitución y los tratados internacionales, y en ese sentido estoy de acuerdo con el señor Ministro Franco González Salas, obviamente en traer a consideración el texto de la tesis 20/2014 que señala: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA —como es el caso— AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”.

Sin que resulte necesario hacer un análisis sobre la validez material de la restricción en cuestión —con la que además, como se dijo, no estoy de acuerdo— pues se centran los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha fijado con relación a la prisión preventiva, dejando de lado, por una parte, el parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos establecidos por esta Suprema Corte en el expediente varios 912/2010, integrado, en primer lugar, por todos los derechos humanos contenidos en la Constitución 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 los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte y los criterios emitidos por la Corte Interamericana; y por la otra, las diferencias existentes entre medidas cautelares que restringen la libertad legítimamente con autorización judicial, como son el arraigo y la prisión preventiva.

El arraigo y la prisión preventiva son instituciones de derecho procesal penal que poseen elementos comunes; sin embargo, no son —a mi juicio— equivalentes, como expondré a continuación. El artículo 16 constitucional así como el artículo décimo primero transitorio de la reforma de dos mil ocho establecen que el arraigo procede siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de las personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

Por otra parte, la prisión preventiva según establece el artículo 19 constitucional es procedente cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado a juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima

o 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.

Es necesario señalar que mientras el arraigo es aplicable durante la etapa de investigación del delito, esto es, cuando el agente del ministerio público lleva a cabo las actuaciones y diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad que han de integrar la averiguación previa, la prisión preventiva debe ser solicitada por el agente del ministerio público durante el proceso penal de quienes se encuentran procesados por delitos que merezcan pena privativa de la libertad, con la finalidad de preservar el adecuado desarrollo del proceso penal y garantizar la ejecución de la sentencia.

El procedimiento penal y el proceso penal se distinguen claramente pues guardan relación de género y especie. El primero: –género– consta de etapas sucesivas, comienza cuando el agente del ministerio público tiene conocimiento de la comisión de un delito y termina cuando el órgano jurisdiccional dicta una sentencia; mientras que el proceso penal –especie– es aquella etapa dentro del procedimiento penal que consiste en la consignación del sujeto activo del delito ante la autoridad judicial después de que el agente del ministerio público ha integrado la averiguación previa.

De esta forma, la prisión preventiva debe ser aplicada en los términos del sistema acusatorio, como lo marca la reforma del artículo 19, dentro de las primeras audiencias preliminares del juicio se encuentra aquélla que se realiza a partir de la consignación del sujeto activo ante el juez que conoce de la causa que tiene un plazo de setenta y dos horas para emitir un

auto de vinculación a proceso y legitimar la detención del imputado.

Durante ese lapso se debe realizar la primera audiencia preliminar a efecto de que el imputado esté en aptitud de declarar ante el juez de control en relación con el delito que se le imputa. Esta primera audiencia queda cerrada con el acto de vinculación a proceso, siendo éste el momento procesal oportuno para que el agente del ministerio público pida al juez que dé por cerrada la diligencia con prisión preventiva, iniciada formalmente la etapa del proceso penal, así quedó la reforma para cuando entre en vigor el sistema acusatorio, pero me parece importante para distinguir las figuras del arraigo y de la prisión preventiva.

Es por ello que aunque ambas figuras parecen compartir características similares, lo cierto es que el momento procesal oportuno en que se aplican una u otra resulta determinante para entender sus diferencias, ya que el arraigo, como medida con control judicial donde la persona es restringida en su libertad para que el agente del ministerio público investigue y determine la probable responsabilidad; mientras que en la prisión preventiva el agente del ministerio público ya ha presentado ante el juez de la causa la existencia de indicios y pruebas que permiten presumir la participación del sujeto convirtiéndolo en una excepción a las garantías de libertad de audiencia previa y de principio de presunción de inocencia que tiene por objeto preservar el adecuado desarrollo del proceso penal y asegurar la ejecución de la pena así como evitar un grave e irreparable daño al ofendido o a la sociedad en prioridad al interés social sobre el particular.

Si comparamos el arraigo regulado en el artículo 16 y en el décimo primero transitorio de la reforma constitucional de dos mil

ocho y la prisión preventiva en el artículo 19, hay elementos comunes pero también hay elementos diferentes. El primer caso, el arraigo es necesario para el éxito de la investigación, en cuanto que en la prisión preventiva no tiene esta misma fundamentación ni motivación.

La temporalidad es distinta: son cuarenta días para el arraigo, mientras que en la prisión preventiva no hay plazo definido; el momento procesal del arraigo es la investigación del delito mientras que la prisión preventiva es el proceso penal; el arraigo debe ser autorizado por un juez a petición del ministerio público, en la prisión preventiva debe ser otorgado por el juez a petición del agente del ministerio público o de oficio por el juez en causas determinadas en los casos señalados por la Constitución, y también la denominación del sujeto activo del delito es diferente en una medida y otra, en un caso: es el arraigo del inculcado y en la prisión preventiva es imputado.

Hasta el día de hoy la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ha pronunciado sobre la convencionalidad del arraigo, sino que únicamente ha estudiado la prisión preventiva, figura que no puede ser asimilada –a mi juicio– por ningún motivo con el arraigo. El proyecto cita cuatro asuntos de la Corte Interamericana: en el párrafo 182 página cincuenta y dos, párrafo 194 página cincuenta y seis, párrafo 201 página cincuenta y siete, párrafo 210 página sesenta. Todos los casos se refieren a la figura de la prisión preventiva.

Adicionalmente, como el proyecto determina, los requisitos que se detallan en el párrafo 245 son exigibles a los jueces como estándares de motivación; esto es, constituyen –en todo caso– parámetros de aplicación y no de validez de la norma reclamada;

razón por la cual no pueden ser tomados en cuenta en esta instancia de revisión constitucional. Es cuanto señor ministro Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor Ministro Medina Mora. Señora Ministra Sánchez Cordero por favor.

SEÑORA MINISTRA SÁNCHEZ CORDERO: Gracias señor Ministro Presidente. Antes que nada quisiera también expresar como lo ha hecho el señor Ministro Zaldívar, mi felicitación al ponente y a su equipo de trabajo por el extraordinario proyecto que ha presentado a nuestra consideración; sin embargo, también pedí hacer uso de la palabra solamente para puntualizar dos cuestiones respecto a la respuesta que el señor Ministro ponente me dio en la ocasión anterior en respuesta a mi participación en la última sesión.

Quisiera también decir que independientemente si es una limitante o es una restricción constitucional, como lo señaló el señor Ministro Zaldívar no puede ser analizada como la regla, sino también tendrá que verificarse cuál es la norma de derecho fundamental que otorga mayor protección a las personas, y como lo mencioné en mi participación existen normas de derechos humanos en diversos tratados internacionales que prohíben – desde mi óptica– el encarcelamiento arbitrario y –a mi juicio– el arraigo queda incluido en esta categoría por no superar –desde mi óptica– un test de proporcionalidad como lo expliqué en mi intervención.

En esa medida, también quiero sostener la posición que expresé, que al existir normas que protegen de mejor manera la libertad personal del derecho humano a la presunción de inocencia es a

éstas a las que debemos darle preferencia frente a una, ya no quiero entrar en polémica si es restricción o limitación, introducida por el Constituyente en la reforma del dos mil ocho. En esa medida señor Ministro Presidente y muchas gracias por darme oportunidad de expresar esto, también seguiré sosteniendo la inconstitucionalidad del precepto del Código Federal de Procedimientos Penales. Gracias.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señora Ministra Sánchez Cordero. Me han pedido la palabra la señora Ministra Luna Ramos, el señor Ministro Pérez Dayán, pero el señor Ministro ponente quiere hacer alguna participación.

SEÑOR MINISTRO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA: Gracias señor Ministro Presidente. Simplemente para dar contestación a algunas de las objeciones que se han mencionado hasta este momento al proyecto.

Entiendo la postura del señor Ministro Fernando Franco que parte de un entendimiento diferenciado que hizo valer en su voto concurrente al decidir el asunto ya muy citado del 293. Me parece que el Pleno tomó la decisión –como lo expresó el señor Ministro Zaldívar– de que había una incorporación de los derechos internacionales con las garantías constitucionales, los derechos humanos plasmados en la Constitución, por no poder dividir un derecho humano; es decir, no puede haber un derecho humano a la libertad en la Constitución y un derecho humano distinto en un tratado internacional, y expresamente se estableció que cuando se estaba ante una restricción expresa en la Constitución debía prevalecer la restricción expresa.

Quedó intocado el sistema de jerarquía normativa, pero sí se habla de una coherencia normativa en sentido material de la Constitución y establece un cierto procedimiento para abordar estos asuntos, procedimiento que seguí. Curiosamente la metodología que yo sigo es muy parecida si no es que idéntica a la que expresó el señor Ministro Zaldívar al principio de su intervención, yo la comparto plenamente, donde llegamos a una diferencia que –para mí– corriendo el estándar, corriendo el procedimiento establecido en la 293, llego a la conclusión de que la norma es constitucional, entendido en su sistema más extenso, no sólo conforme a lo dicho expresamente por la Constitución, sino lo incorporado por los tratados, siempre y cuando esa norma, la norma secundaria que está siendo sujeto de análisis se lea de cierta manera.

Me parece que otra manera de abordarlo sería, si bien queremos seguir con la dicotomía de los derechos consagrados en la Constitución y los derechos consagrados en los tratados, de cualquier manera la Constitución a raíz de la reforma de dos mil once nos obliga a hacer un análisis de la regularidad convencional de las leyes secundarias y los tratados de los que México es parte.

En esa razón entro al análisis —y aquí me gustaría referirme también a los comentarios que acaba de hacer el señor Ministro Medina Mora— no a lo que ha dicho la Corte Interamericana en abstracto de los principios de la prisión preventiva, es más puntual; existe un artículo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que no podemos hacer a un lado, el hecho de que exista una restricción expresa en la Constitución no genera un eclipse sobre el resto de los textos constitucionales o sobre los textos convencionales; es decir, tenemos que seguir

dialogando con el artículo 7º de la Convención Americana que forma parte de nuestro derecho positivo. ¿Cómo leemos ese artículo 7º de la Convención Americana? Ha habido varias lecturas, la primera lectura que se expuso fue la del señor Ministro Cossío Díaz.

Para el señor Ministro Cossío —si no lo entendí equivocadamente— el artículo 7 aplica para las restricciones las medidas cautelares que restringen la libertad a partir del procedimiento penal; cualquier restricción a la libertad antes del procedimiento penal debe de ser excluido por inconvencional.

El señor Ministro Zaldívar toma una lectura del artículo 7º —también si le entendí bien— donde presupone que el artículo 7º “derecho a la libertad personal”, presupone el acreditamiento a la culpabilidad, yo no llego a esa lectura, para mí el artículo 7º lo que busca evitar es la arbitrariedad en la medida cautelar, y en ese sentido no entiendo por qué una diferencia entre la prisión preventiva o el arraigo tendría una diferencia, sería tanto como decir si estamos ante la prisión preventiva —como ya se ha pronunciado la Corte Interamericana— habría protecciones a la arbitrariedad, pero si estamos ante el arraigo, como no se ha pronunciado la Corte Interamericana sobre el arraigo en específico y como no es igual en sus términos aplicativos a la prisión preventiva, ahí sí podría haber actos de arbitrariedad porque estamos ante una restricción expresa; no podemos voltear a ver el resto del texto constitucional, no podemos voltear a ver los tratados internacionales, y como no ha habido un pronunciamiento de la Corte y existen diferencias específicas entre una medida cautelar y la otra, pues reinará la arbitrariedad hasta que se pronuncie la Corte Interamericana en esa manera específica. Esa postura no la podría aceptar.

El artículo 7º. Derecho a la libertad personal establece: 1. “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”; ésa es la regla general. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.”

No está hablando de prisión preventiva, no está hablando de arraigo, está hablando de las figuras contenidas en las Constituciones de los países Partes, como lo es México.

Eso –desde mi punto de vista– incorpora tanto la figura del arraigo como la figura de la prisión preventiva. “3. Nadie puede ser sometido a detención o a encarcelamiento arbitrarios”; eso es lo que está protegiendo el artículo 7, la detención arbitraria.

¿Cómo nos aseguramos que la figura del arraigo no es una detención arbitraria? En parte, me parece que la Constitución colma eso con los requisitos que establece en el artículo décimo primero que son repetidos por el artículo décimo primero de la Constitución, pero me parece que hay elementos que no abordan ninguno de los dos.

Me cuesta dificultad argumentar porque para llegar a la inconstitucionalidad de esta figura tendría que bordar sobre ejemplos hipotéticos; vamos a suponer que el legislador ordinario en el ejercicio de su facultad otorgada por el artículo décimo primero decide que existe el arraigo, regula el arraigo y establece como parte de esa regulación que no existe necesidad de notificar a la persona arraigada sobre por qué está siendo sujeto a un arraigo. En esos términos me vería obligado a votar por la

inconstitucionalidad o la inconvencionalidad de la figura del arraigo no por violar el texto constitucional por existir una restricción expresa pero sí por violar el artículo 7º de la Convención Americana, por eso lo busco a la luz de la manera más favorecedora de los derechos humanos, tomando como dado que existe una habilitación expresa en la Constitución para que el legislador secundario legisle en la materia de arraigo, entro al análisis del producto del legislador secundario y de la aplicación de esa legislación secundaria por parte de los operadores jurídicos, en este caso los jueces de control, y en ese sentido establezco que dadas las características del arraigo en la Constitución, en la ley secundaria se debe hacer o se puede lograr una interpretación –yo la llamo conforme, el señor Ministro Pérez Dayán la llama de la manera más favorecedora–, que establece parámetros que logran la regularidad y evitan la arbitrariedad de la detención, que ese es el espíritu, esa es la lógica del artículo 7º de la Convención Americana.

Simplemente concluyo, ¿cuál es este estándar? Es muy similar al mencionado por el señor Ministro Fernando Franco, que entiendo llega a él de otra manera, y parecido a las carencias por las cuales el señor Ministro Zaldívar llega a votar en contra de la constitucionalidad del arraigo.

1) Un estándar de motivación sustantiva acorde a la gravedad de una medida que implique la privación de la libertad, no cabe otorgar la medida en automático por la solicitud del ministerio público ni sobre la base de afirmaciones abstractas de peligrosidad o de fines de seguridad pública como tampoco por la mera investigación de delitos graves.

2) Se estima que las hipótesis de procedencia son las de aplicación estricta, que requieren de acreditación probatoria, esto es, que los indicios que existan en los autos permitan relacionar razonablemente al sujeto del arraigo con los riesgos procesales que buscan neutralizar.

3) El juez debe cuidar que la medida sea proporcional y razonable, entendiendo por ello que no exista una medida menos gravosa, que se trate de una medida cuyos costos guarden proporcionalidad con los beneficios que se buscan garantizar y que resulte razonable en cuanto a su extensión sin ir más allá de lo estrictamente necesario. La necesidad de notificación no sólo de la orden de arraigo al afectado, sino también de los hechos presuntivamente delictuosos que se investigan con la información que se disponga para que pueda preparar una defensa contra dicha medida.

Y por último, la apertura en sede ordinaria judicial y del juicio de amparo, indistintamente, para combatir la regularidad constitucional del arraigo.

No entiendo por qué las diferencias entre la prisión preventiva y el arraigo nos lleven a concluir que esta lectura del arraigo no debería de ser la manera cómo se ve el arraigo en su mejor luz, dado que existe una restricción constitucional que faculta al legislador secundario emitir esta regulación a la luz del artículo 7º de la Convención Americana. Muchas gracias señor Ministro Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor Ministro. Vamos a ir al receso para regresar quizá con un poco más de tiempo. Me han pedido la palabra la señora Ministra Luna Ramos,

el señor Ministro Pérez Dayán, el señor Ministro Pardo Rebolledo y el señor Ministro Silva Meza; sin embargo, el señor Ministro Cossío Díaz quiere hacer una aclaración previo a este receso.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Sí señor Ministro Presidente. Yo no iba a intervenir pero el señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena hizo una síntesis, yo no coincido con lo que él dice que yo digo.

Yo creo que la medida cautelar, estoy en contra: 1. Porque es previa al proceso. 2. Porque por ese motivo no puede ser cautelar, y 3. Porque me parece que su fin es perfeccionar una investigación antes de ser llevada a proceso.

En síntesis, considero que éstas son las razones, simplemente lo quería dejar en claro y agradezco al señor Ministro el esfuerzo por tratar de reseñar las posiciones de todos, que no siempre resulta fácil. Gracias señor Ministro Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Y creo que una aclaración a la aclaración del señor Ministro Cossío Díaz nos quiere hacer el señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena.

SEÑOR MINISTRO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA: Lo que acaba de aclarar el señor Ministro Cossío Díaz fue precisamente lo que yo intenté decir; entonces, coincidimos en la interpretación.

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: Perfecto, quedó clarísimo.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Muy bien, vamos a un receso.

(SE DECRETÓ UN RECESO A LAS 12:50 HORAS)

(SE REANUDÓ LA SESIÓN A LAS 13:30 HORAS)

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Se reanuda la sesión.

Tiene la palabra la señora Ministra Luna Ramos.

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS: Gracias señor Ministro Presidente. Como todos ustedes saben yo ya había votado en el fondo determinando que los agravios eran inoperantes; sin embargo, ya la votación mayoritaria nos está obligando a pronunciarnos en cuanto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales; entonces con esta idea trataré de dar mi opinión en el sentido de que coincido con que se determine que el arraigo es constitucional; me aparto de muchas de las razones que se dan en el proyecto y daré cuáles son las razones de mi voto.

En primer lugar, la figura del arraigo en nuestro sistema jurídico surge como una figura de derecho civil, no de derecho penal; de derecho civil como una restricción al artículo 11 constitucional, en la que se determinaba que las personas que tenían una deuda de carácter civil no podían salir de determinada demarcación geográfica hasta que esa deuda fuera cubierta, pero no tenían una privación de su libertad y además, esto no se encontraba establecido de manera expresa el arraigo como tal reconocido en la Constitución.

Recordarán ustedes que hace algunos años con este motivo declaramos la inconstitucionalidad de un artículo del código penal de un Estado norteño, –no sé si Coahuila o Chihuahua– declaramos la inconstitucionalidad justamente porque decíamos:

no está comprendido en la Constitución y, además, es una figura que surge en el derecho civil con una substanciación muy diferente a la que se le pretende dar en materia penal, porque aquí ¿cuál era el problema? La privación de la libertad.

Sin embargo, hubo con posterioridad en el dos mil nueve una reforma a la Constitución, y el artículo 16 de la Constitución establece ya constitucionalmente la figura del arraigo, deja que se determinen sus particularidades por la ley respectiva y establece el plazo máximo ¿cuál debe de durar?, y además, una prórroga a este plazo, pero además en el actual artículo 16 se restringe la figura del arraigo a aquellos casos en los que esté involucrada la delincuencia organizada de manera exclusiva.

¿Qué es lo que nos presenta el proyecto que hoy se discute por parte del señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena? En la demanda, si nosotros la analizamos —la tengo a la mano— no tenemos ningún argumento de convencionalidad; en la demanda en realidad los argumentos que se nos plantean son meramente de constitucionalidad; sin embargo, creo que en un esfuerzo el señor Ministro ponente en suplencia de queja hace un análisis de convencionalidad y llega a la conclusión estableciendo una interpretación de que el artículo es constitucional, con lo cual coincido en que es constitucional, no con las razones.

¿Por qué no coincido con las razones? Porque a mi manera de pensar si nosotros analizamos la Constitución podemos determinar que la figura del arraigo ya está establecida en el artículo 16.

Ahora, el artículo 16 está determinando cuarenta días para la existencia del arraigo y una prórroga de esta fecha, y si nosotros

vemos los artículos 16 constitucional y el 19 en relación a cómo se maneja el procedimiento penal, pues vemos que siempre existe la obligación por parte, ya sea del particular que detiene a alguien en flagrancia, por parte de la autoridad administrativa que detenga también a alguien y, además, por parte de la autoridad jurisdiccional que existen plazos muy perentorios para que aquella persona que está siendo privada de su libertad con motivo de la existencia de una averiguación previa de un proceso penal sea privada de su libertad.

Entonces sabemos que si alguien es detenido en flagrancia por autoridad administrativa, lo que nos dice la Constitución es que de inmediato tiene que ser puesta a disposición de las autoridades competentes, y lo mismo sucede cuando ya estamos en un proceso penal ante un juez en el que se dan plazos específicos de veinticuatro, de cuarenta y ocho y de setenta y dos horas, precisamente para que se justifique jurisdiccional y legalmente, desde luego, la existencia de esa detención.

Entonces, ¿qué sucede con el arraigo? El arraigo en materia penal en realidad se entiende de manera muy diferente a lo que el arraigo establecía en materia civil. El arraigo en materia civil – dijimos– es una manera nada más de restringir la libertad de tránsito; sin embargo, en materia penal se ha entendido como una privación de la libertad, que no está en una cárcel –es cierto– que está en un hotel, que está en una casa de seguridad, que está incluso en su propia casa, pero al final de cuentas está privado de su libertad.

Entonces, cuando vino la discusión de la famosa contradicción de tesis 293, a la que todo mundo se ha referido, entre las muchas cosas que discutimos, también era ¿qué sucedía cuando teníamos antinomias ante la misma Constitución?, no solamente

entre Constitución y tratados; entre la misma Constitución, y a la conclusión que se llegaba era si hay antinomias entre la misma Constitución la idea es interpretarla de manera armónica; de tal forma que éstas puedan coexistir y analizarse de manera coordinada.

Entonces, –en este caso concreto– si nosotros vemos que los artículos que norman el proceso penal y el procedimiento administrativo previo están estableciendo plazos perentorios para aquellas personas que son privadas de su libertad o la disposición inmediata a la autoridad competente, estaríamos entrando en contradicción con lo dicho en el arraigo que se está privando de la libertad a una persona por un tiempo mayor.

Entonces, ¿qué es lo que yo entendería de este tipo de disposiciones? Que la regla general establecida por el Constituyente para los procedimientos administrativos y jurisdiccionales en donde opera la privación de la libertad es la regla general y los plazos en ellos establecidos son los que deben respetarse. Sin embargo, como el propio Constituyente está estableciendo esta figura en un artículo diferente, yo lo que diría: ésta es una excepción a la regla general establecida en los otros artículos; entonces sobre esta base el artículo está determinado en la Constitución.

Ahora, en el proyecto –les decía– se hace un análisis en el que se llega a determinar que incluso puede ser contrario a lo que se establece en algunos tratados internacionales, concretamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, yo sé que el proyecto hace una interpretación conforme y llega a la conclusión de que el arraigo es constitucional.

De la lectura que hago de estos artículos, lo que diría es que si el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos nos dice: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal” y en el punto 5 nos dice: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado”, lo que nos está diciendo la Convención es que no puede establecerse una figura como el arraigo, que quien está privado de su libertad tiene que ser puesto de inmediato ante la autoridad competente, y esto se repite en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9, punto 3, que establece una redacción muy similar: ponerlo sin demora ante la autoridad competente.

Pero ante esta circunstancia si analizamos pura y duramente la convencionalidad, pues diría que es inconvencional porque los artículos dicen de manera específica que debe ponerse de inmediato a disposición de la autoridad.

Sin embargo, la tesis 293 que de alguna manera tuvo una gran discusión en el Pleno de este Tribunal, pues dice una cosa que para mí es más que suficiente cuando dice: “Cuando en la Constitución haya una restricción expresa, lo de “expresa” lo pondría hasta en tela de duda porque puede ser hasta implícita, pero bueno, expresa al ejercicio de aquellos derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubrimiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado”.

Entonces, con esto tengo, no tengo que analizar ninguna cuestión relacionada con convencionalidad, me parece que el artículo 16 de la Constitución lo está estableciendo, entiendo que ésta es una excepción a los principios establecidos en los artículos 16 y 19 en cuanto a los plazos que se consideran para poner a disposición de la autoridad competente a la persona que es privada de su libertad.

Entonces, –para mí– con esta parte de la contradicción 293/2011 es más que suficiente para establecer la constitucionalidad de esta figura.

Ahora, por otro lado, también se ha mencionado que tenemos la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que efectivamente también en la contradicción de tesis 293/2011 que tuvimos, dijimos que estos criterios eran vinculantes para los jueces mexicanos; sin embargo, ya también hace poquito tuvimos una discusión similar en la que establecíamos que si esta obligatoriedad de los criterios determinados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos surge por un derecho de fuente internacional, pues caemos nuevamente en lo determinado por la tesis 293 en el sentido de que en una antinomia entre la Constitución y lo establecido por los tratados o aquel derecho que provenga de fuente internacional debe de prevalecer lo dicho en la Constitución.

Entonces sobre esa base, aun en esos casos, para mí sí es importante el determinar que aquí expresamente la Constitución está estableciendo la posibilidad de llevar a cabo la figura del arraigo y con una determinación expresa de manera exclusiva en materia de delincuencia organizada.

Aquí sucede una situación especial, aun cuando se ha establecido que es en materia de delincuencia organizada, en el caso concreto se estaba refiriendo a un delito no de delincuencia organizada, sino a un delito calificado como grave, pero aquí tenemos que el artículo décimo primero transitorio del decreto que reforma nuestra Constitución estableció: “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”.

Aquí es un artículo transitorio efectivamente, pero de alguna manera es una forma de legislación y sabemos que en los artículos transitorios en muchos de los decretos que se emiten se dan órdenes expresas para realizar determinadas cuestiones no solamente referidas a la temporalidad o a la vigencia de las normas, sino a cómo deben interpretarse estas normas en lo que entran en vigor, y es lo que está sucediendo en este caso; en este caso se está estableciendo que en lo que entra en vigor el nuevo procedimiento penal entonces podrá solicitar el juez el arraigo tratándose de delitos graves, es decir, hay una ampliación a lo dicho por el artículo 16 constitucional.

Yo debo de decir –en lo personal– la figura del arraigo no me agrada, pero el Constituyente lo estableció de manera expresa en nuestra Constitución y eso para mí es más que suficiente para entenderlo como una limitación o una restricción que se determina en los artículos a los que se refiere cómo se debe manejar la prisión por parte de los inculcados y a los plazos que esto implica; entonces, si el propio Constituyente en un artículo transitorio determina que esto puede llevarse también en delitos

graves hasta en tanto entre en vigor el nuevo sistema penal acusatorio, bueno pues me parece que es una norma de carácter constitucional establecida por el Constituyente Permanente y como tal merece el respeto constitucional. Entonces por esta razón me parece que –en este caso concreto– el artículo de que se trata es constitucional.

Yo voy a tener un problema con los efectos, porque de alguna manera el efecto, bueno va a ser que el artículo es constitucional y que de alguna manera es válida su aplicación, lo que sí me separaré de la parte conducente del proyecto, bueno me he separado de las consideraciones que están de alguna manera sosteniendo el fondo de este problema, porque las razones –en mi opinión– son las que les he señalado en este momento, para mí es más que suficiente con el análisis de constitucionalidad y no tendría por qué hacer ningún análisis de convencionalidad, pero si es constitucional los efectos del arraigo en –mi opinión– están vinculados con el bien jurídico tutelado, que es precisamente la libertad; la libertad y todo aquello inherente a la propia libertad, no relacionado con el material probatorio, que el material probatorio –en mi opinión– sí puede y por esa razón voté por la inoperancia de los agravios, el material probatorio sí es susceptible de analizarse en amparo directo por el juzgador correspondiente, como violación al procedimiento, pero porque ese material probatorio de alguna manera puede tener algún problema de ilegalidad o de inconstitucionalidad en cuanto a su forma de haberse presentado; pero por el arraigo *per se* –en mi opinión– ese material probatorio no podría de ninguna manera estimarse inconducente; entonces, por esas razones a reserva de ver cómo quedaría el proyecto en ese aspecto me separaría, de todas maneras voy hacer mi voto concurrente por lo que hace a

las razones que –en mi opinión– están referidas a la constitucionalidad.

Solamente quisiera mencionar que el proyecto de una manera atinada está dando algunos argumentos relacionados en cómo debería llevarse a cabo el acto a través del cual se solicita el arraigo; me parece muy puntual, está dando razones de cómo debiera el juez solicitar este arraigo, ¿qué es lo que debe de tomar en consideración para que no haya excesos?, lo cual es muy correcto; nada más que esto –en mi opinión– escapa a un análisis de constitucionalidad, para mí esto más bien relacionado con el acto de aplicación del artículo en el cual se está solicitando el arraigo; pero el hecho de que se establezca requisitos para que este acto se emita y en un momento dado pueda llevarse a cabo sin excesos, creo que es muy sano, y al final de cuentas lo dejaría a lo mejor como un “a mayor abundamiento” o algo así, porque a final de cuentas es –en mi opinión– algo relacionado con legalidad; pero estoy de acuerdo con determinar la constitucionalidad de esta figura porque lo establece la Constitución y –en mi opinión– es innecesario el análisis de convencionalidad porque la Constitución tiene elementos suficientes para determinar su constitucionalidad.

Por estas razones, yo estaré con el sentido del proyecto presentado por el señor Ministro ponente pero en contra de las consideraciones que lo sostienen. Muchas gracias señor Ministro Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: A usted señora Ministra Luna Ramos. Me ha pedido la palabra para una breve aclaración el señor Ministro Medina Mora.

SEÑOR MINISTRO MEDINA MORA I.: Gracias señor Ministro Presidente, con su venía. Solamente para comentar a propósito de lo señalado por el señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena, en relación con la interpretación del artículo 7º de la Convención y la posible arbitrariedad.

He señalado que –desde mi punto de vista– coincidiendo con lo que dice la señora Ministra Luna Ramos, el artículo 133 Bis es constitucional porque respeta los parámetros que la Constitución establece en el décimo primero transitorio.

Pero si la medida hubiere de analizarse desde la perspectiva convencional, también difiero de lo señalado en relación solamente con el artículo 7º, porque la Convención también en su artículo 30 establece que puede restringirse el goce y ejercicio de los derechos y libertades conforme a las leyes emitidas por los Estados, por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Este mismo artículo 30 establece una serie de criterios, que en este caso se cumplen; y además el artículo 7, punto 2, de la Convención señala que “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Parte o por las leyes dictadas conforme a ellas”, en este mismo tenor la opinión consultiva establecida por la Corte Interamericana 686, determinó por unanimidad que la palabra “leyes” debe entenderse como una norma de carácter general ceñida al bien común emanada de los órganos legislativos y elaboradas según el procedimiento establecido por las Constituciones.

En este sentido, el arraigo —a mi juicio— es completamente convencional, además de ser completamente constitucional ya

que una restricción a la libertad personal establecida a nivel constitucional se puede hacer en los términos del referido artículo 7, punto 2, de la Convención. Es cuanto señor Ministro Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor Ministro Medina Mora. Señor Ministro Pérez Dayán por favor.

SEÑOR MINISTRO PÉREZ DAYÁN: Gracias señor Ministro Presidente. Antes que nada agradezco al señor Ministro ponente el haber aceptado algunas de las observaciones que formulé en mi intervención anterior, y es precisamente en esa intervención anterior en que fijé mi posición respecto de este proyecto considerando que de acuerdo con los estándares que utilizó en la decisión precisamente cumple con todos ellos y estoy de acuerdo con él; sin embargo, en el acotamiento de éstos, principalmente sobre la base de las muy interesantes participaciones de quienes han expresado estar en contra me lleva a hacer alguna aclaración.

Simplemente comenzaré diciendo que en el texto constitucional, particularmente en su artículo décimo primero transitorio de la reforma de dos mil ocho se definió el contenido del arraigo, y para ello se habló que esta figura procede tratándose de delitos graves hasta por cuarenta días en tanto sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de las personas o bienes jurídicos o exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia; sin embargo, el artículo cuestionado en este amparo es el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que no hace sino reproducir en su totalidad el texto de la Constitución y adicionalmente previene la exigencia al ministerio público para que él y sus auxiliares vigilen

el estricto cumplimiento de esto que acabo de leer, y más aún, permite que el afectado pueda demostrar que han cesado las condiciones en las que éste se decretó y solicite que cesen sus efectos; así analizado morfológicamente el artículo 133 Bis no hace sino reproducir el texto constitucional y agregar algunos aspectos favorables al indiciado.

Ahora bien, llevado esto a la lógica del asunto pudiéramos hacer entender que en realidad si ésta que se conduce hacia el artículo 133 Bis, lo que en realidad se está atacando es el texto de la Constitución, ni más ni menos, pero también cierto es, como aquí se ha dicho repetidamente, que la contradicción de tesis 293/2011 aprobada por diez votos, llevó a entendernos que cuando existe una restricción constitucional como es ésta, ésta debe prevalecer frente a cualquier otra disposición; así con lógica impecable el señor Ministro Franco y la señora Ministra Luna Ramos dijeron: eso sería más que suficiente para ni siquiera emprender un estudio de carácter convencional, pues ya tenemos la restricción perfectamente definida, y si el artículo 133 Bis sólo reproduce el texto constitucional ningún caso tendría analizarlo; lo cierto es que el proyecto va todavía más allá.

Pudiera suceder –sin duda– que en el ejercicio legislativo una disposición como ésta, restrictiva de la libertad acotada en la Constitución pudiera desatenderse por el legislador y producir un resultado distinto del que el Constituyente expresó; esto llevaría a un desbordamiento de la legislación secundaria y a justificar por qué este exceso rompe los principios establecidos por el Constituyente, lo cual, como ustedes lo pueden ver, no sucede; sin embargo, a propósito de una contradicción de tesis aquí resuelta por diez votos, ninguna lógica permitiría entender que sobre el apoyo de este mismo texto pudiéramos –en la opinión–

de interpretación desaparecer de modo absoluto la restricción constitucional.

¿A qué lleva el texto de la contradicción de tesis 293/2011 en materia de restricciones? A entender inicialmente que ésta prevalece frente a cualquier otra disposición que pudiere oponérsele de carácter convencional, pero también obliga a este Tribunal –como lo expresé en mi participación anterior– a que procure una relación de interpretación de la forma más favorable a las personas y es precisamente lo que hace el proyecto.

A propósito de esa herramienta desprendida de la contradicción de tesis 293/2011:

1. Prevalece el texto constitucional bien visto como décimo primero transitorio o 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales porque dicen lo mismo.
2. Porque esa restricción podría estar por encima de cualquier interpretación que se haya hecho de figuras similares por algunas Cortes Internacionales.
3. La lógica no permitiría que sobre la base de esta decisión pudiéramos desaparecer una figura constitucional, pues como lo he dicho si bien formalmente lo que está en cuestionamiento aquí es el 133 Bis, es la Constitución misma representada en esa disposición que sólo la reproduce.

Es cierto, como se dice, ha habido encarcelamientos arbitrarios y es que cualquier disposición puede producir a través de su equivocada interpretación encarcelamientos arbitrarios,

precisamente esto busca el texto de este proyecto: evitar que esa arbitrariedad afecte a las personas.

Y también se ha expresado como otro reproche, inicialmente fundado, es que su interpretación ha llevado a que se ejecute mal, desde luego que la norma cualquier a que ésta sea constitucional, legal o reglamentaria, corre riesgo de que el destinatario de ésta le interprete mal y la ejecute mal, pero no porque una norma se ejecute mal provoca que la figura de la cual procede también esté equivocada.

Es pues, con estas acotaciones que mantengo la posición favorable al desarrollo del proyecto y todo su contenido, entendiendo en toda su cabalidad y expresión lo que la contradicción de tesis 293/2011 y la consecuente tesis 14/2013 produjo en el mundo jurídico a partir de la decisión tomada por este Tribunal Constitucional. Gracias señor Ministro Presidente.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor Ministro Pérez Dayán. Señor Ministro Pardo por favor.

SEÑOR MINISTRO PARDO REBOLLEDO: Gracias señor Ministro Presidente. Cuando este Tribunal Pleno analizó, discutió y resolvió la contradicción de tesis 293/2011, se esperaba que con esa determinación se terminara con la problemática que había generado esta posibilidad de enfrentamiento entre nuestra Constitución y una norma de fuente internacional, en la que ambos reconocieran derechos humanos.

Y lo cierto es que no, no terminó con esa discusión, no lo definió claramente y, desde luego ha generado una gran cantidad de interpretaciones, las cuales yo respeto profundamente, entiendo

que varios de los integrantes de este Alto Tribunal tienen una visión muy diversa de lo que se resolvió en aquella contradicción de tesis y desde luego yo la respeto.

Sin embargo, –para mí– el caso concreto es precisamente uno de los casos en los que podríamos ejemplificar con toda claridad la aplicación del criterio que se estableció en esa ocasión, en la 293, –insisto, según mi opinión– y respetando las que existan diferentes.

¿Qué tenemos en este momento? Tenemos bajo cuestionamiento constitucional la figura del arraigo; en el caso se trata de un amparo directo promovido en contra de una sentencia condenatoria, fui de los que planteó de inicio que los agravios respecto de la figura del arraigo eran inoperantes porque debieron haberse impugnado en un amparo indirecto por ser un acto de imposible reparación, tomando en cuenta la votación que ya se dio en este Tribunal Pleno, desde luego obligado por la mayoría que determinó pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del arraigo supero mi objeción de la inoperancia por estar obligado por esa mayoría y me pronuncie en el fondo.

Decía, en este caso tenemos la figura del arraigo, que como ya se dijo es una figura restrictiva de libertad, sin duda alguna, y como una restricción a la libertad de las personas, pues tiene el cuestionamiento de si resulta constitucional o no. Ese es el planteamiento en la demanda de amparo directo que estamos analizando.

Los argumentos centrales del cuestionamiento son en relación a que se trata de una restricción a la libertad, no justificada, incluso

en los argumentos se alega que no está prevista en la Constitución, y en fin, todos esos argumentos van en torno a una restricción inconstitucional de la libertad.

Se hace el análisis, desde luego estamos enfrente de una materia en la que es posible la suplencia de la deficiencia de la queja, que a mí me parecería muy conveniente que el proyecto lo explicitara claramente que estamos supliendo la deficiencia de los conceptos de violación que se hacen valer, y para mí el análisis es: estamos analizando un derecho humano, un derecho fundamental que es el derecho a la libertad personal; ese derecho a la libertad personal tiene regulación en nuestra Constitución pero también desde luego está regulado en normas de fuente internacional, en ambos está reconocido ese derecho, pero nos encontramos ante la circunstancia de que en nuestra Constitución existe una restricción expresa al ejercicio de este derecho. ¿Cuál es la restricción expresa al ejercicio de este derecho? La figura del arraigo prevista constitucionalmente.

Como bien se recordaba, hasta antes de la reforma de dos mil ocho no existía en nuestra Constitución prevista la figura del arraigo y eso motivó que este Tribunal Pleno declarara la inconstitucionalidad del mismo precisamente por no estar regulada en el texto de la Carta Magna; sin embargo, después de la reforma en materia penal de dos mil ocho se establece la figura del arraigo en el texto constitucional sujeta a la entrada en vigor del nuevo sistema de justicia penal y acusatorio, pero en un artículo transitorio se establece precisamente un régimen transitorio en tanto entra en vigor el nuevo sistema y se autoriza el uso del arraigo —ya no leeré los preceptos, ya se han leído aquí en varias ocasiones— para el caso de delitos graves con las condiciones que en el propio artículo transitorio se señalan.

Este artículo décimo primero transitorio establece que el arraigo es sólo respecto de delitos graves hasta por un máximo 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. Es —desde mi punto de vista— una restricción expresa al ejercicio de la libertad personal y está sujeta a una serie de condiciones que el propio artículo transitorio de la reforma de dos mil ocho establece con toda claridad.

El artículo 16 que prevé la existencia del arraigo para cuando entre en vigor el nuevo sistema también lo reconoce y le establece una serie de requisitos que debe reunir. Desde luego, tiene que haber petición del ministerio público sólo tratándose de delitos de delincuencia organizada; tiene que establecerse con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale sin que pueda exceder de cuarenta días y 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.

Finalmente, establece el artículo 16 que el plazo podrá prorrogarse siempre y cuando se acredite que subsisten las causas que le dieron origen hasta por otros cuarenta días.

Como se puede ver de esta regulación constitucional el arraigo tiene fundamento en nuestra Ley Suprema, de entrada el argumento de constitucionalidad “puro y duro” se cae simple y sencillamente estableciendo que el arraigo está previsto en el texto constitucional, ya sea en el artículo décimo primero transitorio para antes de la entrada en vigor del nuevo sistema o

en el artículo 16 constitucional para una vez que entre en vigor este nuevo sistema.

Partiendo de esas bases, me parece que tiene aplicación exacta lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011, porque estamos analizando un derecho humano (el derecho a la libertad personal) bajo la perspectiva de que nuestra Constitución le establece una restricción expresa al ejercicio de ese derecho, consistente en el arraigo con las condiciones que acabo de mencionar.

Si en esa contradicción se dijo que cuando hubiera restricciones expresas en la Constitución debía estarse a lo que establece el texto constitucional, me parece que esa referencia —insisto de nueva cuenta, respetando cualquier otra interpretación— es precisamente en razón de la restricción expresa que marca la Constitución; de esa manera tenemos que cuando hacemos el análisis en este caso del arraigo, tenemos que establecer el análisis en relación con la restricción expresa; nuestra Constitución establece esa restricción; entonces, el arraigo es constitucional, y no hay posibilidad de hacer un análisis de convencionalidad porque el tema está resuelto por la propia Constitución a través de una restricción expresa, y mi interpretación del 293 es que cuando hay restricción expresa hasta ahí llega el análisis, porque entonces estaríamos sometiendo a control convencional el texto expreso de nuestra Constitución en cuanto a una restricción de un derecho humano.

Por eso, en el proyecto que se nos pone a consideración, estoy de acuerdo con el estudio inicial que se hace, en donde se hace referencia a la contradicción de tesis 293, se hace referencia a que hay una restricción expresa al derecho de libertad personal consistente en el arraigo, con inclusión en el texto constitucional,

y con eso es suficiente para llegar a la conclusión de que el arraigo como está regulado y que el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales se ajusta a lo que establece el texto constitucional.

Para mí el estudio ahí debiera concluir, por eso es que no comparto los razonamientos que se exponen en el proyecto a partir de la página cuarenta y tres y el párrafo 147, en donde después de haber reconocido que existe una restricción expresa de la Constitución en este tema ahora se somete a análisis convencional la propia restricción que marca la Constitución, y eso –desde mi punto de vista– resulta contradictorio, porque si me ajusto a lo que establece la 293 y concluyo que hay una restricción, yo ya no podría ahora someter a análisis convencional esa restricción.

Entiendo que se ha citado aquí la otra jurisprudencia derivada de la contradicción 293, dice que son vinculatorios para los jueces mexicanos las sentencias de la Corte Interamericana cuando generen una protección más amplia. Desde luego, voté en contra de ese criterio y sostuve y sigo sosteniendo que son contradictorias las dos tesis emanadas de la contradicción de tesis 293 porque por un lado se dice: hay que privilegiar las restricciones expresas y en el segundo que se dice: tienes que atender a las sentencias de la Corte Interamericana, en donde naturalmente no se van a tomar en cuenta esas restricciones de nuestra Constitución.

Pero en fin, esto no pasa de ser una simple opinión personal, entiendo que ambas tesis son obligatorias y, desde luego pueden servir para fundamentar cualquier argumentación al respecto.

Por estas razones no comparto esta segunda parte del análisis, porque incluso en el párrafo 150 del proyecto se dice textualmente, ya cuando se va a iniciar –digamos– el análisis del arraigo bajo la perspectiva del *corpus iuris* de los derechos humanos, se dice: “esto implica que los jueces constitucionales tienen la obligación de optar por aquella posibilidad que resulte conforme con los derechos humanos y rechazar como inconstitucional la posibilidad de aplicación de dicha restricción que resulte incompatible con el *corpus iuris*”; me parece que la contradicción de tesis dijo exactamente lo contrario, que habiendo restricción expresa ya no hay posibilidad de hacer un análisis convencional de la figura de que se trate.

En pocas palabras, comparto la primera parte del estudio hasta la página cuarenta y dos, yo no estaría de acuerdo con el análisis de convencionalidad que se hace a partir de la hoja cuarenta y tres, y creo que con eso se contesta el argumento de inconstitucionalidad que plantea el quejoso en su demanda de amparo directo en relación con la figura del arraigo.

También me siento en la necesidad de aclarar que no es que nos simpatice la figura o seamos promotores de la figura del arraigo, por supuesto que no, se trata de una restricción grave a un derecho fundamental que es el derecho de la libertad personal; sin embargo, creo que aquí tiene que hacerse también en el análisis una ponderación de derechos, porque no podemos perder de vista que figuras como las del arraigo, por más que resulten muy cuestionables, también tienen entre algunas de sus finalidades hacer efectivos los derechos de las víctimas de los delitos que se cometan, porque si no hubiera la posibilidad de mantener privada de su libertad a una persona sobre la que existen algunos indicios, no todavía suficientes para consignarla y

la dejaran en libertad, pues con mucha probabilidad esa persona no podría ser localizada posteriormente para que respondiera en caso de que en la obtención de mayores indicios se tuviera la construcción adecuada y suficiente para ejercitar la acción penal en su contra.

Así es que creo que también en la figura del arraigo y en la justificación constitucional del mismo deben tomarse en cuenta la protección a los derechos de las víctimas que desde luego deben entrar en un análisis y ejercicio de ponderación en este caso también.

En lo personal no estoy a favor del arraigo, soy partidario de su uso solamente en casos necesarios, y me parece que los requisitos que establece el texto constitucional le dan su exacta dimensión; no desconozco que el arraigo ha sido mal utilizado, mal aplicado, en algunos casos objeto de abuso, pero eso a mí no me lleva a la conclusión de que no debe justificarse constitucionalmente, porque –en todo caso– sería un aspecto de aplicación de la norma y no de su construcción e inclusión en el texto constitucional.

Así es que reconociendo lo cuestionable que resulta la figura y, desde luego pugnando por una aplicación ajustada a la Constitución y en armonía con todos los derechos de la persona que puede estar sujeto a él, yo votaría –insisto– con la primera parte del proyecto que concluye la constitucionalidad y no compartiría todo el análisis de convencionalidad que se incluye en el propio proyecto. Ésa sería mi posición señor Ministro Presidente muchas gracias.

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor Ministro Pardo Rebolledo. En atención a que el señor Ministro Silva Meza me ha pedido la palabra, yo mismo falto de expresar mi opinión y dada la hora para que podamos exponer con amplitud tanto el señor Ministro Silva Meza como su servidor o quien quiera hacer uso de la palabra mañana. Vamos a dar por terminada la sesión hoy y la continuaremos el día de mañana para lo cual los convoco a las once horas en este recinto para la continuación de la discusión de este asunto. Se levanta la sesión.

(SE LEVANTÓ LA SESIÓN PÚBLICA A LAS 13:55 HORAS)