

S E S I Ó N P Ú B L I C A NÚM. 38
O R D I N A R I A
JUEVES 9 DE ABRIL DE 2015

En la ciudad de México, Distrito Federal, siendo las once horas con treinta minutos del jueves nueve de abril de dos mil quince, se reunieron en el Salón de Plenos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para celebrar sesión pública ordinaria, los señores Ministros Presidente Luis María Aguilar Morales, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Juan N. Silva Meza, Eduardo Medina Mora I., Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alberto Pérez Dayán.

El señor Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea no asistió a la sesión previo aviso a la Presidencia.

El señor Ministro Presidente Aguilar Morales abrió la sesión y el secretario general de acuerdos dio cuenta de lo siguiente:

I. APROBACIÓN DE ACTAS

Se sometieron a consideración los proyectos de actas de las sesiones públicas números tres conjunta solemne y treinta y siete ordinaria, celebradas el martes siete de abril del año en curso.

Por unanimidad de diez votos, el Tribunal Pleno aprobó dichos proyectos.

II. VISTA Y RESOLUCIÓN DE ASUNTOS

Asuntos de la Lista Oficial para la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para el jueves nueve de abril de dos mil quince:

I. 1250/2012

Amparo directo en revisión 1250/2012, promovido por ***** 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, deducido de la causa penal 25/2009. En el proyecto formulado por el señor Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena se propuso: *“PRIMERO. En la materia de la revisión, competencia de este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se revoca la sentencia recurrida. SEGUNDO. Se devuelven los autos al Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Octavo Circuito para los efectos precisados en la última parte del último considerando de esta sentencia.”*

El señor Ministro Medina Mora I. sometió a la valoración del Pleno el hecho de que, durante el momento en que se cometió el delito y se dictó la medida cautelar de arraigo que dieron origen al presente asunto, se desempeñaba como Procurador General de la República, sin embargo, no hubo intervención alguna de su parte en ninguna de las actuaciones relacionadas ni fue señalado como autoridad responsable; lo anterior para efecto de incurrir o no en alguna de las causas de impedimento.

El señor Ministro Cossío Díaz consideró que no se encuentra impedido porque el asunto se tramitó con la Ley

de Amparo abrogada, cuya única causal que podría configurarse sería la de su artículo 66, fracción IV, esto es, si hubiera sido autoridad responsable, lo cual no ocurrió, ya que se señaló como tal al Tribunal Unitario de Circuito.

El señor Ministro Presidente Aguilar Morales sometió a votación la probable causa de impedimento manifestada por el señor Ministro Medina Mora I., respecto de la cual, por unanimidad de nueve votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Silva Meza, Sánchez Cordero de García Villegas, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales, se determinó que el señor Ministro Medina Mora I. no se encuentra *in curso* en alguna causa de impedimento prevista en el artículo 66 de la Ley de Amparo abrogada para conocer del presente asunto.

El señor Ministro ponente Gutiérrez Ortiz Mena realizó la presentación del asunto. Recordó que fue analizado en sesión de diez de marzo de dos mil catorce, en la que una mayoría de seis señores Ministros se pronunciaron en contra del proyecto presentado por el señor Ministro Pardo Rebolledo, en razón de que estimaron que, con base en lo resuelto en el amparo en revisión 546/2012, el arraigo no solamente es un acto de imposible reparación, sino que también despliega efectos en el proceso penal, por lo que debía analizarse de fondo el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales por su transcendencia a la sentencia definitiva reclamada en amparo directo,

concluyéndose que se debería determinar cuáles pruebas obtenidas en virtud del arraigo podrían excluirse del acervo probatorio por parte de la Sala responsable para sostener la responsabilidad del quejoso. Propuso someter a la valoración del Tribunal Pleno los apartados procesales del proyecto.

El señor Ministro Presidente Aguilar Morales sometió a votación la propuesta de los apartados I, II, III, IV, V, VI, VII y VIII relativos, respectivamente, a los antecedentes del caso, al trámite del juicio de amparo, a la interposición del recurso de revisión y trámite, a la competencia, a la oportunidad, a la legitimación, a la materia del recurso y a la procedencia del recurso, la cual se aprobó en votación económica por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Silva Meza, Medina Mora I., Sánchez Cordero de García Villegas, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales.

El señor Ministro ponente Gutiérrez Ortiz Mena realizó la presentación del apartado IX, relativo al estudio de fondo, en su parte atinente a la aptitud del acto de aplicación del arraigo para ser sometido a estudio en el juicio de amparo directo. El proyecto propone declarar fundado el agravio del recurrente y, por tanto, analizar los argumentos esgrimidos en contra del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, partiendo del criterio aprobado en el amparo en revisión 546/2012, alusivo a que el arraigo no

sólo proyecta efectos materiales directos sobre la persona arraigada, sino también detona efectos que trascienden al proceso penal. Así, no se niega que el arraigo sea un acto de imposible reparación que pueda impugnarse en amparo indirecto, sino se afirma que si el quejoso decide no combatir dicho acto en amparo indirecto, podrá reclamar vía conceptos de violación en amparo directo en contra de una sentencia condenatoria. Modificó el proyecto para aclarar que la tesis citada en la página treinta y dos fue emitida por la Primera Sala, no por este Tribunal Pleno.

El señor Ministro Cossío Díaz se manifestó en contra del proyecto, reservándose un pronunciamiento integral para un momento posterior.

La señora Ministra Luna Ramos se manifestó en contra de esta parte del proyecto. Recordó que el anterior proyecto proponía la confirmación de la inoperancia de los conceptos de violación por parte del tribunal colegiado en cuanto al artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, porque él arraigo es una violación de imposible reparación que, conforme a la Ley de Amparo anterior, era impugnable vía juicio de amparo indirecto. Diferenció que las violaciones al procedimiento que no son de imposible reparación pero que trascienden al resultado del fallo son impugnables a través del amparo directo junto con la sentencia definitiva. Estimó que, en el caso, se trata de una violación de imposible reparación que, a pesar de la discusión anterior y la votación correspondiente, no puede

impugnarse en cualquiera de las dos vías, pues una es excluyente de la otra, siendo que el efecto del arraigo es la privación de la libertad, lo que conforma una violación a un derecho sustantivo no reparable aunque se tenga una sentencia favorable, y las violaciones procesales de carácter adjetivo que trascienden al resultado del fallo no son de imposible reparación, pues en el dictado del fallo se le puede conceder la razón. Ante ello, consideró que la violación derivada del arraigo no puede hacerse valer en amparo directo, pues su naturaleza no lo permite al consumarse la violación respectiva en el mismo momento de la violación, por lo que es irreparable en sentencia definitiva. Por esta razón, se expresó en contra del análisis de los conceptos de violación relacionados con el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales y, por tanto, de la propuesta de fondo del proyecto. Indicó que debería declararse la inoperancia de los conceptos de invalidez.

El señor Ministro ponente Gutiérrez Ortiz Mena recapituló que el punto ya fue discutido y votado en la sesión pasada, y que el proyecto procuró recoger la opinión mayoritaria, por lo que manifestó duda si debería someterse nuevamente a votación.

El señor Ministro Presidente Aguilar Morales apuntó que en la discusión anterior no estuvieron presentes los señores Ministros Medina Mora I. ni Franco González Salas, por lo que sería conveniente volver a votarlo.

La señora Ministra Sánchez Cordero de García Villegas se pronunció de acuerdo con las razones del proyecto, ya que el análisis del arraigo puede darse en el amparo directo, como sede de control constitucional, para evaluar la regularidad del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, puesto que los efectos del arraigo pudieron haber trascendido a la sentencia definitiva, implicando la necesidad de proveer de los efectos restitutorios correspondientes; tal y como lo expresó en la sesión de diez de marzo de dos mil catorce.

El señor Ministro Franco González Salas recordó haber votado en contra del criterio del amparo en revisión 546/2012 y formulado voto particular en el cual explicó sus razones de disenso, por lo que coincide con la señora Ministra Luna Ramos.

El señor Ministro Cossío Díaz recapituló que el tema ya había sido votado por mayoría de seis votos y que, por lo mismo, se desechó el proyecto anterior, y que con la misma votación se aprobó el amparo en revisión 546/2012 el seis de marzo de dos mil catorce, en el cual se resolvió que el arraigo no sólo es un acto de ejecución de imposible reparación, sino que también despliega efectos en el proceso penal, por lo que se debía analizar el fondo de la cuestión, a saber, la constitucionalidad del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en razón de que potencialmente puede trascender a la sentencia definitiva reclamada en amparo directo. En este sentido, se

manifestó de acuerdo con el proyecto para entrar al análisis de constitucionalidad tanto del artículo décimo primero transitorio del decreto de reformas constitucionales de dos mil ocho como del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

El señor Ministro Pardo Rebolledo recordó que en la sesión anterior la procedencia se aprobó por unanimidad pues el recurso de revisión en amparo directo es procedente al cuestionarse la inconstitucionalidad del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales. Preciso que el tema que se discute no es de procedencia, pues se pretende analizar en amparo directo la validez del arraigo decretado durante la etapa de investigación, respecto de lo cual tanto el tribunal colegiado como el proyecto anterior sostuvieron que el arraigo es un acto de imposible reparación que afecta la libertad personal, por lo que, en su momento, debió promoverse amparo indirecto en su contra. En estos términos, expresó no compartir la afirmación del proyecto actual atinente a que la violación procesal del arraigo justifica su análisis en amparo directo, al trascender al resultado del fallo. Estimó que la mayoría de seis emitida en la ocasión anterior no le obliga a pronunciarse respecto de la constitucionalidad o no del arraigo, indicando que el agravio respectivo es inoperante.

El señor Ministro Silva Meza se pronunció de acuerdo con la propuesta, pues se sujeta a la discusión pasada. Destacó lo atinente a no poner obstáculos al justiciable en el

juicio de amparo pues, como concepción constitucional, es un instrumento que pretende proteger y facilitar la protección de los derechos humanos y, por tanto, se permite un análisis de las violaciones de carácter procesal derivadas del arraigo que causan una afectación al justiciable.

El señor Ministro Medina Mora I. no compartió el sentido ni las consideraciones del proyecto, ya que el arraigo sólo tiene como efecto una restricción legítima de la libertad de una persona bajo autorización judicial, como lo señala el propio artículo décimo primero transitorio del decreto de reformas constitucionales de dos mil ocho a propósito de delincuencia organizada, así como para lograr el éxito de la investigación, la protección de personas y bienes jurídicos o evitar que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia. Señaló que la obtención de pruebas por el ministerio público es propia de la etapa de averiguación previa, en la que se recaban todos los elementos que acreditan el cuerpo del delito y la probable responsabilidad con el objeto de integrar sólidamente la indagatoria y consignar al inculpado ante el juez penal, siendo que si en esta fase resulta necesario tener arraigado al indiciado, por alguno de los fines establecidos por la propia Constitución, específicamente por lo que respecta a lograr el éxito de la investigación, se justifica la necesidad de la medida para impedir la alteración, manipulación o destrucción de evidencia. Apuntó que la ilicitud, en su caso, de alguna de las pruebas obtenidas durante la averiguación previa vía arraigo no derivará del otorgamiento de la medida cautelar

en sí misma, sino de la violación a derechos fundamentales o el incumplimiento de las formalidades legalmente exigidas, lo que en todo caso debe ser reclamado en el acto en que se estime que dicha prueba trasciende por haber sido tomada en cuenta.

Consideró inadecuada la afirmación del proyecto en su párrafo ciento catorce, relativa a que aunque los elementos probatorios se obtengan durante el plazo que dure el arraigo, lo lógico es que no fenecen con éste porque dichas pruebas tendrán consecuencias e impacto en la esfera jurídica del inculpado en caso de ejercer acción penal en su contra y en los correspondientes actos judiciales que le sucedan: orden de aprehensión, auto de formal prisión, sentencia de primera instancia y hasta sentencia definitiva en segunda instancia; porque parece inferirse de la lectura integral del proyecto que la simple existencia jurídica del arraigo trae consigo consecuencias e impacto a la esfera jurídica del inculpado, tratándose de la potencial obtención de pruebas durante el tiempo que dura esa medida, sin embargo, es necesario determinar los supuestos bajo los que un arraigo decretado por una autoridad jurisdiccional pudiera llegar a ser contrario a la Constitución, como por ejemplo cuando el otorgamiento de dicha medida no respetó los límites que la Constitución señala y ante el caso en que se obtuvieron pruebas ilícitas.

Puntualizó que la obtención de pruebas ilícitas tiene una regulación constitucional específica: los artículos 20, apartado A, fracción IX, constitucional y 206 del Código

Federal de Procedimientos Penales. Asimismo, la Primera Sala ha emitido criterios relativos; al respecto ha dicho que ningún gobernado puede ser juzgado a través de pruebas cuya obtención se encuentre al margen de las exigencias constitucionales y legales; así como que toda prueba obtenida directa o indirectamente violando derechos humanos no surte efecto alguno. Aclaró que la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho, sino también a las adquiridas a partir o como resultado de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales y, por lo tanto, las pruebas obtenidas violando derechos humanos deben ser excluidas del proceso judicial. Para tal efecto, ejemplificó con tres hipótesis atinentes al caso: 1) el arraigo es decretado cumpliendo con todas las formalidades y requisitos constitucionales y legales, por lo que las pruebas obtenidas durante el mismo serán válidas; 2) el arraigo no cumple con los requisitos constitucionales y legales, por lo tanto, las pruebas que se obtengan en forma directa o indirecta, y que además se demuestre que sólo pudieron ser obtenidas gracias a dicha medida cautelar, serían inválidas, para lo cual será necesario probar el nexo causal entre el arraigo y la obtención de la prueba ilícita; 3) el arraigo es decretado cumpliendo con todas las formalidades y requisitos constitucionales y legales, sin embargo, durante el tiempo del arraigo ocurren violaciones a los derechos humanos, como podría ser la tortura de la persona y la

obtención de su confesión o bien su confesión se obtiene sin la presencia de su abogado, en virtud de lo cual dichas pruebas serán nulas.

En el caso, consideró que el arraigo se concedió respetando los criterios y lineamientos constitucionales, por lo que el debate deberá centrarse en las pruebas obtenidas mediante la violación de derechos fundamentales, siendo que no puede estimarse la existencia de una vulneración a la esfera jurídica de una persona, ya que la norma constitucional ha sido respetada cabalmente, por lo que no se debe presumir que todo arraigo implique alguna violación a derechos fundamentales o que es en ese sentido una violación al procedimiento. Por consiguiente, evaluó como correcta la determinación del tribunal colegiado en el sentido de que el arraigo constituye un acto cuya ejecución es de imposible reparación y, por ende, el agravio es inoperante, lo cual conduce a confirmar la sentencia recurrida y a negar el amparo.

El señor Ministro Pérez Dayán recordó haber formado parte del criterio minoritario en la sesión anterior, pero independientemente de eso estimó conveniente pronunciarse respecto del fondo, pues es una práctica frecuente en los órganos colegiados. Recapituló que la mayoría decidió que los efectos del arraigo podrían seguir reflejándose en las pruebas que sirvieran de base para una decisión jurisdiccional. Indicó que se discutió en aquella ocasión el arraigo a nivel local, precisando que a partir de su

ponencia se excluyó absolutamente al ser de competencia federal, por lo que los Estados no pueden legislar sobre el arraigo, además se manifestó en favor del proyecto.

La señora Ministra Luna Ramos aclaró que hay dos posturas: la del señor Ministro Pardo Rebolledo y la del señor Ministro Pérez Dayán. Apuntó que la procedencia del recurso de revisión en este amparo directo derivó de la impugnación de la inconstitucionalidad del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, sin embargo el proyecto lo estudia en el fondo porque el acto reclamado destacado es precisamente la sentencia. Entonces, al no tratarse de la procedencia, obligaría a la minoría manifestada en la sesión anterior a votar en el fondo en relación con la constitucionalidad del artículo.

El señor Ministro Presidente Aguilar Morales concordó en que la procedencia del recurso se determinó al ser un amparo directo en revisión con argumentos en contra de la constitucionalidad de un artículo. En ese sentido, ahora se procuraría determinar la posible operancia o inoperancia de ese concepto de violación. Recordó que en la sesión anterior las posturas eran, por un lado, que el arraigo era un acto que por sí mismo se agotaba con la privación de la libertad y, por otro lado, que incluso se extienden sus efectos al acervo probatorio y, por tanto, se puede estudiar más allá de la privación de la libertad. En ese sentido, tendrá que especificarse si se trata de un argumento inoperante u

operante que obligue al pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

El señor Ministro Cossío Díaz consideró que, de darse una discusión atinente a la operancia o inoperancia, las razones dadas en las sesiones anteriores son las mismas para el caso, esto es, por una parte, se dice que al desaparecer el arraigo cesa la posibilidad de su impugnación y, por otra parte, el arraigo cesa en sus efectos, pero genera un conjunto de consecuencias en el mundo jurídico por virtud de las pruebas obtenidas con motivo del mismo. Compartió la última postura y valoró que no se trata de un problema de inoperancia. Indicó que se debe analizar el material probatorio de este amparo directo en el fondo, en razón de que los conceptos de violación son fundados, así como estudiar la constitucionalidad de los artículos primero transitorio del decreto de reformas constitucionales de dos mil ocho y 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

El señor Ministro Presidente Aguilar Morales coincidió con la postura del señor Ministro Cossío Díaz, haciendo la salvedad de que, si ya se había impugnado en amparo indirecto, el arraigo ya no podría controvertirse en un amparo directo respecto de la sentencia y sus efectos, aún en la cuestión probatoria.

El señor Ministro Pardo Rebolledo aclaró que su postura no gira en torno a la cesación de efectos, sino al consentimiento por no haber hecho valer el amparo indirecto

en contra del arraigo, al ser el acto original que da cabida a las demás irregularidades posteriores.

El señor Ministro Presidente Aguilar Morales estimó que es una cuestión de percepción, pues la invalidez probable del acervo probatorio está condicionada por el arraigo, lo que permite estudiarlo en amparo directo.

La señora Ministra Luna Ramos consideró que las posturas están definidas. Concordó con el señor Ministro Medina Mora I., puntualizando que ello no conlleva un obstáculo porque el arraigo siempre se ha podido impugnar en juicio de amparo indirecto por ser una violación que no tendrá reparación aun obteniendo sentencia favorable, además de que las pruebas obtenidas en arraigo que repercutan en el sentido del fallo podrán implicar una violación procesal, pero ello debido a que las condiciones en que se generaron esas pruebas no se ajustan a la ley, no por el arraigo *per se*, lo que, en su caso, permitirá impugnarlas como violaciones procesales junto con la sentencia definitiva en términos del artículo 169 de la Ley de Amparo anterior.

El señor Ministro Cossío Díaz observó que en el fondo existe una postura para la cual el arraigo tiene una condición válida en el orden jurídico mexicano y otra que mantiene una sospecha constitucional y convencional al respecto, estimando que el consentimiento tácito del arraigo al no impugnarlo inmediatamente no significa que dicha medida no tenga efectos posteriores. Hizo hincapié en que su postura resalta el arraigo no en cuanto a la reparación de la

violación, pues la detención física es irreparable, sino por la carga que conlleva en el procedimiento. Adelantó que explicaría algunas cuestiones del arraigo desde el punto de vista convencional.

El señor Ministro Presidente Aguilar Morales anunció que se tomaría la votación en relación con la operancia o inoperancia de los conceptos de violación planteados respecto de la inconstitucionalidad de la norma en combate.

El señor Ministro Silva Meza indicó que se repetiría prácticamente la votación tomada en el primer proyecto.

El señor Ministro Presidente Aguilar Morales recordó que en aquella ocasión no se pronunciaron los señores Ministros Medina Mora I. y Franco González Salas.

El señor Ministro Presidente Aguilar Morales sometió a votación la propuesta modificada del apartado IX, relativo al estudio de fondo, en su parte atinente a la aptitud del acto de aplicación del arraigo para ser sometido a estudio en el juicio de amparo directo, la cual se aprobó por mayoría de seis votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Silva Meza, Sánchez Cordero de García Villegas, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales. Los señores Ministros Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo y Medina Mora I. votaron en contra y por la inoperancia. El señor Ministro Pérez Dayán anunció voto aclaratorio.

El señor Ministro ponente Gutiérrez Ortiz Mena realizó la presentación del apartado IX, relativo al estudio de fondo, en sus partes atinentes al análisis de la regularidad constitucional del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales desde la perspectiva competencial y a la compatibilidad del arraigo con el corpus iuris de los derechos humanos. El proyecto propone reconocer la validez del precepto impugnado, partiendo de la resolución a la acción de inconstitucionalidad 20/2003, en la cual se declaró la invalidez del artículo 112 Bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, que contemplaba el arraigo para esa entidad federativa previo a la reforma constitucional federal de dos mil ocho, en el sentido de que la regla general en la Constitución General es la libertad de las personas y las excepciones pueden preverse por la misma Constitución, y dado que en ese momento el arraigo no estaba permitido constitucionalmente, la norma local era violatoria de la libertad personal; sin embargo, el proyecto precisa que ese criterio no puede llevar al mismo resultado en esta ocasión, en razón de la reforma constitucional de dos mil ocho a los artículos 16 constitucional y décimo primero transitorio del decreto de esas reformas constitucionales habilitaron al Congreso de la Unión a reglamentar el arraigo penal como una excepción constitucional expresa a la regla general de libertad personal.

Recapituló que de la jurisprudencia emanada de la resolución a la acción de inconstitucionalidad 29/2012 se

desprende que la Constitución sólo establece una habilitación legislativa restringida al nivel federal para regular el arraigo, la que no se extiende a los Estados, de acuerdo al artículo 16 constitucional para la materia exclusiva de delincuencia organizada; sin embargo, de acuerdo al artículo décimo primero transitorio del decreto de reformas constitucionales de dos mil ocho, mientras entra en vigor el sistema acusatorio a nivel federal, el Congreso de la Unión está facultado para reglamentar el arraigo para delitos graves. De una comparación literal del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales con el citado artículo transitorio se concluye que el primero respeta el perímetro constitucional delimitado, por lo que no adolece de vicio de irregularidad alguno, pues el artículo en cuestión prevé que la autoridad judicial puede decretar la medida si la solicita el ministerio público tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de las personas o de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia.

Concluyó que el artículo en pugna es compatible con el cuerpo legal de derechos humanos, pues el legislador eligió una opción reglamentaria compatible con éstos, máxime que, además de los requisitos legales requeridos, se debe cumplir con un estándar de motivación suficiente en términos del artículo 14 constitucional para las medidas privativas de libertad, por lo que asimismo armoniza con el *corpus iuris* de los derechos humanos. Con base en lo anterior, se propone

revocar la sentencia recurrida para el efecto de que el tribunal colegiado, de conformidad con el estándar propuesto, evalúe la regularidad del acto de aplicación del arraigo penal en contra del quejoso, lo cual implica un estudio estricto de legalidad que se reserva a dicho órgano.

El señor Ministro Cossío Díaz se manifestó en contra del tratamiento del proyecto sobre el artículo décimo primero transitorio del decreto de reformas constitucionales de dos mil ocho y de los precedentes aplicables, pues asume que en la acción de inconstitucionalidad 29/2012 el Tribunal Pleno aceptó la constitucionalidad del transitorio referido, lo que implica una lectura distinta del precedente, pues si bien se dijo que ampliaba la competencia material para la emisión de las órdenes de arraigo a los delitos graves, se trata de una afirmación puramente descriptiva frente a la posibilidad de que las Legislaturas locales emitieran leyes en estos términos y que el artículo no les resultaba aplicable, mas esto no significa que se evaluó éste como parte del parámetro de regularidad de las normas legislativas establecidas. Consideró que el proyecto debería enfrentar el problema de la función de los artículos transitorios de una reforma constitucional para dilucidar si los mismos pueden extender material y temporalmente una “restricción a los derechos humanos”, esto es, una competencia para que las autoridades emitan una orden de arraigo que afecte directamente las libertades personal y de tránsito. Estimó que, desde la resolución del expediente varios 912/2010, de la metodología empleada en la acción de

inconstitucionalidad 155/2007 y de su posición en la acción de inconstitucionalidad 32/2012, lo llevó a integrar un parámetro de control de regularidad que tiene como punto de partida la formación del derecho para posteriormente evaluar las medidas encaminadas a su restricción, a diferencia del criterio mayoritario de este Tribunal Pleno, que parte de la existencia de una competencia para, de ahí, construir las restricciones constitucionales al derecho, siendo que el artículo 1º constitucional debe interpretarse de manera conjunta con el diverso 133 para establecer el parámetro de control de la regularidad de las normas que integran el sistema jurídico mexicano, el cual determina la validez de las normas que lo integran, además de que constituye el catálogo normativo que permitirá a los juzgadores determinar cuál es la más favorable a las personas.

Precisó que dicho parámetro lo componen los derechos humanos contenidos en la Constitución, con fundamento en los artículos 1º y 133, la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación, los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los criterios orientadores en términos de la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, así como de la jurisprudencia y los precedentes establecidos por dicha Corte, aun cuando el Estado Mexicano no hubiera sido parte. A partir de esto, los juzgadores deberán decidir en cada uno de los casos, en el ámbito de sus competencias, cuál estándar (nacional o

internacional) sobre determinado derecho humano resulta más favorable, ello derivado del mandato contenido en la parte final del segundo párrafo del artículo 1° constitucional. Valoró que, tomando en cuenta lo anterior, esta Suprema Corte no debe limitarse al texto constitucional o poner en primer lugar su competencia y restricciones, como se hizo a partir de la contradicción de tesis 293/2011, sino que debe valorar lo establecido en los convenios internacionales suscritos por el Estado Mexicano, aun cuando no hayan sido invocados, es decir, de forma oficiosa.

Por lo anterior, no estimó suficiente la afirmación de que existe una restricción en forma de facultamiento en la Constitución, en particular el artículo transitorio referido, que justifique la existencia de todas las normas locales en materia de arraigo pues, como sostuvo en la acción de inconstitucionalidad 32/2012, el punto de partida no es la competencia otorgada a los órganos del Estado, sino el derecho establecido constitucionalmente, el cual debe ser construido con los parámetros más favorables a la persona, independientemente de su fuente. En el caso, indicó que el planteamiento material está relacionado con la libertad personal, la presunción de inocencia, la integridad física (por riesgo a la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes) y la libre circulación de las personas, ya que el arraigo es un mecanismo que, fuera de proceso, priva de la libertad a una persona sin haber sido acusada formalmente para asegurar el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el

inculpado se sustraiga de la acción de la justicia. En este tenor de ideas, señaló que la naturaleza del arraigo es auxiliar al ejercicio de una investigación deficiente y no una medida cautelar que prevenga condiciones particulares derivadas de las características del inculpado, por lo que las demás hipótesis de justificación no son autónomas, lo que además afecta un cúmulo de derechos al llevarse a cabo en una fase previa a la consignación del imputado.

Dado lo anterior, consideró que las medidas que establecen el arraigo deben pasar por un estándar severo de protección y posible restricción de derechos en el contexto de una sociedad democrática, resultando inaceptable un estándar menor al proceso penal mismo y, si bien la Corte Interamericana no ha generado criterios específicos relativos al arraigo, ha resuelto casos relacionados con la libertad personal, como el de Cabrera García y Montiel Flores, con base en el cual estableció un estándar con los artículos 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales) y 22 (derecho de circulación y de residencia) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consistente en que el derecho a la libertad personal implica el control judicial, la puesta a disposición sin demora ante un juez para calificar la legalidad de la detención, el ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso con libertad bajo garantía de comparecencia a juicio, quedando fuera de la cobertura de estas garantías cualquier detención extra o preprocesal, pues el control

judicial inmediato evita la arbitrariedad o legalidad de las detenciones, lo cual tampoco es suficiente para cumplir con el contenido de los citados artículos 5 y 7 de la Convención en cita, en razón de que aun cuando el arraigo se controle judicialmente, no resulta suficiente para cumplir con la puesta a disposición sin demora para el inicio del proceso penal.

Así, mantener a una persona privada de su libertad fuera de proceso, aun en condiciones de control judicial, conlleva el riesgo de violar otros derechos relativos a la integridad personal, pues se encuentra en un estado de mayor vulnerabilidad al estar dentro de un proceso en el cual la intención de la autoridad investigadora es recabar material probatorio para conciliar su acusación. Del mismo modo, se viola el principio de presunción de inocencia del artículo 8.2 de la Convención en comento, así como que se impide su libre circulación en términos del diverso numeral 22. Indicó que a partir del estándar de fuente internacional determinado por el artículo 1° constitucional, no es permisible el arraigo como herramienta de investigación sin que exista una acusación y, con ella, iniciar el proceso penal ante la autoridad judicial competente, siendo además que la falta de cobertura de la Convención a esta medida fuera del proceso hace innecesaria la aplicación de un test de su necesidad, idoneidad o proporcionalidad. Por tanto, valoró que el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales debe ser declarado inválido al controvertir el mandato constitucional de protección más amplia a las

personas que prevé el numeral 1° de la Constitución, con elementos normativos de fuente internacional como integrantes del parámetro de control de regularidad de normas establecido en la propia Constitución. Por esas razones, anunció voto en contra del proyecto.

La señora Ministra Sánchez Cordero de García Villegas indicó que el análisis de regularidad constitucional del proyecto alusivo al artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales es acorde con la interpretación de este Tribunal Pleno en la acción de inconstitucionalidad 29/2012, respecto del fundamento competencial en el artículo décimo primero transitorio del decreto de reformas constitucionales de dos mil ocho, el cual no modifica a los artículos 16 y 73, fracción XXI, constitucionales; sin embargo, el arraigo domiciliario, aun en términos del citado artículo transitorio, resulta inconstitucional por ser contrario a diversos derechos fundamentales contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte. Recordó que en la contradicción de tesis 293/2011 se resolvió, en primer término, el papel que juegan los derechos humanos de fuente internacional respecto de la Constitución y, en segundo término, el efecto vinculante de la jurisprudencia internacional de aquellos tribunales respecto de los cuales México ha reconocido su competencia; siendo que, respecto del primer tema, emitió un voto concurrente en el sentido de que si bien estuvo de acuerdo en que los derechos humanos no son absolutos o irrestrictos, el primer párrafo del artículo 1° constitucional *in*

fine no conlleva a una interpretación restrictiva del alcance de los derechos humanos de fuente internacional, sino que implica una remisión al artículo 29 constitucional, el cual prevé supuestos excepcionales con requisitos formales que implican un control y motivación reforzada, esto es, una norma de emergencia o un estado de excepción cuyo fin es la preservación misma del Estado, existiendo además variantes internas y externas de límites de los derechos humanos, entendidas las internas como las que expresamente prevé dicho artículo 29 y las externas en relación con los demás derechos y su ejercicio.

En el caso, no obstante que el derecho a la libertad no se encuentra expresamente en el segundo párrafo del artículo 29 constitucional como parte del núcleo duro de derechos que no pueden ser restringidos ni suspendidos, el arraigo previsto en el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales no constituye una restricción en términos del citado numeral 29, sino una medida que limita el derecho fundamental referido, por lo que su regularidad constitucional y convencional debe estudiarse con base en un juicio de ponderación y un análisis de proporcionalidad en sentido estricto o de razonabilidad para verificar si dicha limitante es admisible, necesaria y proporcional. Estimó que el proyecto no sólo estudia la convencionalidad en sede interna del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, sino también la del propio artículo 16, párrafo octavo, constitucional, corriendo un test de proporcionalidad a la luz de lo que denomina “jerarquía

axiológica”, con apoyo en normas del sistema interamericano y de precedentes en materia de prisión preventiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con lo cual arriba a una interpretación conforme a pesar de que el mencionado artículo 16 es tajante en cuanto a las hipótesis a las que da lugar la medida. Valoró que esta Suprema Corte puede concluir en que una limitante a la libertad personal elevada a texto constitucional puede encontrar oposición al contenido de los derechos humanos de fuente convencional, no sólo respecto del contenido del *corpus iuris interamericano*, sino de las interpretaciones del sistema universal de derechos humanos, a fin de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado Mexicano, por lo que debe ir más allá en su calidad de garante en sede doméstica de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, tal como lo ha reiterado el Consejo de Derechos Humanos, el Comité Contra la Tortura y la Relatora Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados de las Naciones Unidas. De esta suerte, estimó que debió efectuarse un test de proporcionalidad del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

Indicó que el arraigo previsto en el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales es incompatible con las normas de derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, en particular de los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues atenta

contra la libertad personal y la presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato procesal, pues esa medida limita estos derechos de una forma no necesaria ni proporcional atendiendo a los bienes jurídicos en juego, tomando en cuenta que procede en el marco de una investigación ministerial cuando se trata de delitos graves y por un plazo máximo de cuarenta días, en caso de que exista riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia o para la protección de personas o bienes jurídicos a fin de lograr el éxito de la investigación. Al respecto, señaló que no está en tela de juicio que la medida se encuentre prevista en una ley en sentido formal y material, puesto que además de eso se dictó en función del interés y orden públicos, sin adolecer de falta de claridad o previsibilidad, sino que queda pendiente de verificación si la misma puede considerarse o no como una detención arbitraria para efectos de los citados instrumentos internacionales, así como si la misma resulta idónea, necesaria y proporcional respecto de los fines jurídicos involucrados:

1) Fin legítimo o idoneidad de la medida: la disposición estudiada persigue fines legítimos conforme a la Convención, pues está dirigida a garantizar el éxito de una investigación y a proteger personas o bienes jurídicos. 2) Necesidad de la medida: de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para que una restricción limitante a un derecho fundamental sea necesaria en una sociedad democrática, se deben examinar las alternativas

para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas; al respecto, observó que para la procedencia de la medida no se requiere de mayores elementos probatorios como la probable responsabilidad, sino que basta con que la solicite el ministerio público con base en algún elemento de sospecha de sustracción del indiciado de la acción de la justicia o que permita proteger a las personas o bienes jurídicos, en la inteligencia de que en ese momento la persona acusada es un simple acusado o indiciado, es decir, no se ha demostrado probable responsabilidad alguna, por lo que la medida no es estrictamente necesaria, pues existen otros mecanismos menos lesivos de la libertad personal para alcanzar los objetivos en comento, por ejemplo, los contenidos en los artículos 2, fracción V, y 3, fracción X, del Código Federal de Procedimientos Penales, así como 7 de la Ley General de Víctimas, máxime que no puede afirmarse que todas las investigaciones serían infructuosas *per se* por la ausencia del arraigo o que el Estado no pueda cumplir sin éste sus obligaciones de garantía. 3) Test de proporcionalidad en sentido estricto: aun suponiendo que el arraigo sea estrictamente necesario para conseguir una debida investigación y sanción de los delitos graves, resulta ser una interferencia severa que restringe en absoluto la libertad personal y el derecho a ser presumido inocente en todas las fases del proceso penal mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, en términos de los artículos 8.2 de la Convención y 20, apartado B, fracción I, de la

Constitución, puesto que la figura no requiere para su procedencia que la autoridad haya comprobado al menos la probable responsabilidad del indiciado, sino que basta con que sea solicitada por el ministerio público cuando exista riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia o para la protección de personas o bienes jurídicos a fin de lograr el éxito de la investigación, lo cual vulnera la presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato, de conformidad con el criterio de la Primera Sala de rubro *“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL”*, aunado a que la tesis emitida por este Tribunal Pleno con anterioridad a la reforma constitucional de dos mil ocho, de rubro *“ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”*; por otro lado, tal y como lo señaló el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, la privación de la libertad como medida precautoria debe basarse en una sospecha razonable y no con el simple objetivo de llevar a cabo la investigación, lo que en el caso del arraigo afecta a dicho derecho al ser adoptado en el marco de una investigación y no propiamente en un proceso penal en el que se demuestre el extremo de una probable responsabilidad; finalmente, si bien la medida se restringe a los delitos considerados como graves, esa categoría no es restrictiva, sino que involucra una amplitud de supuestos, por

lo que la interferencia al derecho de libertad es severa, máxime que la ausencia de esta medida no implicaría el fracaso *per se* de la investigación y captura de los responsables, por lo que la detención resulta arbitraria.

El señor Ministro Presidente Aguilar Morales decretó un receso a las trece horas con quince minutos y reanudó la sesión a las trece horas con cuarenta y cinco minutos.

El señor Ministro ponente Gutiérrez Ortiz Mena anunció que sostendría el proyecto. En cuanto a lo expuesto por el señor Ministro Cossío Díaz, precisó que en la jurisprudencia de rubro *“ARRAIGO EN MATERIA PENAL. EL ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, NO HABILITA A LOS CONGRESOS LOCALES A LEGISLAR SOBRE AQUELLA FIGURA, CON POSTERIORIDAD A ESA FECHA”* se especifica que el artículo transitorio referido posibilita una mayor extensión de la facultad de emisión de órdenes de arraigo por razón de la materia, pero nunca por razón de la competencia, por lo cual no puede concebirse la idea de que contenga una permisión o habilitación para que las autoridades estatales legislen sobre el arraigo con posterioridad a la fecha indicada, por lo que sí se otorga una habilitación competencial para que el legislador federal amplíe la materia del arraigo más allá de

los delitos graves a los que se ciñe el artículo 16 constitucional. En cuanto a la deferencia que se le debe otorgar a una restricción expresa en la Constitución en relación con el cuerpo normativo del derecho internacional de derechos humanos, recordó que el tema se abordó en la contradicción de tesis 293/2011 y existe jurisprudencia, siendo que el proyecto se remite a ésta para no reeditar una discusión tenida.

Por lo que ve a la participación de la señora Ministra Sánchez Cordero de García Villegas señaló que construyó una interpretación literal a partir del término “restricciones” contenido en los artículos 1º y 29 constitucionales y concluye que existen dos restricciones: las típicas del artículo 29, a las cuales la contradicción de tesis les otorgó una deferencia especial, y las demás restricciones; interpretación que no aceptó, pues resta coherencia al cuerpo constitucional, además de que no tiene asidero esa distinción. Consideró que la medida cumple los parámetros de escrutinio del derecho internacional, puesto que la privación de la libertad está analizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente la prisión preventiva, sin embargo, dicha Corte no califica la validez de normas, sino el actuar de los Estados y, a partir de ello, puede recomendar que se elimine alguna norma del orden jurídico, la cual es una tarea distinta a la de un tribunal constitucional. Señaló que un tribunal constitucional debe buscar el razonamiento detrás de una medida cautelar que limita la

libertad que lleve a un parámetro de control constitucional, lo que el proyecto pretende realizar.

Difirió de la propuesta de la señora Ministra Sánchez Cordero de García Villegas, pues primero estableció que la norma era inconvencional y luego corrió un test de proporcionalidad, siendo que lo primero impide lo segundo. Recalcó que el proyecto pretende acomodar dos jurisprudencias obligatorias: la derivada de la contradicción de tesis 293/2011 y la de rubro *“GOBERNADOR DE UN ESTADO. EL ARTÍCULO 116 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE FIJA LAS CONDICIONES PARA QUE UNA PERSONA PUEDA POSTULARSE PARA ESE CARGO, DEBE ANALIZARSE SISTEMÁTICAMENTE CON EL DIVERSO 35, FRACCIÓN II, DEL MISMO ORDENAMIENTO FUNDAMENTAL, EN TANTO ESTE ÚLTIMO ESTABLECE EL DERECHO DE LOS CIUDADANOS A SER VOTADOS PARA TODOS LOS CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR”*, la cual indica que las restricciones a los derechos fundamentales, entre ellos, los derechos políticos, no deben ser discriminatorias y deben atender a cuestiones de necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática, para lo cual se optará por elegir las que restrinjan en menor medida el derecho protegido y guarden proporcionalidad con el propósito perseguido, con lo que el proyecto concluye que el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales se acomoda al ámbito constitucional adecuadamente y vulnera de la manera menos agravante la

libertad, pues se supera un test de proporcionalidad en relación con el fin constitucionalmente válido de proteger la integridad del proceso y proteger bienes y personas dentro de una investigación. Estimó que existen otras medidas que puede utilizar la autoridad antes que el arraigo, el cual no deja de ser un instrumento excepcional. Indicó que un análisis de proporcionalidad consiste en que el operador jurídico tome los insumos del derecho internacional y avale la norma más próxima a resolver el problema.

El señor Ministro Pérez Dayán se expresó de acuerdo con la propuesta por tres razones: 1) por tratarse de una figura constitucional que implica una restricción expresa, 2) porque las líneas generales del proyecto son propias de la acción de inconstitucionalidad 29/2012, para el ejercicio comparativo entre las facultades locales y federales en tratándose de ciertos supuestos para la procedencia de esta medida restrictiva de la libertad, y 3) porque tal restricción debe interpretarse lo más favorablemente a la persona, en términos de lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011, lo que se logra poniendo límites muy específicos al ejercicio de esta facultad. Sugirió eliminar las afirmaciones “la peligrosidad del indiciado” y “la gravedad del delito denunciado” contenidas en el punto 1) del párrafo doscientos cuarenta y cinco del proyecto, en razón de que el tema de la peligrosidad del indiciado lo maneja la Constitución en relación con la protección de las personas, así como que la gravedad del delito está también prevista en el régimen transitorio de la Constitución.

El señor Ministro Presidente Aguilar Morales acordó prorrogar la discusión del asunto para la siguiente sesión y que continúe en lista.

Acto continuo, levantó la sesión a las catorce horas, previa convocatoria que emitió a los integrantes del Pleno para acudir a la sesión pública ordinaria que se celebrará el lunes trece de abril de dos mil quince, a las once horas.

Firman esta acta el señor Ministro Presidente Luis María Aguilar Morales y el licenciado Rafael Coello Cetina, secretario general de acuerdos, quien da fe.

"En términos de lo previsto en los artículos 3, fracción II, 13, 14 y 18 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en esta versión pública se suprime la información considerada legalmente como reservada o confidencial que encuadra en esos supuestos normativos".