



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES.

DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO.

POSGRADO EN MAESTRIA EN DERECHO

**LA INCONVENCIONALIDAD DEL ARRAIGO Y SUS
OBSTÁCULOS FRENTE A LAS RESTRICCIONES
CONSTITUCIONALES**

T E S I S

PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A:

LICENCIADA KATERY ISAMARA CASTILLO URIOSTEGUI

DIRECTOR DE TESIS:

D. EN D. LADISLAO ADRIÁN REYES BARRAGÁN

INDICE

CAPITULO PRIMERO

EL ARRAIGO COMO TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN EN MÉXICO

1.1	Introducción: Primer acercamiento a la problemática de la figura del arraigo en los procesos penales mexicanos.....	5
1.2	Arraigo y delincuencia organizada en México.	8
1.3	El derecho de presunción de inocencia entorno al arraigo.....	16
1.4	El derecho a la libertad personal y debido proceso en materia penal.....	23
1.5	El objeto de las medidas cautelares en el proceso penal.....	30
1.6	El bloque de constitucionalidad y sus restricciones constitucionales.	40
1.7	La teoría del derecho penal del enemigo frente a la delincuencia organizada en México.	48
1.8	La teoría de la ponderación de derechos o fórmula del peso de Robert Alexy	55
1.9	Conclusiones.....	60

CAPITULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ARRAIGO EN MÉXICO

2.1	Introducción	62
2.2	Los orígenes del arraigo en el Derecho Romano.....	62
2.3	La evolución del arraigo en México.....	66

2.4 La constitucionalización del arraigo a partir de la reforma del 18 de junio de 2008.	75
2.5 Contradicciones de tesis historicas entorno a la figura del arraigo por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	79
Contradicción de tesis 3/1999.....	81
Acción de inconstitucionalidad 20/2003	82
Acción de inconstitucionalidad 29/2012	84
2.6 La creación de las restricciones constitucionales frente al arraigo.	85
2.7 Conclusiones.....	90

CAPITULO TERCERO

EL ARRAIGO ALREDEDOR DEL MUNDO

3.1 Introducción	91
3.2 Estado de emergencia, aspectos generales: la libertad personal como limite de excepción.....	91
3.2.1 Limitaciones legitimas indirectas: Caso México.	99
3.2.2 La delincuencia organizada como régimen de excepción en países latinoamericanos: Caso el Salvador y su analogía con el arraigo.....	106
3.3 Detenciones arbitrarias en el plano internacional sometidas a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	113
3.4 Caso Servellón García y otros vs Honduras.	115

3.4.1 Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena de Mapuche) vs Chile.	119
3.5 Consideraciones finales: Experiencia comparada.	124

CAPITULO CUARTO

REFLEXIONES ENTORNO AL ARRAIGO Y RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES: EL PROBLEMA QUE SE APRÓXIMA

4.1 Introducción	127
4.2 La libertad como un acto de imposible reparación	128
4.3 Caso García Rodríguez y Otros vs México	136
4.4 Implicaciones de eliminar la prisión preventiva oficiosa en México.....	142
4.5 Consideraciones finales	147
4.6 Conclusiones generales.	148

LA INCONVENCIONALIDAD DEL ARRAIGO Y SUS OBSTÁCULOS FRENTE A LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES

1.1 Introducción: Primer acercamiento a la problemática de la figura del arraigo en los procesos penales mexicanos.

Durante la última década, México se ha colocado a nivel mundial como uno de los principales países con el mayor índice de delincuencia organizada al interior de su territorio nacional; de hecho, es tanto el incremento que se ha venido dando en este tipo de actividades delictivas, que las diversas autoridades encargadas de la procuración y administración de justicia, se han visto en la imperiosa necesidad, de echar mano de esta figura, como su principal acto de investigación.

Algunos autores como Juan Carlos Gutiérrez y Silvano Cantú, entienden al arraigo de la siguiente forma:

El arraigo es una forma de detención arbitraria constitucionalizada que permite la vigilancia permanente del Ministerio Público sobre personas sospechosas de haber cometido algún delito o que tengan información relacionada con éste; su fin es incrementar el tiempo que tiene la autoridad para reunir pruebas contra la persona arraigada. El objetivo del arraigo no es determinar si una persona es inocente o culpable, sino privarla de su libertad con el fin de obtener información que pudiera ser utilizada con posterioridad para la etapa de juicio.¹

Sin embargo, para otros juristas como el actual Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “el arraigo supone una restricción injustificada del derecho, a la libertad personal y del principio de presunción de inocencia”.²

¹ Gutiérrez, Juan Carlos y Cantú, Silvano, *El arraigo y la securitización de la justicia penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017, p.20

² Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *El arraigo como restricción injustificada del derecho a la libertad personal y del principio de presunción de inocencia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017, p. 957.

Ahora bien, a nivel constitucional el arraigo, se encuentra amparado en el párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución Federal; mismo que consiste en la privación de la libertad de una persona por un plazo que no puede exceder en ningún caso de los ochenta días en el lugar y forma previsto en la ley por ser necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista el temor fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia; en otras palabras, el arraigo permite privar de la libertad de manera anticipada a una persona que se presume participe de la comisión de diversos delitos de delincuencia organizada.

No obstante, si bien es cierto, el arraigo pretende asegurar el éxito de la investigación por ser la delincuencia organizada una estructura criminal compuesta por tres o más personas y cuyo fin, es perpetrar de manera reiterada diversos hechos delictivos que lesionan gravemente distintos bienes jurídicos y en esencia la seguridad nacional, no menos cierto es que, dicha figura atenta de manera directa contra el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia mientras no se obtenga una sentencia condenatoria firme; pues en esencia, en el arraigo primero se detiene y luego se investiga, lo que produce un daño de imposible reparación a la esfera jurídica del hasta ese momento detenido.

Al respecto, la reforma en materia de derechos humanos de fecha 10 de junio de 2011, hizo posible la transición de la famosa *supremacía constitucional*, a lo que hoy día, se denomina un *bloque de constitucional*, es decir, los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano, se situarían en el mismo plano jerárquico de igualdad, frente a la ley suprema, lo que a su vez supone, que las autoridades en sus respectivos ámbitos de competencia reconozcan y garanticen el respeto de otros derechos fundamentales de manera vinculante, como, por ejemplo, la presunción de inocencia, lo que actualmente no acontece en este país.

No obstante lo anterior, la problemática del arraigo no solo se limita a la transgresión de la presunción de inocencia, sino lo peor, representa una figura que se encuentra amparada bajo una restricción constitucional contenida en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la que, a pesar de discutirse la vinculatoriedad de los tratados internacionales al

interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el legislador federal dispuso que cuando un derecho fundamental sea contrario al texto Constitucional, siempre se deberá estar a lo dispuesto por este último, de tal suerte, el reconocimiento de derechos en nuestro sistema jurídico mexicano se vuelve obsoleto y mayor aún, inoperante en figuras como el arraigo.

No menos importante, resulta señalar el hecho de que, Arturo Lelo de Larrea, en su obra titulada “El arraigo como restricción injustificada del derecho a la libertad personal y del principio de presunción de inocencia” aborda de manera genérica el tema motivo de la presente investigación; pues al interior de nuestro máximo tribunal, el Pleno de la Corte tuvo que resolver la contradicción de tesis registrada con el número 293/2011, en la que, según la problemática planteada, la figura del arraigo constituye una restricción constitucional a la libertad personal, por lo que, en términos de la primera jurisprudencia derivada de aquella contradicción, se tenía que estar a lo dispuesto en tal restricción.

Empero, el propio Arturo Zaldívar Lelo de Larrea al resolver, emitió un voto dicidente, al considerar que:

El parámetro de control de regularidad constitucional lo conforman los derechos humanos en su conjunto y que cuando haya una restricción expresa a su ejercicio, se deberá estar a lo que esta indique; y, por otra parte, que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos humanos es vinculante para los jueces mexicanos, siempre que sea más favorable a la persona”.³ Por tanto, es inconsciente pensar que una figura como el arraigo, beneficie en mayor medida a una persona, cuando en esencia, lo que se pretende es primero detener y luego investigar al presunto responsable.

Por lo anterior, el objeto de la presente investigación es demostrar de manera fehaciente la inconveniencia del arraigo como acto de investigación en delitos de delincuencia organizada frente a la reforma de derechos humanos mencionada con antelación y, por otro lado, poner de relieve, los obstáculos que representan las restricciones constitucionales, en temas penales, sobre todo por cuanto hace al derecho de presunción de inocencia en el arraigo; pues para que

³ *Ibidem*, p. 958

se vuelva eficaz la reforma del año dos mil once, primero se deben eliminar las restricciones constitucionales previstas en el artículo primero de nuestra ley suprema y después, modificar el párrafo octavo del artículo 16 de ese mismo ordenamiento, ya que, en caso contrario, aunque el arraigo sea violatorio a la presunción de inocencia, volveríamos en términos coloquiales, a caer en el mismo círculo vicioso de hasta ahora.

1.2 Arraigo y delincuencia organizada en México.

La delincuencia organizada constituye uno de los más graves problemas sociales del país, de hecho, tal fenómeno se incrementó a raíz de la llamada “guerra contra el narcotráfico” en el año dos mil seis, impulsada por el entonces presidente Felipe Calderón Hinojosa, lo que trajo por consecuencia una intensa carga de trabajo al interior de las oficinas de la Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada y a la par, incrementar la figura del arraigo como uno de sus principales actos de investigación.

Algunos autores como Carlos Sánchez definen a la delincuencia organizada como “organizaciones criminales que tienen características especiales, que la diferencian de la criminalidad convencional, siendo su finalidad la de cometer masivamente conductas delictivas homogéneas o heterogéneas; de ahí, la connotación que se le da a la criminalidad organizada”⁴ otros, en cambio, como Álvaro Bunster la definen como “la operación continua, a través de la reiteración de acciones delictivas de diversa índole, enderezadas a lucrar con la apertura, mantenimiento y explotación de mercados de bienes y servicios, efectuada por entes empresariales jerárquicamente estructurados, y como regla, dotados al efecto de recursos materiales y redes especialmente ilimitadas de operación”.⁵

⁴ Sánchez, Carlos, *Sobre el concepto del crimen organizado. Significación de su contenido en la legislación penal salvadoreña*. Salvador, Asociación Internacional de Derecho Penal, 2012, p. 32

⁵ Bunster, Alvaro, *La delincuencia organizada ante el derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018, p. 760

No obstante, en México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Federal contra delincuencia organizada, definen a esta actividad de la siguiente forma:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 16.

...

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

Es necesario precisar desde este momento para el tema que se aborda, que delincuencia organizada no debe confundirse de ningún modo con asociación delictuosa, pues aunque ambos tipos penales satisfacen los mismos requisitos, solo se consideran como delincuencia organizada aquellas conductas expresamente establecidas en la ley correspondiente, mientras que, asociación delictuosa hace referencia al propósito general de delinquir, es decir, es aplicable a cualquier delito previsto en el Código Penal Federal.

Sirva de sustento el siguiente criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para fortalecer dicho argumento:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2o. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, ES AUTÓNOMO CON RESPECTO AL DE ASOCIACIÓN DELICTUOSA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

De conformidad con el primero de los numerales citados, los elementos integradores del delito de delincuencia organizada son los siguientes: a) Un acuerdo de tres o más personas para organizarse o la existencia de esa organización; b) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; c) Que el acuerdo o la organización tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Por su parte, el artículo 164 del Código Penal Federal establece que el delito de asociación delictuosa es el acuerdo de constitución de una asociación u organización de tres o más personas, cuyo elemento subjetivo específico lo constituye el propósito de delinquir, esto es,

cometer ilícitos. De lo anterior puede establecerse el rasgo distintivo entre ambas figuras delictivas, ya que mientras el delito de delincuencia organizada tiene como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos expresamente establecidos en el artículo 2o. de la ley citada, el delito de asociación delictuosa, en forma general, sólo se refiere al propósito de delinquir, sin hacer referencia a la clase de delitos que pueden cometerse. En estas condiciones, ambos tipos penales pueden contener elementos constitutivos análogos, sin embargo, el rasgo distintivo anotado permite advertir que el delito de delincuencia organizada es un tipo penal autónomo en relación con el diverso de asociación delictuosa; máxime que la autonomía del delito de delincuencia organizada se corrobora con lo dispuesto en el citado artículo 2o., en el sentido de que: "... serán sancionadas por ese solo hecho ...", excluyendo dicha porción normativa la aplicación del diverso tipo penal de asociación delictuosa.⁶

Dicha aclaración resulta pertinente, pues como veremos a continuación el arraigo únicamente puede ser aplicado a los delitos relacionados con delincuencia organizada como uno de sus principales actos de investigación y no a cualquier delito, pues de ser así, se actualizaría como hemos visto el tipo penal de asociación delictuosa, transgrediendo de manera notoria los derechos humanos y fundamentales del hasta ese momento arraigado.

Ahora bien, a fin de establecer de manera clara las conductas que se consideran como delincuencia organizada, procedemos a citar a la postre lo establecido en la ley federal contra la delincuencia organizada.

Ley federal contra la delincuencia organizada.

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

- I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter, financiamiento al terrorismo previsto en los artículos 139 Quáter y 139 Quinquies y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, párrafo primero y 196 Ter; falsificación, uso de moneda falsificada a sabiendas y alteración de moneda, previstos

⁶ Tesis: 1a. CLXVIII/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXI, enero de 2005, p. 412.

en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y en materia de derechos de autor previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;

- II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 Bis, 84, 84 Bis, párrafo primero, 85 y 85 Bis, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;
- III. Tráfico de personas, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración;
- IV. Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 Bis, y delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo previstos en los artículos 475 y 476, todos de la Ley General de Salud;
- V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tiene capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y Robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal;
- VI. Delitos en materia de trata de personas, previstos y sancionados en el Libro Primero, Título Segundo de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, excepto en el caso de los artículos 32, 33 y 34;
- VII. Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro,

Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- VIII. Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 del Código Fiscal de la Federación;
- IX. Defraudación fiscal, previsto en el artículo 108, y los supuestos de defraudación fiscal equiparada, previstos en los artículos 109, fracciones I y IV, ambos del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando el monto de lo defraudado supere 3 veces lo dispuesto en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación;
- X. Las conductas previstas en el artículo 113 Bis del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando las cifras, cantidad o valor de los comprobantes fiscales que amparan operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, superen 3 veces lo establecido en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación;
- XI. Los previstos en las fracciones I y II del artículo 8; así como las fracciones I, II y III del artículo 9, estas últimas en relación con el inciso d), y el último párrafo de dicho artículo, todas de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos.
- XII. Contra el Ambiente previsto en la fracción IV del artículo 420 del Código Penal Federal.

Los delitos a que se refieren las fracciones previstas en el presente artículo que sean cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada, serán investigados, procesados y sancionados conforme a las disposiciones de esta Ley.

Este acercamiento, permite delimitar las conductas que según lo dispuesto por el párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos procede aplicar el arraigo.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 16...

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta

días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

José Antonio Guevara Bermúdez, en su investigación plasmada en el Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia, establece:

El arraigo y la detención con control judicial son medidas privativas de la libertad empleadas en una investigación penal para obtener información de una persona sin que ésta se encuentre acusada de algún delito, es decir, mantienen a una persona privada de la libertad, por un periodo prolongado, mientras se investiga y se decide su situación legal.

El arraigo y la detención con control judicial afectan derechos humanos, además, son contrarios a los principios del sistema penal acusatorio, puesto que, se vulnera la presunción de inocencia. La finalidad del arraigo es detener a la persona a fin de investigarla por un delito, sin que la autoridad responsable de la investigación cuente con elementos suficientes para presuponer la responsabilidad, ni la relación que ésta pueda tener con el crimen que se busca esclarecer.⁷

Se comparte la premisa de que el arraigo es una figura violatoria a derechos humanos y fundamentales, pues permite privar de la libertad a una persona en tanto se desarrolla una investigación en su contra, de hecho, Bejamín Apolinar Valencia, concuerda con nuestra postura al sostener que:

El arraigo es una medida federal preventiva para privar de la libertad a personas sospechosas de pertenecer a organizaciones de la delincuencia organizada, y con esto se justifica la práctica del arraigo, pues es utilizado como un medio para investigar a presuntos delincuentes. Y esto se da porque la procuraduría general al no tener mecanismos eficaces de investigación, el mecanismo del arraigo les da el tiempo suficientes para privar de la libertad a las personas mientras se investiga y

⁷ Guevara Bermúdez, José Antonio, *Observatorio ciudadano del sistema de justicia: arraigo, medidas cautelares y ejecución penal*, México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C, 2015, p.11

mientras que si el detenido es culpable o inocente eso se sabrá al término del arraigo.⁸

De hecho, en esa misma obra, tal autor destaca un aspecto sumamente importante al decir que:

El esquema del arraigo, se iguala a una forma de debilitamiento de la personalidad y las barreras de resistencia psíquica de la víctima, típica de las características de la tortura. Anteriormente al año 2008, siempre se demandó que el arraigo era anticonstitucional, puesto que no se encontraba dentro de la constitución y las autoridades lo utilizaban de forma arbitraria y a su libre albedrío.⁹

Es controvertido saber que, hasta el día de hoy, no han existido modificaciones entorno a la figura del arraigo a nivel constitucional, pese a resultar violatoria a derechos humanos y fundamentales, sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, antes de haberse implementado la reforma *De seguridad y justicia* de fecha 18 de junio de 2008, sostuvo el siguiente criterio:

ARRAIGO PENAL. EL ARTICULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTIA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTICULOS 16,18,19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará

⁸ Apolinar Valencia, Benjamín, *Arraigo penal, una forma constitucional de tortura y violación a derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017, p. 69

⁹ *Ibíd*em, p. 70

la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.¹⁰

Ante este posicionamiento, se consideran que existen otras medidas cautelares menos lesivas para evitar que el hasta ese momento imputado, pueda sustraerse de la acción de la justicia; tomando en consideración el catalogo de medidas previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales y cuyo efecto lo sería, evitar se actualice algún riesgo procesal como: sustracción de la justicia, obstaculización del procedimiento y que el imputado represente un peligro para la víctima, ofendido o sociedad y por otro, que su proceso lo enfrente en libertad, en tanto la autoridad investigadora encuentra los elementos suficientes para poder ejercitar acción penal y con ello, privarlo de su libertad personal de manera justificada.

¹⁰ Tesis: P. XXII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXIII, febrero de 2006, p. 1170.

1.3 El derecho de presunción de inocencia entorno al arraigo.

Con la entrada en vigor de la reforma “*De seguridad y justicia*” publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 18 de junio de 2008 y la reforma en materia de Derechos Humanos de fecha 10 de junio de 2011, se instauro en nuestro país, una nueva forma de impartir justicia en materia penal, pues a diferencia de lo que ocurría en un proceso penal mixto, cuyo principio rector era la culpabilidad, hoy día se retoma el principio de inocencia como una de las máximas de un sistema de corte acusatorio y oral.

Para Miguel Carbonell Sánchez, el derecho de presunción de inocencia supone “que toda persona debe tenerse como inocente hasta que exista una sentencia firme de autoridad competente en la que se le considere responsable de la comisión de un delito”¹¹. Miguel Ángel Aguilar López, sostiene lo siguiente:

La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito atribuido, ya que el *onus probandi*, corresponde a quien acusa. La demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado. Además, la falta de prueba plena de responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de referencia, por ser un elemento esencial para la realización efectiva del derecho de defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Por otro lado, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba esta a cargo de quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. El principio se vulnera si antes de que el

¹¹ Sánchez, Miguel Carbonell, “¿*Qué es la presunción de inocencia?*”, Revista Hechos y Derechos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, Número 56, marzo – abril de 2020, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14587/15682>

imputado sea encontrado culpable, una decisión judicial o incluso, extrajudicial, relacionada con él, refleja la opinión de que es culpable.¹²

Por otro lado, Miguel Ángel Mercado Morales en uno de sus artículos publicado en la Revista “*Hechos y Derechos*” perteneciente al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, establece dos comentarios acertados, el primero de ellos, por cuanto hace al derecho de presunción de inocencia y el segundo, en relación con el tema que nos ocupa, es decir, sobre la figura del arraigo. Dicho autor sostiene:

Al instaurar la presunción de inocencia como un derecho fundamental dentro de nuestro sistema jurídico se generaron diversos efectos en materia procesal y extra procesal, ya que la presunción de inocencia se debe observar desde el momento en que la autoridad tiene conocimiento del delito e inicia la investigación hasta que el juez emite la sentencia definitiva, no se limita únicamente a ser observada por la autoridad jurisdiccional sino que debe ser de observancia general, (policía, medios de comunicación, ministerio público, autoridades administrativas, etc.)¹³

Como se advierte, la presunción de inocencia es un derecho humano y fundamental que se adquiere desde que la autoridad tiene conocimiento de un hecho delictivo y se amplía hasta el momento que en formalmente un tribunal de enjuiciamiento encuentra al acusado, culpable; no obstante, hasta ese momento, nadie puede considerar que el individuo es penalmente responsable de la conducta que se le atribuye, pues en todo caso, el Agente del Ministerio Público es quien tiene la carga de probar su dicho.

¹² Aguilar López, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia: derecho humano en el sistema penal acusatorio*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2016, pp. 47, 48.

¹³ Mercado Morales, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia como un derecho fundamental*, Revista Hechos y Derechos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, Número 29 de 2015. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/7322/9258>

No menos importante es el hecho de señalar, la opinión que Miguel Ángel Mercado Morales realiza en relación con el derecho de presunción de inocencia y al tema de arraigo, al decir que:

Dentro de las modificaciones a nuestra Constitución con la reforma de 2008, se aprovechó para integrar el arraigo en el artículo 16, párrafo octavo, de nuestra carta magna, acto que arteramente realizó el Congreso de la Unión con la única finalidad de evitar que los afectados por esta medida interpusieran juicios de amparo, ya que anteriormente era el instrumento por excelencia para protegerse en contra de dicha medida. Se realizó esta acción legislativa con la premisa de que se le otorgaría al Ministerio Público un instrumento jurídico para extender el periodo de investigación, sin importar las consecuencias que esto conlleva; posteriormente, bajo esta misma línea de razonamiento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Amparo directo en revisión 1250/2012, declaró en abril de 2015 que la figura del arraigo es constitucional, dejando en segundo término derechos fundamentales como la libertad de tránsito, la presunción de inocencia y la seguridad jurídica, y a su vez otorgó con ello instrumentos idóneos a las autoridades para perpetrar los derechos fundamentales previamente reconocidos en nuestra Constitución.

El arraigo es una medida desproporcionada e injustificada que en aras de suplir la ineficiencia del Ministerio Público para realizar sus investigaciones, y como respuesta a la oleada de delincuencia organizada que azota a nuestro país, sacrifica diversos derechos fundamentales como la libertad, la seguridad jurídica, el debido proceso y el derecho a la presunción de inocencia, por mencionar algunos, únicamente para facilitar el trabajo de la autoridad, siendo inconcebible que a pesar de no tener los elementos suficientes ni la convicción de que el arraigado ha cometido un delito, esté sea privado de su libertad, ya que si se contara con los elementos antes mencionados, no sería necesario hacer uso del arraigo y se procedería de forma ordinario a iniciar el proceso en contra de esté.¹⁴

Al igual que el autor, se sostiene que el arraigo conculca diversos derechos humanos y fundamentales, entre ellos, el debido proceso, la seguridad jurídica y por supuesto, el derecho de presunción de inocencia, pues primero la autoridad investigadora priva de la libertad al individuo y luego investiga, es decir, el arraigo permite detener a una persona de manera injustificada para que dentro del lapso de cuarenta u ochenta días el Agente del Ministerio Público Federal, pueda ser

¹⁴ Ídem.

capaz de encontrar los elementos suficientes para ejercitar su respectiva acción penal.

Actualmente, el derecho a la presunción de inocencia se encuentra reconocido a nivel nacional e internacional; así, por cuanto hace a este último aspecto, se pueden citar los siguientes ordenamientos:

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículo 11.

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Convención Americana de los Derechos Humanos.

Artículo 8. Garantías Judiciales

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Pacto de los Derechos Civiles y Políticos

Artículo 14.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

No se debe perder de vista, que a raíz de la reforma en materia de derechos humanos mencionada al inicio del presente tema, lo dispuesto en instrumentos de carácter internacional en los que el Estado Mexicano sea parte, resultan obligatorios para el sistema jurídico mexicano, por tanto, la presunción de inocencia debe ser acatada por las autoridades jurisdiccionales e investigadoras de nuestro país. Geraldine González de la Vega, nos enseña que “si bien la Constitución es la norma suprema del ordenamiento, ésta puede ser derrotada siempre que existan normas validas que representen una posición más benefica para las personas en el ejercicio

de sus derechos. Es decir, la Constitución es derrotable por normas de derechos humanos de fuente internacional que sean válidas en México”.¹⁵

Jesús Orozco Enriquez y Karla Quintana Osuna, toman en consideración diversos parametros emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para sostener que el derecho a la presunción de inocencia puede ser transgredido desde dos aristas diversos, el primero por cuanto a que “la presunción de inocencia puede considerarse violada cuando la persona es detenida preventivamente bajo acusación penal durante un periodo prolongado sin la debida justificación, debido a que esa detención se transforma en una sanción y no en una medida cautelar, lo que equivale, en la práctica, a anticipar una sentencia” y por otro que “de acuerdo con la Comisión Interamericana, se puede vulnerar el principio de presunción de inocencia en los casos en donde hubo la exposición de una persona procesada como culpable de un delito. Ejemplo de ello es el caso Luis Cantoral Benavides vs Perú, en el cual la víctima fue presentada en medios públicos sin haber sido procesada ni condenada”.¹⁶

En México, el derecho a la presunción de inocencia se encuentra reconocido en el artículo 20 apartado B de nuestra ley suprema y en el artículo 13 del Código Nacional de Procedimientos Penales, mismos que a la postre dicen:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 20...

Apartado B.

¹⁵ González de la Vega, Geraldine, “¿Qué pasó, entonces, en la Suprema Corte?”, México, Revista Nexos, El juego de la Suprema Corte, septiembre de 2013.

<https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/que-paso-entonces-en-la-suprema-corte/>

¹⁶ Orozco Enríquez, Jesús y Quintana Osuna, Karla, *Criterios relevantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Aplicables a la Justicia Penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016, pp. 23, 24.

A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Artículo 13. Principio de presunción de inocencia

Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, considera al igual que los tratados internacionales descritos con antelación que, la presunción de inocencia debe perdurar en todas las etapas del procedimiento, incluso, en la etapa de investigación inicial -momento en el cual, es decretado el arraigo por la autoridad persecutora- no obstante, dicho derecho colisiona a nivel constitucional por su naturaleza misma, con la disposición que agrego el legislador al párrafo constitucional, permitiendo este acto de investigación de manera arbitraria.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la presunción de inocencia constituye un derecho poliédrico, en el sentido de que, tiene múltiples formas de manifestarse, es decir, como estándar de prueba, como regla probatoria y como regla de trato; en este último aspecto se ha considerado lo que se sigue:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL.

La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de "poliédrico", en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de sus vertientes se manifiesta como "regla de trato procesal" o "regla de tratamiento" del imputado, en la medida en que este derecho establece la forma en la que debe tratarse a una persona que está sometida a proceso penal. En este sentido, la presunción de inocencia comporta el derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria. Dicha manifestación de la presunción de inocencia ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la

prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena.¹⁷

Resulta fácil advertir, que la presunción de inocencia como regla procesal incluye el hecho, de que el imputado sea tratado como tal hasta en tanto recaiga una sentencia condenatoria en su contra, sin embargo, esta regla no solo es aplicable a cuestiones que puedan acontecer durante el proceso penal, sino también aplica a cuestiones que acontezcan antes de que formalmente se inicie el proceso penal; así lo establece la tesis aislada al rubro que se indica:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE BUENA FE MINISTERIAL.

Como ya lo ha establecido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la seguridad pública va de la mano, necesariamente, del respeto al orden constitucional. Asimismo, se ha reconocido que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, como regla de trato, exige que cualquier persona imputada por la comisión de una conducta tipificada como delito, sea tratada por todas las autoridades como inocente durante el trámite del procedimiento e incluso desde antes de que se inicie. En este sentido, el respeto de las autoridades policiales y ministeriales a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de trato, se encuentra exigido en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo en virtud del derecho a la presunción de inocencia, sino también atendiendo a lo establecido en el artículo 21 constitucional. Dicho artículo consagra el principio de buena fe ministerial, al establecer que: "la actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución". En atención a este principio, resulta indudable que con la inclusión de este apartado en el artículo 21 constitucional, el constituyente tuvo por objetivo establecer un estándar constitucional relativo a la actuación de los policías: la legalidad, la honestidad, la eficiencia y el cumplimiento de las normas de derechos fundamentales. Este estándar de actuación necesariamente implica que las autoridades policiales y ministeriales deben respetar plenamente los derechos de

¹⁷ Tesis: 1a./J. 24/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2014, p. 497

los detenidos y acusados, incluyendo entre ellos a la presunción de inocencia en sus distintas vertientes.¹⁸

En consecuencia, el arraigo transgrede el derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato procesal, por la sencilla razón de que, primero se priva de la libertad personal a un individuo y al cabo de un periodo máximo de cuarenta u ochenta días, la autoridad intenta recabar los datos de prueba suficientes, para saber si una persona tiene relación o no, con un hecho delictivo que encuadre dentro de la categoría de delincuencia organizada; mientras tanto, al presunto responsable, ya se le criminaliza desde el inicio del proceso al imponerle una pena anticipada, como lo es, la privación ilegal de su libertad.

1.4 El derecho a la libertad personal y debido proceso en materia penal.

La libertad, se erige como uno de los principales bienes jurídicos que posee todo hombre titular de derechos, sin embargo, en nuestro país, la libertad como un derecho, representa uno de los más graves problemas en la correcta aplicación de un sistema acusatorio y oral.

Lorena González Volio, afirma que “los problemas relativos al respeto del derecho a la libertad personal surgen en gran medida por las deficiencias de las instituciones y los sistemas vigentes para administrar justicia. Persisten problemas con los sistemas de justicia penal en general y con la protección del derecho a la libertad en particular”.¹⁹

Uno de los más graves problemas que sigue vigente en materia penal, es el tema del arraigo, por ejemplo; pues el derecho a la libertad personal se ve afectado por la ineficiencia de la institución persecutora del delito, en contar con

¹⁸ Tesis: 1a. CLXXIX/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, mayo de 2013, p. 565

¹⁹ González Volio, Lorena, *El derecho a la libertad personal: respuestas del sistema interamericano de los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004, p. 182.

los elementos suficientes para proceder penalmente contra un individuo.
Mercedes Peláez Ferrusca parte por considerar que:

Las únicas posibilidades legales de detener a una persona son, de acuerdo con la ley, la urgencia, la flagrancia y la ejecución de una orden de aprehensión; el arraigo, no implica, tal como se práctica actualmente, ninguna de ellas. La distorsión con que opera el arraigo, permite a la autoridad evadir el control judicial de la legalidad de la detención.²⁰

Así entonces, el derecho a la libertad personal se encuentra reconocida en diversos instrumentos de carácter internacional, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos del Hombre, etc, mismos que la letra dicen:

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículo 9.

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Convención Americana de los Derechos Humanos.

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
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.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

²⁰ Peláez Ferrusca, Mercedes, *Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de restricciones al derecho humano a la libertad: la detención y el arraigo, México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016, p. 258.

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

Como se aprecia, dichos ordenamientos ordenan a los Estados, respetar el derecho de todo individuo a la libertad personal, sin embargo, para que tal figurara operará con estricto apego al marco de la legalidad, el legislador mexicano incorporo en el año dos mil ocho, la figura del arraigo en la ley suprema con la única finalidad de que la detención no se considerará arbitraria; pues dicha privación de la libertad se ajustaba a los lineamientos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No obstante, aunque el arraigo apareció de forma novedosa como una especie de acto de investigación constitucionalizado, dicha medida no deja de representar una forma de detención arbitraria, sobre todo, por no estar justificada, tal como se demostrará a continuación:

Por cuanto a que el arraigo es una forma de detención arbitraria, Irlanda Díaz de León Duque enseña que “la legal detención se refiere a la justificación y a la menra en como se hace la detención, si los agentes aprehensores no tienen una orden judicial o el procedimiento es inadecuado; es el momento en que el acusado puede defender sus derechos y el juez decretar la ilegal detención y, sin continuar con el proceso, dejarlo en libertad”. ²¹En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Servellón García y otros

²¹ Díaz de León Duque, Irlanda, “*La ilegal detención y la no vinculación a proceso*”, Revista Hechos y Derechos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, número 50, marzo – abril de 2019.

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13476/14882>

Vs Honduras, emitió un criterio jurisprudencial, donde establece lo que debe entenderse por una detención arbitraria:

Asimismo, la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de proporcionalidad. La Corte ha establecido que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de esos requisitos exigidos por la Convención.²²

Conforme a este criterio jurisprudencial, emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el arraigo resulta ser una detención arbitraria; pues aunque su práctica se encuentra legalmente amparada en la Constitución, no menos cierto es el hecho de que, hasta ese momento, la Fiscalía no cuenta con los indicios suficientes que hagan suponer que el arraigado es culpable de la conducta delictiva que se le atribuye y mucho menos, resulta ser una medida proporcional, pues tal como se verá más adelante, existen otras medidas cautelares menos lesivas que permiten asegurar que el imputado no se sustraiga de la acción de la justicia.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras, resaltó la importancia de los requisitos que deben hacerse valer para restringir el derecho a la libertad personal, subrayando que el Estado debe fundamentar y acreditar la existencia de la conducta delictiva y que la detención sea estrictamente necesaria, tal como se muestra a continuación:

Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.

En este sentido, la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de

²²Corte IDH. Servellón García y otros Vs Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006 Serie C No. 152.

proporcionalidad. La Corte ha establecido que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, el Estado debe fundamentar y acreditar, en el caso concreto, la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y que la detención sea estrictamente necesaria, y por tanto no puede tener como base la mera sospecha o percepción personal sobre la pertenencia del acusado a un grupo ilícito determinado o pandilla.²³

Como se desprende de los criterios jurisprudenciales antes mencionados, se afirma razonablemente que el arraigo no solo constituye una forma de detención arbitraria, sino lo peor, violenta también el derecho humano y fundamental al debido proceso, pues primero, se detiene a la persona sin tener la más mínima certeza de que el arraigo, puede estar relacionado o no, con algún tipo penal de los previstos en la Ley Federal de Delincuencia Organizada y por otro, la falta de esos elementos *-hasta ese momento procesal-* no permiten siquiera, poderle informar al arraigado con objetividad, la conducta delictiva que se le atribuye, pues es precisamente el arraigo el acto de investigación que permite durante esos cuarenta días u ochenta, según sea el caso, que el Agente del Ministerio Público puede allegarse de los elementos suficientes para luego, ejercitar acción penal ante un Juez de Control Federal.

Para Jorge Horacio Zinny, el debido proceso es “el que se sustancia de acuerdo con su estructura lógica, vinculando al juez natural y a dos partes litigantes enfrentadas entre sí, que ejercen su derecho de defensa colocadas en un pie de absoluta igualdad jurídica, y concluye en una sentencia que, fundada en derecho, satisface una pretensión poniendo fin al conflicto que le dio origen, en un tiempo razonable”.²⁴ Por otra parte, Miguel Alejandro López Olvera, cita las palabras de Augusto Morello, quien nos enseña que “la garantía del debido proceso se encuentra satisfecha cuando el individuo ha sido notificada del procedimiento que se le sigue o ha seguido, y cuando además, se le ha dado la

²³ Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras, Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C, No. 241

²⁴ Zinny, Jorge Horacio, *El concepto de debido proceso*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2016, p. 107

oportunidad de ser oído y de probar, de algún modo, los hechos que creyere conducentes a su descargo”.²⁵

En su misma obra, Miguel Alejandro López Olvera, refiere lo dicho alguna vez por el reconocido jurista Eduardo Couture, quien manifestó que “el debido proceso es una garantía constitucional consistente en asegurar a los individuos la necesidad de ser escuchados en el proceso en que se juzga su conducta, con razonables oportunidades para la exposición y prueba de sus derechos”.²⁶ Luego entonces, en el arraigo, no es posible hablar del debido proceso, cuando el imputado se ve impedido de desvirtuar los señalamientos hechos por parte del agente persecutor, precisamente por estar privado de su libertad sin causa alguna.

Se destacan en esta investigación las razones por las cuales para Mario Ernesto Patrón Sanchez, el arraigo vulnera el derecho al debido proceso y a la libertad personal, cuando sostiene que:

Constatamos que el TSJDF vulnera los derechos a la libertad personal y el debido proceso, porque los jueces penales del Tribunal, al otorgar una orden de arraigo, no controlan la legalidad de la detención en flagrancia o caso urgente.

Es decir, el Ministerio Público le dice al Juez: quiero que me obsequies una orden de arraigo. Y lo único que hace el juez de arraigo es valorar si hay o no indicios para la posibilidad del arraigo pero no califica la legalidad de la detención. Entonces, los casos de las personas arraigadas no están sometidos al control judicial de las detenciones.

El siguiente derecho que observamos violentado es a la defensa adecuada y al debido proceso. ¿Qué es lo que constatamos como práctica en el caso de las personas arraigadas? Que la Procuraduría impide a la defensa la consulta de la

²⁵ López Olvera, Miguel Alejandro, *El debido proceso en el siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016, p. 320

²⁶ *Idem*.

averiguación previa con la que esta relacionada la persona probable responsable.

27

El derecho al debido proceso en el sistema jurídico mexicano, abarca diversas garantías constitucionales; de hecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera que dicha prerrogativa se compone de un núcleo duro básico, tal como se muestra a continuación:

DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO.

Dentro de las garantías del debido proceso existe un "núcleo duro", que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al "núcleo duro", las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la "garantía de audiencia", las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, de rubro: "FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.", sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el

²⁷ Patrón Sánchez, Mario Ernesto, *Arraigo y Recomendación 2/2011*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2016, pp. 17, 18.

derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.²⁸

El arraigo, violenta los derechos a la libertad personal y al debido proceso sencillamente porque, dicha medida no se somete a un control judicial de la legalidad de la detención, de hecho, esta última es arbitraria por ser desproporcional e injustificada.

1.5 El objeto de las medidas cautelares en el proceso penal.

Se dice que el arraigo es una medida cautelar aplicable a casos excepcionales como la delincuencia organizada para evitar que el presunto culpable se sustraiga de la acción de la justicia y poder así, seguir un proceso en su contra por el hecho o los hechos delictivos que se le atribuyen, sin embargo, más que una medida cautelar el arraigo pareciera constituir una pena anticipada.

Esto es así, porque como lo señala Osvaldo Alfredo Goízani “las medidas cautelares tienden a conseguir la eficacia de la gestión judicial, ya sea mediante el aseguramiento del objeto que se debate en el proceso o por medio de la garantía del cumplimiento de una sentencia eventualmente favorable”,²⁹

Para otros autores como Rodolfo Sánchez Zepeda, “la finalidad de toda medida cautelar es no frustrar el derecho que se encuentra en litigio ante un tribunal”,³⁰ y finalmente para Abraham Martínez Bazán las medidas cautelares

²⁸ Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, febrero de 2014, p. 396

²⁹ Goízani, Osvaldo Alfredo, *Medidas cautelares en el derecho procesal electoral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017, p.13

³⁰ Sánchez Zepeda, Rodolfo, *El juez penal federal especializado en medidas cautelares*, México, Porrúa, 2010, p. 144

son “medidas necesarias para lograr las finalidades del proceso aún cuando éstas llevan implícito un carácter restrictivo de derechos.”³¹

De este modo se afirma que una medida cautelar pretende asegurar la presencia del imputado en el proceso hasta en tanto recaiga una resolución definitiva que dirima el conflicto penal. Ahora bien, a raíz de la reforma “De seguridad y justicia” publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 18 de junio de 2008, se instauraron en el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los objetivos que tendrían dichas medidas cautelares en el proceso acusatorio y oral, en relación con el artículo 153 del Código Nacional de Procedimientos Penales, mismos que a la letra dicen:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 19.- ...

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Artículo 153. Reglas generales de las medidas cautelares

Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.

Es decir, las medidas cautelares solo pueden ser impuestas al presunto culpable cuando exista el riesgo fundado de que se pueda sustraer de la acción de la justicia, se pueda obstaculizar el procedimiento o bien, la víctima, ofendido

³¹ Martínez Bazán, Abraham, *Las medidas cautelares y la prisión preventiva en el nuevo sistema acusatorio adversarial*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017, p. 134.

o sociedad corran peligro. Por otra parte, se puede afirmar también que las únicas formas de privar de la libertad personal a un individuo durante el proceso son:

- a) Que otras medidas cautelares no sean suficientes para evitar los riesgos procesales antes enunciados o;
- b) Que el delito por el cual se le ha formulado imputación al presunto culpable amerite prisión preventiva oficiosa.

Se hace hincapié en estos dos supuestos, porque como lo estipula el propio Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 154, las medidas cautelares únicamente pueden ser impuestas durante el desarrollo del proceso ante una autoridad judicial y no como sucede en la figura del arraigo, en donde se priva de la libertad personal a un individuo estando aún en etapa de investigación, es decir, quien ordena la medida cautelar es un Agente del Ministerio Público sin que dicha restricción de la libertad pueda pasar el filtro de un control de legalidad por no darse durante el desarrollo formal de un proceso penal en donde el investigado tenga la oportunidad de defenderse.

Lo anterior se robustece a través del siguiente fundamento:

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Artículo 154. Procedencia de medidas cautelares

El Juez podrá imponer medidas cautelares a petición del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, en los casos previstos por este Código, cuando ocurran las circunstancias siguientes:

- I. Formulada la imputación, el propio imputado se acoja al término constitucional, ya sea éste de una duración de setenta y dos horas o de ciento cuarenta y cuatro, según sea el caso, o
- II. Se haya vinculado a proceso al imputado.

Como se puede advertir, las medidas cautelares solo pueden ser solicitadas y autorizadas por un Juez de Control, después de que se le haya formulado imputación al presunto culpable, esto para el efecto de que esté último

tenga la oportunidad de defenderse en juicio, a tal grado, que pueda ofertar datos de prueba que le permitan desvirtuar la imposición de la medida cautelar que solicita el Agente del Ministerio Público.

Ahora bien, los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación, han sostenido que para la imposición de una medida cautelar se deben tomar en cuenta dos ejes:

- a) La necesidad de cautela y;
- b) La proporcionalidad e idoneidad de la medida.

Tal valoración, se ilustra a continuación a través del siguiente criterio:

MEDIDAS CAUTELARES. REGLAS A SEGUIR PARA SU IMPOSICIÓN Y REVISIÓN (SUSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN O CESE) DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

El artículo 153 del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone que las medidas cautelares tienen diversas finalidades, como son: 1) asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, 2) garantizar la seguridad de la víctima, ofendido o testigo, o bien, 3) evitar la obstaculización del proceso. Sobre ello, el diverso numeral 155 del ordenamiento adjetivo de referencia, incorpora un catálogo de medidas cuya materialización debe atender las reglas previstas en los preceptos 166 a 170 del mismo código, aplicables tanto para la imposición, como para la revisión, sustitución, modificación o cese de medidas cautelares. En ese sentido, el análisis relativo debe girar en torno a dos ejes, que preferentemente serán desahogados en diversos contradictorios, a saber: 1) que se compruebe la necesidad de cautela; y acreditado lo anterior, 2) analizar la proporcionalidad e idoneidad de la medida. Ahora, en relación con la necesidad de cautela, el debate debe estar encaminado a establecer la existencia de peligro procesal susceptible de poner en riesgo concreto y real alguna de las finalidades indicadas; en tanto, el examen de proporcionalidad e idoneidad conlleva verificar que la medida cautelar sea la menos lesiva para los derechos fundamentales del sujeto destinatario. Por tanto, en el trámite de imposición y revisión (sustitución, modificación o cese) de medidas cautelares, una vez acreditada la necesidad de cautela –requisito sine

qua non– será factible examinar la proporcionalidad e idoneidad, a efecto de optar por la medida más adecuada al asunto.³²

En efecto, una de las máximas que se deben tomar en cuenta para la imposición de una medida cautelar es que está, sea la menos lesiva para los derechos fundamentales sujeto destinatario, lo que por supuesto no acontece con la figura del arraigo; pues a través de este acto de investigación lo que se pretende es primero detener y luego investigar al presunto culpable para, al término de cuarenta u ochenta días, la autoridad investigadora pueda constatar que existen los elementos suficientes para acreditar los nexos de la persona investigada con actividades realizadas con la delincuencia organizada lo que por consecuencia generará una afectación lesiva para los derechos fundamentales del destinatario, pues ni siquiera se tiene la certeza de que la persona esté involucrado en el acto que generó la investigación.

En relación a este tema, se debe destacar que los Tribunales Colegiados de Circuito al analizar el artículo 153 del Código Nacional de Procedimientos Penales, tomaron en cuenta las siguientes reglas para que exclusivamente una autoridad judicial pueda autorizar la imposición de una medida cautelar, tal como se ilustra a continuación:

MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO Y ORAL. PARA QUE PUEDAN DECRETARSE MEDIANTE RESOLUCIÓN JUDICIAL, BASTA QUE SE SATISFAGA ÚNICA O CONJUNTAMENTE CUALQUIERA DE LAS HIPÓTESIS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 153 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, QUE ESTABLECE LAS REGLAS GENERALES PARA SU IMPOSICIÓN.

El precepto mencionado establece las "reglas generales de las medidas cautelares", de las que se advierte que serán impuestas mediante resolución judicial "por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.". En este sentido, el vocablo "o" inmerso en la redacción normativa, no implica que las tres hipótesis mencionadas sean excluyentes entre sí, aunque sí son alternativas, por lo que basta

³² Tesis: I.9o.P.272 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.VI, agosto de 2020, p. 6103

que se satisfaga cualquiera de las tres, ya sea única o conjuntamente, para que se estime la necesidad de decretar al imputado una medida cautelar de las que se enuncian en el catálogo del artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Esto es así, porque de la redacción que guarda el artículo 153 del propio código, y ante la falta de disposición normativa expresa que así lo indique, con independencia de que lingüísticamente "o" es una conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación, pero también alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas, que a su vez "alternar" significa variar las acciones diciendo o haciendo ya unas cosas, ya otras, y repitiéndolas sucesivamente; lo cierto es que debe situarse la interpretación de este numeral a las circunstancias fácticas que pueden o no acontecer en cada caso concreto, en las que es posible que puedan actualizarse una, algunas o todas las hipótesis citadas, verbigracia, que se observe la necesidad de imponer una medida cautelar contra el imputado: i) para garantizar su presencia en el proceso, porque se observa riesgo de que pueda sustraerse de la acción de la justicia; ii) garantizar la seguridad de las víctimas, ofendidos o testigos, porque hay datos que denotan animadversión o posible peligro contra dichos entes ante la naturaleza del ilícito imputado; y, iii) evitar que se obstaculice el procedimiento, ante la probabilidad de que puedan destruirse, modificarse, ocultarse o falsificarse elementos de prueba, o que el imputado pueda influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente, entre otros escenarios. Hipótesis que pueden converger entre sí, aunque como se dijo, no es imperioso que en todos los casos los tres supuestos deban actualizarse para la imposición de una medida cautelar, porque habrá casos que aunque algunos de ellos no se configuren, otro sí, y por lo cual, sea necesario y suficiente decretar la medida que se trate. Situación que no es arbitraria, porque para decretar una o varias de las medidas cautelares, la autoridad judicial deberá hacer un ejercicio de proporcionalidad, tomando en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, sin dejar de ponderar tanto la naturaleza, gravedad y circunstancias en que se llevó a cabo el hecho que la ley señala como delito, y el grado de la probable participación que tuvo el imputado en su comisión. Esto, siempre con base en el criterio de mínima intervención, según las circunstancias particulares de cada persona, en términos del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como lo establece el artículo 156 del código referido.³³

En la interpretación que se hace del artículo 153 del Código Nacional de Procedimientos Penales, los Tribunales del Poder Judicial de la Federación

³³ Tesis: I.1o.P.119 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.III, agosto de 2018, p. 2961.

considerarán que las medidas cautelares solo pueden ser impuestas por resolución judicial por el tiempo indispensable para inhibir los diversos riesgos procesales existentes y además, que el órgano jurisdiccional debe tomar en cuenta los argumentos esgrimidos por el Agente del Ministerio Público que ofrezca para justificar dicha imposición ponderando la existencia de un delito y que el presunto culpable participó en su comisión.

Al tenor de lo anterior, se insiste en que el arraigo no puede considerarse de ninguna forma una medida cautelar, sino más bien constituye un acto de imposible reparación que permite obtener información acerca de la probable participación o no de un individuo en la delincuencia organizada, pero hasta ese momento, no se tiene la certeza de que forme parte de ella, mientras tanto, el presunto culpable ha sido privado de su libertad.

En relación a este derecho, se debe decir que la libertad propiamente es un derecho sustantivo y no procesal y que si bien, el arraigo es un acto procedimental afecta un derecho sustantivo, como lo es precisamente la libertad, de ahí que, lógicamente a la persona en contra de quien se decretó un arraigo penal, no se le puede restituir materialmente su derecho que ha sido transgredido, por tal motivo es un acto de imposible reparación; argumento que se fortalece con lo que a la postre dice:

REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN MATERIA PENAL. SI FUE ORDENADO POR EL TRIBUNAL DE ALZADA Y ORIGINA QUE SE PROLONGUE EL TIEMPO EN QUE EL INculpADO SE ENCUENTRA EN PRISIÓN PREVENTIVA, ELLO CONSTITUYE UN ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.

La reposición del procedimiento no constituye un acto de imposible reparación respecto del cual, en términos del artículo 107, fracción V, de la Ley de Amparo, proceda el juicio de amparo indirecto, en virtud de que no vulnera derechos sustantivos, dado que, en principio, sólo produce el reinicio del procedimiento; sin embargo, si de los alcances de la reposición se advierte que genera lesión a un derecho sustantivo, entonces, como excepción, se estará frente a una violación que ameritará analizarse en dicha vía biinstancial. Una de estas situaciones acontece cuando, dentro del procedimiento penal, el tribunal de alzada, al resolver el recurso de apelación promovido contra la sentencia definitiva dictada contra un inculpado que se encuentra en prisión preventiva, determina reponer el

procedimiento (hasta antes del auto de formal prisión), pues esta circunstancia afecta el derecho sustantivo de la libertad, porque no podrá reponerse al quejoso el tiempo que transcurra en dicha reposición del procedimiento. Esto es así, porque la prisión preventiva es la privación de la libertad ambulatoria por el tiempo que dura el proceso, que inicia cuando la autoridad ministerial o judicial decreta formalmente la detención y no puede prolongarse más allá del proceso ni durar más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que lo motivare, y es computable a favor del inculpado todo el tiempo en el que permaneció privado de su libertad con motivo de la referida medida cautelar. Por tanto, el lapso de la prisión preventiva comprende hasta la fecha de la emisión de la sentencia de primer grado, sólo si ésta causó estado; empero, si se impugna en apelación, debe contabilizarse también como prisión preventiva el tiempo que tarde en resolverse dicho recurso mediante sentencia ejecutoria. De esta forma, cuando el encausado está en prisión preventiva y se repone el proceso penal que se le ha seguido, implicará que aumente el tiempo de ésta, y si bien es cierto que ese lapso será computado, en su caso, como parte de su pena, también lo es que materialmente no es dable retrotraer los plazos transcurridos y, de llegar a obtener un fallo absolutorio, sería físicamente imposible restituirlo del tiempo que estuvo privado de su libertad. En este contexto, la reposición del procedimiento, aunque afecta derechos adjetivos, trastoca el derecho sustantivo de la libertad porque implicará que la prisión preventiva se prolongue hasta que se defina la situación jurídica del inculpado, lo que constituye un acto de imposible reparación para los efectos de la procedencia del juicio de amparo indirecto.³⁴

Parafraseando el criterio del Poder Judicial de la Federación, se advierte que, la libertad es un derecho sustantivo cuya transgresión implica que sus efectos no puedan retrotraerse al pasar del tiempo, pues es físicamente imposible restituir a una persona el tiempo que ilegalmente estuvo privado de su libertad, de ahí que, el arraigo sea un acto gravemente lesivo para la esfera jurídica del gobernado que no puede asemejarse a una medida cautelar, pues este último se da, antes de iniciado el proceso penal y la medida cautelar pasa un control de legalidad proporcional una vez que se inicia formalmente el procedimiento.

³⁴ Tesis: XXVII.3o.13 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.III, marzo de 2015, p. 2465.

No debe olvidarse que uno de los argumentos principales para imponer la mal llamada medida cautelar de arraigo en los procesos penales federales es que por tratarse de delincuencia organizada, existe un alto riesgo de que el presunto responsable pueda sustraerse de la acción de la justicia, por tal razón la autoridad justifica la imposición del arraigo; argumento que a todas luces resultará insuficiente.

Esto es así porque ponderar la simple naturaleza del hecho delictivo, contraviene el principio de presunción de inocencia, pues no debe olvidarse que hasta ese momento la autoridad no cuenta con datos de prueba suficientes que le permitan ejercitar acción penal y lo que se busca con el arraigo es precisamente, la obtención de dichos datos. Luego entonces, fundar su imposición bajo el argumento de la probable sustracción, sería equipar tal acto a la imposición de una pena anticipada, pues el efecto entre uno y otro es el mismo: la privación de la libertad personal.

La prisión preventiva, como se mencionó anteriormente constituye una medida cautelar dentro de un proceso que tiene como finalidad la privación anticipada de la libertad de una persona mientras se sigue su proceso judicial; la diferencia con el arraigo únicamente es que la prisión preventiva se da con datos de prueba que la sustenten y el arraigo sin ningún dato que justifique su imposición.

En el año dos mil dieciocho, los Tribunales Colegiados de Circuito de nueva cuenta, emitieron criterio en el que se pronunciaron sobre la probable sustracción del imputado, considerarlo un hecho insuficiente para imponer una medida cautelar privativa de la libertad.

PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. IMPONER
ESTA MEDIDA CAUTELAR PREVISTA EN EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL,
BAJO EL ÚNICO ARGUMENTO DE QUE POR LA PENA DE PRISIÓN QUE
MERECE EL HECHO DELICTUOSO IMPUTADO AL ACUSADO, ÉSTE PODRÍA
SUSTRAERSE DE LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA Y NO COMPARECER A JUICIO,
SIN PONDERAR LOS ASPECTOS DEL ARTÍCULO 168 CÓDIGO NACIONAL DE
PROCEDIMIENTOS PENALES, VIOLA EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE
INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL.

El párrafo segundo del precepto constitucional mencionado, regula el carácter excepcional de la medida cautelar de prisión preventiva, ya que establece la posibilidad de que el Ministerio Público la solicite al Juez cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Asimismo, el artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala que para decidir si está garantizada la comparecencia del imputado, el Juez de control tomará en cuenta, entre otras circunstancias, el arraigo del inculpado, el máximo de la pena que en su caso pudiera llegar a imponerse de acuerdo con el delito de que se trate y la actitud que voluntariamente adopte ante éste, así como su comportamiento posterior al hecho cometido durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal. Por su parte, el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Federal, reconoce el derecho fundamental de presunción de inocencia, cuya vertiente de "regla de trato procesal", ha sido interpretada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 24/2014 (10a.), de título y subtítulo: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL", en el sentido de que toda persona sometida a un proceso penal debe ser tratada como inocente, en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria, lo que constriñe a los Jueces a impedir, en la mayor medida, la aplicación de disposiciones que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena. Sobre esta base, la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva justificada, bajo el único argumento de que por la pena de prisión que merece el hecho delictuoso que se imputa al acusado, éste podría sustraerse de la acción de la justicia y no comparecer a juicio, sin ponderar los demás aspectos del artículo 168 aludido, viola el derecho invocado, pues dicho pronunciamiento presupone de suyo la anticipación de la pena, lo cual está proscrito constitucionalmente en el actuar de los juzgadores, en atención a la vertiente regla de trato procesal. Lo anterior, sobre todo si como en el caso de la porción normativa analizada, se prevé que debe atenderse al máximo de la pena que pudiera llegar a imponerse.³⁵

Invocar la probable sustracción de una persona como simple argumento de la autoridad investigadora para imponer el arraigo a una persona presuntamente

³⁵ Tesis: II.1o.P.12 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.III, abril de 2018, p. 2269

relacionada con la delincuencia organizada, transgrede su derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato, ya que, se le esta imponiendo una pena anticipada al destinatario del arraigo sin que la autoridad cuente con el mínimo de datos de prueba que acrediten su dicho, por ello, se afirma que el arraigo más que una medida cautelar constituye un acto de investigación inconvencional de imposible reparación.

1.6 El bloque de constitucionalidad y sus restricciones constitucionales.

Antes de la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de fecha 10 de junio de 2011, imperaba en nuestro país una corriente de supremacía constitucional y no, lo que hoy día se conoce como un “bloque de constitucionalidad” o “parametro regular de constitucionalidad”.

La supremacía constitucional según Ernesto Rey Cantor es *“esencialmente la jerarquización de la norma constitucional en la cúspide del ordenamiento jurídico sobre la norma ordinaria”*,³⁶ para Maria Petzold Rodriguez *“la Consitución es la norma rectora y fundamental de un Estado, emanada del Poder constituyente de éste. De la Constitución se desprenden tanto los lienamientos legislativos que se deben seguir, como las pautas procedimimentales para la creación de la ley.”*³⁷ En cambio, Gerardo Vasquez Morales dice que:

El Estado de Derecho debe ser protegido por los órganos que administran justicia, por lo tanto, se debe considerar que la norma jerárquica que tiene supremacía sobre las demás normativas jurídicas, es precisamente la Constitución de la República,

³⁶ Rey Cantor, Ernesto, *Supremacía constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018, p. 773

³⁷ Petzold Rodríguez, María, *Noción de supremacía constitucional. Justicia y jurisdicción constitucional*, Venezuela, Universidad del Zulia, 2017, p. 379.

por lo tanto, cualquier acto, procedimiento o decisión que contraríe los principios de jerarquía, jurisdicción y competencia, lesiona al Estado de Derecho.³⁸

Se consideran acertadas las definiciones de los autores antes citados, pues en México, la Supremacía Constitucional consistía en que, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos era el ordenamiento máximo del país y ningún otro, podía ser superior a ella. Así en el escalafón de aplicación le seguían los tratados internacionales, leyes federales, decretos, reglamentos, circulares, etc; todo esto desde una corriente supremacista.

No obstante, la reforma constitucional antes citada incorporó al ordenamiento jurídico mexicano, el famoso bloque de constitucionalidad, mismo que para Graciela Rodríguez Manzo define como:

Un conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país; así, el bloque de constitucionalidad parte del supuesto según el cual, las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite.³⁹

En otras palabras, el bloque de constitucional incorporó al sistema jurídico los derechos fundamentales contenidos no solo en la ley suprema, sino también en los tratados internacionales y demás instrumentos de los que el Estado mexicano sea parte.

Un rasgo innovador de este famoso parámetro de regularidad constitucional es que, la Constitución Federal de México y los Tratados internacionales se encuentran a la par, sin que uno jerárquicamente sea inferior

³⁸ Vasquez Morales, Gerardo, *Supremacía Constitucional: Enfoque teórico del conflicto de jerarquía, jurisdicción y competencia*, Ecuador, Universidad de Guayaquil, 2018, p. 157

³⁹ Rodríguez Manzo, Graciela, *Bloque de constitucionalidad en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016, p. 17

al otro, pero sobre todo, maximizan en su conjunto la protección del gobernado a través de la aplicación del principio pro persona.

Su fundamento se consagra en el artículo 133 de la Constitución Federal, mismo que a la postre dice:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

Los Plenos de Circuito del Poder Judicial de la Federación han establecido la obligación de armonizar las normas de nuestro derecho interno con las de fuente internacional para estar en posibilidad de construir un bloque normativo y de tal suerte, respetar lo acordó México con otros Estados.

NORMAS DE DERECHO INTERNO. SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEBEN ARMONIZARSE NECESARIAMENTE CON EL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada P. IX/2007, de rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.", estableció el principio de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, así como que, mediante la suscripción de un convenio internacional, el Estado Mexicano contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno, pues incluso su incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional. Así, en aplicación de esas directrices, no solamente resulta necesario que el operador jurídico acuda, en principio, a los diversos métodos de interpretación para asignar un contenido específico a las normas jurídicas acorde al derecho interno, sino que además, debe verificar la existencia de un instrumento internacional adoptado por México, exactamente aplicable a la materia de estudio y, luego, habiéndolo, es necesario que armonice la porción normativa interna con lo establecido en ese ordenamiento jurídico internacional, todo ello a fin de darle uniformidad, coherencia y consistencia

a un bloque normativo; de tal forma que se respete lo que acordó México con otros Estados, como consecuencia de las obligaciones recíprocas, conforme al marco jurídico establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁴⁰

Como se ilustra, la suscripción de un convenio internacional por parte del Estado Mexicano trae aparejado el cumplimiento de ciertas obligaciones que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno; pues su incumplimiento supone, una responsabilidad de carácter internacional.

Dicho criterio parecerá generar una evidente contradicción en relación al arraigo en materia penal, pues al afirmar que México está obligado a reconocer los derechos humanos contenidos en un tratado internacional, sería pues, reconocer también que el arraigo es inconvencional porque vulnera el derecho a la presunción de inocencia contenido en diversos tratados internacionales.

Sin embargo, aunque dicha inobservancia podría generarle responsabilidad internacional al Estado mexicano la realidad es diferente: el arraigo es una figura constitucional y permitida por una figura jurídica llamada restricción constitucional.

La restricción constitucional emerge al sistema jurídico junto con la reforma de derechos humanos, pues en aquél entonces se discutió al interior del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación si las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos eran vinculantes o no, para el Estado Mexicano.

Al respecto, Arturo Guerrero Zazueta afirma que:

El pronunciamiento más relevante en torno al contenido de la reforma constitucional en materia de derechos humanos se materializó con la resolución dictada el 3 de septiembre de 2013, en la Contradicción de Tesis 293/2011. En dicho asunto, la SCJN estaba llamada a pronunciarse sobre la jerarquía de las normas de derechos humanos de fuente internacional, lo cual impactaría en cuestiones como el control constitucional y convencional, el principio pro persona, la interpretación conforme y el principio interpretativo de progresividad. En otras palabras, lo que se resolviera

⁴⁰ Tesis: PC.I.A. J/171 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Undécima Época, t.IV, junio de 2021, p. 4441.

en este asunto tendría implicaciones transversales para el resto de una buena parte de las figuras de reciente incorporación al texto constitucional.⁴¹

Después de largos días, la decisión a que llegó la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 293/2011 fue que en México, existiría un bloque de constitucionalidad pero con restricciones.

La restricción constitucional se puede entender como el límite de aplicación de un instrumento internacional frente a la Constitución, pues en un caso de colisión de derechos entre la ley suprema y un tratado internacional, siempre se deberá otorgar mayor rango, al texto constitucional. En este orden de ideas, Fernando Silva García, afirma que *“se ha objetado el principio pro homine bajo el argumento de que existen restricciones constitucionales expresas que el juzgador no podría desaplicar, pues los jueces deben respetar el texto de la norma suprema al cual se deben y del cual emana su propia existencia”*.⁴²

Dicha apreciación resulta interesante al ponderar la figura constitucionalizada del arraigo, frente a la presunción de inocencia; maxime que a partir del año dos mil once, ya operaba el principio pro persona en nuestro país. En otras palabras, lo que se pretende demostrar no solo es el hecho de que el arraigo vulnera la presunción de inocencia, ya que esto resulta ser un aspecto sumamente evidente, sino que, lo que se busca es ir más allá, pues para que opere un verdadero bloque de constitucionalidad resulta necesario eliminar de nuestro sistema jurídico mexicano, las famosas restricciones constitucionales.

Veanse a continuación algunos criterios del Poder Judicial de la Federación respecto a los alcances de una restricción constitucional y el principio pro persona:

⁴¹ Guerrero Zazueta, Arturo, *Posicionamiento de la Suprema Corte: La contradicción de tesis 293/2011*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017, p. 68

⁴² Silva García, Fernando, *Principio pro homine vs restricciones constitucionales: ¿Es posible constitucionalizar el autoritarismo?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018, p.711

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.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento 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; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.⁴³

PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL. SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA NACIONAL O INTERNACIONAL.

Las autoridades judiciales deben aplicar el parámetro de regularidad constitucional -incluidos, por supuesto, los estándares sobre derechos humanos-, lo cual, claramente, no se limita al texto de la norma nacional o internacional- sino que se extiende a la interpretación que hagan los órganos autorizados -tribunales constitucionales y organismos internacionales

⁴³ Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2014, p. 202.

según corresponda-. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que "los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana". En similar sentido, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia estableció, en la Contradicción de Tesis 21/2011, que "el control de convencionalidad es un control de constitucionalidad desde el punto de vista sustantivo, dada la interpretación material que se hace del artículo 1o. constitucional".⁴⁴

Ambos criterios, resaltan cuestiones de fondo importantes: el primero establece que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, en el entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento 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; de ahí que se afirme que el bloque de constitucionalidad sea un avatar en nuestro que hasta el día de hoy no pueda ser aplicable en algunos casos, tales como el arraigo.

Por otro lado, en el segundo criterio se estima que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana; dicho de otro modo, se debe buscar la aplicación de aquella norma que resulte menos perjudicial al destinatario de la misma, lo que claramente no sucede con el arraigo.

De hecho, en el año dos mil trece al suscitarse en el salón de Plenos de nuestro máximo tribunal el debate sobre la contradicción de tesis 293/2011, el Ministro en retiro Jose Ramón Cossío Díaz, emitió un voto en particular que se considera importante destacar, así lo establece Pedro Salazar Ugarte:

⁴⁴ Tesis: 1a. CCCXLIV/2015 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, noviembre de 2015, p. 986

...siempre que haya una restricción constitucional o un texto expreso de la Constitución, se subordina el derecho convencional. Por lo mismo, a su entender, la solución acordada constituye una regresión relevante porque se ha colocado a las restricciones constitucionales por encima de los derechos que limitan y, de paso, sobre las interpretaciones de Cortes Internacionales que pudieran ampliarlos.⁴⁵

El argumento que sostuvo el Ministro en retiro Cossío Díaz en aquel intenso debate resulta ser de interés para el tema que se expone, ya que, al figurar la presunción de inocencia como un derecho humano reconocido a nivel internacional y México haber adoptado de manera obligatoria las disposiciones provenientes de fuente internacional, el Estado mexicano se encuentra obligado a expulsar de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la figura del arraigo, por aplicación del principio pro persona; toda vez que si se considera lo contrario, tal como aduce el Ministro Ramón Cossío, las restricciones constitucionales se colocarían por encima de los derechos que limitan y, de paso, sobre las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así entonces, el principio pro persona según Mireya Castañeda Hernández *“se puede indentificar con el propio objeto y fin de los tratados internacionales de derechos humanos, la protección de los seres humanos, lo que encamina a la maximización del derecho consagrado”*.⁴⁶ Dicho principio entraña la obligación del órgano jurisdiccional de aplicar aquella norma que en mayor medida beneficie al gobernado e inaplicar aquella que restrinja de manera amplia sus derechos.

El Poder Judicial de la Federación entiende a este principio en los términos siguientes:

⁴⁵ Salazar Ugarte, Pedro, *“Tenemos bloque de constitucionalidad, pero con restricciones”*, México, Revista Nexos, 2013. Se puede consultar en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/tenemos-bloque-de-constitucionalidad-pero-con-restricciones/>

⁴⁶ Castañeda Hernández, Mireya, *El principio pro persona ante la ponderación de derechos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018, p. 62

PRINCIPIOS DE PREVALENCIA DE INTERPRETACIÓN Y PRO PERSONA. CONFORME A ÉSTOS, CUANDO UNA NORMA GENERA VARIAS ALTERNATIVAS DE INTERPRETACIÓN, DEBE OPTARSE POR AQUELLA QUE RECONOZCA CON MAYOR AMPLITUD LOS DERECHOS, O BIEN, QUE LOS RESTRINJA EN LA MENOR MEDIDA.

Cuando una norma pueda interpretarse de diversas formas, para solucionar el dilema interpretativo, debe atenderse al artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en virtud del cual, las normas relativas a los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la propia Constitución y los tratados internacionales de los que México sea Parte, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de esos derechos a partir del principio pro persona; de modo que ante varias alternativas interpretativas, se opte por aquella que reconozca con mayor amplitud los derechos, o bien, que los restrinja en la menor medida. De esa manera, debe atenderse al principio de prevalencia de interpretación, conforme al cual, el intérprete no es libre de elegir, sino que debe seleccionarse la opción interpretativa que genere mayor o mejor protección a los derechos.⁴⁷

Por tales motivos, el órgano jurisdiccional federal debe estimar, que a pesar de ser el arraigo una figura constitucionalizada, su inaplicación le genera un mayor beneficio al gobernado por no vulnerar su derecho a la presunción de inocencia contenido en un tratado internacional, en consecuencia, para estar en aptitud de realizar dicha tarea se debe materializar el bloque de constitucionalidad por encima de una restricción que sigue la suerte de una teoría supremacista; pues son precisamente las restricciones constitucionales las que impiden que nuestro sistema jurídico mexicano evolucione de conformidad con estándares internacionales.

1.7 La teoría del derecho penal del enemigo frente a la delincuencia organizada en México.

Una de las teorías más conocidas en el derecho penal, es la denominada “*derecho penal del enemigo*” según la cual, todos aquellos individuos que formen

⁴⁷ Tesis: XIX.1o. J/7 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.III, noviembre de 2019, p. 2000.

parte de la delincuencia organizada se les debe otorgar un trato excepcional en contraste con los delincuentes habituales.

Esta teoría conforma una parte de lo que los doctrinarios han denominado un derecho penal autoritario que en nada se decanta por adaptar en un plano de igualdad el reconocimiento de ciertos derechos a la población en general, pues sus reglas solo se aplican a individuos considerados peligrosos.

La expresión *derecho penal del enemigo* fue adaptada por primera vez en el año 1985 por el Dr. Gunther Jakobs, para quien dicha expresión representa “una reacción de combate del ordenamiento jurídico, ante un problema de seguridad contra individuos especialmente peligrosos, ya que, con este instrumento el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos”⁴⁸ según su planteamiento, cuando ciertos individuos cometen actos que laceran los bienes jurídicos más importantes del Estado, transgreden los derechos humanos o forman parte de la delincuencia organizada, a los presuntos responsables no se les puede tratar como delincuentes habituales, sino como enemigos.

Dentro de las principales características del derecho penal del enemigo, destaca el hecho de que esta corriente se inclina por la supresión de ciertos derechos fundamentales y garantías otorgadas al delincuente habitual. Por ejemplo: al delincuente habitual se le otorga el derecho a que se presuma inocente hasta en tanto no recaiga una sentencia condenatoria firme en su persona, lo que impide de facto la imposición de una pena anticipada. En cambio, en el derecho penal del enemigo, la persona que se presume estar relacionada con la delincuencia organizada puede ser sujeta a un arraigo como acto de investigación, en donde el Estado permite de manera anticipada la privación de su libertad personal hasta en tanto la autoridad investigadora determina si en

⁴⁸ Palacios Valencia Yennesit, *Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional*, Costa Rica, Universidad Nacional de Costa Rica, 2017, p. 21.

realidad el presunto responsable esta relacionado o no, con tales actividades ilícitas.

Otra característica importante del derecho penal del enemigo es que se le visualiza en prospectiva y no en forma retrospectiva, es decir, al delincuente habitual se le puede sancionar por lo que hizo y no por lo que hará, en contraste, en el derecho penal del enemigo se presume que el individuo al poseer la característica de peligrosidad puede dañar de nueva cuenta a la sociedad, por tal razón, se le otorga un trato distinto.

Una tercera nota distintiva del derecho penal del enemigo radica en que, sus penas son desproporcionadamente altas en comparación con la de una delincuencia habitual; así tenemos que en México a una persona relacionada con un hecho delictivo se le podrán imponer además de las penas establecidas para el tipo penal correspondiente, otras que van hasta los cuarenta años de prisión, mientras que, el delincuente habitual solo compurgará aquella pena impuesta por el delito que se le acusa.

Según la tesis del Dr. Gunther Jakobs, se debe distinguir de su ámbito de aplicación el derecho penal del ciudadano frente al derecho penal del enemigo. El primero, solo puede aplicarse a un ciudadano cuando comete conductas delictivas, pero no de manera habitual, es decir, el sujeto posee aún cierta obediencia frente al ordenamiento jurídico, mientras que, en el segundo de los casos, al sujeto no se le puede seguir considerando una persona ya que al apartarse de la norma y formar parte de una estructura criminal, se pone en riesgo la seguridad de los demás.

Yennesit Palacios Valencia hace referencia a Jakobs al decir que:

De esta manera, el juicio según el cual al menos hoy todos deben ser tratados como personas en derecho, necesita una adición: siempre que aquellos “todos” cumplan a su vez con sus derechos o, en el caso contrario, siempre que se los tenga controlados, es decir, que no puedan resultar peligrosos. En este discurso, el derecho aparece como: el vínculo entre personas que son titulares a su vez de

derechos y deberes, mientras que la relación con el enemigo no se determina por el derecho, sino por la coacción, donde la más intensa sería la del derecho penal.⁴⁹

Miguel Ángel Mancera Espinosa al interpretar la teoría del derecho del enemigo de Gunther Jakobs, afirma que:

A los ciudadanos se les aplica un derecho penal ordinario, tanto en lo material como en lo formal, dado que este derecho ordinario atiende en su normativa a los fines de la pena, a los principios delimitadores y a las construcciones dogmáticas clásicas. En cambio, a los otros, a las no personas, a los enemigos se les debe aplicar un derecho penal específico, un derecho que tiene otras finalidades, esencialmente, las de combatirlos, aislarlos y extirparlos del entorno social.⁵⁰

México por supuesto adopta una teoría del derecho penal del enemigo al contemplar en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos un trato diferenciado respecto al delincuente habitual, por ejemplo:

- a) El Ministerio Público Federal cuenta con 96 horas para resolver la situación jurídica de una persona relacionada con delincuencia organizada; si fuera un delincuente habitual su plazo es de 48 horas.
- b) El Ministerio Público Federal puede decretar el arraigo hasta por cuarenta u ochenta días para lograr el éxito de su investigación; al delincuente habitual no se le podría imponer el arraigo, solo una medida cautelar decretada por autoridad judicial.
- c) La persona condenada por delincuencia organizada no puede compurgar sus penas en un centro penitenciario cercano a su domicilio, dichas medidas privativas de la libertad se compurgaran en centros especiales; un delincuente habitual si puede compurgar sus penas en el centro penitenciario más cercano a su domicilio.

⁴⁹ *Ibíd*em, p. 23

⁵⁰ Mancera Espinosa, Miguel Ángel, *¿Derecho penal del enemigo en México?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018, p. 589.

- d) Una persona relacionada con la delincuencia organizada no puede tener contacto con terceros, salvo con su defensor; el delincuente habitual si puede tener contacto con terceros y su defensor.
- e) Una persona relacionada con delincuencia organizada se le impondrá prisión preventiva oficiosa; al delincuente habitual se le impondra una medida cautelar de acuerdo al tipo penal que ejecuto.
- f) El legislador federal exclusivamente puede legislar en materia de delincuencia organiza; en la delincuencia habitual, el legislador del fuero común puede legislar sobre sus tipos penales.
- g) En la delincuencia organizada las propiedades o bienes relacionados con dicha actividad pueden pasar a formar parte del Estado a traves de la extinción de dominio; en la delincuencia habitual dichos bienes no pueden pasar a formar parte del Estado por medio de dicha figura.

Es curioso que hasta antes de la reforma del año dos mil dieciocho el arraigo era un acto de investigación ejecutado por la autoridad ministerial sin que dicha privación de la libertad fuera un acto constitucionalmente válido; no obstante después de dicha reforma el arraigo se integra a nuestro sistema jurídico como parte del derecho penal del enemigo de forma valida.

Miguel Angel Mancera, sostiene que:

El tema del derecho penal del enemigo, independientemente del punto de análisis al que se le someta, permite su ubicación dentro del tema de la política criminal, por ello, consideramos importante recordar que en México ha campeado un vaivén de posturas, algunas veces, tomando la bandera de la vanguardia y en otras, mostrando rasgos de retroceso; comulgando en ocasiones con modelos de un Estado democrático, y en otras, con aquéllos que se tildan de duros y represores.⁵¹

Aunque parecen existir avances en México para delimitar el derecho penal del enemigo, aún quedan muchos antecedentes de su aplicación extendida en

⁵¹ *Ibíd*em, p. 593

un sistema penal tradicional, veasé el siguiente criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema corte de Justicia de la Nación:

ARRAIGO LOCAL. LA MEDIDA EMITIDA POR EL JUEZ ES INCONSTITUCIONAL.

La reforma constitucional a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; 73, fracciones XXI y XXIII; artículo 115, fracción VII y la fracción XIII, del Apartado B, del numeral 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 18 de junio de 2008, fue trascendente para el sistema de procuración e impartición de justicia en materia penal, pues establece un nuevo modelo de justicia penal para pasar del llamado sistema mixto al acusatorio u oral. Además, introduce la figura del arraigo a través de la cual se permite limitar la libertad personal bajo ciertos requisitos que la propia Constitución señala en el artículo 16 párrafo octavo adicionado. En esta reforma se establece la procedencia del arraigo única y exclusivamente para delitos de delincuencia organizada, emitida por la autoridad judicial y a solicitud del Ministerio Público. Hay que subrayar que en la misma reforma se modificó la fracción XXI del artículo 73, en la que se establece como competencia exclusiva de la Federación el legislar en materia de delincuencia organizada, quedando la facultad accesoria del arraigo como exclusiva de las autoridades federales, y su artículo décimo primero transitorio modifica temporalmente el alcance del arraigo hasta la entrada en vigor del sistema penal acusatorio federal, posibilitando la emisión de órdenes de arraigo en casos distintos a los de delincuencia organizada, en un lugar específico y por un término más limitado, para permitirlo en delitos graves, en el domicilio del indiciado y hasta por un máximo de cuarenta días. Sin embargo, este artículo décimo primero transitorio en ningún momento modifica la competencia federal para emitir una orden de arraigo, ni permite que los ministerios públicos o jueces locales emitan estas órdenes. La racionalidad del transitorio sólo se refiere a la entrada en vigor del sistema acusatorio a nivel federal, modificando las circunstancias materiales, de tiempo, modo y lugar para emitir la orden de arraigo, pero no modifica la competencia federal para hacer competentes a las autoridades locales para emitirla. Por ello, una orden de arraigo emitida por un juez local, solicitada por un ministerio público del fuero común, para el éxito de la investigación de un delito también local, no puede ser considerada constitucional, ya que ni el juez es autoridad competente para emitirla, ni el ministerio público para solicitarla, aun cuando el delito por el que

se solicitó fuera considerado grave y en la Federación o en el Estado no haya entrado en vigor el sistema penal acusatorio.⁵²

Dicho de otro modo, en los procesos penales tradicionales los jueces del fuero común podían autorizar la práctica del arraigo para delitos distintos a la delincuencia organizada que se catalogaran como graves; tan lesiva resulta ser esta afirmación que entonces el derecho penal del enemigo no era aplicado solo a miembros de una estructura criminal organizada, sino también al delincuente casi habitual.

Después de la reforma constitucional del año dos mil ocho, el legislador federal estimó pertinente que el arraigo solo fuera aplicado a personas presuntamente relacionadas con la delincuencia organizada, eliminando la posibilidad de ser aplicado a delitos considerados como graves; también eliminó la posibilidad de que un juez del fuero común autorizara la práctica del arraigo, otorgándole competencia exclusiva a los jueces federales en el tema.

La reforma en materia de derechos humanos de fecha 10 de junio de 2011, incorpora la obligación al Estado Mexicano de observar los principios de progresividad, indivisibilidad, universalidad e interdependencia; así la teoría del derecho penal del enemigo por supuesto no obedece al principio de progresividad.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que:

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS.

El principio de progresividad está previsto en el artículo 1o. constitucional y en diversos tratados internacionales ratificados por México. Dicho principio, en términos generales, ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas. Es posible diseccionar este principio en varias exigencias de carácter tanto positivo como negativo, dirigidas a los creadores

⁵² Tesis: 1a. CCXLVII/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, junio de 2014, p. 442.

de las normas jurídicas y a sus aplicadores, con independencia del carácter formal de las autoridades respectivas, ya sean legislativas, administrativas o judiciales. En sentido positivo, del principio de progresividad derivan para el legislador (sea formal o material) la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos; y para el aplicador, el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen, en lo posible jurídicamente, esos aspectos de los derechos. En sentido negativo, impone una prohibición de regresividad: el legislador tiene prohibido, en principio, emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y la tutela que en determinado momento ya se reconocía a los derechos humanos, y el aplicador tiene prohibido interpretar las normas sobre derechos humanos de manera regresiva, esto es, atribuyéndoles un sentido que implique desconocer la extensión de los derechos humanos y su nivel de tutela admitido previamente. En congruencia con este principio, el alcance y nivel de protección reconocidos a los derechos humanos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales, deben ser concebidos como un mínimo que el Estado Mexicano tiene la obligación inmediata de respetar (no regresividad) y, a la vez, el punto de partida para su desarrollo gradual (deber positivo de progresar).⁵³

Al margen del criterio antes citado, se estima entonces que el derecho penal del enemigo claramente no se armoniza con el principio de progresividad, toda vez que, en lugar de ampliar el alcance para la protección de derechos humanos y el deber del aplicador de intensificar su eficacia, la teoría del derecho penal del enemigo oprime los derechos humanos y fundamentales de unos cuantos, tornándose una medida cada vez más utilizada por los operadores para obtener información que les permita alcanzar el éxito de su investigación.

1.8 La teoría de la ponderación de derechos o fórmula del peso de Robert Alexy.

La teoría de la ponderación de derechos del Dr. Robert Alexy, pretende dar solución a los conflictos que se suscitan entre una colisión de normas que llevan inmersos derechos humanos y fundamentales. Para dicho autor, se le debe otorgar un cierto valor a cada derecho para estar en posibilidad de decidir cual tiene un mayor valor jerárquico al resolver cada caso en concreto.

⁵³ Tesis: 1a./J. 85/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, octubre de 2017, p. 189

Se considera pertinente decantarse por esta teoría para demostrar que el arraigo como técnica de investigación y no como medida cautelar, soslaya el derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia; pero lo más importante, al estar en juego derechos humanos y fundamentales, estos últimos deben prevalecer sobre las restricciones constitucionales previstas en el artículo primero de nuestra ley fundamental.

Para Francisco Vázquez Gómez Bisogno la ponderación es *“un principio de posición preferente de los derechos fundamentales, según el cual, el intérprete que se enfrenta a un caso concreto en el que pueden entrar en colisión dos derechos fundamentales distintos, debe preferir a alguno de ellos realizando un ejercicio de ponderación.”*⁵⁴ En cambio, para Carlos Bernal Pulido, la ponderación es *“una estructura formal y vacía, basa en apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez. Las apreciaciones subjetivas del juez constituyen la balanza con la que se pondera”.*⁵⁵ Se coincide en el hecho de que, la ponderación consiste en preferir un derecho sobre el otro en ciertos casos, casos que no están regulados por una regla, pero se aprecian dependiendo las circunstancias concretas.

Robert Alexy sostiene la idea de que, *“Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas”.*⁵⁶ Dicho autor, también afirma que en la estructura de la ponderación existen tres subprincipios para entender la teoría de lo que él ha

⁵⁴ Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, *La ponderación en movimiento. Un ejemplo de su aplicación como medio para resolver la colisión entre derechos fundamentales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016, p. 145

⁵⁵ Bernal Pulido, Carlos, *La racionalidad de la ponderación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2016, pág. 407

⁵⁶ Alexy, Robert, *Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad*, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 8

denominado la formula del peso, estos subprincipios son: necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

Al respecto, los Tribunales Colegiados del Poder Judicial de la Federación han sostenido el siguiente criterio:

PRINCIPIO DE PONDERACIÓN. CONTENIDO Y ALCANCES EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Los derechos fundamentales, entendidos como principios, constituyen mandatos de optimización, en la medida en que son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas. La realización de tales perspectivas se relaciona con el principio de ponderación, el cual conlleva la creación de una jerarquía axiológica entre principios y objetivos en controversia y conduce a cambiar el valor comparativo de éstos. Dicho principio se integra, a su vez, con los siguientes subprincipios que expresan la idea de optimización: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. A través de los subprincipios de idoneidad y de necesidad se logra la optimización de las perspectivas fácticas. El primero de los mencionados (idoneidad) es una manifestación de la idea del Óptimo de Pareto, de acuerdo con el cual, una posición puede ser mejorada sin que resulten perjuicios para otra, lo que implica excluir la aplicación de medios que, como mínimo, perjudiquen la realización de un principio sin favorecer al menos uno de los objetivos a cuya consecución debe servir. El subprincipio de necesidad postula que, de dos medios que favorezcan igualmente bien a un primer objetivo, se elige aquel que afecte menos intensamente a un segundo objetivo. Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se circunscribe a la optimización de las perspectivas jurídicas y se identifica con la denominada "ley de la ponderación", la cual postula que, cuanto mayor sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.⁵⁷

Según la posición de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, el subprincipio de idoneidad permite que una posición pueda ser mejorada sin que resulten perjuicios para otra, lo que implica excluir la aplicación de medios que, como mínimo, perjudiquen la realización de un principio sin favorecer al menos uno de los objetivos a cuya consecución debe servir.

⁵⁷ Tesis: I.4o.A.4 CS (10ª.), Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, septiembre de 2020, pág.967.

La necesidad implica que de dos medios que favorezcan igualmente bien a un primer objetivo, se elige aquel que afecte menos intensamente a un segundo objetivo y, por último, la proporcionalidad postula que, cuanto mayor sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

En este orden de ideas, Robert Alexy plantea una estructura a seguir para realizar un ejercicio de ponderación, dicha estructura consta de tres elementos: ley de ponderación, fórmula del peso y una carga de argumentación.

En la ley de la ponderación para determinar que derecho debe prevalecer sobre el otro, se deben verificar tres pasos: a) constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio a un principio, b) comprobarse la importancia de realización del principio contrario y, c) si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro.

Robert Alexy no da una especial preponderancia a la colisión de derechos, pero si toma como referencia el *peso abstracto* que se le otorgan a los principios. Carlos Bernal Pulido defiende la idea de que *“el peso abstracto de los principios puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos... de este modo, por ejemplo, puede sostenerse que el principio de protección de la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto, es obvio, para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo”*.⁵⁸

En esta teoría se deben tomar en cuenta particularmente las circunstancias específicas del hecho, para determinar cual derecho debe aplicarse y en que medida generará un perjuicio menor por la afectación del otro; aclarando desde este momento que la solución dada, solo aplica a un caso determinado, pero no en los posteriores, pues las circunstancias de cada caso varían notablemente.

Así en materia penal, se considera que el derecho a la libertad personal tiene un mayor valor frente a los intereses del Estado de obtener una

⁵⁸ Bernal Pulido, Carlos, *La racionalidad de la ponderación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016, pp. 416, 417

investigación exitosa; el arraigo supone una afectación mayor de algo que hasta ese momento se desconoce, pues la autoridad no cuenta con la información suficiente que le permite asegurar que un individuo pertenece a la delincuencia organizada y por tal razón, se le restringe de la libertad.

Luego entonces, para revertir tal circunstancia conforme a la ley del peso, se torna indispensable ponderar la circunstancia, la finalidad perseguida y el menor grado afectación posible y de tal suerte, determinar si la figura constitucionalizada del arraigo genera un mayor beneficio por la restricción a la libertad personal que trae aparejado.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sigue la suerte de esta teoría para la resolución de sus conflictos, tal como se muestra a continuación:

CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.

Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una vez que se han llevado a cabo las primeras tres gradas del escrutinio, corresponde realizar finalmente un examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esta grada del test consiste en efectuar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta. En otras palabras, en esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional. En este contexto, resulta evidente que una intervención en un derecho que prohíba totalmente la realización de la conducta amparada por ese derecho, será más intensa que una intervención

que se concrete a prohibir o a regular en ciertas condiciones el ejercicio de tal derecho. Así, cabe destacar que desde un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, sólo estaría justificado que se limitara severamente el contenido prima facie de un derecho fundamental si también fueran muy graves los daños asociados a su ejercicio.⁵⁹

Para la Primera Sala, una medida de tal envergadura es permitida cuando el fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental; empero, en caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional.

Más que ser el arraigo un acto inconstitucional, se etiqueta también de inconvencional, pues el fin que persigue el Estado para asegurar el éxito de su investigación por ser una figura constitucionalizada de ninguna forma permite la obtención de un beneficio mayor por la vulneración de un derecho fundamental, sino todo lo contrario, el arraigo genera un perjuicio grave en relación con los datos que puede obtener la autoridad en el transcurso de su investigación.

Sin duda, la teoría de la ponderación de derechos permite visibilizar el retroceso del sistema jurídico mexicano en relación con la vinculatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos fundamentales contenidos en diversos tratados internacionales.

1.9 Conclusiones

El incremento alarmante de la delincuencia organizada en el país y la constante exigencia social de que se les brinde seguridad ha originado que en México las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia echen mano del arraigo como su principal técnica de investigación para dismantelar a células criminales.

⁵⁹ Tesis: 1a. CCLXXII/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, noviembre de 2016, p. 894.

El arraigo resulta violatorio de derechos humanos y fundamentales por contravenir el derecho humano de toda persona a la libertad personal, debido proceso y presunción de inocencia. Sin embargo, su práctica esta permitida por así establecerlo la Constitución Federal a través de restricciones constitucionales.

Dichas restricciones impiden que el gobernado afectado por un arraigo pueda promover un juicio de amparo alegando su inconstitucionalidad; pues si bien, el arraigo resulta ser inconvencional resulta ser que el amparo nada puede hacer porque este mecanismo no puede tildar a la constitución de inconstitucional ya que su principal objeto es defender a la Constitución por encima de cualquier otra norma.

CAPITULO SEGUNDO

Evolución histórica del arraigo en México

2.1 Introducción.

El presente capítulo tiene por objeto explicar al lector la evolución del arraigo en el sistema jurídico mexicano; pues no se debe olvidar que esta figura jurídica es única a nivel mundial, pues en ningún otro país está regulado el arraigo como una técnica de investigación.

Además, se pretende demostrar como ha variado su práctica conforme el pasar de los años, esto es así porque en sus inicios los arraigos eran ejecutados en casas de seguridad; incluso en las propias habitaciones de hoteles durante el lapso que perdurara dicha privación de la libertad. No obstante esta práctica, el día de hoy el arraigo se encuentra regulado por la Constitución Federal, incluso existen jueces especializados encargados de autorizar y resolver cualquier solicitud relacionada con una orden de arraigo.

2.2 Los orígenes del arraigo en el Derecho Romano.

La libertad es por mucho uno de los bienes jurídicos más importantes para el hombre, sin ella no podrían satisfacerse sus necesidades básicas de subsistencia y tampoco materializar su proyecto de vida a través del ejercicio del libre desarrollo de su personalidad.

Según Luis Carlos Sábica “... *la libertad se traduce en facultad legítima para hacer, en capacidad, potencia y energía legítima para actuar sin trabas, y que genera la correlativa obligación de los demás de permitir esa actividad.*”⁶⁰ Por supuesto, se coincide con la idea de que libertad es igual a actuar sin obstáculos, pero en ciertas ocasiones dicho ideal se ve trastocado por el poder del Estado.

En el México actual, la ley autoriza diversas formas para poder coartar el derecho a la libertad personal de los ciudadanos, como, por ejemplo: tratándose

⁶⁰ Sábica, Luis Carlos, *Libertad y liberación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, p. 126

de una detención en flagrancia o caso urgente, la ejecución de una orden de aprehensión y de manera excepcional cuando se tiene la sospecha de que una persona pertenece a la delincuencia organizada a través del arraigo.

Mucho se ha discutido acerca de la legalidad del arraigo sobre todo en los últimos años con la incorporación de los derechos humanos como parámetro internacional de aplicación para las autoridades federales y estatales; no obstante, su aplicación cada vez va en aumento.

Se ha sostenido que el arraigo no es propiamente una medida cautelar, sino más bien un acto de investigación que permite al Ministerio Público Federal detener a una persona por cuarenta u ochenta días cuando se tenga la simple sospecha de que esta última pertenece a la delincuencia organizada. A diferencia de una detención por flagrancia, caso urgente u orden de aprehensión en la que se tiene la certeza de que una persona ha perpetrado una conducta con apariencia de delito, en el arraigo basta la simple sospecha de que una determinada persona pertenece a una célula criminal para poder arrestarla.

Fernando Silva García sostiene lo siguiente:

Existen dudas sobre el concepto y los alcances del arraigo en materia penal. Una primera posición interpretativa definiría al arraigo penal como especie de medida cautelar metaconstitucional que autoriza “primero detener a una persona para después investigarla”, lo cual, por un lado, permite desplazar y reemplazar al sistema ordinario de restricción a la libertad personal (urgencia, flagrancia, orden de aprehensión); por otro lado, permite hacer inaplicables los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia y al debido proceso, principalmente. Una segunda postura interpretativa consiste en entender que el arraigo penal es una medida cautelar excepcional y supletoria, la cual, por un lado, sólo debe operar cuando el sistema ordinario de restricción a la libertad personal (urgencia, flagrancia, orden de aprehensión) resulta inviable para la persecución del delito por razones fácticas extraordinarias; por otro lado, está sujeta a todos los derechos del detenido.⁶¹

⁶¹ Silva García, Fernando, *El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconvencionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2012, pp. 218,219.

Resulta curioso que hasta antes de la entrada en vigor de la reforma denominada “De seguridad y justicia” de fecha 18 de junio de 2008, el arraigo había sido declarado inconstitucional por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por no existir datos suficientes que permitieran establecer que una persona era penalmente responsable por el tipo penal de delincuencia organizada y después de la publicación de dicha reforma, al arraigo lo vistieron con un nuevo traje bordado a mano por la Constitución, que permite validar su práctica por el simple hecho de estar en la ley suprema; claro es, ningún otro ordenamiento jurídico está encima de la Constitución Federal y mucho menos se puede tachar a una Constitución de Inconstitucional.

Es por ello, que a través del estudio del presente capítulo se propone hacer un recorrido por las diversas épocas en que se ha mantenido vigente la figura del arraigo y estar así en posibilidad de visibilizar sus cambios, transformaciones y afectaciones a los derechos de los gobernados.

Así pues, el primer antecedente que se tiene sobre la figura del arraigo se encuentra en el Derecho Romano; en este momento histórico cuando alguien cometía un hecho delictivo su libertad personal quedaba a cargo de militares ancianos quienes a su vez separaban a las personas dependiendo la conducta que habían cometido, si el hecho era considerado grave el individuo era puesto de inmediato en prisión, pero si la conducta no era grave la custodia se encomendaba a un particular por medio de lo que se denominó *custodia libera*.

Al respecto Fernando Barrita López, al hacer referencia a dicha figura menciona:

Dentro del sistema romano en prisiones y cárceles, encontramos en muy caracterizada forma, a la custodia libera, la que, teniendo precisamente, la característica de ser prisión pública; porque se imponía a través de un magistrado con potestad e imperio, se cumplía en casa particular y generalmente se utilizaba para destacadas personalidades.⁶²

⁶² Barrita López, Fernando, *Prisión preventiva y ciencias penales*, México, Editorial Porrúa, 1999, p. 31

Por otro lado, existían también las cárceles privadas mismas que eran usadas cuando se trataba del arresto de personas relevantes y eran controladas por un Magistrado; su finalidad era evitar la sustracción de la persona custodiada. Regularmente el arresto de las personas se ejecutaba en una casa privada en la que el Magistrado definía las modalidades que habrían de imponerse.

Las cárceles privadas a diferencia de las públicas únicamente eran destinadas para las personas con mejor condición social, exclusivamente en aquellos casos en que por razones de seguridad los individuos no pudieran permanecer junto con el resto de población encarcelada.

La regla general en esta época consistía en privilegiar la libertad sobre la cárcel y a todo aquel que se le coartará su derecho al libre tránsito, podía pedirle a un pretor que lo liberará a cambio de una cierta cantidad de dinero.

Como se puede observar, dichos hechos constituyeron el origen del arraigo para el resto de los sistemas jurídicos en años venideros. La privación de la libertad en casas privadas es una práctica que hoy en día sigue vigente en nuestro andamiaje jurídico penal, así lo ha dicho la Comisión Mexicana de Defensa y Protección de los Derechos Humanos:

Las violaciones de derechos humanos derivadas del arraigo han llevado a que diversos organismos internacionales de derechos humanos manifestaran abiertamente la necesidad de eliminar esta figura de la legislación y la práctica mexicana. En el informe sobre su visita a México en 2002, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias concluyó que, después de haber visitado las “casas de arraigo”, el arraigo representaba una forma de detención arbitraria debido a la insuficiencia de recursos judiciales y, además, señaló que los lugares donde se llevan a cabo dichas detenciones si bien no son secretos, si son discretos, señalado que las ubicaciones exactas fueron más o menos un tema tabú del que ni siquiera las autoridades sabían con certeza.⁶³

⁶³ Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, El arraigo hecho en México, violación a los Derechos Humanos, Organización Mundial contra la Tortura, México, 2012, p. 9

No existe pues mucha diferencia entre el arraigo que se practicaba en el Derecho Romano con el vigente, ambas figuras guardan la misma similitud, la detención se práctica en casas de seguridad privadas a las que solo unos cuantos tienen conocimiento; en el derecho Romano se imponía la medida a una clase privilegiada, hoy el arraigo solo se dirige a personas que presuntamente están relacionadas con la delincuencia organizada.

2.3 La evolución del arraigo en México.

Una de las finalidades de cualquier proceso penal consiste en someter ante los tribunales a todo aquel individuo que haya perpetrado una conducta con apariencia del delito para poder reprocharle su actuar; para esto, los sistemas de procuración y administración de justicia imponen al procesado ciertas medidas cautelares para evitar en lo primordial, su posible sustracción de la acción de la justicia. Si bien estas medidas regularmente se imponen una vez que ha iniciado formalmente el proceso penal, otras en cambio se imponen antes de haberlo iniciado, tal es el caso del arraigo.

El arraigo apareció por primera vez en el sistema penal mexicano a finales del siglo XX a partir de una serie de reformas al Código Federal de Procedimientos Penales publicadas en el Diario Oficial de la Federación con fecha 27 de diciembre de 1983, específicamente al artículo 133 bis del mismo ordenamiento adjetivo; su finalidad consistía en evitar la fuga del presunto responsable durante la averiguación previa.

Dicho artículo establecía lo que a la letra dice:

Artículo. 133 bis. Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, no pudiendo exceder de 30 días, prórroga por igual término a petición del

Ministerio Público. El juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.⁶⁴

La peculiaridad de esta nueva figura jurídica es que podía imponerse a cualquier persona independientemente de que formara o no parte de una estructura criminal denominada *delincuencia organizada*, pues solo se iba a tomar en consideración para su imposición las características del hecho y circunstancias personales del indiciado.

Aunado a ello, el artículo 205 del mismo ordenamiento legal, establecía algunas hipótesis diversas a través de las cuales, el Agente del Ministerio Público podría solicitar a la autoridad judicial la práctica del arraigo.

Artículo 205. Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez, fundada y motivadamente, o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del máximo señalado en el artículo 133-bis o bien tratándose de la averiguación previa o bien en el proceso por el término constitucional en que éste deba resolverse.

A diferencia del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en este nuevo numeral ya no se toman en cuenta únicamente las características del hecho y las circunstancias del indiciado, sino además, se permite su práctica en aquellos casos que el delito no amerite prisión preventiva oficiosa y que existan datos suficientes que permitan establecer que el indiciado se puede sustraer de la acción de la justicia; lo único que se mantuvo vigente es el lapso de tiempo de su duración, es decir, en ningún caso podía exceder de treinta días o su prórroga por otros treinta.

Debe advertirse que al momento de comparar ambos preceptos legales, no se logrará establecer con certeza el lugar en donde debía ser ejecutado el

⁶⁴ Código abrogado de conformidad con lo establecido en el artículo tercero transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 05 de marzo de 2014.

arraigo, por esta razón quedaba al libre arbitrio del órgano jurisdiccional, decidir en que lugar y modalidades debía consumarse forzosamente dicha medida cautelar.

Regularmente lo que se hacia era ordenar su práctica en lugares privados tales como: hoteles, cuarteles militares y las famosas casas de seguridad o de arraigo. Ante dicha situación, con fecha 07 de febrero de 2007, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas publicó las observaciones al cuarto informe periódico rendido por el Estado Mexicano en donde manifestó su alarmente preocupación en contra de esta forma de detención al decir que:

Se habria convertido en una forma de detención preventiva con el uso de casas de seguridad (casas de arraigo) custodiadas por policias judiciales y Agentes del Ministerio Público, donde se pueden detener indiciados durante 30 días hasta 90 días en algunos Estados mientras se lleva acabo la investigación para recabar evidencia, incluyendo interrogatorios. ⁶⁵

Luego de la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, en el año de 1984, el Constituyente amplió el margen de aplicación del arraigo, dando pauta para que las legislaturas locales lo incorporaran a sus Códigos Penales para que cualquier persona relacionada con un hecho delictivo pudiera declarar y aportar información esencial para lograr el éxito de la investigación.

Doce años más tarde, se creó la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, misma que en armonia con el Código Federal de Procedimientos Penales, reglamentaria las condiciones mínimas para la imposición del arraigo, dicho articulo establecia:

El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de

⁶⁵ Comité Contra la Tortura, Exámenes de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 19 de la Convención. Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, México, CAT/C/MEX/CO/4, 07 de febrero de 2007, párr.15.

la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.

Como se puede apreciar, esta ley únicamente regulariza aquellos casos relacionados con la delincuencia organizada; siendo el primer antecedente que se tiene en México del arraigo en relación a este tipo penal en especial.

Con el pasar del tiempo, los Tribunales Colegiados de Circuito se pronunciaron en relación con el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en la tesis del rubro siguiente:

ARRAIGO DOMICILIARIO PREVISTO EN EL NUMERAL 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD, DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LIBERTAD PERSONAL PREVISTAS EN LOS PRECEPTOS 14, 16 Y 18 A 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

El dispositivo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada contempla la figura del arraigo domiciliario con una doble finalidad, por una parte, facilitar la integración de la averiguación previa y, por otra, evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse contra el indiciado; sin embargo, su aplicación conlleva a obligarlo a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora, sin que tenga oportunidad de defensa, y sin que se justifique con un auto de formal prisión, hasta por el término de noventa días; por tanto, esa medida es violatoria de las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y, primordialmente, de la de libertad personal consagradas en los artículos 14, 16 y 18 a 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁶⁶

Si bien es cierto la reforma del 07 de noviembre del año de 1996 permitió arraigar a una persona con la finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y obtener datos para formalizar el proceso penal, no menos cierto es que, dicha privación de la libertad conllevaba a obligar al proceso a permanecer en un domicilio sin que tuviera la oportunidad de defenderse y lo

⁶⁶ Tesis: I.9o.P.69 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXVII, enero de 2008, p. 2756.

peor, sin que su detención se justificara con auto de formal prisión, en consecuencia, dicha medida violaba las garantías de legalidad y seguridad jurídica.

Siguiendo este orden de ideas en el año de 1999 se dio una nueva reforma al artículo 133 del Código Federal de Procedimientos Penales, quedando de la siguiente forma:

Artículo 133 Bis. La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales, en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse.

A diferencia de la primera incorporación del arraigo en México del año 1983, esta vez el Constituyente Federal decidió no tomar en cuenta solo las características del hecho y las circunstancias personales del proceso, en su lugar, esta reforma pretendía imponer el arraigo en contra de quien se pretendiera ejercitar acción penal y pudiera sustraerse de la acción de la justicia.

Por otro lado, esta modificación le suprimió el derecho al indiciado de solicitar a la autoridad judicial el levantamiento del arraigo por cualquier causa; en efecto, la única posibilidad que le quedaba a este último para impugnarlo era que la causa que dio origen a la imposición del arraigo hubiera desaparecido, es decir, que el riesgo de sustracción dejara de existir.

En materia de amparo, la Primera Sala en el mes de noviembre del mismo año emitió un criterio sosteniendo lo que se muestra a continuación:

ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.

La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma ley.⁶⁷

Para la Corte, el hecho de que una persona permanezca en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto es un acto que afecta y restringe la libertad personal.

Dicho hecho sirvió para que más tarde el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunciará no solo sobre la restricción a la libertad personal del individuo, sino sobre la inconstitucionalidad del arraigo al resolver la contradicción de tesis 20/2003 relativa al artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; mismas que trajeron por consecuencia la emisión de las siguientes tesis jurisprudenciales:

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.

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

⁶⁷ Tesis: 1a./J. 78/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.X, noviembre de 1999, p. 55

realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.⁶⁸

Como se puede observar, dicho criterio se inclina por hacer notar la violación a la garantía de libertad personal prevista en los numerales 16, 18, 19, 20 y 21, porque hasta ese momento procesal la averiguación previa no arroja todavía datos que permitan establecer que el indiciado es responsable de la conducta delictiva que se le atribuye; en el mismo sentido se afirma que tampoco es posible detener a una persona sin que se justifique con un auto de formal prisión, pues es precisamente este acto en el cual el indiciado puede conocer los

⁶⁸ Tesis: P. XXII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXIII, febrero de 2006, p. 1170

detalles del delito que se le atribuye y además estar en la posibilidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad penal, lo que no sucede cuando se decreta el arraigo de manera anticipada.

Por otro lado, al resolver la misma contradicción de tesis, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la siguiente tesis:

ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA LIBERTAD DE TRÁNSITO CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Del citado precepto constitucional se advierte que la garantía de libertad de tránsito se traduce en el derecho que tiene todo individuo para entrar o salir del país, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, permiso o autorización, libertad que puede estar subordinada a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal y civil. Ahora bien, tratándose del arraigo civil, las limitaciones o restricciones a la libertad de tránsito consisten únicamente en que el arraigado no puede abandonar el país o la ciudad de residencia, a menos que nombre un representante y otorgue garantía que responda de lo demandado, pero tal restricción no llega al extremo, como sucede en el arraigo penal, de impedir que salga de un inmueble, y menos aún que esté bajo la custodia y vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora de delitos. En ese sentido, tratándose del arraigo previsto en el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, si al arraigado se le impide salir de un inmueble es obvio que también le está prohibido salir del lugar donde se encuentre, lo que atenta contra su libertad de tránsito.⁶⁹

La última modificación que se tiene registrada al artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales data del año 2009, publicándose en el Diario Oficial de la Federación de la siguiente manera:

Artículo 133 Bis. La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a

⁶⁹ Tesis: P. XXIII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXIII, febrero de 2006, p.1171

la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de cuarenta días.

El afectado podrá solicitar que el arraigo quede sin efecto, cuando considere que las causas que le dieron origen han desaparecido. En este supuesto, la autoridad judicial escuchará al Ministerio Público y al afectado, y resolverá si debe o no mantenerse.

El gran paso que dio esta reforma entorno a la administración y procuración de justicia fue permitir la aplicación del arraigo únicamente tratándose de delitos graves y no como sucedía anteriormente, que el arraigo se podía imponer por la comisión de cualquier hecho delictivo con la finalidad de que el indiciado declarará ante la autoridad ministerial.

No se debe olvidarse que con fecha 18 de junio de 2008 entró en vigor el sistema de justicia de corte acusatorio y oral, esto no significó que el Código Federal de Procedimientos Penales perdiera su vigencia, pero a través del artículo segundo transitorio de la reforma del 23 de enero de 2009 se precisó que el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales continuarían vigentes hasta en tanto se publicará en el Diario Oficial de la Federación el Código Nacional de Procedimientos Penales.

El día 05 de marzo de 2014, por fin se publicó en el Diario Oficial de la Federación la ley adjetiva que regularía la entrada del sistema acusatorio y oral, dejando en desuso por fin al sistema penal tradicional. Con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales se abrogó definitivamente el Código Federal de Procedimientos Penales de conformidad con el artículo tercero transitorio y teniendo como límite para su abrogación el 18 de junio de 2016, fecha en la cual formalmente debía quedar implementado el sistema acusatorio y oral en todo el país.

2.4 La constitucionalización del arraigo a partir de la reforma del 18 de junio de 2008.

El día 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación una de las reformas más emblemáticas para nuestro sistema de procuración y administración de justicia mediante la reforma denominada “De seguridad y justicia”, pues se transitó de un sistema penal tradicional plagado de diversas arbitrariedades y violaciones graves a derechos humanos y fundamentales a otro de corte acusatorio y oral, que al menos ponía sobre relieve a los derechos de las víctimas u ofendidos de un delito.

En esa reforma, se modificaron diez preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre ellos el párrafo octavo del numeral 16 del mismo ordenamiento; delimitando el ámbito de aplicación del arraigo para quedar como se sigue:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Se puede observar que a diferencia de lo dispuesto en el abrogado Código Federal de Procedimientos Penales, la figura del arraigo sufrió cambios importantes, entre los que destacan:

- a) El arraigo no podía ser impugnado a través del juicio de amparo, pues al ser una figura constitucionalizada a partir de la reforma del 18 de junio de 2008, no se podía argumentar su inconstitucionalidad.
- b) Se limitó su ámbito de aplicación a los tipos penales de delincuencia organizada exclusivamente; cuestión que no acontecía en años previos, toda vez que el arraigo anteriormente se imponía a cualquier persona

que representara un riesgo de sustracción, sin importar la naturaleza del delito.

- c) El arraigo al igual que otras figuras de carácter penal, únicamente podían ser legisladas a través del Congreso Federal y no de las legislaturas locales.
- d) Su temporalidad como medida de imposición se fijó en un mínimo de cuarenta días y un máximo de ochenta días.
- e) El principal objeto del arraigo constó en asegurar el éxito de la investigación, sin que hasta ese momento su emisión se sustentara en un auto de vinculación a proceso o lo que en un sistema penal tradicional se denominaba un auto de formal prisión.

Por su parte, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, establece en su artículo 12 lo siguiente:

Artículo 12.- El Juez de control podrá decretar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, tratándose de los delitos previstos en esta Ley, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia.

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

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

Es evidente que la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, únicamente armonizó su contenido con el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; no obstante, limitó su ámbito de competencia exclusivamente para el fuero federal.

En marzo de 2014, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se pronunció al respecto al emitir la siguiente jurisprudencia:

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.

El citado artículo transitorio, en su párrafo primero, señala que 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 40 días; sin embargo, este Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en atención a lo establecido en los preceptos 16 y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, advierte que esa norma no modificó la competencia federal para emitir la orden de arraigo -permitida exclusivamente para delitos de delincuencia organizada-, ni debe interpretarse en el sentido de que los agentes del Ministerio Público o los Jueces locales puedan participar de tal decisión; por el contrario, ese transitorio 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, ni inferir como que pueda generarse una competencia residual que los faculte en ese sentido, en tanto no entre en vigor el sistema acusatorio a nivel federal o local.⁷⁰

Hasta antes de la entrada en vigor de la reforma *“De seguridad y justicia”* les estaba permitido a los jueces locales expedir órdenes de arraigo y a los legisladores de cada entidad federativa se les encomendaba la tarea de legislar en la materia, sin embargo, después de la expedición de la citada reforma, solo se permitió al Constituyente Federal legislar en materia de delincuencia organizada y a los jueces y ministerios públicos federales se les dejó subsistente dicha tarea, tal como lo establece la siguiente tesis emitida por la Primera Sala de nuestro máximo tribunal:

⁷⁰ Tesis: P./J. 32/2014 (10a.), Semanario del Judicial de la Federación y su Gaceta, t.I, mayo de 2014, p. 271.

DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL CONGRESO DE LA UNIÓN Y LOS CONGRESOS LOCALES CONTABAN CON FACULTADES CONCURRENTES PARA LEGISLAR EN ESTA MATERIA (CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 18 DE JUNIO DE 2008).

La Federación no requiere, necesariamente y en todos los casos, de facultad expresa para legislar en una materia. La Constitución establece un esquema en el que, en determinadas materias, tanto la Federación como los Estados pueden desplegar conjuntamente sus facultades legislativas. Asimismo, es necesario tener en cuenta la existencia de las facultades implícitamente concedidas a la Federación, que se deriven necesariamente del ejercicio de una facultad explícitamente concedida a los Poderes de la Unión, tal y como lo señala el artículo 73, fracción XXX de la Constitución. En consecuencia, al momento de expedirse la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada de 1996, la delincuencia organizada formaba parte de las facultades concurrentes entre la Federación y los estados, en virtud de lo establecido en los artículos 21 y 73, fracciones XXI y XXX de nuestra Constitución, ya que de una lectura armónica de los objetivos marcados por el artículo 21 constitucional y la correspondiente instrumentalización realizada por el legislador ordinario en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, se sigue que el objeto de la ley impugnada - la delincuencia organizada-, se encuentra comprendida dentro de la materia de seguridad pública. Este esquema resultaba coherente con las facultades legislativas que tenían las entidades federativas para legislar en materia de delincuencia organizada, tratándose de delitos del fuero común que afectasen, únicamente, su territorio. En definitiva, el Congreso de la Unión se encontraba facultado (de manera concurrente con los estados) para legislar en materia de delincuencia organizada, en el momento en el que se aprobó el decreto legislativo impugnado, y, además, su actuar fue ajustado al ámbito específico de las competencias establecidas en el artículo 21, penúltimo párrafo, en relación con el diverso 73 fracciones XXI y XXX, ambos de la Constitución Federal; por lo cual, no invadió la competencia otorgada a las entidades federativas. Asimismo, es necesario señalar que todo este marco jurídico fue modificado por el constituyente permanente, al momento en el que se reformó la fracción XXI del artículo 73 constitucional, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de dieciocho de junio de dos mil ocho, a través de la cual se eliminó la facultad concurrente de la Federación y de las entidades federativas para legislar en materia

de delincuencia organizada y se estableció tal potestad, de forma exclusiva, a la Federación.⁷¹

Parece ser que el arraigo parte del principio de presunción de haber cometido en un delictivo, en lugar de la aplicación del principio de inocencia, pues basta con que la autoridad investigadora tenga la simple sospecha de que un individuo pertenece a la delincuencia organizada para que pueda ser procedente su solicitud ante un juez federal.

Por otro lado, el estandar probatorio que se requiere para arraigar a una persona es mínimo, pues basta el simple señalamiento de un testigo para que el Agente del Ministerio Público tenga las herramientas suficientes para sustentar su solicitud. Aunado a ello, la ambigüedad en la redacción del tipo penal de delincuencia organizada ha traído por consecuencia que se arraiguen a muchas personas por la comisión de delitos no graves bajo el simple argumento de que operan al mando de una estructura criminal organizada.

No debe olvidarse, que si bien la la reforma del 18 de junio de 2008 permitió la aplicación del arraigo exclusivamente tratándose de delitos de delincuencia organizada, el artículo décimo primero transitorio de la citada reforma permitió la aplicación de dicha medida para todos los delitos considerados graves en el abrogado Código Federal de Procedimientos Penales.

Al día de hoy se desconoce la cifra oficial del número de arraigos practicados en años previos, pero lo que si se sabe con certeza es la opacidad con la cual se han conducido las autoridades federales en el manejo estadístico del tema.

2.5 Contradicciones de tesis históricas entorno a la figura del arraigo por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Se sabe que una de las formas de creación de jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano se da a través del establecimiento de diversos precedentes,

⁷¹ Tesis: 1a. CXXVI/2010, Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXXII, diciembre de 2010, p. 166.

mismos que se pueden originar en una contradicción de tesis, reiteración de criterios o sustitución de los mismos.

En este apartado, se hablará esencialmente de las contradicciones de tesis más emblemáticas de nuestro máximo tribunal entorno a la aplicación de la figura del arraigo en materia penal.

José Saturnino Suero Alba define a la contradicción de tesis del modo siguiente: “*disparidad de criterios que si bien es cierto surge de amparos resueltos por los tribunales colegiados de circuito o las salas de la Corte, su materia o contenido es la interpretación o integración de cualquier norma del sistema jurídico, sea local o federal*”.⁷²

Por su parte, los Plenos de Circuito han afirmado lo que se sigue:

CONTRADICCIÓN DE TESIS. ES INEXISTENTE SI UNO DE LOS CRITERIOS DIVERGENTES QUEDÓ SUPERADO POR JURISPRUDENCIA DEL PLENO DE CIRCUITO QUE CONOCE DE LA MISMA (APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA TESIS 2a. LXXVII/2009 DE LA SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN).

Hechos: Los Tribunales Colegiados de Circuito contendientes sostuvieron criterios divergentes al analizar el fundamento jurídico del recurso de queja interpuesto contra la determinación que, excepcionalmente emitida en auto distinto a aquel en que se proveyó sobre la suspensión provisional, estableció el monto de la garantía relativa; sin embargo, con posterioridad a la denuncia de contradicción de tesis, el Pleno de Circuito respectivo resolvió otra contradicción de tesis con la que se superaron los criterios divergentes.

Criterio jurídico: El Pleno en Materia Administrativa del Tercer Circuito establece que no se configura la contradicción de tesis si uno de los criterios divergentes fue superado por jurisprudencia del propio Pleno de Circuito, toda vez que su existencia requiere de criterios vigentes, esto es, que no hayan sido interrumpidos, modificados o superados.

⁷² Saturnino Suero Alba, José, *La contradicción de tesis ¿solución al problema o problema sin solución?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, p. 1

Justificación: Lo anterior es así, en razón de que en términos del articulado correspondiente al número ciento siete, treceava fracción, de la CPEUM, y el doscientos veinticinco y doscientos veintiséis de la Ley de Amparo, la contradicción de tesis tiene como finalidad eliminar la inseguridad jurídica provocada por la oposición de criterios sustentados por los Tribunales Colegiados de Circuito, mediante el establecimiento de una jurisprudencia emitida por el respectivo Pleno de Circuito, que unifique el criterio que debe prevalecer en lo subsecuente. En congruencia con lo anterior, si uno de los criterios divergentes fue superado por jurisprudencia del propio Pleno de Circuito, es indudable que no puede configurarse la contradicción de tesis, toda vez que su existencia requiere de criterios vigentes, esto es, que no hayan sido interrumpidos, modificados o superados. Es aplicable al respecto, por analogía y en términos del artículo sexto transitorio de la Ley de Amparo, al no contravenirla ni encontrarse superada por criterios jurisprudenciales del Pleno o de las Salas de la SCJN, la tesis 2a. LXXVII/2009 emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que lleva por rubro: "CONTRADICCIÓN DE TESIS. ES INEXISTENTE SI UNO DE LOS CRITERIOS DIVERGENTES QUEDÓ SUPERADO POR JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN."⁷³

Es decir, la contradicción de tesis resulta ser de gran importancia porque tiene como finalidad eliminar la inseguridad jurídica provocada por la oposición de criterios sustentados por los Tribunales Colegiados de Circuito, de ahí que, con su disolución pueda surgir un criterio jurisprudencial de carácter obligatorio para los operadores jurídicos.

Dicho lo anterior, se proceden a analizar tres diversas contradicciones de tesis de mayor relevancia en el tema de la aplicación y ejecución del arraigo en materia penal.

Contradicción de tesis 3/1999.

La primera contradicción de tesis resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación entorno a la figura del arraigo, data de fecha 20 de octubre de 1999 y aunque si bien, nuestro máximo tribunal no entro al estudio de la figura del arraigo, si abordo temas relativos a la libertad personal en donde se afirma

73 Tesis: PC.III.A. 2 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Undécima Época, t.IV, agosto de 2021, p. 4592

que existe una afectación a la libertad personal al forzar al sujeto que se le imponga el ejercicio de la acción penal, la que puede ser susceptible de suspensión. Y en palabras de la SCJN manifiesta que “cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga – a la persona- a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión”⁷⁴.

La jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Corte analiza la figura del arraigo para efectos del juicio de amparo, al sostener que por ser un acto que afecta y restringe la libertad personal puede ser susceptible de suspensión; en otras palabras, se podía paralizar la ejecución del acto reclamado hasta en tanto se decidiera en lo principal la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto.

Este criterio fue aprobado por todos los Ministros que en aquel entonces integraban la Primera Sala de la SCJN y sirvió de base para que en otros asuntos fuera aplicado con carácter obligatorio.

Acción de inconstitucionalidad 20/2003.

En el mes de septiembre del año dos mil tres, algunos diputados que forman parte del Congreso del Estado de Chihuahua suscitaron una acción de inconstitucionalidad en contra el artículo ciento veintidós bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua al considerar que transgredía las garantías previstas en el artículo dieciséis de la Constitución Federal; precepto que regulaba la figura del arraigo.

En sus conceptos de violación los legisladores sostuvieron que el arraigo fue introducido a su Código de Procedimientos Penales de manera mañosa, pues el dictaminador local, utilizó la siguiente jurisprudencia emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito para argumentar que el arraigo local no era una figura

⁷⁴ Tesis: 1a./J. 78/99, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, t.X, noviembre de 1999, p. 55

que violentará la Constitución Federal y por dicha razón debía ser incorporada a la ley adjetiva.

Por otra parte, otra tesis manifestó que el arraigo no afecta la libertad personal, “sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulada por el artículo once de la CPEUM⁷⁵. No obstante, lo anterior, es un criterio que contendió con la contradicción de tesis 3/99 resuelta por la SCJN en sesión del 20 de octubre de 1999, en la que se estableció que no existía la contradicción de criterios sustentados.

En la acción de inconstitucionalidad, los legisladores consideraron que al incorporar la figura del arraigo a su ley adjetiva se violentaban los artículos 14, 16, 18, 22, 41 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; todos relacionados con los principios de legalidad, proporcionalidad, división de poderes y supremacía constitucional.

Por otro lado, al rendir su informe las autoridades señaladas como responsable dijeron que se hacía una indebida aplicación de la jurisprudencia 1a./J. 78/99, pues en la misma no se advertía que el texto afirmara que el arraigo era inconstitucional; únicamente se sostuvo que al ser un acto que afectaba la libertad personal era susceptible de suspenderse en términos de la ley de amparo.

En ese sentido, con fecha 06 de septiembre de 2005 la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la acción de inconstitucionalidad 20/2003 declarando la invalidez del artículo ciento veintidós bis de la normativa procedimental en materia penal del Estado de Chihuahua por considerar que era contrario al artículo dieciséis de la CPEUM. Además, dicho proyecto contó con la aprobación de una mayoría calificada de los Ministros, por lo cual, su aplicación resultaba ser obligatoria para todos los jueces de la república, fueran federales o estatales.

⁷⁵ Tesis: I.1o.P. J/12, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.IX, enero de 1999, p. 610

A diferencia de la contradicción de tesis 3/1999, esta vez nuestro máximo tribunal se pronunció sobre el fondo de la figura del arraigo al disponer que para que una persona fuera privada de su libertad personal, previamente a ocurrir la detención el Agente del Ministerio Público debía contar con una investigación que le permitiera contar con los suficientes datos de prueba que permitieran acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Una vez hecho lo anterior, la autoridad investigadora debía de poner dicho hecho en conocimiento de la autoridad judicial para que en su caso, ordenara la detención del indiciado con los requisitos previstos en la Constitución Federal.

De este modo, la acción de inconstitucionalidad 20/2003 fue el primer precedente histórico para que la autoridad ministerial únicamente pudiera decretar el arraigo cuando se tuviera la certeza de que un individuo perpetró una conducta señalada como delito y no la mera sospecha de que este último posiblemente lo haya ejecutado.

Acción de inconstitucionalidad 29/2012.

En fecha 09 de abril de 2012, el presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Raúl Plascencia Villanueva presentó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación la acción de inconstitucionalidad registrada bajo el número 29/2012 en la cual se impugnaba la inconstitucionalidad del artículo 291 del Código Penal del Estado de Aguascalientes por permitir la imposición del arraigo para todos aquellos delitos que no encuadraban en la categoría de delincuencia organizada.

En su exposición de motivos, la Comisión Nacional de Derechos Humanos consideró que dicha disposición violaba los artículos 11, 16 y 73 fracción XXI de la Constitución Federal, pues con la entrada en vigor del sistema acusatorio y oral de fecha 18 de junio de 2008, se estipuló en el artículo décimo primero transitorio que los congresos locales carecían de la facultad de legislar en materia de delincuencia organizada y arraigo a partir de esa fecha.

Ante ello, la Corte al resolver la acción de inconstitucionalidad en comento reconoció la facultad exclusiva del Congreso de la Unión para legislar en materia de delincuencia organizada. Además sostuvo que si bien antes de la entrada en

vigor de la reforma “De seguridad y justicia” las legislaturas locales contaban con la posibilidad de emitir ordenes de arraigo en casos distintos a la delincuencia organizada, dicha facultad únicamente estaría vigente hasta en tanto entrará en vigor el sistema de justicia acusatorio y oral.

Así las cosas, en sesión de fecha 25 de febrero de 2014 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por mayoría calificada y con efectos generales para todo el país la invalidez del artículo 291 del Código Penal del Estado de Aguascalientes por invadir la esfera de competencia del Congreso Federal conforme al artículo décimo primero transitorio de la reforma en materia penal publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 18 de junio de 2008.

Al día de hoy, el debate sobre la constitucionalidad o inconvencionalidad del arraigo sigue sobre la mesa y aunque parece que por un lado se ha progresado en la armonización de criterios, lo cierto es que la constitucionalización del arraigo generó severas consecuencias en el ámbito internacional con el nacimiento de las famosas “restricciones constitucionales”, de las cuales se hablará a continuación.

2.6 La creación de las restricciones constitucionales frente al arraigo.

La reforma en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 10 de junio de 2011 marcó el inicio de una época historia para la administración y procuración de justicia en México, pues elevó al mismo nivel de aplicación a los tratados internacionales para quedar en el texto constitucional. En este sentido los tratados internacionales en materia de derechos humanos fueron constitucionalizados en la carta magna mexicana

No obstante lo anterior, dicha reforma generó un intenso debate al interior del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año dos mil trece al discutirse la contradicción de tesis registrada bajo el número 293/2011.

Dicha denuncia de contradicción de tesis fue recibida en las oficinas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el veinticuatro de junio de dos mil once en donde se hacía del conocimiento a la Corte mexicana la oposición de criterios

sustentados entre el Primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y del trabajo correspondiente al Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito al resolver los amparos directos 344/2008 y 623/2008.

Por su parte, el Primer Tribunal Colegiado sostuvo los criterios siguientes:

TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO
LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS,
DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN.

Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.⁷⁶

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES
MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO.

Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.⁷⁷

⁷⁶ Tesis: XI.1o.A.T.45 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXXI, mayo de 2010, p.2079

⁷⁷ Tesis: XI.1o.A.T.47 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXXI, mayo de 2010, p.1932

De manera contraria, el Séptimo Tribunal Colegiado sostuvo el criterio que a continuación se ilustra, motivo de la contradicción en mención:

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos.⁷⁸

En fecha veintinueve de agosto de dos mil once la Primera Sala se avocó al conocimiento del asunto y encomendó al Ministro Arturo Zaldivar Lelo de Larrea elaborar el respectivo proyecto de resolución, sin embargo, por su trascendencia la Sala determinó remitir el asunto al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Antes de proceder a la resolución, se hicieron un par de precisiones relativos al expediente varios 912/2010: la primera, se relaciona con el compromiso de cumplimiento de las reparaciones de daños dictadas en las resoluciones de la Corte IDH en contra del Estado Mexicano. Y por otro lado, que en dicha sentencia no se resolvió sobre el tema de la jerarquía de los tratados, en consecuencia resultó imprescindible entrar al estudio del fondo del asunto.

En lo esencial, lo que se planteó fue decidir sobre la existencia o no de un bloque de constitucionalidad y en que casos debían observarse de forma obligatoria la aplicación de los tratados internacionales en nuestro sistema normativo.

Así, en sesión del día dos y tres de septiembre del año dos mil trece, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se decantó por seleccionar un criterio

⁷⁸ Tesis: I.7o.C.51 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXVIII, diciembre de 2008, p. 1052.

mixto, esto es, reconocer la existencia de un bloque de constitucionalidad pero con restricciones, elevando a rango de jurisprudencia los textos de rubro siguiente:

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.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento 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; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.⁷⁹

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE.

⁷⁹ Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2014, p. 202.

PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.⁸⁰

La fijación expresa de las restricciones constitucionales ordinarias ha dado pauta para que el arraigo como una técnica de investigación no pueda ser impugnada a través del juicio de amparo alegando su inconstitucionalidad o inconveniencia por dos sencillas razones:

- a) El arraigo se constitucionalizó en el artículo 16 párrafo octavo con fecha 18 de junio de 2008. Por ende, no se puede impugnar una figura que nuestro propio texto autoriza y;
- b) A pesar de existir un bloque de constitucionalidad, lo que verdaderamente impera en nuestro país es una corriente supremacista, en consecuencia aunque se pueda argumentar que el arraigo es inconveniente, tampoco se puede impugnar por existir una restricción

⁸⁰ Tesis: P./J. 21/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2014, p. 204

expresa en nuestra ley fundamental que blinda de protección jurídica a dicha figura.

En suma, se puede advertir como a través del presente desarrollo histórico el arraigo ha sufrido diversas modificaciones; desde estar permitido para la investigación de cualquier delito, autorizar su legislación en los respectivos Congresos locales, declarar su inconstitucionalidad por interpretación de nuestro máximo tribunal y en el año dos mil ocho elevarlo a rango constitucional.

No queda duda de que el arraigo hasta nuestros días es un acto inconveniente por transgredir a la presunción de inocencia y la libertad personal de cualquier individuo, sin embargo, nada se puede hacer más que cruzar los brazos hasta en tanto el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación vuelva a poner sobre la mesa el debate acerca de las restricciones constitucionales; sin éstas la realidad del bloque de constitucional se hace efectivo en nuestro sistema de procuración e impartición de justicia.

2.7 Conclusiones.

El arraigo conforme el transcurso del tiempo se ha ido regulado cada vez más en las legislaciones modernas a pesar de ser un acto violatorio de derechos humanos y fundamentales.

En sus inicios el arraigo se declaró inconstitucional por el máximo tribunal mexicano por afectar la libertad personal del quejoso y las garantías mínimas del debido proceso, empero, con la entrada en vigor de la reforma de seguridad y justicia de fecha 18 de junio de 2008 dicho acto se constitucionalizó y en consecuencia, la propia Constitución Federal autorizaba su práctica exclusiva en materia federal.

A partir de la reforma citada supra líneas, se arrebató la facultad a las legislaturas de practicar el arraigo para cualquier tipo de delito y solo se destinó su ejecución a delitos relacionados de forma directa con la delincuencia organizada; disponiendo, además, que la facultad exclusiva de legislar en materia de arraigo le correspondía únicamente al constituyente federal.

CAPITULO TERCERO: DERECHO COMPARADO

3.1 Introducción.

En el presente capítulo se realizará un ejercicio de derecho comparado con el fin de demostrar al lector que el arraigo es una figura regulada únicamente en México y que, en los demás países si bien este tipo de prácticas no son ajenas, dichos actos constituyen una mera detención arbitraria por parte de la autoridad encargada de procurar e impartir justicia.

Se hablará también de la experiencia del Salvador en su práctica actual de este tipo de detenciones y de casos emblemáticos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se resuelve en definitiva que el arraigo es una forma de detención arbitraria que resulta a la luz de la Convención Americana una práctica inconvencional.

3.2 Estado de emergencia, aspectos generales: la libertad personal como limite de excepción.

México forma parte de uno de los países que en la actualidad integran el bloque de Estados latinoamericanos que cuentan dentro de su ley suprema con un régimen de excepción para restringir en ciertos casos, los derechos humanos y fundamentales del gobernado. Este régimen de excepción se caracteriza por ser contrario a los postulados de un Estado social y democrático de derecho, pues permite de manera temporal, que las autoridades cometan violaciones graves a derechos humanos para alcanzar un determinado fin.

Regularmente el objetivo que se persigue a través de un régimen de excepción es mantener el control de un Estado a través de sus cuerpos de seguridad en el momento en que, dentro de un territorio se ejecutan actos que perturban gravemente la paz social.

Raymundo Pérez Gándara dice que *“el estado de excepción (también llamado régimen de excepción) es una institución jurídico - política regulada en la Constitución, en la que el Poder Ejecutivo anuncia a los otros poderes la situación de un peligro eminente y gravísimo, (entre otros, la perturbación grave*

*del orden interno) con la finalidad de afrontarlo con todos los recursos (jurídicos y de facto) que tiene el poder del Estado”.*⁸¹

Dicho autor también afirma que:

Una de las características del Estado de excepción es la suspensión o restricción de derechos fundamentales; en algunos casos esos derechos pueden quedar supeditados o restringidos parcial o totalmente. Lo que legitima esa situación es la razón de Estado, esto es, la necesidad de supervivencia del propio Estado como poder de acción materializado en los hechos, pues, de lo contrario, se estaría ante un Estado fallido.⁸²

En cambio, Jaime E. Martínez Ventura define al Estado de Excepción de la siguiente manera:

Estado o estados de excepción es la categoría abarcadora de una serie de instituciones como el estado de sitio, el estado de emergencia, el toque de queda, el régimen de excepción, el estado de guerra, el estado de conmoción, etcétera, que designa las facultades que los Estados modernos tienen de decretar la suspensión temporal de ciertos derechos y garantías con el objeto de enfrentar y superar situaciones emergentes que pongan en riesgo la existencia, la soberanía, la independencia o la seguridad del Estado.⁸³

Hoy en día, México no ha atravesado por una situación que orille al titular del Ejecutivo Federal ordenar un estado de excepción, sin embargo, dicho hecho no se traduce en que la restricción de garantías no se encuentre regulada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por el contrario, su

⁸¹ Pérez Gándara, Raymundo, *“La idea de derecho penal de excepción. Una lectura desde la razón de Estado”*, Hechos y Derechos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, número 37, enero – febrero 2017, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10972/13013>

⁸² Ídem

⁸³ Martínez Ventura, Jaime E., *Estado de Excepción. Suspensión de garantías. Garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2011, p. 459

fundamento y evidente contradicción se consagran en la parte dogmática de la ley suprema.

Simón Hernández León y Leopoldo Maldonado afirman que, en el llamado Estado de excepción, suele existir una paradoja de carácter extraordinaria al decir que:

El Estado, cuya finalidad es la vigencia y realización de derechos de una comunidad política, invierte el sentido de su existencia y anula su ordenamiento jurídico. En términos de Agamben el estado de excepción es la forma legal de aquello que no puede tener forma legal. El derecho y la Constitución activan y validan acciones que al mismo tiempo están fuera del ordenamiento constitucional. En suma, la negación de derecho para su supervivencia.⁸⁴

En otras palabras, el Estado de excepción permite que dentro de una Constitución existan por un lado normas que privilegien la plena protección de los derechos humanos y fundamentales de las personas y por otro que, en el mismo texto, se anule el reconocimiento de dicha esfera de protección.

Como se puede advertir en el primer párrafo del artículo primero constitucional, se reconoce a cualquier ciudadano el goce de los derechos humanos contenidos no solo en la propia ley suprema sino también, en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, los cuales no podrán suspenderse ni restringirse, salvo en los casos que la Constitución Federal lo establezca, refiriéndose en esta última parte a lo que se conoce como restricciones extraordinarias o también, suspensión de garantías.

Pedro Salazar Ugarte dice que:

La suspensión de garantías es una figura jurídica emparentada con otras figuras clásicas como la dictadura romana y en clave moderna, como el estado de excepción, la dictadura constitucional o el estado de sitio. Estas figuras han sido objeto de estudio de teóricos de la constitución, como Carl Schmitt, que han

⁸⁴ Hernández León, Simón y Maldonado, Leopoldo, “Peña Nieto y su iniciativa para restringir derechos fundamentales”, Revista Nexos El Juego de la Suprema Corte, México, abril 2014, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/pena-nieto-y-su-iniciativa-para-restringir-derechos-fundamentales/>

sostenido que el bien mayor a proteger en situaciones de emergencia no son los derechos de las personas sino la supervivencia del Estado y sus instituciones. ⁸⁵

Más adelante, el mismo autor afirma que “el estado de excepción emerge como un instrumento excepcional para salvar al estado a pesar de la Constitución y lo hace en clave potencialmente autoritaria. En esa medida, como puede suponerse, tiende a entrar en conflicto con las instituciones y principios del constitucionalismo democrático” ⁸⁶.

El estado de excepción y el constitucionalismo democrático son figuras incompatibles entre sí por una sencilla razón que cita Roberto Gargarella “la comunidad debe sentirse sujeta a – limitada por – la Constitución porque esta última es el resultado de un acuerdo democrático”. ⁸⁷ A pesar de ello, el pueblo a través de la democracia nunca ha sido partidario de que el texto constitucional pueda anular sus derechos humanos y fundamentales de manera absoluta.

Al leerse la redacción del artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se puede destacar el hecho de que, el Estado de excepción solo puede actualizarse en tres supuestos:

- a) Casos de invasión
- b) Perturbación grave de la paz pública o;
- c) Cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.

En el tercer caso, la situación para la sociedad mexicana genera complicaciones muy graves, pues la redacción que hizo el legislador federal de este punto resulta ser poco clara, provocando que en ciertos supuestos se permita mediante la solicitud que haga el titular del Poder Ejecutivo Federal al

⁸⁵ Salazar Ugarte, Pedro, Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, p. 233

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ Gargarella, Roberto, Constitucionalismo vs Democracia, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, p. 1993.

Congreso de la Unión la suspensión o restricción de derechos; en palabras simples, la desaparición temporal de los derechos humanos de las personas.

Sin embargo, a pesar de que el texto constitucional permite la anulación de los derechos humanos y a la par, contradice lo estipulado en el artículo primero del mismo ordenamiento, deja a salvo un cierto margen de discrecionalidad de un catálogo de derechos que no pueden ser violentados en ningún caso, como, por ejemplo: la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; la libertad de expresión y religiosa; el principio de legalidad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; el principio de retroactividad; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

En el año 1986 la República Oriental de Uruguay realizó una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre lo que debía entenderse por garantías judiciales indispensables. Un año más tarde, es decir en fecha 06 de octubre de 1987 la Corte concluyó que debían considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión según el artículo 27.2 de la Convención Americana, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o algún otro recurso eficiente ante los tribunales de justicia competentes, destinados a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no esté autorizada por la propia Convención.

De tal suerte, debe dejarse en claro que, la libertad personal es un derecho que no puede ser restringido ni suspendido en términos de lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por ser una garantía judicial indispensable, por tanto, en cualquier caso, quedan prohibidas de manera absoluta las detenciones arbitrarias o ilegales ejecutadas por cualquier autoridad; así lo disponen los siguientes numerales:

Convención Americana de Derechos Humanos

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

En el caso de México, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado los alcances que deben tener las restricciones constitucionales o estado de excepción para ser consideradas válidas, interpretando dicha figura del modo siguiente:

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.

Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos

los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.⁸⁸

Así, la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, salvo que tales restricciones guarden una íntima relación con la aplicación de normas internacionales de derechos humanos, lo que materializaría el principio pro persona.

Al respecto, la Primera Sala del máximo tribunal mexicano ha reconocido que en caso de existir una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente

⁸⁸ Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, febrero de 2012, p. 533.

una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción; jurisprudencia que puede leerse a continuación:

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.

De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.⁸⁹

En suma, se puede establecer hasta el momento que el estado de excepción previsto en el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es incompatible con el artículo 1º del mismo ordenamiento y que la libertad personal de cualquier ciudadano constituye una garantía judicial indispensable que en ningún caso puede ser

⁸⁹ Tesis: 1a./J. 107/2012 (10a.), Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II; octubre de 2012, p. 799

restringida o suspendida, lo que de facto, impide que ante una situación grave, alguna autoridad pueda realizar una detención ilegal.

3.2.1 Limitaciones legítimas indirectas: Caso México.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos esta conformada por dos clases de restricciones; las primeras a las que se pueden denominar ordinarias y las segundas que pueden ser catalogadas como extraordinarias.

Las restricciones ordinarias están previstas en el artículo 1º de la Constitución Federal y establecen los lineamientos que deberán seguir los jueces y magistrados federales en caso de que en supuesto dado una norma del derecho internacional sea contraria a la ley suprema, ya que, ante tales circunstancias, siempre se deberá estar a lo que establece la Constitución Federal.

Adalberto Méndez López y Gustavo Cárdenas Soriano señalan que *“siempre que exista una restricción constitucional deberá ceder la CADH y, en consecuencia, el control de convencionalidad. En otras palabras: el parámetro de regularidad constitucional en México invariablemente esta determinado y acotado por la Constitución, a pesar de que existan normas internacionales más favorecedoras”*.⁹⁰

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al emitir la tesis aislada que se muestra a continuación, estableció la forma en que se integra el parámetro de constitucionalidad y convencionalidad en México:

PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN
MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

⁹⁰ Méndez López, Adalberto y Cárdenas Soriano, Gustavo, “Restricciones constitucionales al control de convencionalidad en México”, Revista Methodos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2018, núm. 14, enero – junio de 2018, p. 43

El mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.⁹¹

De este modo, se puede advertir que en México resultan obligatorias las siguientes disposiciones:

- a) Los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y la Jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación.
- b) Los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.
- c) Los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte y;
- d) Criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.

A pesar de ello, las restricciones constitucionales ordinarias modifican la obligatoriedad de dicho parámetro de constitucionalidad y convencionalidad, limitando su aplicación exclusivamente a los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal.

En el año dos mil catorce, el mismo Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la siguiente jurisprudencia que le otorga el carácter de

⁹¹ Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, diciembre de 2011, p. 551

obligatoriedad y de tal suerte, debilitar el criterio anterior al sostener lo siguiente:

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.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento 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; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.⁹²

Por otro lado, también existen las restricciones extraordinarias en el sistema jurídico mexicano que a diferencia de las ordinarias no se contraponen propiamente a los derechos humanos contenidos en fuente internacional, sino

⁹² Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2014, p. 202.

que, suspenden el ejercicio de tales derechos a petición del titular del Poder Ejecutivo Federal.

Como ya se explicó en el apartado anterior, el estado de excepción, estado de sitio o también llamado estado de emergencia se encuentra regulado en el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y procede al actualizarse alguno de los siguientes supuestos:

- a) Casos de invasión
- b) Perturbación grave de la paz pública o;
- c) Cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.

Miguel Alejandro López Olvera dice que *“La finalidad esencial de las declaraciones de emergencia es defender las instituciones constitucionales democráticas de los riesgos producidos por graves conflictos o acontecimientos y, en última instancia, para proteger los derechos humanos esenciales de los gobernados frente a los peligros de una crisis política, social, económica o catástrofes naturales”*.⁹³

El problema que se ha suscitado en la actualidad en relación con los estados de emergencia es que son utilizados por las fuerzas policíacas del Estado para detener ilegalmente a personas por su probable comisión en los delitos de delincuencia organizada, sin que puedan puestos a disposición de una autoridad inmediatamente después de que ocurra su detención, lo que se traduce, en una forma legítima de anular los derechos humanos y fundamentales del gobernado.

No obstante, lo anterior, las restricciones ordinarias y extraordinarias no son las únicas formas de menoscabar los derechos de los ciudadanos; pues tratándose de conductas que encuadran en el tipo penal de delincuencia organizada, la Constitución Federal ha permitido que a las personas procesadas por dichos hechos se les brinde un trato diferenciado respecto de otros sujetos

⁹³ López Olvera, Miguel Alejandro, “Garantías en los estados de emergencia”, Foro Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, 2010, número 13, p. 81

que igualmente perpetraron conductas delictivas; situación que ha generado que surja el concepto de régimen excepcional de delincuencia organizada.

Silvano Cantú se ha pronunciado en torno a la función que pretende conseguir este régimen de excepción al decir que:

Frente al nuevo sistema procesal penal de índole acusatorio, oral y adversarial, este régimen funda la ejecución de figuras que suspenden o restringen justamente las reglas de la justicia que se busca implementar. El régimen de excepción se manifiesta a través de normas y jurisdicción paralelas a las que rigen la justicia penal común, lo que se logra a través del debilitamiento de las garantías procesales de las personas investigadas o procesadas por conductas ligadas a la definición positivada de delincuencia organizada.”⁹⁴

Así un régimen de excepción permite constitucionalizar aquello que en esencia podría etiquetarse de inconstitucional, siguiendo la suerte de una restricción constitucional ordinaria para que el actuar de las autoridades pueda ser considerado válido e impedir una posible impugnación contra dicho acto.

Para ilustrar dicha premisa, Silvano Cantú expresa lo siguiente:

La primera discusión que debería suscita la existencia de un régimen penal de excepción habría de girar, en mi opinión, en torno a la legitimidad de su existencia misma, es decir, al examen sobre la procedencia de sus instituciones a la luz de una supuesta necesidad que se invoca como motivo para su establecimiento. Esta primera interrogante puede también plantearse así: ¿pueden los ordenamientos jurídicos democráticos establecer normas que van en contra de sus principios fundamentales? Ejemplo: ¿puede una democracia que consagra el derecho de presunción de inocencia -entre otros- privar de la libertad a una persona hasta por ochenta días sin tener pruebas en su contra, sino justamente para conseguir pruebas en su contra?⁹⁵

Ha decir del comentario inmediato anterior, resulta contradictorio que un ordenamiento en primer lugar pugne por el pleno reconocimiento y respeto de

⁹⁴ Cantú, Silvano, *El régimen penal de excepción para delincuencia organizada bajo el test de los derechos humanos*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, p. 1740.

⁹⁵ *Ibídem* p. 1741

los derechos humanos y fundamentales de las personas y, por otro lado, permita la violación a dichos principios dentro del entramado de sus artículos.

Pedro Salazar Ugarte refiere lo siguiente:

El primer párrafo del artículo 1º de la Constitución establece las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Por un lado, señala las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; por el otro, las de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley.

Esta separación responde a que existen obligaciones genéricas y obligaciones específicas para asegurar la protección de los derechos humanos, sin que eso signifique que haya una jerarquía entre ellas.⁹⁶

Las obligaciones genéricas de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas constituyen la base del presente análisis, pues como se verá a continuación son inaplicables al momento en que el legislador federal constitucionaliza diversas figuras de carácter penal, generando una limitación legítima indirecta en la Constitución Federal.

Dicha circunstancia se puede ilustrar infra líneas a través de una especie de tabla comparativa donde se demuestra el trato excepcional que se les brinda los miembros de la delincuencia organizada:

- a) El Ministerio Público Federal cuenta con 96 horas para resolver la situación jurídica de una persona relacionada con delincuencia organizada; si fuera un delincuente habitual su plazo sería de 48 horas.
- b) El Ministerio Público Federal puede decretar el arraigo hasta por 40 u 80 días para lograr el éxito de su investigación; al delincuente habitual no se le podría imponer el arraigo, sólo una medida cautelar decretada por autoridad judicial.
- c) La persona condenada por delincuencia organizada no puede cumplir sus penas en un centro penitenciario cercano a su domicilio,

⁹⁶ Salazar Ugarte, Pedro, La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual, México, Instituto Belisario Domínguez Senado de la República, 2014, p. 111

dichas medidas privativas de la libertad se compurgarán en centros especiales; un delincuente habitual si puede compurgar sus penas en el centro penitenciario más cercano a su domicilio.

d) Una persona relacionada con la delincuencia organizada no puede tener contacto con terceros, salvo con su defensor; el delincuente habitual si puede tener contacto con terceros y su defensor.

e) Una persona relacionada con delincuencia organizada se le impondrá prisión preventiva oficiosa; al delincuente habitual se le impondrá una medida cautelar de acuerdo con el tipo penal que ejecuto.

f) El legislador federal exclusivamente puede legislar en materia de delincuencia organiza; en la delincuencia habitual, el legislador del fuero común puede legislar sobre sus tipos penales, pero nunca sobre delincuencia organizada.

g) En la delincuencia organizada las propiedades o bienes relacionados con dicha actividad pueden pasar a formar parte del Estado a través de la extinción de dominio; en la delincuencia habitual dichos bienes no pueden pasar de manera automática a formar parte del Estado, salvo que se cumplan ciertos requisitos y una determinada temporalidad.

De esta forma, la Constitución Federal permite que el Estado a través de sus autoridades ejecuten una serie de actos que anulan por completo los derechos humanos y fundamentales de las personas procesadas por delincuencia organizada; emergiendo un nuevo régimen constitucional que autoriza la práctica de dichas diligencias.

El régimen excepcional de delincuencia organizada se armoniza con las restricciones constitucionales ordinarias por dos sencillas razones:

- a) Son figuras constitucionalizadas
- b) En caso de existir una colisión de derechos entre la Constitución Federal y un tratado internacional, deben hacerse prevalecer las disposiciones de orden constitucional

Por tal motivo, los recursos judiciales previstos en el sistema jurídico mexicano son inútiles frente a posibles detenciones arbitrarias ejecutadas por la autoridad ministerial durante el desarrollo de una investigación de carácter penal.

En suma, se puede establecer que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé tres formas de menoscabar los derechos humanos de las personas: a) mediante las restricciones constitucionales ordinarias, b) a través del estado de excepción o emergencia y c) a través de las limitaciones indirectas a la Constitución contraviniendo lo que hoy día se denomina un Estado constitucional y democrático de derecho.

3.2.2 La delincuencia organizada como régimen de excepción en países latinoamericanos: Caso el Salvador y su analogía con el arraigo.

El Salvador al igual que muchos otros países de América Latina conforman uno de los principales bloques en donde los índices de pandillerismo y delincuencia organizada ha ido en aumento conforme pasa el tiempo, al grado tal, de sembrar de manera constante el terror al interior de las calles de sus provincias.

José Miguel Insulza, define a las pandillas de la siguiente forma:

Las pandillas representan el esfuerzo espontáneo de niños/as y jóvenes por crear donde no lo hay, un espacio urbano en la sociedad que sea adecuado a sus necesidades y en el cual puedan ejercer los derechos que la familia, el Estado y la comunidad les han vulnerado. Emergiendo de la pobreza extrema, la exclusión y la falta de oportunidades, las pandillas buscan satisfacer sus derechos organizándose sin supervisión y desarrollando sus propias normas, afianzando una territorialidad y una simbología que otorgue sentido a la pertenencia grupal. Esta búsqueda de ejercer ciudadanía es, en muchos casos, violatoria de los derechos propios y ajenos, generando violencia y crimen en un círculo que perpetúa la exclusión de la que provienen.⁹⁷

Jennifer M. Hazen aborda un aspecto esencial del pandillerismo al mencionar que *“las pandillas se consideran desde hace tiempo una fuente de*

⁹⁷ Insulza, José Miguel, Definición y categorización de pandillas, Estados Unidos, Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 2007, p. 26

*violencia e inseguridad, pero últimamente crece la tendencia a identificarlas como un factor de inestabilidad y de amenaza para el Estado”.*⁹⁸

Por su parte, Patricia Ballesteros de Valderrama describe una de las principales características de las pandillas del modo siguiente:

La pandilla analizada continuamente se enfrenta con las otras pandillas del sector con riñas nocturnas, con el objetivo de defender su territorio o de responder a una agresión. Dentro de las conductas más comunes se encuentra el hurto, la agresión física y verbal, incluso el homicidio. Los comportamientos de la pandilla han impactado severamente en la comunidad del sector; sin embargo, funcionalmente la comunidad mantiene contingencias de refuerzo para la pandilla, porque ante la ausencia de la autoridad la pandilla llegar a verse como protectora del barrio.⁹⁹

Así, en el Salvador han emergido dos de las pandillas más peligrosas que transformaron su forma de delinquir de manera transitoria a una estructura criminal permanente casi igual a la delincuencia organizada y que en aquel país se autodenominan, los maras o MS y Barrio 18.

Los Maras y el Barrio 18 han provocado una situación de inseguridad e inestabilidad en el Salvador a causa de sus constantes enfrentamientos, pues los miembros de las pandillas ya no interactúan solo como un grupo de jóvenes cuyo objetivo principal es defender su barrio, sino que, se han visto inmersos cada vez más en actividades ilícitas tales como: extorsión, secuestros, homicidios, narcotráfico entre otros.

Estas actividades, son las que han variado la forma de concebir a las pandillas, transitando de una mera agrupación dedicada exclusivamente a la

⁹⁸ M. Hazen, Jennifer, “Análisis de las pandillas desde la perspectiva de grupos armados”, *International Review of the Red Cross*, Inglaterra, 2010, núm. 878, junio de 2010, p. 1

⁹⁹ Ballesteros de Valderrama, Patricia, “La pandilla juvenil: breve revisión y análisis funcional de un caso”, *Red de revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, España, 2002, vol. 2, núm. 2, p.344

asociación delictuosa, para pasar a ser parte de una agrupación con tintes de delincuencia organizada.

Wim Savenije, describe la principal problemática de estas pandillas en el salvador en las siguientes líneas:

Las pandillas callejeras, popularmente conocidas como maras, se han vuelto una preocupación compartida en Centroamérica, México e incluso los Estados Unidos, sin que muchas autoridades posean una visión acertada sobre esas agrupaciones. En Centroamérica las pandillas ya no consisten en grupos juveniles que defienden su barrio y pelean con los de la colonia vecina, sino en redes transnacionales de grupos que se establecen como clikas¹⁰⁰ locales, unidas bajo el mismo nombre y compartiendo una identidad social. La referencia al barrio como espacio físico local se transformó en una identificación con el barrio como una idea que trasciende y aglutina a los grupos de jóvenes en diferentes colonias, ciudades, departamentos e incluso países. Las pandillas transnacionales dominantes son Mara Salvatrucha y Barrio 18 st. Esas agrupaciones se han convertido en un fenómeno que tiene consecuencias sociales graves en términos de violencia y delincuencia; además, han provocado respuestas fuertemente represivas por parte de las autoridades en la región. ¹⁰¹

El ejemplo más claro y reciente de una respuesta represiva en el Salvador en contra de estas estructuras criminales fue la declaratoria hecha por el titular del Poder Ejecutivo en aquel país, Nayib Bukele el pasado veintisiete de marzo de dos mil veintidós para establecer un régimen de excepción en contra de los pandilleros que operan en aquella región.

Esta declaratoria fue aprobada con sesenta y siete votos de los ochenta y cuatro que se pueden alcanzar en la legislatura de aquel país por un periodo de treinta

¹⁰⁰ Se le denomina clika al conjunto de jóvenes o integrantes de un barrio o pandilla que se reúnen de manera habitual o permanente para ejecutar diversas conductas delictivas y a la par, ejercer dominio sobre un determinado territorio.

¹⁰¹ Savenije, Wim, Las pandillas transnacionales o maras: violencia urbana en centroamérica, *Foro Internacional*, México, 2007, vol. XLVII, núm. 3, julio – septiembre 2007, p. 637

días; encontrando su fundamento en el artículo 29 de la Constitución del Salvador, mismo que a la letra dice:

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR

Artículo 29.- En casos de guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición, catástrofe, epidemia u otra calamidad general, o de graves perturbaciones del orden público, podrán suspenderse las garantías establecidas en los artículos 5, 6 inciso primero, 7 inciso primero y 24 de esta Constitución, excepto cuando se trate de reuniones o asociaciones con fines religiosos, culturales, económicos o deportivos. Tal suspensión podrá afectar la totalidad o parte del territorio de la República, y se hará por medio de decreto del Órgano Legislativo o del Órgano Ejecutivo, en su caso.

También podrán suspenderse las garantías contenidas en los Arts. 12 inciso segundo y 13 inciso segundo de esta Constitución, cuando así lo acuerde el Órgano Legislativo, con el voto favorable de las tres cuartas partes de los Diputados electos; no excediendo la detención administrativa de quince días.

El estado de emergencia o también denominado estado de excepción se originó a partir de que el pasado veintiseis de marzo de dos mil veintidos se registraron en un solo día sesenta y dos homicidios ocurridos por enfrentamientos entre los Maras MS y el Barrio dieciocho; lo que hizo replantear al Presidente Nayib Bukele la necesidad de devolverle al pueblo del Salvador el sentir de paz y seguridad.

Harto de las extorsiones, injusticias, violencia y opresión que estás estructuras criminales ejercían sobre los ciudadanos salvadoreños, Nayib Bukele solicitó a la legislatura federal de aquel país decretar el régimen de excepción por un primer periodo de quince días como lo mandata la Constitución salvadoreña para lograr habilitar a las fuerzas militares de aquel país en la ejecución de detenciones masivas en contra de las personas pandilleras.

Identificar a un pandillero en el Salvador no es una tarea difícil, ya que la pertenencia a una célula delictiva se visibiliza especialmente a través del uso de tatuajes. Mario Zuñiga Nuñez, dice que:

El cuerpo de los mareros se adorna con tatuajes, que en algún momento tuvieron un carácter de exhibición preponderante. Durante los inicios de las pandillas Mara Salvatrucha y Barrio 18 st en centroamérica, tatuarse visiblemente era signo de arrojo y compromiso con la pandilla. Exhibir la filiación en la cara o los brazos era una forma de reafirmar la posición a lo interno del grupo, simbolizaba identificación y compromiso.¹⁰²

La envergadura de lo dispuesto por Nayib Bukele comprende la anulación de los derechos humanos y fundamentales de cualquier persona que se encuentre en territorio salvadoreño y posea en su estructura corporal algún tatuaje o distintivo que haga alusión a una pandilla.

En el Salvador operan las mismas reglas de aplicación de un estado de excepción como sucede en México, mismas que fueron abordadas con antelación al inicio del presente capítulo, con la diferencia de que en el Salvador, se autorizan los arraigos a través de esta figura y su ampliación procede con la simple autorización de la legislatura federal.

Esto es así porque el numeral 29 de la Constitución de la República de El Salvador remite directamente a los numerales 12 inciso segundo y 13 inciso segundo del mismo ordenamiento legal, que a la postre se citan:

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR.

Artículo 12...

La persona detenida debe ser informada de manera inmediata y comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca.

Artículo 13...

¹⁰² Zúñiga Núñez, Mario, "Las maras salvadoreñas como problema de investigación para las ciencias sociales", *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, Costa Rica, 2007, vol. 33 – 34, p. 99

La detención administrativa no excederá de setenta y dos horas, dentro de las cuales deberá consignarse al detenido a la orden del juez competente, con las diligencias que hubiere practicado.

Las detenciones administrativas o también llamados arrestos son aquellos efectuados por la policía por hechos diversos a un delito pero que de igual forma corresponde una sanción de corta duración, pudiendo ser en el caso de el Salvador de hasta setenta y dos horas. Julio Alberto Hernandez Barros describe a la falta administrativa del modo siguiente “el arresto puede decretarlo una autoridad administrativa como sanción por infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno”.¹⁰³

Hoy en día, las fuerzas militares salvadoreñas han detenido al menos a 30,000 pandilleros según diversos medios de comunicación; privándolos de su libertad en los centros penitenciarios de la república de el Salvador.

Nayib Bukele ha sufrido diversas críticas por las medidas tan represivas en contra de los pandilleros, pues entre los derechos fundamentales anulados se destaca la ausencia de un debido proceso y la falta de consignación de un pandillero ante un juez que pueda calificar de legal o ilegal su detención, lo que es igual a un arraigo.

En el Salvador, por disposición oficial se están privando de la libertad a personas por simple hecho de portar tatuajes en la cara o cuerpo que reflejen la pertenencia a una pandilla, violando con ello su derecho a la presunción de inocencia y ampliando el lapso de su detención mientras la autoridad ministerial investiga sí con anterioridad, han cometido un hecho delictivo.

En una columna publicada en el periódico la jornada y en relación con los recientes acontecimientos ocurridos en el Salvador, se hizo saber lo siguiente:

Respaldada en un régimen de excepción decretado por el Congreso el 27 de marzo a solicitud de Bukele, la ofensiva de seguridad ha detenido sin orden judicial a los pandilleros que desde el 28 de marzo frenaron la escalada de homicidios. El 26 de

¹⁰³ Hernandez, Barros, Julio Alberto, *Aprehensión, detención y flagrancia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, p. 1770

abril entró en vigor una prórroga por 30 días del régimen de excepción, una medida que restringe también la libertad de asociación, el derecho a la defensa amplía el plazo de las detenciones mientras se investiga y faculta intervenir las comunicaciones.¹⁰⁴

En el arraigo mexicano, la autoridad ministerial esta facultada para detener a una persona por un periodo de cuarenta u ochenta días sin orden judicial, con la finalidad de investigar la posible relación de una persona con la delincuencia organizada.

En el salvador de manera análoga ocurre la misma situación, pues la autoridad policial o militar detiene a una persona por el tiempo en que dure el régimen de excepción sin que sea puesta a disposición de una autoridad judicial y sin que previamente se haya librado una orden que autorice su detención; se pretende entonces obtener en este lapso de tiempo datos de prueba que permitan sustentar el ejercicio de la acción penal por parte de la autoridad investigadora, asegurando de manera con antelación la privación de la libertad del ciudadano.

En la Republica de el Salvador no se reconoce al arraigo formalmente como si se hace en México por medio de una figura constitucionalizada, más, sin embargo, la detención arbitraria que se ejecuta en aquel país reúne los mismos requisitos que en México; buscando no propiamente el acceso a una tutela judicial efectiva sino más bien a criminalizar al individuo por una posible afectación al orden público e interés social, en otras palabras, primero se detiene y luego se investiga.

¹⁰⁴ Perez, Alberto, Francisco, Más de 30 mil pandilleros detenidos en el Salvador en 50 días, La Jornada, México, 2022, mayo de 2022 , <https://www.jornada.com.mx/notas/2022/05/16/politica/mas-de-30-mil-pandilleros-detenidos-en-el-salvador-en-50-dias/>

3.3 Detenciones arbitrarias en el plano internacional sometidas a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una gran diversidad de países de Latinoamérica enfrentan una alza en los índices de hechos delictivos cometidos en su mayoría por estructuras criminales que operan con total impunidad en una región determinada. Para hacer frente a tales situaciones, el Estado ha echado mano de diversas medidas opresivas que le permitan obtener información para dar con el paradero de los culpables y en mayor medida, del uso de detenciones arbitrarias.

Como se ha explicado, una detención solo puede ocurrir bajo tres supuestos distintos: flagrancia, caso urgente o la ejecución de una orden de aprehensión y durante un proceso, con la imposición de la prisión preventiva oficiosa o justificada; también por sentencia condenatoria firme en la etapa de ejecución. Todas estas formas de detención se encuentran permitidas por la ley en los estados democráticos y constitucionales de derecho porque la autoridad previamente ha encontrado los datos de prueba suficientes que permitan establecer que una persona ha cometido en un hecho delictivo y participo en su comisión, sin embargo, como en todos los casos hay supuestos de detención, como, por ejemplo, el arraigo.

El arraigo como ha quedado debidamente acreditado durante el desarrollo de la presente investigación se materializa en la ley suprema mexicana como una forma de detención constitucionalizada a partir de la reforma de seguridad y justicia del año dos mil ocho, no obstante, esto no quiere decir que por ese simple hecho no se pueda tildar al arraigo como una forma de detención arbitraria.

Ramiro García Falconi hace una interesante distinción entre lo que debe entenderse por una detención ilegítima y una arbitraria al decir que:

La declaración de arbitrariedad de una detención o encarcelamiento no depende solamente de la contradicción con la normativa interna, sino sobre todo de la vulneración de la CADH, aun cuando esta detención respetara las normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional. Aún más: la detención podrá tornarse arbitraria si en su curso se producen hechos atribuibles al Estado que sean incompatibles con el respeto de los derechos humanos del detenido. Esto quiere decir que una detención ilegítima e incluso una inicialmente legítima pueden tornarse en arbitrarias

si el Estado incurre en actos que contravengan el sistema de protección de los derechos humanos. Una detención arbitraria, en cambio, no podrá volverse legal en ninguna circunstancia, criterio que es compartido por el TEDH, el cual afirma textualmente que en un Estado que defiende la supremacía del derecho, una detención arbitraria no puede ser legal.¹⁰⁵

Con base en esta afirmación, se pueden distinguir otras dos categorías de detención contrarias a derecho, estas son:

- a) Detenciones ilegítimas y;
- b) Detenciones arbitrarias

Las primeras se caracterizan por ser efectuadas con contravención a las causas y condiciones fijadas de ante mano en los ordenamientos constitucionales y nacionales; el caso más común que se puede ejemplificar en una detención ilegítima es cuando una autoridad detiene a una persona sin existir motivo alguno para hacerlo, ya que dicha privación de la libertad no se encuentra prevista por la norma sustantiva o adjetiva correspondiente.

En cambio, la detención arbitraria es aquella que puede estar prevista en ley, pero en la medida de su ejecución, vulnera los derechos humanos y fundamentales de la persona privada de su libertad. La Corte Interamericana se ha pronunciado en diversos asuntos sobre las características que debe tener una detención para considerarse arbitraria al decir que:

Como antecedente de la detención arbitraria, la Corte IDH establece que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que, aun calificados de legales, puedan reputarse de incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad, la Corte IDH afirma que del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no

¹⁰⁵ García Falconi, Ramiro, *Limites y alcances de la privación de libertad de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017, pp. 347, 348

impedirá el desarrollo eficiente de las investigación ni eludirá la acción de la justicia.

106

De esta forma se puede vislumbrar que el arraigo es una forma de detención arbitraria, porque aún cuando aparece en la Constitución mexicana como un método legal para detener a una persona que presuntamente pertenece a la delincuencia organizada, su proceder es contrario a los lineamientos establecidos en el articulado previsto en la Convención Americana de los Derechos Humanos, pues el hecho de primero detener y luego investigar a un sujeto, resulta incompatible con la normativa internacional.

A pesar de que una detención de esta naturaleza exclusivamente se encuentra regulada a nivel constitucional en México bajo el nombre de arraigo, en otros países la detención ocurre bajo las mismas causas y circunstancias, pero de manera innominada, es decir, tal privación de la libertad no se cataloga como arraigo, sino únicamente como una detención arbitraria.

Por ello y a manera de un ejercicio comparativo con otros países latinoamericanos, se esgrimirán una serie de casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a esta figura jurídica.

3.4 Caso Servellón García y otros vs Honduras.

Los hechos de este caso se desarrollaron a mediados de la década de los noventa en la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, específicamente en fecha 15 de septiembre de 1995. Día en el cual, agentes de la Fuerza de Seguridad Pública de aquel país realizaron un operativo con el fin de evitar disturbios con motivo del día de la independencia nacional en Honduras.

En ese operativo se detuvieron a cuatro niños que llevaban por nombre: Marco Antonio Servellón García, Rony Alexis Betancourt Vásquez, Orlando Álvarez Ríos y Diomedes Obed García Sánchez; estos fueron cruelmente

¹⁰⁶ *Ibíd*em, p. 348

golpeados y torturados hasta privarlos de la vida. El 17 de septiembre de 1995 sus cuerpos fueron hallados en diversos lugares de la ciudad de Tegucigalpa.

Los familiares de estos cuatro niños denunciaron los hechos ante las autoridades correspondientes, sin embargo, sus esfuerzos fueron en vano ya que a pesar de los múltiples recursos interpuestos para realizar los actos de investigación tendientes a esclarecer los hechos y dar con el paradero de los culpables, las autoridades hondureñas fueron omisas en realizar las diligencias necesarias para lograr dicho objetivo.

Inconformes con su actuar, los familiares acudieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para informar lo sucedido, siendo su caso admitido en el año dos mil cinco, a través del cual, por fin lograron obtener una respuesta favorable, pues el Estado de Honduras admitió plenamente su responsabilidad en la violación a diversos preceptos de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Jimena Bonilla Cabañas lo describe del modo siguiente: *“En cuanto al caso Servellón García y otros, el Estado hondureño se allana totalmente; acepta su responsabilidad internacional, no existiendo alegaciones de ningún tipo, pero sí destacándose por parte de la corte una jurisprudencia reiterada referida a la detención ilegal y a la estigmatización de los niños en riesgo social”*.¹⁰⁷

Aunque Honduras reconoció plenamente su responsabilidad internacional por los agentes de Seguridad Pública de su país, no menos cierto es que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo interesantes pronunciamientos al resolver el fondo del asunto; argumentos que se destacan en los párrafos noventa y uno, noventa y nueve y ciento dos de la respectiva resolución, siendo estos los siguientes:

Párrafo 91.- La detención de las víctimas en este caso constituyó una detención colectiva y programada, en la que se aproximadamente 128 personas fueron

¹⁰⁷ Bonilla Cabañas, Jimena, *Casos Hondureños ante el sistema interamericano y el uso de la doctrina del margen de apreciación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 277

detenidas, sin orden de detención y sin haber sido aprehendidas en flagrante delito y que fue realizada con la declarada finalidad de evitar disturbios durante los desfiles que se realizarían para celebrar el día de la independencia nacional.

Párrafo 99.- En el presente caso, las víctimas fueron detenidas colectivamente, de forma ilegal y arbitraria, sometidas a tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes durante su detención. Fueron golpeadas con pistolas en la cabeza y con sillas, acusadas de ladrones y estuvieron aisladas y amarradas durante su detención. Mientras se encontraban bajo la custodia estatal, y cumpliendo las amenazas que les hicieron los agentes estatales, fueron asesinados con armas de fuego y armas blancas. El ensañamiento con que se ejecutó a las víctimas, privándoles de la vida en forma humillante, las marcas de tortura física presentes en los cuatro cadáveres, y la forma como sus cuerpos fueron abandonados a la intemperie, constituyeron graves atentados al derecho a la vida, a la integridad y libertad personales.

Párrafo 102.- Es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. La Corte ha señalado que los Estados responden por los actos de sus agentes, realizados al amparo de su carácter oficial, y por las omisiones de los mismos, aún si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno. De manera especial, los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentran bajo su jurisdicción.¹⁰⁸

De esta forma se destaca el hecho de como la Corte Interamericana de Derechos Humanos responsabilizó al Estado hondureño por la muerte y privación de la libertad de cinco niños en la Ciudad de Tegucigalpa por las siguientes razones:

- a) Ocurrieron 128 detenciones sin existir previamente orden de detención o haber sido detenidas en la comisión de un delito flagrante.

¹⁰⁸ Corte IDH, Caso Servellón García y otros vs Honduras, sentencia del 21 de septiembre de 2006, serie C, núm. 152, https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=333

- b) Estas personas fueron golpeadas con pistolas en la cabeza y con sillas, acusadas de ladrón y estuvieron aisladas y amarradas durante su detención. Mientras se encontraban bajo la custodia estatal, y cumpliendo las amenazas que les hicieron los agentes estatales, fueron asesinados con armas de fuego y armas blancas.
- c) Es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Al igual que un arraigo mexicano, aquel 15 de septiembre de 1995 las fuerzas de seguridad hondureñas ejecutaron a todas luces una detención arbitraria en contra de cuatro niños sin contar con datos de prueba que permitieran justificar dicha detención.

No conformes con la detención, los agentes de policía también mantuvieron a los cuatro niños retenidos y aislados, sin que fueran puestos a disposición de un juez para resolver su situación jurídica; por el contrario, las autoridades fueron omisas en garantizar un debido proceso y abusaron de su poder en dos momentos: a) al realizar la detención y b) al privarlos de la vida.

Las autoridades hondureñas se valieron de una figura legal para ejecutar una detención arbitraria, tal como sucede en el arraigo. Empero, este caso dio pauta para que la propia Corte Interamericana de los Derechos Humanos emitiera la siguiente jurisprudencia:

Caso Servellón García y otros vs Honduras.

90. Asimismo, la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de proporcionalidad. La Corte ha establecido que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. Al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es

preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de esos requisitos exigidos por la Convención.¹⁰⁹

En otras palabras, ninguna autoridad puede detener a una persona sin que cuente con los indicios suficientes que permitan suponer su culpabilidad en un proceso de carácter penal, pues en todo caso, dicha detención se tornaría arbitraria.

El caso *Servellón García y otros vs Honduras*, es un claro precedente internacional de cuales características debe reunir una detención para ser considerada arbitraria, aunque en apariencia se encuentre regulada a través de métodos que pueden considerarse legales.

3.4.1 Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena de Mapuche) vs Chile.

A inicios de la década de los dos mil, en la comunidad indígena de Mapuche, Chile diversos ciudadanos realizaron múltiples reclamos y demandas sociales en contra del gobierno chileno para hacer valer sus solicitudes de reivindicación de tierras; especialmente en lo que se refiere a la recuperación de sus territorios ancestrales y el respeto a sus recursos naturales.

Dichos argumentos se basaban en el hecho de que, en las tierras que ellos consideraban tradicionales, las grandes empresas habían realizado actividades con una alta explotación forestal y, por si fuera poco, haber iniciado también con la construcción de megaproyectos que imposibilitaban la entrada a los bosques de Mapuche; medio principal de subsistencia para los miembros pertenecientes a dicha comunidad indígena.

Entre los principales actores sociales, se destaca la participación de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Pallalao, Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñan, Juan Patricio Marileo Saravia y la

¹⁰⁹ Idem

señora Patricia Roxana Troncoso Robles, personajes que en su mayoría eran autoridades del pueblo de Mapuche.

Todos estos personajes fueron procesados y condenados penalmente por la comisión de hechos delictivos consistentes en tres incendios terroristas y amenaza de incendio terrorista; conductas que a juicio de los líderes comuneros, eran encaminadas a hacer valer sus demandas reivindicatorias en beneficio de los habitantes de Mapuche.

Tras concluir una serie de procesos penales plagados de irregularidades en el orden jurídico interno chileno, el caso llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año dos mil siete y fue resuelto en su totalidad en el año dos mil diez; fecha en la cual, las víctimas demandaban la responsabilidad de Chile en la violación directa de diversos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en especial, sobre el derecho a la presunción de inocencia y a la libertad personal.

Sebastián Becker Castellaro al examinar detenidamente los argumentos de la sentencia de fecha 29 de mayo de 2014, dice:

El voto disidente de los jueces Manuel Ventura y Eduardo Ferrer señala que la aplicación de la Ley Antiterrorista chilena estuvo basado en estereotipos y prejuicios étnicos negativos, exteriorizando que los juzgadores tuvieron prejuicios personales respecto de los imputados y que fueron decisivos para establecer responsabilidad penal. Es decir, para tales jueces hubo un trato discriminatorio a la etnia mapuche violándose el artículo 8.1 de la CADH, en cuanto al derecho de un juez imparcial que garantice la presunción de inocencia de los imputados en los casos penales recién expuestos.

En el mismo sentido, hay que recordar que la aplicación de la Ley Antiterrorista en Chile sirvió como dispositivo para reprimir grupos de oposición política, por medio de una tipificación de delitos vagos y amplios, cuya aplicación, según la Corte IDH,

infringe tanto la presunción de inocencia de estas personas como la prohibición de discriminación.¹¹⁰

En aquel entonces, el Estado Chileno se valió únicamente de la aplicación de la Ley Terrorista para poder procesar a siete sujetos líderes de la comunidad indígena Mapuche, pero excluyendo de forma plena a Patricia Roxana Troncoso Robles de los hechos delictivos que se le atribuían. Dicha ley fue aplicada de manera amplia y discriminada para silenciar sus reclamos y a la par, para privarlos de la libertad sin un estándar probatorio mínimo que permitiera suponer su presunta responsabilidad.

Aunado a lo anterior, la Corte IDH en su sentencia también dijo:

En el caso de los señores Norín y Pichún la Corte IDH estableció que se cumplió con este elemento para satisfacer la prisión preventiva, en cuanto a presumir razonablemente que los comuneros mapuches habrían participado en la comisión del delito. Sin embargo, respecto de las demás víctimas, la prisión preventiva se fundó únicamente en declaraciones reservadas, sin exponer elementos que pudieran corroborar tal conclusión. Estas declaraciones, al ser reservadas, tampoco pudieron ser controvertidas por la defensa de los comuneros mapuches y, además, no fueron acompañadas de argumentos adicionales que sustentaran la medida cautelar. En consecuencia, sentencia la Corte IDH, no hubo elementos suficientes para demostrar una razonable participación de los delitos investigados, inobservando el estándar en el cual deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones.¹¹¹

La sentencia del Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena de Mapuche) vs Chile no solo es emblemática por el trato indiscriminado que se dio en la aplicación de la Ley Antiterrorista chilena sino también por el estándar que utilizaron las autoridades policíacas al momento

¹¹⁰ Becker, Castellano, Sebastián, “La criminalización de la protesta: el caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile”, *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2015, núm. 11, pp. 128,129

¹¹¹ Ídem

de la detención; pues solo se logro acreditar la plena participación en los hechos delictivos atribuidos a dos personas frente a las ocho presuntamente implicados.

Tal fue la envergadura de dicho caso, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la siguiente jurisprudencia para inhibir el incremento de las detenciones arbitrarias en los países que suscribieron la Convención Americana, misma que a la letra dice:

Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena de Mapuche) vs Chile.

311. La Corte ha precisado también las características que debe tener una medida de detención o prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana:

a) *Es una medida cautelar y no punitiva:* debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena.

b) *Debe fundarse en elementos probatorios suficientes:* Para disponer y mantener medidas como la prisión preventiva deben existir elementos probatorios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Verificar este presupuesto material constituye un primer paso necesario para restringir el derecho a la libertad personal por medio de una medida cautelar, pues si no existiesen mínimamente elementos que permitan vincular a la persona con el hecho punible investigado, tampoco habrá necesidad de asegurar los fines del proceso. Para la Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí 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 poder llevarla a juicio. ¹¹²

De este modo, una de las características principales de una medida privativa de la libertad como lo es la detención, consiste en contar con los datos

¹¹² Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena de Mapuche) vs Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279

de prueba suficientes que permitan suponer que una persona ha participado en la comisión de un hecho delictivo; pues la mera sospecha no es suficiente para justificar la privación de la libertad de un individuo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera inadmisibles la actuación de un Estado que primero detenga y luego investigue, pues esta práctica tan recurrente es contraria al debido proceso y a la presunción de inocencia.

El caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, es el vivo reflejo de una detención arbitraria igual al arraigo, en el que, sin existir datos de prueba previos que permitan llevar a juicio a una persona señalada de cometer un hecho delictivo, la autoridad primero detiene y luego investiga bajo el argumento de evitar con ello un posible riesgo procesal.

En Chile, no se cuenta hoy en día con una figura que legalmente permita la práctica de una detención arbitraria bajo el nombre de arraigo como sí sucede en México; sin embargo, su simple ausencia no se traduce en que, en un país como Chile, no sucedan este tipo de casos. Por el contrario, las detenciones arbitrarias ocurridas en aquel país cada vez van más en aumento, al grado tal, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado responsable al Estado Chileno por la vulneración a diversos artículos de la Convención Americana en la ejecución de este tipo de detenciones.

3.5 Consideraciones finales: Experiencia comparada.

En muchos de los países latinoamericanos las detenciones arbitrarias constituyen un mecanismo empleado por las autoridades para detener y luego investigar a una o varias personas presuntamente relacionadas con un hecho delictivo; el objetivo de estas detenciones no es respetar las garantías procesales del individuo, sino arrebatar confesiones que luego puedan ser incorporadas a un proceso de carácter penal.

En el caso del arraigo mexicano, Silvano Cantú Martínez, Juan Carlos Gutiérrez Contreras y Michaela Telepovska dicen:

Es importante establecer, en términos generales, qué es el arraigo y sus implicaciones. En un primer momento podemos sostener que es una forma de detención arbitraria introducida en nuestro derecho a raíz de la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública de 2008. Esta práctica permite la vigilancia permanente del ministerio público sobre personas sospechosas de cometer algún delito o que tengan información relacionada con éste; su fin es incrementar el tiempo con el que cuenta la autoridad para reunir pruebas contra la persona arraigada. El objetivo del arraigo no es determinar si una persona es inocente o culpable, sino que se priva a la persona de su libertad con el fin de obtener información que pudiera ser utilizada con posterioridad para la etapa de juicio (sin que a la fecha se hubiera regulado sobre la licitud de las pruebas obtenidas bajo arraigo).

Lo anterior se traduce en que la investigación no se lleva a cabo para detener a una persona, sino que la persona es detenida para ser investigada. La persona afectada queda así sin garantías ni situación jurídica clara, ya que no es indiciada ni inculpada.¹¹³

La figura del arraigo como una forma arbitraria de privación de la libertad, únicamente se encuentra regulada a nivel constitucional en el Estado mexicano, sin embargo, en otros países como el Salvador su práctica se justifica también

¹¹³Cantú Martínez, Silvano et. al., La figura del arraigo penal en México, México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C, pp. 11, 12

en la ley suprema bajo los famosos estados de excepción o estado de emergencia.

El estado de excepción o también denominado toque de queda es una forma de suspender los derechos y garantías de los ciudadanos a través de la autorización del titular del Poder Ejecutivo Federal y el Congreso Federal por un lapso corto de tiempo en situaciones críticas para el país.

En los estados de excepción no se puede vulnerar el derecho a la libertad, pues esta última constituye una de las garantías indispensables que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede ser anulada en ningún caso.

En el caso del Salvador, su presidente Nayib Bukele pretende justificar la detención masiva de miles de pandilleros bajo el argumento de que, la suspensión de derechos es una figura permitida en la Constitución de la Republica del Salvador. Lo que resulta inconcuso frente los criterios emitidos por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues en ningún caso una persona puede ser detenida bajo métodos que pudieran ser legales pero que en la práctica se conviertan en irrazonables.

En el mismo sentido, países como Honduras y Chile han realizado a través de sus agentes policiacos detenciones arbitrarias de hombres, mujeres y niños bajo el pretexto de salvaguardar el orden público. Dichas detenciones se han realizado bajo simples sospechas de la pertenencia de individuos en la comisión de hechos delictivos.

Además, tal privación ilegal de la libertad no cuenta con un soporte de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de una persona, por tanto, la detención lejos de ser ilegítima se convierte en arbitraria.

La experiencia de este par de países han permitido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos fijar los parámetros mínimos con que debe contar la autoridad para realizar una detención apegada a derecho; siendo estos estándares los siguientes:

- a) La Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de proporcionalidad. La Corte ha establecido que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.
- b) Una sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas.
- c) 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 poder llevarla a juicio.

En suma, México es el único que país de Latinoamérica que constitucionaliza a través de métodos legales una detención que a todas luces es arbitraria; lo que corrobora la afirmación de que el arraigo a pesar de ser constitucional debe ser tildado de inconvencional.

Por otra parte, el resto de los países que al día de hoy siguen privando de la libertad a personas para primero investigar y luego ejercitar acción penal, han sido condenados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la reparación del daño y otras medidas de no repetición. Estas detenciones son violatorias a la presunción de inocencia, al debido proceso y por si fuera menos, constituyen la práctica de una pena anticipada.

Es necesario que el Estado mexicano adopte los estándares emitidos por tribunales internacionales para hacer efectivo el bloque de constitucionalidad que tanto se habla. Para ello, es indispensable derogar las restricciones constitucionales previstas en el artículo primero de la ley suprema, generando en consecuencia, una armonía entre el orden jurídico interno y el internacional.

CAPITULO CUARTO

4.1 Introducción

La falta de control en aspectos de seguridad pública por parte de las instituciones federales y estatales encargadas de la procuración de justicia, el reclamo constante de la sociedad para el gobierno federal exigiendo paz y justicia, agregadas al aumento alarmante de la delincuencia organizada en el país han dado pauta a que, en México, el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial autoricen en la Constitución Federales figuras que se pueden catalogar por si mismas como inconvencionales.

Esto es así porque a partir de la reforma de seguridad y justicia del año dos mil ocho el ejecutivo federal ha impulsado a través del constituyente supremo un par de modificaciones al artículo dieciséis y diecinueve constitucionales para instituir de manera legal las figuras del arraigo y prisión preventiva oficiosa.

Al estar previstas en el texto constitucional, cualquier ciudadano se ve impedido de ampararse contra estos actos, pues es precisamente el juicio de amparo en México el que tiene como principal objetivo defender y proteger en todo momento a la ley suprema, por tanto, dicho juicio se vuelve improcedente.

Además, derivado de la reforma de fecha diez de junio de dos mil once, permean en México las famosas restricciones constitucionales ordinarias, mediante las cuales, el máximo texto constitucional tiene un valor supremo frente a los tratados internacionales aún y cuando estos contengan derechos humanos y fundamentales del ciudadano, de este modo, el texto constitucional se convierte en una garantía de protección a favor del ciudadano y por otro, una fuente de vulneración de derechos en perjuicio del presunto inculpado.

Por tanto, lo que se pretende hacerle ver al lector a través del presente capítulo es que la restricción ordinaria del artículo primero violenta derechos humanos y fundamentales del imputado y que a la par, es necesario volver a replantear el debate sobre la existencia de dichas restricciones frente al principio pro persona al interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que el

sistema garantista que hoy día permea en este país se vuelva cada vez más eficiente a las exigencias sociales del gobernado.

4.2 La libertad como un acto de imposible reparación

El arraigo como ha quedado debidamente precisado en el capítulo primero de esta investigación constituye una privación de la libertad por parte de la autoridad persecutora del delito para poder detener a un individuo y luego investigarlo por tener la simple sospecha de que este último pertenezca a un grupo de la delincuencia organizada.

Dicha privación ilegal de la libertad puede sujetarse a un lapso de tiempo de cuarenta días o ampliarse hasta ochenta siempre que el fin de la investigación así lo amerite; el presunto responsable que este sujeto al arraigo deberá permanecer en un lugar distinto a un centro penitenciario, pues se parte de la premisa de que hasta este momento no se encuentra ni siquiera procesado, pues la carpeta de investigación aún no se ha judicializado y es precisamente lo que se busca a través del arraigo: la obtención de nuevos datos de prueba.

En otras palabras, el presunto responsable estará recluido en una casa de seguridad destinada para tal efecto por un Juez Federal Especializado en Técnicas de arraigo mientras se desarrolla la investigación, aunque se vulnere la presunción de inocencia, certeza jurídica y libertad del gobernado, pero ante este panorama nada puede hacerse.

Para explicar porque el arraigo constituye un acto de imposible reparación resulta pertinente citar lo dicho por Fernando Silva García quien a la postre refiere:

En el traje nuevo del emperador, Andersen explora que hay hechos y situaciones que generan verdades aparentes, cuya nueva evaluación es capaz de evidenciar la existencia de realidades diversas y desenmascarar anteriores apreciaciones que se tenían por inmovibles. En el año 2005, el arraigo en materia penal fue declarado inconstitucional por el Pleno de la SCJN, al implicar la detención de una persona cuando la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal, sin que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad. Posteriormente, en el año 2008 el Poder Revisor

revirtió dicha decisión y colocó un traje nuevo al arraigo penal, al convertir dicha medida cautelar en una figura de carácter constitucional, por introducirla en el artículo 16 de la Norma Suprema. Es decir, el arraigo se constitucionalizó. Esa constitucionalización ha llevado a la idea consistente en que el arraigo siempre es válido por el simple hecho de estar previsto en la Norma Suprema. Se ha interpretado que si se afecta el arraigo penal se afecta el principio de supremacía constitucional. Se ha pensado que el nuevo ropaje constitucional del arraigo tiende a blindarlo y a resistir cualquier tipo de control de regularidad constitucional o convencional proveniente de la rama judicial.¹¹⁴

Para que en el año dos mil cinco el máximo tribunal mexicano decretara de inconstitucional el arraigo, se tuvieron que tramitar y resolver diversos juicios de amparo para que los ministros de la Corte pudieran entrar al estudio del fondo del asunto. Según Fabiola Martínez Ramírez *“el juicio de amparo se instituye como una garantía procesal para la protección de los derechos fundamentales, particularmente referidos a las denominadas garantías individuales, cuando un acto de autoridad, entendido en sentido amplio las vulnera o lesiona, de forma tal que afecta la esfera jurídica del gobernado”*.¹¹⁵

Por su parte el jurista mexicano Héctor Fix Zamudio enseña lo que se sigue:

El juicio de amparo mexicano debemos considerarlo como una federación de instrumentos procesales, cada uno de los cuales posee una función tutelar específica, que a su vez determina una serie de aspectos peculiares que no pueden comprenderse sino por conducto de su análisis autónomo. En efecto, en el amparo mexicano podemos descubrir cinco funciones diversas, ya que puede utilizarse para la tutela de la libertad personal; para combatir las leyes inconstitucionales; como medio de impugnación de las sentencias judiciales; para reclamar los actos y

¹¹⁴ Silva García, Fernando, *El arraigo entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconvencionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, pp. 217, 218.

¹¹⁵ Martínez Ramírez, Fabiola, *El juicio de amparo, su naturaleza jurídica y relación con los tribunales constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018, p.

resoluciones de la administración activa, y finalmente para proteger los derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de la reforma agraria.¹¹⁶

El juicio de amparo por su parte se encuentra regulado en la Constitución Federal en los artículos 103 y 107 y de manera simultanea en la ley de amparo; siendo su procedencia exclusiva contra actos, normas y omisiones que vulneren los derechos humanos y fundamentales del gobernado. Así, antes del día dieciocho de junio de dos mil ocho, fecha en que formalmente se constitucionalizo el arraigo, las personas sujetas a esta medida podían promover el juicio de amparo bajo los siguientes argumentos:

- a) El arraigo vulnera la presunción de inocencia
- b) El arraigo crea una incertidumbre jurídica para el presunto culpable, pues ni de manera formal o informal ha iniciado un proceso penal en su contra
- c) El arraigo constituye una privación ilegal de la libertad de una o varias personas.
- d) El arraigo presupone la imposición de una pena anticipada
- e) El arraigo contravía las reglas de un debido proceso, pues el presunto culpable no tiene el derecho de ser oído y vencido en juicio por un tribunal imparcial
- f) El arraigo constituye un acto de imposible reparación.

Ante la manifestación de dichos conceptos de violación hechos valer por el quejoso en la demanda del juicio de amparo antes de que se publicará la reforma a que se hace referencia supra líneas, un Juez de Distrito debía forzosamente conceder el amparo y protección de la justicia federal en su favor y de manera anticipada, la suspensión¹¹⁷ de plano por ser un acto que afectaba

¹¹⁶ Fix Zamudio, Héctor, *Breve introducción al juicio de amparo mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, pp. 30, 31

¹¹⁷ La suspensión para efectos del juicio de amparo es una medida cautelar tendiente a paralizar los efectos del acto reclamado; impedir que un acto se ejecute o se siga ejecutando y

la libertad personal, lo que por consecuencia acarrearía que el sujeto investigado fuera puesto en libertad de manera inmediata; empero el quejoso tenía la oportunidad de defenderse mediante la interposición de un medio de protección constitucional que lo amparara contra el arbitrario.

Refuerzan tales argumentos las siguientes jurisprudencias históricas emitidas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mismas que dieron efectividad al conjunto de amparos promovidos en aquella época contra un arraigo penal y en las cuales se adoptaron los siguientes criterios:

En la tesis: P. XXII/2006 se hizo una especial referencia al Código Penal del Estado de Chihuahua al decretar de inconstitucional el arraigo, pues no se debe pasar por alto que hasta antes del año dos mil ocho, las legislaturas locales podían autorizar en sus Códigos Penales el arraigo y las fiscalías en conjunto con los jueces penales locales decretarlo.

Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.¹¹⁸

En ese tenor de ideas, el mismo Pleno de la Suprema corte de Justicia de la Nación al emitir una distinta jurisprudencia derivado de la interpretación del

así, conservar la materia del juicio de amparo en lo principal; de no ser así el acto reclamado podría causar daños de imposible reparación aún con la emisión de una sentencia de amparo.

¹¹⁸ Tesis: P. XXII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXIII, febrero de 2006, p. 1170

mismo precepto legal del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, dejo asentado lo que siguiente:

Ahora bien, tratándose del arraigo civil, las limitaciones o restricciones a la libertad de tránsito consisten únicamente en que el arraigado no puede abandonar el país o la ciudad de residencia, a menos que nombre un representante y otorgue garantía que responda de lo demandado, pero tal restricción no llega al extremo, como sucede en el arraigo penal, de impedir que salga de un inmueble, y menos aún que esté bajo la custodia y vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora de delitos. En ese sentido, tratándose del arraigo previsto en el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, si al arraigado se le impide salir de un inmueble es obvio que también le está prohibido salir del lugar donde se encuentre, lo que atenta contra su libertad de tránsito.¹¹⁹

Bajo esta idea es que el arraigo a nivel federal se decreto inconstitucional por afectar la libertad de tránsito del quejoso sin que la autoridad ministerial pudiera justificar dicha privación pues no obraba ninguna resolución de por medio que motivara su proceder y a la par, el imputado quedaba en estado de indefensión al no saber porque delito se le investigaba y no poder ofertar dato de prueba alguno para desvirtuar tal hecho.

Así, cuando el Ministerio Público ejecutaba una orden de arraigo en contra del indiciado, este último tenía la oportunidad de promover el juicio de amparo buscando inmediatamente la suspensión;¹²⁰ pues era un acto no previsto en la

¹¹⁹ Tesis: P. XXIII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXIII, febrero de 2006, p. 1171

¹²⁰ Ley de Amparo Abrogada. Artículo 130 .- ARTICULO 130.- En los casos en que proceda la suspensión conforme al artículo 124 de esta ley, si hubiere peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con notorios perjuicios para el quejoso, el juez de Distrito, con la sola presentación de la demanda de amparo, podrá ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden hasta que se notifique a la autoridad responsable la resolución que se dicte sobre la suspensión definitiva, tomando las medidas que estime convenientes para que no se defrauden derechos de tercero y se eviten perjuicios a los interesados, hasta donde sea posible, o bien las que fueren procedentes para el aseguramiento del quejoso, si se tratare de la garantía de la libertad personal.

En este último caso la suspensión provisional surtirá los efectos de que el quejoso quede a disposición de la autoridad que la haya concedido, bajo la responsabilidad de la autoridad

Constitución Federal que vulneraba los derechos humanos y fundamentales del quejoso:

La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma ley.¹²¹

No obstante, a partir del año dos mil ocho como refirió Fernando Silva García el arraigo se constitucionalizó y, por tanto, no podía a partir de dicha fecha el procesado tener la posibilidad de interponer un juicio de amparo indirecto buscando con ello la suspensión para evitar ser detenido.

Bajo esta lógica la actual ley de amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación fecha dos de abril de dos mil trece, consagra en el artículo 61 fracción primera¹²² una causal de improcedencia para la promoción de dicho

ejecutoria y sin perjuicio de que pueda ser puesto en libertad caucional, si procediere, bajo la más estricta responsabilidad del juez de Distrito, quien tomará, además, en todo caso, las medidas de aseguramiento que estime pertinentes. El juez de Distrito siempre concederá la suspensión provisional cuando se trate de la restricción de la libertad personal fuera de procedimiento judicial, tomando las medidas a que alude el párrafo anterior.

Artículo 136.- ...De consistir el acto reclamado en detención del quejoso efectuada por el Ministerio Público, la suspensión se concederá y desde luego se pondrá en inmediata libertad, si del informe previo que rinda la autoridad responsable no se acreditan con las constancias de la averiguación previa la flagrancia o la urgencia, o bien si dicho informe no se rinde en el término de veinticuatro horas.

¹²¹ Tesis: 1a./J. 78/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.X, noviembre de 1999, p. 55

¹²² Ley de Amparo vigente.- Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente:

I. Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

juicio en contra de adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al tenor de tales argumentos, al ser el arraigo una figura jurídica prevista en el artículo dieciséis es inconcuso que se pueda promover el juicio de amparo, por ser este último el medio de protección para hacer valer precisamente los derechos consagrados en la Constitución Federal, de ahí que se pueda afirmar, que no podemos etiquetar a una constitución de inconstitucional, pues se perdería la esencia del texto supremo.

Ahora bien, el problema de dicha causal de improcedencia radica en que si bien no se puede promover un amparo contra adiciones a reformas a la Constitución Federal, no menos cierto es que la segunda vertiente por la que se puede promover un juicio de garantías es por ser un acto inconvencional con efectos de imposible reparación.

Miguel Bonilla López delimita lo que debe entender por actos de imposible reparación al decir que: *“La ejecución irreparable existiría sólo si con la verificación del acto judicial violatorio fuere físicamente imposible restituir al quejoso en el hoce de la garantía individual violada. De esta suerte, quedaban fuera todas las resoluciones dentro del juicio que, aunque producen efectos jurídicos no requieren ejecución material, y todas aquellas que, aun llenando este requisito, sean reparables en la sentencia definitiva.”*¹²³

Los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación han sentado precedentes respecto a lo que debe entenderse por actos de imposible reparación al decir que:

El artículo 114, fracción IV, de la Ley de Amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013, establece que el amparo indirecto procede contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución de imposible reparación. Al interpretar esta norma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que los mencionados actos pueden dividirse en dos vertientes: a) Los que afectan derechos sustantivos tutelados en la Constitución Federal y destinados a regir al exterior del juicio, como

¹²³ Bonilla López, Miguel, *El amparo contra actos en juicio de ejecución de imposible reparación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017, 305.

la vida, la integridad personal, la salud, la libertad, el patrimonio, la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones particulares; y, b) Los que perturban derechos adjetivos en grado predominante o superior, por ejemplo, los que pudieran impedir la integración de algún presupuesto procesal insubsanable, ocasionar el retardo grave del fallo definitivo, provocar que el juicio continúe ociosamente o excluir de la contienda acciones o sujetos. Por su parte, el artículo 107, fracción V, de la ley de la materia, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013, reiteró que el amparo indirecto procede contra actos intraprocesales de imposible reparación y agregó que se entiende por ellos "los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte". Ahora bien, este enunciado no debe leerse como una definición restrictiva, pues no emplea expresiones excluyentes como 'únicamente', 'solamente', 'sólo', 'exclusivamente' o 'excepcionalmente', para reputar como únicos actos de imposible reparación los que afecten derechos sustantivos y negar tal carácter a los que puedan generar violaciones procesales exorbitantes; por el contrario, el citado precepto debe interpretarse sistemáticamente con el artículo 170, fracción I, párrafo cuarto, de la propia ley -a contrario sensu- que dispone: "Cuando dentro del juicio surjan cuestiones sobre constitucionalidad de normas generales que sean de reparación posible por no afectar derechos sustantivos ni constituir violaciones procesales relevantes, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda contra la resolución definitiva.". Al interpretar este precepto a contrario sensu, se advierte que los actos de imposible reparación reconocidos en la ley son tanto los que afectan derechos sustantivos como los que pueden constituir violaciones procesales relevantes.¹²⁴

Un derecho sustantivo que puede entenderse como de imposible reparación es precisamente la libertad personal, pues en el caso del arraigo que puede perdurar hasta cuarenta u ochenta días ¿Quién puede regresarle este tiempo a una persona en caso de que al final de estos días no se encuentren datos de prueba que permitan acreditar que pertenece a la delincuencia organizada? la respuesta es simple: nadie.

Aún y cuando un Juez de Distrito o un Magistrado Federal de Circuito dictaran sentencia en la que amparan y protegen al quejoso que reclama un

¹²⁴ Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) 25 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.III, febrero de 2014, p. 2162

arraigo, los efectos del amparo no alcanzarían a restituirle el goce de tal derecho por su naturaleza misma.

De tal suerte se puede concluir que un arraigo no es susceptible de ser analizado en un juicio de garantías por las siguientes razones:

- a) El arraigo es una figura prevista en la Constitución Federal
- b) El juicio de amparo solo es procedente para hacer valer normas, actos u omisiones que violenten derechos humanos y fundamentales del quejoso; de ahí que, al estar previsto en la Constitución Federal no pueda ser el arraigo objeto de análisis.
- c) Para maximizar la eficacia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y fundamentales es necesario que eliminar las restricciones ordinarias del artículo primero constitucional, pues de nada sirve tener un bloque de constitucionalidad, si tal bloque solo es aplicable a conveniencia del Estado.
- d) El arraigo además de constituir una violación grave a los derechos humanos del ciudadano también constituye un delito perpetrado por la autoridad persecutora del delito.

4.3 Caso García Rodríguez y Otros vs México

La reforma en materia de derechos humanos de fecha diez de junio de dos mil once instauró en México el conocido bloque de constitucionalidad; mismo que tuvo como principal objeto eliminar las brechas existentes entre el ordenamiento jurídico nacional frente a lo estipulado en tratados internacionales y las interpretaciones que de sus preceptos hacen las cortes internacionales.

Antes de abordar el tema que en seguida se plantea, se debe de tomar en cuenta un aspecto esencial: el control concentrado de convencionalidad y el control difuso de convencionalidad, aunque parecen sinónimos no son de ninguna forma lo mismo.

Laura Alicia Camarillo Govea y Elizabeth Nataly Rosas Rábado refieren que:

El control concentrado de convencionalidad es propiamente realizado por la Corte Interamericana al tener la competencia otorgada por la Convención para interpretar y aplicar dichos preceptos. Será la Corte la competente para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del control de convencionalidad, siempre y cuando el análisis se derive del examen que se realice de la compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.¹²⁵

...

En cambio, el control difuso de convencionalidad nos traslada el otro extremo de la protección de derechos humanos, que debe realizarse por las autoridades nacionales de los Estados que han firmado la Convención Americana, y con mayor razón los que han aceptado la competencia de la corte Interamericana para conocer de los demás asuntos. El control difuso de convencionalidad consiste en el deber de todas las autoridades nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la corte que interpreta ese corpus iuris interamericano. Dicho control implica reconocer la relevancia y la pertenencia de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico.¹²⁶

En México, los tribunales federales no son los encargados de ejercer un control concentrado de convencionalidad, pues la forma en como debe entenderse y aplicarse un precepto la realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos; entonces, al Poder Judicial de la Federación le corresponde únicamente vigilar que las autoridades en el ámbito de sus competencias apliquen de manera correcta dicha interpretación para garantizar la protección y respecto de los derechos humanos del gobernado.

No obstante dicho hecho, en México a partir del año dos mil once también se cuenta con un control difuso de convencionalidad; este tiene la característica

¹²⁵ Camarillo Govea, Laura Alicia y Rosas Rábado, Elizabeth Nataly, *El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Costa Rica, 2016, p. 129

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 130, 131

de poder ser analizado por cualquier autoridad judicial del país y en caso de que advierta que una norma es contrario a lo estipulado en un tratado internacional o incluso en la propia constitución, inaplicar dicho precepto: en tal caso, el órgano jurisdiccional no entra al estudio del fondo del asunto para decidir si un acto en la especie es inconstitucional o inconvencional, sino que, solo se limita a inaplicar la norma y los juzgadores de amparo determinar si dicho control de convencionalidad fue aplicado correcta o incorrectamente.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año dos mil quince dispuso de manera clara las diferencias existentes entre un control concentrado y difuso de constitucionalidad al decir que:

En ese sentido, la diferencia total entre los medios de control concentrado y difuso estriba, esencialmente, en que en el primero es decisión del quejoso que el tema de inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la ley forme parte de la litis, al plantearlo expresamente en su demanda de amparo; mientras que en el segundo, ese tema no integra la litis, que se limita a la materia de legalidad (competencia específica); no obstante, por razón de su función, por decisión propia y prescindiendo de todo argumento de las partes, el juzgador puede desaplicar la norma que a su criterio no sea acorde con la Constitución o con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.¹²⁷

En la especie, el máximo tribunal del país a raíz del histórico expediente varios 912/2012 resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos admitió que las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para México y, en consecuencia, los tribunales están obligados a observarlas y acatarlas.

Bajo esta corriente de pensamiento es que en México se dejó de hablar de una supremacía constitucional de manera formal prevista en el artículo 133 de la Constitución Federal¹²⁸ y se comenzó a hablar de un bloque de

¹²⁷ Tesis: 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, octubre de 2015, p. 647

¹²⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación

constitucional conforme al párrafo primero de la ley suprema; aunque dicha adopción de figuras solo fue de manera aparente.

La Supremacía Constitucional entraña una jerarquización máxima del ordenamiento supremo por encima del resto de ordenamientos, incluso aquellos de fuente internacional. Los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación han entendido a la supremacía constitucional del modo siguiente:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la base del sistema jurídico-político nacional, la cual, como Norma Fundamental, establece valores, principios y reglas de observancia para todos los componentes del Estado, llámense autoridades o gobernados. En estas condiciones, cuando un juzgador haga obedecer la Constitución, debe hacer prevalecer sus reglas jurídicas en igual proporción que el espíritu que las anima, esto es, su techo ideológico, pues la supremacía de la Carta Magna es normativa e ideológica; de ahí que tan inconstitucionales son los actos que se apartan de su letra, como los que se encuentran ayunos de su teleología.¹²⁹

Para entender el Caso García Rodríguez y otros Vs México cuyo proyecto esta actualmente por resolverse al interior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe tenerse presente lo siguiente:

del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

¹²⁹ Tesis: (X Región)1o.1 CS (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, septiembre de 2018, p. 2571

- a) Son actos inconstitucionales aquellos que se apartan de la letra de la Constitución Federal y;
- b) Aquellos que se encuentran aislados de su teleología.¹³⁰

El caso mencionado supra líneas versa sobre dos ciudadanos de nombres Daniel García Rodríguez y Reyes Alpizar Ortiz quienes permanecieron detenidos en prisión preventiva por más de diecisiete años; durante el tiempo de su cautiverio fueron torturados y privados de su libertad personal.

En el informe rendido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se dijo que las víctimas fueron detenidas sin que mediara orden judicial previa y que fueron informados del motivo de su detención cuarenta y cinco días después de que fueron privados de su libertad.

La Comisión observó que, en la época de los hechos, el arraigo se encontraba previsto en el Código Penal del Estado de México, es decir, la ley autorizaba la práctica de arraigos locales y otorgaba al Ministerio Público la facultad de retener a una persona por un máximo de sesenta días por la comisión de cualquier hecho delictivo antes de ponerlos a disposición del Juez Penal correspondiente.

Además, se estableció que la figura del arraigo constituyó una medida punitiva y no cautelar, por lo tanto, resultaba violatoria al derecho de presunción de inocencia y a la par, una privación arbitraria de la libertad; de manera simultánea se dijo que la prisión preventiva posterior al arraigo constituyó una pena anticipada, pues las víctimas nunca contaron con un recurso que pudiera hacer frente a dicha medida.

Se dijo también que el privarlos de su libertad personal tuvo como principal propósito doblegar su resistencia psíquica y obligarlos a auto-inculparse o vincular a otras personas con determinados hechos delictivos. Se estableció que, durante la investigación y la tramitación del proceso penal, sin existir hasta ese

¹³⁰ La teleología según el Diccionario de la Real Academia Española se define como la doctrina de las causas finales.

momento sentencia condenatoria firma, las víctimas fueron presentadas por el Ministerio Público como culpables.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó que se debe adecuar el ordenamiento jurídico interno, incluyendo las normas constitucionales y legales que mantengan la figura del arraigo, a fin de eliminar definitivamente dicha figura. Mientras tanto, los operadores jurídicos encargados de aplicar solicitar y aplicar el arraigo, lo deberán dejar de aplicar mediante un debido control de convencionalidad.¹³¹

Para dilucidar las cuestiones de fondo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cito al ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz en su calidad de perito propuesto por las victimas para aclarar ciertas dudas sobre el régimen de protección judicial frente a detenciones automáticas en México; para lo cual manifestó:

El perito señaló que hasta ahora la Suprema Corte ha identificado dos restricciones constitucionales expresas: la primera se refiere a la prisión preventiva oficiosa; mientras que la segunda se refiere al arraigo. Esto porque al desarrollarse la tesis correspondiente a la contradicción de tesis también 293/2011 se sostuvo que los derechos humanos contenidos 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.

Cossío aseguró, pues, que la Suprema Corte, debido a la jurisprudencia obligatoria emitida a razón de la contradicción de tesis 293/2011, ha determinado que existen efectivamente restricciones en la Constitución restricciones que desde el punto de vista del perito son contrarias al sistema interamericano

Con respecto a la obligatoriedad de los criterios emitidos por la Corte mexicana, el perito señaló que esto hace que todos los jueces del país tengan que seguir la jurisprudencia obligatoria y si se separan de los criterios se les puede sancionar

¹³¹ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso García Rodríguez y otros Vs México, 20 de mayo de 2021.

<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/130.asp>

...

Finalmente, ante una pregunta realizada por la representación de la CIDH, este perito señaló que el verdadero problema está en el reconocimiento del criterio de restricciones porque es la propia Corte mexicana quien identifica la restricción, y si bien hoy se habla del arraigo, no hay nada que impida que en un futuro esta Corte pueda considerar la existencia de otra restricción funcional en algún otro precepto constitucional.¹³²

Como se dijo al inicio, México a través de sus órganos jurisdiccionales federales esta facultado para verificar que el control concentrado de convencionalidad se realice de manera correcta y a la par, ejercer un control difuso de convencionalidad cuando estime que una norma es contraria a la constitución federal o algún tratado internacional.

En el caso concreto, México esta obligado a replantear si es pertinente seguir conservando dentro de su sistema jurídico las famosas restricciones ordinarias, pues al constitucionalizarse figuras como el arraigo y prisión preventiva oficiosa, el ordenamiento interno sigue contraviniendo las disposiciones vinculatorias de carácter internacional y por más que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haya recomendado inaplicar dichas figuras, lo cierto es que en México, debe hacerse prevalecer la Constitución Federal cuando exista alguna otra disposición en contrario; por tanto, dichas recomendaciones no pueden acatarse aún y cuando sean inconvencionales.

4.4 Implicaciones de eliminar la prisión preventiva oficiosa en México

El Estado mexicano goza de una nueva oportunidad para cambiar el rumbo de la historia de su sistema jurídico, pues si bien se ha comentado que en fecha 10 de junio de 2011 se publicó la popular reforma en materia de derechos humanos que consagra la obligación de las autoridades en el ámbito de sus competencias de promover, proteger, respetar y garantizar los derechos

¹³² Ayala García, Melissa S, *Caso García Rodríguez vs. México: breve radiografía de su audiencia*, Revista Nexos: El Juego de la Suprema Corte, México, 2022, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/caso-garcia-rodriguez-y-otros-vs-mexico-breve-radiografia-de-su-audiencia/>

humanos previstos no solo en la Constitución Federal sino también en los tratados internacionales, no menos cierto es que, no en todos los casos de goza de dicha protección.

Esto es así porque como se ha demostrado supra líneas las restricciones constitucionales del artículo primero de la ley suprema permiten dar un valor preponderante a este último ordenamiento bajo la denominada supremacía constitucional ante una posible aplicación de la ley más favorable prevista en otros ordenamientos de carácter internacional.

En el caso que actualmente se ventila en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha recomendado parcialmente que el ordenamiento jurídico interno se adapte a los estándares internacionales por la Convención Americana de Derechos Humanos y que, en el caso concreto, se inaplique la figura del arraigo por contravenir los derechos al debido proceso, seguridad jurídica y presunción de inocencia.

Notoriamente estos derechos fueron violentados flagrantemente en perjuicio de Daniel García Rodríguez y Reyes Alpizar Ortiz, empero, aún con un posible pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en donde declare responsable al Estado Mexicano por estos hechos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no esta obligada a acatar dicha resolución.

Lo anterior se afirma porque si bien existe una vinculatoriedad entre las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, también es cierto que en México imperan las restricciones constitucionales como lo manifestó José Ramón Cossío Díaz, en consecuencia, México si quisiera, no podría acatarlas.

Este hecho abre la pauta a que en el Pleno del máximo tribunal se abra nuevamente el debate sobre la factibilidad de que en la ley suprema sigan vigentes o sean suprimidas las restricciones constitucionales ordinarias.

Luis Eliud Tapia Olivares al realizar un estudio exhaustivo con relación al caso Daniel García Rodríguez y Reyes Alpizar Ortiz en torno a la discusión actual que se esta proponiendo al interior de la Corte resalta dos puntos:

La ponencia de la ministra Piña Hernández analizó el criterio de jerarquía contenido en la contradicción de tesis 293/2011 y propuso inaplicar el artículo 19 constitucional y declarar la invalidez de la norma secundaria que contiene la prisión preventiva oficiosa. El proyecto propone realizar una nueva reflexión sobre las restricciones a derechos humanos establecidas en la Constitución y, en este sentido, separarse parcialmente de la jurisprudencia 20/2014 del Pleno de la SCJN siguiendo las reglas del artículo 128 de la Ley de Amparo.

El proyecto destaca que en la jurisprudencia 20/2014, el Pleno de la SCJN determinó dos aspectos claves:

1.- Las normas de derechos humanos, contenidas en la Constitución y en tratados internacionales de los que México es parte, constituyen un catálogo de derechos humanos que tienen supremacía constitucional, además de que las normas de dicho catálogo no se relacionan entre sí en términos jerárquicos.

2.- Derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1º constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, prevalecerá el texto constitucional.

Se propone abandonar el punto dos en virtud que la última parte del párrafo primero del artículo 1º de la constitución se refiere únicamente a la suspensión o restricción de derechos de la que habla el artículo 29 de la Constitución.¹³³

Debe recordarse que la jurisprudencia a que se hace referencia el autor es el precedente obligatorio que fija los alcances de una restricción constitucional ordinaria y que a partir del año dos mil catorce los órganos jurisdiccionales federales han venido aplicando:

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

¹³³ Tapia Olivares, Luis Eliud, *Guía para entender la discusión que viene: la prisión preventiva oficiosa y las restricciones constitucionales*, Revista Nexos: El Juego de la Suprema Corte, México, agosto de 2022.

<https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/guia-para-entender-la-discusion-que-viene-la-prision-preventiva-oficiosa-y-las-restricciones-constitucionales/>

AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento 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; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.¹³⁴

La nueva oportunidad que ostenta la Corte para sustituir el criterio que hasta el día de hoy permea, representará un antes y un después en la eficacia y optimización del derecho convencional y constitucional en México.

El proyecto que plantea la ministra Ortiz Piña explica enfáticamente lo siguiente:

La regla de excepción por la que se ha sostenido que los derechos humanos deben ceder ante las restricciones expresas del texto constitucional, impide que los derechos humanos extiendan en plenitud su halo protector. El proyecto explica que esa excepción tuvo como principal fin la protección del principio de supremacía constitucional y el margen de apreciación nacional. Sin embargo, el proyecto explica

¹³⁴ Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2014, p. 202

-en su punto neurálgico- que esa interpretación ya no puede sostenerse pues con motivo de los informes de la CIDH y por virtud de sentencias de la Corte IDH, que han condenado a México por el uso de la prisión preventiva en forma automática, se han integrado nuevos elementos a la ecuación constitucional.

...

Se propone abandonar el criterio de prevalencia a la Constitución por encima de los tratados internacionales, cuando existe una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos y en su lugar aplicar el siguiente criterio: cuando haya una restricción expresa el ejercicio de los derechos humanos en la constitución el juez constitucional deberá ponderar esa restricción a la luz de los derechos humanos de fuente internacional y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de determinar si existe un margen de apreciación nacional que permitiera al Estado Mexicano mantener la restricción constitucional en aras de proteger bienes de importancia suprema o, si por el contrario, es ineludible inaplicar la restricción constitucional y optar por la mayor protección de los derechos humanos derivada de los derechos de fuente internacional.¹³⁵

Se comparte la idea de apartarse de la jurisprudencia 20/2014 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo la cual a pesar de que un derecho contenido en un tratado internacional beneficie más al quejoso, se debe optar por la aplicación de una disposición de la ley suprema; empero, lo que no se comparte es la idea de un análisis caso por caso para decidir si opera o no tal restricción pues se corre el riesgo de que el Estado bajo su más estricto criterio la aplique o inaplique a su conveniencia.

Se estima que lo correcto es apartarse de tal criterio y además de tener la Corte la facultad de inaplicar tal restricción a través del control difuso de convencionalidad y constitucionalidad, impulsar a través del legislador federal una reforma que suprima en definitiva las restricciones constitucionales ordinarias del artículo primero de la Constitución Federal y dejar vigentes exclusivamente las restricciones extraordinarias del artículo veintinueve del mismo ordenamiento jurídico.

¹³⁵ Idem

4.5 Consideraciones finales

- a) Antes de la reforma de fecha 18 de junio de 2008 los justiciables podían acudir al juicio de amparo reclamando la inconstitucionalidad del arraigo, sin embargo, después de dicha fecha se privo al justiciable de reclamar por vía de amparo dicho acto dejando a los presuntos culpables en un completo estado de indefensión
- b) La libertad es un acto de imposible reparación pues, aunque se conceda la protección y amparo de la justicia federal a través de un medio de protección constitucional como es el juicio de amparo, sería imposible restituir al quejoso en el goce de su derecho humano y fundamental
- c) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso del arraigo y prisión preventiva oficiosa a recomendado al Estado Mexicano adecuar su ordenamiento interno a los estándares internacionales y a la par, que las autoridades encargadas de solicitar y ejecutar dicha medida la inapliquen por ser contrarias a la presunción de inocencia.
- d) La Suprema Corte tiene la tarea pendiente de resolver si continua vigente la aplicación de las restricciones ordinarias en el texto de la ley suprema, las inaplica a través del control difuso de constitucionalidad o inconveniencia o las aplica tomando en cuenta la peculiaridad de cada caso en particular.

México tiene un reto por delante para eficientar y optimizar la aplicación del derecho conforme a su orden normativo interno frente al de carácter internacional.

4.6 Conclusiones generales.

México a través de sus más de trescientas reformas a la Constitución Federal ha creado un sistema jurídico mixto en donde por un lado reconoce la aplicación de los derechos humanos y fundamentales del gobernado a la luz de estándares de carácter internacional bajo el denominado bloque de constitucionalidad y por otro, conserva una corriente conservadora en donde utiliza ciertas figuras previstas en la Constitución para beneficio del Estado y perjuicio del ciudadano.

El objetivo de esta investigación no fue de ningún modo demostrar que el arraigo y la prisión preventiva oficiosa eran contrarios a la presunción de inocencia, pues desde hace años es un tema que ha quedado debidamente superado; se pretendió en cambio, que el lector advirtiera que a pesar de existir de manera engañosa un bloque de constitucionalidad en México, se sigue aplicando una corriente de supremacía constitucional vulneradora en algunas ocasiones de derechos humanos y fundamentales.

México a reconocido la existencia de un control de convencionalidad y constitucionalidad a través de su corte suprema, empero, la disposición contenida en el primer párrafo del artículo primero de la Constitución Federal ha obstaculizado la aplicación efectiva del derecho.

No basta entonces afirmar que el arraigo es contrario a la presunción de inocencia, se necesita en la especie abandonar la idea de que en México existen restricciones ordinarias por lo que se propone:

- a) Ejercer un control difuso de convencionalidad a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para inaplicar la restricción ordinaria del artículo primero de la Constitución Federal bajo un estándar internacional.
- b) Otorgar al quejoso la oportunidad de promover el juicio de amparo cuando su acto reclamado constituya una orden de arraigo por ser contrario a lo establecido en normas de carácter internacional vinculantes para el Estado Mexicano; de esta forma no se tildaría a una constitución de inconstitucional, pero si, de inconventional derivado de una interpretación conforme.

c) Impulsar a través del legislador federal una reforma al primer párrafo del artículo primero constitucional para suprimir en forma definitiva las restricciones ordinarias previstas en la ley suprema y dejar subsistentes únicamente las restricciones extraordinarias del artículo veintinueve constitucional; esto para el efecto de homologar los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su vinculatoriedad con el bloque constitucional reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año dos mil once.

BILIOGRAFIA

- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia: derecho humano en el sistema penal acusatorio*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2016.
- ALEXY, Robert, *Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad*, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017.
- APOLINAR VALENCIA, Benjamín, *Arraigo penal, una forma constitucional de tortura y violación a derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017.
- AYALA GARCÍA, Melissa S, *Caso García Rodríguez vs. México: breve radiografía de su audiencia*, Revista Nexos: El Juego de la Suprema Corte, México, 2022.
- BALLESTEROS DE VALDERRAMA, Patricia, “La pandilla juvenil: breve revisión y análisis funcional de un caso”, *Red de revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, España, 2002.
- BARRITA LÓPEZ, Fernando, *Prisión preventiva y ciencias penales*, México, Editorial Porrúa, 1999.
- BECKER CASTELLARO, Sebastián, “La criminalización de la protesta: el caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile”, *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2015.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *La racionalidad de la ponderación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2016.
- BONILLA CABAÑAS, Jimena, *Casos Hondureños ante el sistema interamericano y el uso de la doctrina del margen de apreciación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.
- BONILLA LÓPEZ, Miguel, *El amparo contra actos en juicio de ejecución de imposible reparación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017.

- BUNSTER, Alvaro, *La delincuencia organizada ante el derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.
- CAMARILLO GOVEA, Laura Alicia y Rosas Rábado, Elizabeth Nataly, *El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Costa Rica, 2016.
- CANTÚ MARTINEZ, Silvano et. al., *La figura del arraigo penal en México*, México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. 2014.
- CANTÚ, Silvano, *El régimen penal de excepción para delincuencia organizada bajo el test de los derechos humanos*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013.
- CASO NORÍN CATRIMÁN y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena de Mapuche) vs Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279
- CASTAÑEDA HERNANDEZ, Mireya, *El principio pro persona ante la ponderación de derechos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.
- CFR. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso García Rodríguez y otros Vs México, 20 de mayo de 2021.
- COMISIÓN MEXICANA DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, *El arraigo hecho en México, violación a los Derechos Humanos*, Organización Mundial contra la Tortura, México, 2012.
- CORTE IDH, Caso Servellón García y otros vs Honduras, sentencia del 21 de septiembre de 2006, serie C, núm. 152.
- CORTE IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras, Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C, No. 241
- CORTE IDH. Servellón García y otros Vs Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006 Serie C No. 152.

- DÍAZ DE LEÓN DUQUE, Irlanda, “*La ilegal detención y la no vinculación a proceso*”, Revista Hechos y Derechos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, número 50, marzo – abril de 2019.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, *Breve introducción al juicio de amparo mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013.
- GARCÍA FALCONI, Ramiro, Límites y alcances de la privación de libertad de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017.
- GARGARELLA, Roberto, *Constitucionalismo vs Democracia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015.
- GOÍZANI, Osvaldo Alfredo, *Medidas cautelares en el derecho procesal electoral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Geraldine, “¿*Qué pasó, entonces, en la Suprema Corte?*”, México, Revista Nexos, El juego de la Suprema Corte, septiembre de 2013.
- GONZÁLEZ VOLIO, Lorena, *El derecho a la libertad personal: respuestas del sistema interamericano de los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.
- GUERRERO ZAZUETA, Arturo, *Posicionamiento de la Suprema Corte: La contradicción de tesis 293/2011*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017.
- GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio, *Observatorio ciudadano del sistema de justicia: arraigo, medidas cautelares y ejecución penal*, México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C, 2015.
- GUTIÉRREZ, Juan Carlos y Cantú, Silvano, *El arraigo y la seguritización de la justicia penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017.
- HERNÁNDEZ LEÓN, Simón y Maldonado, Leopoldo, “Peña Nieto y su iniciativa para restringir derechos fundamentales”, Revista Nexos El Juego de la Suprema Corte, México, abril 2014.

- HERNANDEZ, BARROS, Julio Alberto, *Aprehensión, detención y flagrancia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013.
- INSULZA, José Miguel, Definición y categorización de pandillas, Estados Unidos, Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 2007.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “Garantías en los estados de emergencia”, Foro Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, 2010.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *El debido proceso en el siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016.
- M. HAZEN, Jennifer, “Análisis de las pandillas desde la perspectiva de grupos armados”, *International Review of the Red Cross*, Inglaterra, 2010, núm. 878, junio de 2010.
- MANCERA ESPINOSA, Miguel Ángel, *¿Derecho penal del enemigo en México?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.
- MARTÍNEZ BAZÁN, Abraham, *Las medidas cautelares y la prisión preventiva en el nuevo sistema acusatorio adversarial*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017.
- MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola, *El juicio de amparo, su naturaleza jurídica y relación con los tribunales constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.
- MARTÍNEZ VENTURA, Jaime E., *Estado de Excepción. Suspensión de garantías. Garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- MÉNDEZ LÓPEZ, Adalberto y Cárdenas Soriano, Gustavo, “Restricciones constitucionales al control de convencionalidad en México”, *Revista Methodos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2018.

- MERCADO MORALES, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia como un derecho fundamental*, Revista Hechos y Derechos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, Número 29 de 2015.
- OROZCO ENRÍQUEZ, Jesús y Quintana Osuna, Karla, *Criterios relevantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Aplicables a la Justicia Penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016.
- PALACIOS VALENCIA, Yennesit, *Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional*, Costa Rica, Universidad Nacional de Costa Rica, 2017.
- PATRÓN SÁNCHEZ, Mario Ernesto, *Arraigo y Recomendación 2/2011*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2016.
- PELÁEZ FERRUSCA, Mercedes, *Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de restricciones al derecho humano a la libertad: la detención y el arraigo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016.
- PÉREZ GÁNDARA, Raymundo, “*La idea de derecho penal de excepción. Una lectura desde la razón de Estado*”, Hechos y Derechos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, número 37, enero – febrero 2017.
- PEREZ, ALBERTO, Francisco, *Más de 30 mil pandilleros detenidos en el Salvador en 50 días*, La Jornada, México, 2022.
- PETZOLD RODRÍGUEZ, María, *Noción de supremacía constitucional. Justicia y jurisdicción constitucional*, Venezuela, Universidad del Zulia, 2017, p. 379.
- REY CANTOR, Ernesto, *Supremacía constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.
- RODRIGUEZ MANZO, Graciela, *Bloque de constitucionalidad en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016.
- SÁCHICA, Luis Carlos, *Libertad y liberación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.

- SALAZAR UGARTE, Pedro, “*Tenemos bloque de constitucionalidad, pero con restricciones*”, México, Revista Nexos, 2013.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual, México, Instituto Belisario Domínguez Senado de la Republica, 2014.
- SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo, El juez penal federal especializado en medidas cautelares, México, Porrúa, 2010.
- SÁNCHEZ, Carlos, *Sobre el concepto del crimen organizado. Significación de su contenido en la legislación penal salvadoreña*. Salvador, Asociación Internacional de Derecho Penal, 2012.
- SÁNCHEZ, Miguel Carbonell, “*¿Qué es la presunción de inocencia?*”, Revista Hechos y Derechos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, Número 56, marzo – abril de 2020.
- SATURNINO SUERO ALBA, José, *La contradicción de tesis ¿solución al problema o problema sin solución?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.
- SAVENIJE, Wim, Las pandillas trasnacionales o maras: violencia urbana en centroamérica, *Foro Internacional*, México, 2007, vol. XLVII, núm. 3, julio – septiembre 2007.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *El arraigo entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconvencionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *Principio pro homine vs restricciones constitucionales: ¿Es posible constitucionalizar el autoritarismo?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018.

- TAPIA OLIVARES, Luis Eliud, *Guía para entender la discusión que viene: la prisión preventiva oficiosa y las restricciones constitucionales*, Revista Nexos: El Juego de la Suprema Corte, México, agosto de 2022.
- VASQUEZ MORALES, Gerardo, *Supremacía Constitucional: Enfoque teórico del conflicto de jerarquía, jurisdicción y competencia*, Ecuador, Universidad de Guayaquil, 2018.
- VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, Francisco, *La ponderación en movimiento. Un ejemplo de su aplicación como medio para resolver la colisión entre derechos fundamentales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016.
- ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo, *El arraigo como restricción injustificada del derecho a la libertad personal y del principio de presunción de inocencia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017.
- ZINNY, Jorge Horacio, *El concepto de debido proceso*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2016.
- ZÚÑIGA NÚÑEZ, Mario, “Las maras salvadoreñas como problema de investigación para las ciencias sociales”, *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, Costa Rica, 2007.

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

- Tesis: 1a./J. 107/2012 (10a.), *Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t.II; octubre de 2012, p. 799
- Tesis: 1a./J. 78/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t.X, noviembre de 1999, p. 55
- Tesis: 1a./J. 78/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t.X, noviembre de 1999, p. 55
- Tesis: 1a./J. 78/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t.X, noviembre de 1999, p. 55

Tesis: 1a./J. 78/99, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, t.X, noviembre de 1999, p. 55

Tesis: 1a./J. 85/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, octubre de 2017, p. 189

Tesis: P. XXII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXIII, febrero de 2006, p. 1170.

Tesis: P. XXII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXIII, febrero de 2006, p. 1170

Tesis: P. XXII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXIII, febrero de 2006, p. 1170

Tesis: P. XXIII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXIII, febrero de 2006, p.1171

Tesis: P. XXIII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXIII, febrero de 2006, p. 1171

Tesis: P./J. 31/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, mayo de 2014, p. 269

Tesis: P./J. 32/2014 (10a.), Semanario del Judicial de la Federación y su Gaceta, t.I, mayo de 2014, p. 271.

Tesis: P./J. 32/2014 (10a.), Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, t.I, Décima Época, mayo de 2014, p. 271.

Tesis: (X Región)1o.1 CS (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, septiembre de 2018, p. 2571

Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, febrero de 2012, p. 533.

Tesis: XXVII.3o.13 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.III, marzo de 2015, p. 2465.

Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, febrero de 2014, p. 396

Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2014, p. 202.

Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2014, p. 202.

Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2014, p. 202.

Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2014, p. 202

Tesis: P./J. 21/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2014, p. 204

Tesis: 1a./J. 24/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, abril de 2014, p. 497

Tesis: 1a. CLXVIII/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXI, enero de 2005, p. 412.

Tesis: 1a. CXXVI/2010, Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXXII, diciembre de 2010, p. 166.

Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, diciembre de 2011, p. 551

Tesis: 1a. CCCXLIV/2015 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, noviembre de 2015, p. 986

Tesis: 1a. CCLXXII/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, noviembre de 2016, p. 894.

Tesis: 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, octubre de 2015, p. 647

Tesis: 1a. CCXLVII/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, junio de 2014, p. 442.

Tesis: 1a. CLXXIX/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.I, mayo de 2013, p. 565

Tesis: I.1o.P.119 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.III, agosto de 2018, p. 2961.

Tesis: I.9o.P.272 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.VI, agosto de 2020, p. 6103

Tesis: II.1o.P.12 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.III, abril de 2018, p. 2269

Tesis: PC.I.A. J/171 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Undécima Época, t.IV, junio de 2021, p. 4441.

Tesis: PC.III.A. 2 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Undécima Época, t.IV, agosto de 2021, p. 4592

Tesis: XIX.1o. J/7 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.III, noviembre de 2019, p. 2000.

Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) 25 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.III, febrero de 2014, p. 2162

Tesis: I.1o.P. J/12, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.IX, enero de 1999, p. 610

Tesis: XI.1o.A.T.45 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXXI, mayo de 2010, p.2079

Tesis: XI.1o.A.T.47 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXXI, mayo de 2010, p.1932

Tesis: I.4o.A.4 CS (10ª.), Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t.II, septiembre de 2020, pág.967.

Tesis: I.7o.C.51 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXVIII, diciembre de 2008, p. 1052.

Tesis: I.9o.P.69 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXVII, enero de 2008, p. 2756.

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua

Código Federal de Procedimientos Penales

Código Nacional de Procedimientos Penales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Constitución Política del Salvador

Convención Americana de Derechos Humanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Ley de amparo

Pacto de los derechos civiles y políticos del hombre

DR. LADISLAO ADRIÁN REYES BARRAGÁN

Profesor-investigador de tiempo completo, en el área de Derecho Penal.

Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

Cel 5513434745

Correo: ladislao.reyes@uaem.mx

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Coordinador de la División de Estudios Superiores.

Dr. Juan Manuel Ortega Maldonado

Programa de Posgrado en Derecho

En relación a su atenta comunicación, me es grato hacerle llegar mi DICTAMEN APROBATORIO a la tesis “LA INCONVENCIONALIDAD DEL ARRAIGO Y SUS OBSTÁCULOS FRENTE A LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES

” presentada por la Licenciada Katery Isamara Castillo Uriostegui, para optar por el grado de Maestro en Derecho, por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Mi dictamen se fundamenta en las siguientes consideraciones:

1. En términos de pertinencia temática

La tesis es de actualidad tan es así, que el arraigo sigue siendo una figura cuestionada porque es un secuestro legal, a pesar de que el arraigo, se encuentra amparado en el párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución Federal; mismo que consiste en la privación de la libertad de una persona por un plazo que no puede exceder en ningún caso de los ochenta días en el lugar y forma previsto en la ley por ser necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista el temor fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia; en otras palabras, el arraigo permite privar de la libertad de manera anticipada a una persona que se presume participe de la comisión de diversos delitos de delincuencia organizada.

No obstante, si bien es cierto, el arraigo pretende asegurar el éxito de la investigación por ser la delincuencia organizada una estructura criminal compuesta por tres o más personas y cuyo fin, es perpetrar de manera reiterada diversos hechos delictivos que lesionan gravemente distintos bienes jurídicos y en esencia la seguridad nacional, no menos cierto es que, dicha figura atenta de manera directa contra el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia mientras no se obtenga una sentencia condenatoria firme; pues en esencia, en el arraigo primero se detiene y luego se investiga, lo que produce un daño de imposible reparación a la esfera jurídica del hasta ese momento detenido. Este es pues, el objeto de discusión de la tesis.

2. Contenido

Para demostrar la inconstitucionalidad del arraigo la tesista desarrollo cuatro apartados, en el primero realiza un acercamiento teórico de la medida cautelar del arraigo y la delincuencia organizada. En el segundo apartado desarrolla la génesis de la privación de la libertad en particular del arraigo. En el tercero

describe la figura del arraigo en el mundo y como opera. En el cuarto capítulo demuestra que es inconstitucional la figura del arraigo, para ello presenta casos como el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. En términos de forma

La tesis cumple con la forma y el fondo, el texto es legible y permite una fácil comprensión. La tesista realizó un esfuerzo por atender las observaciones que se le hizo, desde mi perspectiva la tesis cumple con los objetivos establecidos para la Maestría en Derecho.

Atentamente

“Por una Humanidad culta”

Cuernavaca, Estado de Morelos, 16 de febrero de 2023.

Dr. Ladislao Adrián Reyes Barragán



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

Se expide el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

LADISLAO ADRIAN REYES BARRAGAN | Fecha:2023-02-16 11:20:35 | Firmante

eBT7+fxfRJ5e3psEmJUfsioPkfLInGV1J1xYO5V+hFv5CCVFwz38sUUhdOcaa6PINTHgKXdtoU4A0TEnEKyaChnWQgkOAvzz1cZzlwjnEeiTuATNu+pdNy3BsWj37C7k8Cb/IpS7wUGqPY134wmpuVuYxO9NNSUgHKi3YScoWbdw/v0Gxh8+I137T4rz6xzmHWI22F7igIAMM4os8lPkvWFsl218CsRIWPru+9cSn1h0bKulCvQL85DTMG4WWqC5Gizaw5WY/EG/EeWI5/WGVwh1gLG4cmcNI9WpWdGfQEQkCajy2yzWLC5tBt8k24ptGzgfkcSNhjG8+5T14MrQBg==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



[aN6sbFKIZ](#)

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/broHE9ZkTHhBULFv4CQybGNc6qMaJnE2>



Ciudad Universitaria; a, 9 de marzo de 2023.

DR. JUAN MANUEL GÓMEZ RODRÍGUEZ.

JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
P R E S E N T E

Distinguido Dr. Gómez:

En relación con el trabajo de tesis desarrollado por la C. Licenciada **KATERY ISAMARA CASTILLO URIOSTEGUI** denominado “**LA INCONVENCIONALIDAD DEL ARRAIGO Y SUS OBSTÁCULOS FRENTE A LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES**”, que presenta para obtener el grado de Maestra en Derecho, del programa académico acreditado ante el PNPC (CONACYT), por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y que se me encomendó como miembro de la Comisión Revisora; me permito manifestarle lo siguiente:

En virtud de que el trabajo contiene un argumento problematizado; una tesis que responde al problema argumentado; un marco teórico sustentado; una estructura capitular que responde a la tesis, con su consecuente desarrollo metodológico reflejado en la lógica de los argumentos jurídicos; **OTORGO MI VOTO APROBATORIO**, para que el trabajo sea sustentado como tesis en el correspondiente **Examen de Grado**.

A T E N T A M E N T E

DR. RUBEN TOLEDO ORIHUELA

Profesor Investigador de Tiempo Completo
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES-UAEM



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

Se expide el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

RUBEN TOLEDO ORIHUELA | Fecha:2023-03-10 06:26:22 | Firmante

kQVKP08pAwi3huh3qu69+Wt0iPpU1FqJjuXwTCrKQsmvPe6DFcg7GV2Q9Z9uXxVjWdPd5ZGK869qs4O3iRqabxhesYL/dwTds66p0YYx+V9dXYaXcGwBtEo47gsEhdf/O9Kda9Epe972W9HQDkk/A+Xp3QLO9Uzs81rSuFS1jFJ2JrQVcbt6xUnpdGNL1d2xGZKz2SrdDWzN7dwE03OFh+aLU9E9HgjBF6q/wGcoFKBUInCP7aDtVCXJMn9rNqQCgMZCjs3gE6GhE5sITDrMZha4A4FE4EqT2/hyFjUSRBNLCHDwnl7uBogZUa1y5XYO8Xcd6nblwepdSvFoWjVR0Q==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



[USDohiJs5](#)

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/wf3pOU7GuKB112A6HI21E65fL4n3Erqm>





UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Av. Universidad 1001, col. Chamilpa, C.P. 62209, teléfonos: (01-777) fax: 3297061, conmutador: 3297000 ext. 7061.

Cuernavaca, Morelos; marzo 15 de 2023.

Asunto: Voto razonado de tesis

**DR. JUAN MANUEL GÓMEZ RODRÍGUEZ
COORDINADOR DE POSGRADO DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

En atención al oficio número 083/02/23/DESFD, de fecha del veintidós de febrero del año en curso, por el que se me designa como miembro de la Comisión Revisora en el trabajo de tesis intitulado: **“LA INCONVENCIONALIDAD DEL ARRAIGO Y SUS OBSTÁCULOS FRENTE A LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES”**, presentado por la Lic. Katerly Isamara Castillo Uriostegui, para optar al grado de maestra en Derecho que se imparte en ésta Facultad; con tal carácter, le informo que otorgo mi **VOTO APROBATORIO**, toda vez que su trabajo de investigación se ajusta a los criterios metodológicos de investigación, originalidad y demás requisitos académicos aplicables para esta finalidad.

**Atentamente
“Por una humanidad culta”**

**Dr. Daniel Arturo Montero Zendejas
Profesor Investigador de Tiempo Completo**



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

Se expide el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

DANIEL ARTURO MONTERO ZENDEJAS | Fecha:2023-03-15 08:40:27 | Firmante

fYqqV7RmXAStM/ULM0wvX3Gc1BvASVRKfpEt40ZkME6IAjTFcCxNcCYjCOvOva3Gj+cULfZsH9uDsXnEa9ShNMNHkek0rtwAY1ysLkhZxT6g+7Pqj0yd4XVbHu6E+5tmd8X3skxV4GPP9PDSfh9aqQIKbVAVpBvF13BU+vjdM5RNMzI9RRUxl2MQxlXcMlkEdwWVog3ioHCN7h432WImhUDESoTnXwg1k1QqMfr0xexprLyICrNeO2GVc+uI00wwrpiPHui+DdW5EoeyrlcwZc/uaOxQry+qIz50s1BHm4tgSfaqtzLIApR6VliuMtBeDsprLb4JjKYMTkrkkdABUYQ==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



[P45v3dMtb](#)

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/QwfHsrBwDaddaryCFqdMxoDij31YK5>





UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS



CUERNAVACA MORELOS A 22 DE MARZO DE 2023

DR. JUAN MANUEL GOMEZ RODRÍGUEZ

**JEFE DE LA DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UAEM.**

P R E S E N T E.

Por medio de la presente me dirijo a usted para manifestar que una vez que fui designado como integrante del comité revisor mediante Of. 083/02/23/DESFDD de fecha dos de marzo del año en curso del trabajo de investigación intitulado **“LA INCONVENCIONALIDAD DEL ARRAIGO Y SUS OBSTÁCULOS FRENTE A LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES”**, elaborado por la estudiante **LIC. KATERY ISAMARA CASTILLO URIOSTEGUI**, del Programa de Maestría en Derecho acreditado ante el **PNPC (CONACYT)**. y que se desarrolló bajo la dirección del Dr. Ladislao Adrián Reyes Barragán para la obtención del grado académico de Maestría en Derecho, y una vez que he revisado dicha investigación, expreso que la misma se ha concluido satisfactoriamente, por lo que otorgo **VOTO APROBATORIO**, con base en los siguientes razonamientos:

Se trata de un trabajo original, desarrollado en cuatro capítulos, en el cual se sigue una investigación científica ordenada, apreciándose la utilización de métodos de investigación y se observa el uso de la técnica de investigación documental.

Se aprecia un sustento teórico basado en el estudio de los distintos instrumentos reguladores del Derecho, se observa, asimismo, un aparato crítico suficientemente especializado, apoyado en referencias bibliográficas, normativas y electrónicas. El problema de investigación tiene que ver con el fenómeno del arraigo, que supone una restricción injustificada del derecho, a la libertad personal y del principio de presunción de inocencia y propone una reforma al primer párrafo del artículo primero constitucional para suprimir en forma definitiva las restricciones ordinarias previstas en la ley suprema y dejar subsistentes únicamente las restricciones extraordinarias del artículo veintinueve constitucional.

Al final se presentan conclusiones generales que contiene una hipótesis sólida de solución al problema de investigación. Considero que esta hipótesis cuenta con sustento lógico y coherente en relación con los contenidos de la investigación acordes a lo dispuesto por la normatividad universitaria al respecto.

Por todo lo anterior manifiesto que, en mi carácter de miembro del comité revisor de la citada investigación, la apruebo plenamente a efecto de que la interesada pueda continuar con los trámites pertinentes para la celebración de su examen recepcional, ratificando mi **VOTO APROBATORIO**.

ATENTAMENTE
“POR UNA HUMANIDAD CULTA”

PITC. DR. FRANCISCO XAVIER GARCÍA JIMÉNEZ



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

Se expide el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

FRANCISCO XAVIER GARCIA JIMENEZ | Fecha:2023-03-22 22:09:04 | Firmante

JKowj6j+I7IHRZsQQrxTtKic9NuNR TA8tD3c5+lyqWGndfogyHHUQiYBU4IhRZd+G1B7TDXpnbJwNsKY9sUoOWzutmaQ4ImxciHoFT8dX3f166WNCYVPLR/e3ANAIFT5LxrUHKOfIUw1AwlEn/9Hf2qi6s/SoUJrjAlaigjqXQ9aiC7JUCstlLiYBazanXgz1U55V0LKhD5KnBqnyqfJ+YpgiG8+1fN2EWmOCPu569UaCG6BNGCJdmTMrF2q4tDlnPghQfxUypxcl0maO1+muvfjzL+ja9VivFgIv4EukKVM2IH+AfoK4N4CthvQJ3EZlakVbeEjdBF0O8s5nU6ulA==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



[BdoZYnejW](#)

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/hDg3xM8oIUoNLPvYFSW0FSij1maLhVK>



Asunto: Voto razonado de la tesis de la
Lic. Katerly Isamara Castillo Urióstegui
Cuernavaca, Mor., a 6 de marzo de 2023

DR. JUAN MANUEL GÓMEZ RODRÍGUEZ
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS (UAEM)
PRESENTE

En referencia al oficio número 083/02/23/DESFDF con fecha del veintidós de febrero de dos mil veintitres, por el que se me designa como profesor evaluador externo de la Comisión Revisora en el trabajo de tesis intitulado: “LA INCONVENCIONALIDAD DEL ARRAIGO Y SUS OBSTÁCULOS FRENTE A LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES””, presentado por la LIC. KATERY ISAMARA CASTILLO URIOSTEGUI, para optar al grado de Maestra en Derecho que se imparte en esta unidad académica de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Con tal carácter, le informo que otorgo mi VOTO APROBATORIO; toda vez que el trabajo enviado demuestra que la metodología de investigación aplicada es propicia para una investigación a nivel maestría, empleando aspectos de la investigación teórica mediante la técnica documental, así como de derecho comparado, por lo que presenta una investigación debidamente sustentada.

Por todo lo anterior, en mi carácter de revisor evaluador externo me permito otorgar mi VOTO APROBATORIO a la tesis desarrollada por la LIC. KATERY ISAMARA CASTILLO URIOSTEGUI.

Atentamente

Francisco Rubén Sandoval Vázquez
SNI1-PITC-FESC-UAEM



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

Se expide el presente documento firmado electrónicamente de conformidad con el ACUERDO GENERAL PARA LA CONTINUIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL VIRUS SARS-COV2 (COVID-19) emitido el 27 de abril del 2020.

El presente documento cuenta con la firma electrónica UAEM del funcionario universitario competente, amparada por un certificado vigente a la fecha de su elaboración y es válido de conformidad con los LINEAMIENTOS EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA PARA LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MORELOS emitidos el 13 de noviembre del 2019 mediante circular No. 32.

Sello electrónico

FRANCISCO RUBEN SANDOVAL VAZQUEZ | Fecha:2023-03-08 14:02:16 | Firmante

ImuxHyKc/oNIIF7Ni1O8skTsE++zAnfJvqFuMunFPuDCAJf/dSn3WZe1Ga9Q/0xXXc88+S1hoJ9ihYd/9aDUGCYHnF/FF9SyxWjNjq21px9jwwAL6FCmP4Qvl347RE+U1v4McF8PVmO4J38ijnHhTWw1E/AlnulQmilGal14EAhlL80JOWf6oj+7fckblke1+AL1CurlrL2fZ4MH4mjko9OMjEWhNpiOzx6Q66CGgLM2tf5O1ME5hbJsxwVjc4spku9bh+Ipi4D3maGOIW/41F1CzdGMYrGP9iUc+nICOYFPkA5pY/zJ2EMN8obB3ad67kFCrRG5vFBfe0HBhrjg==

Puede verificar la autenticidad del documento en la siguiente dirección electrónica o escaneando el código QR ingresando la siguiente clave:



[KNzYVJL6d](#)

<https://efirma.uaem.mx/noRepudio/OzSLb1HCi34WyLumn407gkDTjBHRv2O>

