

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

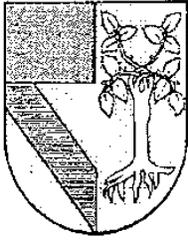
CAMPUS GUADALAJARA

CARLOS ALBERTO SALAZAR HERNÁNDEZ

**“INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL DEL
ARRAIGO CON EL DERECHO HUMANO DE
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA PREVISTO EN LOS
ARTÍCULO 16 Y 20”**

**Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en Derecho con
Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN PÚBLICA, según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86**

Zapopan, Jalisco, Octubre de 2017.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

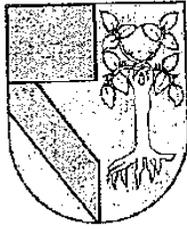
C. CARLOS ALBERTO SALAZAR HERNÁNDEZ
Presente.

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **“INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL DEL ARRAIGO CON EL DERECHO HUMANO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA PREVISTO EN LOS ARTÍCULO 16 Y 20”**, presentado por Usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN

DR. EDUARDO ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

Facultad de Derecho

LIC. MANUEL ENRIQUE TOVAR HERNÁNDEZ
Secretario Académico de la Licenciatura en Derecho
Presente.

Por medio del presente hago de su conocimiento que **CÁRLOS ALBERTO SALAZAR HERNÁNDEZ**, ha concluido satisfactoriamente su trabajo de tesis titulado:

"INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL DEL ARRAIGO CON EL DERECHO HUMANO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 16 Y 20".

Manifiesto que después de haber sido dirigida y revisada por el suscrito, reúne todos los requisitos técnicos y académicos para solicitar fecha de Examen Profesional.

Agradezco de antemano la atención que puedan brindar al presente, reiterándome a sus órdenes.

Atentamente

GERARDO I. DE LA CRUZ TOVAR
Director de Tesis

A ti Dios que me diste la oportunidad de vivir y de regalarme una familia maravillosa.

A mi familia, las personas más importantes en mi vida y a quienes les debo todo; por ser mi ejemplo a seguir, por su amor y apoyo para cumplir mis metas, en especial a mi madre, quien me enseñó a nunca rendirme y que puedo lograr todo lo que me proponga, hizo de mí, el ser humano que soy; a mis amigos, por estar conmigo en todo momento.

A la Universidad Panamericana, a todos mis profesores, a mis amigos del Juzgado, especialmente a mis asesores de tesis Francisco Resendiz Neri y Gerardo I. de la Cruz Tovar, a quienes agradezco que contribuyeron en mi formación académica y profesional.

ÍNDICE

	Página
Introducción.....	7
I. Arraigo.....	15
1. Historia.....	15
2. Antecedentes.....	17
3. Historia en México.....	19
4. Análisis conceptual.....	24
A) Clases de arraigo.....	31
B) Sujetos y objeto.....	34
C) Procedencia.....	35
D) Limitaciones.....	37
5. Juez y arraigo.....	39
6. Víctima y arraigo.....	44
7. Centro Nacional de Arraigo o Centro Federal de Investigaciones.....	49
8. Estudio comparado.....	51
II. Delincuencia organizada.....	55
1. Derecho penal del enemigo.....	55
2. Delincuencia organizada única hipótesis de procedencia del arraigo.....	62
3. Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.....	65
III. Principio de presunción de inocencia.....	72
1. Historia.....	72
2. Concepto.....	75
3. Principio de presunción de inocencia en México.....	82

4. Presunción de culpabilidad en criterios jurisprudenciales y legislación.....	89
5. Vertientes de la presunción de inocencia establecidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	99
IV. Reformas de 18 de junio de 2008.....	107
1. Exposición de motivos de la reforma de 18 de junio de 2008.....	120
2. Contradicciones de la reforma de 18 de junio de 2008.....	128
V. Reformas de 10 de junio de 2011.....	133
1. Control de Convencionalidad.....	137
2. Control de Convencionalidad en México.....	141
A) Caso Radilla Pacheco vs. México.....	148
B) Casos relevantes de Presunción de Inocencia emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	157
3. Presunción de inocencia en tratados internacionales de conformidad con el artículo 1 Constitucional.....	163
4. Principio pro persona y su límite establecido por la misma Constitución y criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	173
VI. Presunción de inocencia en recomendaciones dadas por organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos de conformidad con el artículo 102 apartado B de la Constitución.....	186
1. Recomendaciones de diversas instituciones.....	186
2. Iniciativas de reforma.....	190
3. Recomendaciones de organismos internacionales.....	192

VII. Otros factores que confirman que el arraigo debe eliminarse.....	206
1. Ineficacia del arraigo.....	206
2. Tortura.....	210
VIII. Medidas sustitutorias al arraigo.....	218
IX. Metodología para analizar medidas legislativas que intervengan con un derecho fundamental.....	222
1. Primera etapa del test de proporcionalidad, finalidad constitucionalmente valida.....	226
2. Segunda etapa del test de proporcionalidad, idoneidad.....	228
3. Tercera etapa del test de proporcionalidad, necesidad de la medida legislativa.....	230
4. Cuarta etapa del test de proporcionalidad, proporcionalidad en sentido estricto.....	233
X. Incompatibilidad del arraigo y la presunción de inocencia.....	237
XI. Artículo 135 Constitucional.....	253
Conclusiones.....	255
Propuesta.....	266
Bibliografía.....	268
Revistas.....	273
Legislación.....	277

INTRODUCCIÓN

“El derecho no puede ser injusto;
Sería una contradicción.
Pero la ley bien puede serlo”
G. Leibniz

El planteamiento del problema de la presente tesis, versa respecto a que en la reforma Constitucional del dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció un modelo garantista del sistema de corte penal acusatorio, asimismo se reconoció formalmente el principio de presunción de inocencia como un elemento esencial que constituye la piedra angular de este nuevo sistema y de manera incongruente se elevó a rango constitucional el arraigo; resultado de la reforma Constitucional de diez de junio de dos mil once, se incorporó el control de convencionalidad en el sistema Constitucional Mexicano, con la interpretación del principio pro persona, dotando con ello de amplias facultades y de diversos instrumentos para lograr una protección efectiva a los derechos humanos, con lo que el Estado Mexicano se encuentra obligado a respetar el derecho humano de la presunción de inocencia, en ese sentido siendo congruentes con el principio de progresividad de los derechos humanos, el arraigo resulta ser una antinomia.

La metodología utilizada para la elaboración del presente trabajo, fueron el método científico deductivo, inductivo, analítico, descriptivo, histórico y concordancia, herramientas

necesarias para estructurar un trabajo sustentado y congruente con la realidad jurídica y fáctica.

“Todo hombre es inocente hasta que se compruebe lo contrario”, uno de los principales derechos de toda persona imputada y una de las primeras enseñanzas en la Universidad y sin embargo la última en aplicarse en realidad.

En todo juicio penal, el imputado se enfrentará contra el poder del Estado, ya que éste es quien lleva la acusación frente a un ciudadano común y corriente, con esto, el imputado se encuentra en total desventaja, frente al poderío que representa su contraparte, es por ello que todo ciudadano tiene una serie de derechos que sirven de contrapeso y con ello, de cierta manera, estar en igualdad frente a la acusación, en el caso, obliga al fiscal a probar la culpabilidad del procesado y no que éste tenga la carga de acreditar su inocencia.

La finalidad que busca el arraigo es afianzar la responsabilidad a las resultas de un juicio, sin embargo, los requisitos indispensables para dictar esta medida, no son nada rigoristas y con requisitos muy someros, pueden privar de la libertad a las personas, por lo que su aplicación se convierte en un abuso intolerable; motivo por el que el arraigo ha sido ampliamente criticado, ya que se atentan múltiples derechos fundamentales, uno de ellos, el principio de presunción de inocencia, que se contiene en el artículo 20, apartado B,

fracción I, Constitucional y en diversos tratados internacionales.

La Carta Magna, en su artículo 16, a partir de la reforma de dieciocho de junio de dos mil ocho, establece un modelo garantista del sistema de corte penal acusatorio, asimismo, constitucionaliza la figura del arraigo penal y acota su aplicación única y exclusivamente tratándose de delitos de delincuencia organizada, actuar que obedece a la llamada teoría del derecho penal del enemigo, por lo que se expondrán las razones por las cuales considero que la existencia de un régimen de excepción implica, contradicción al garantismo y al principio de presunción de inocencia, pilares sobre los cuales se funda el nuevo sistema penal acusatorio.

Asimismo, en la mencionada reforma, se contempla expresamente el principio de presunción de inocencia, en el artículo 20 Constitucional, derivado de este reconocimiento formal, surge la necesidad de realizar diversos cambios y adecuaciones que faciliten la implementación de este derecho humano y que se garantice su cumplimiento.

Posterior, a esta reforma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, evidencia internacionalmente al Estado Mexicano con la sentencia del caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, con la que se obligó a México a reinterpretar y tomar medidas más serias con respecto a los Derechos Humanos,

precisamente la reforma constitucional de diez junio de 2011, estableciendo en su artículo primero:

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.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

(...)

Diversos tratados internacionales contemplan el derecho humano de la presunción de inocencia, los cuales se abordarán en el presente trabajo de conformidad con el artículo 1 Constitucional; sin embargo, lo trascendental de la presente tesis es en lo nacional, porque somos precisamente los mexicanos los que nos vemos desprotegidos y vulnerados en nuestros derechos fundamentales, por nuestra Propia Constitución.

Los derechos humanos son la esencia que ha encauzado los grandes movimientos sociales, surgieron para enmendar lo que históricamente era inaceptable.

De manera ilustrativa abordaré el tema del control de convencionalidad, en donde los tratados internacionales han venido a ayudar mucho en este tema, al establecer reglas claras para que en verdad exista una verdadera presunción de inocencia en nuestro sistema Mexicano, aunque su aplicación real diste mucho de ser la ideal, pero demostrándonos que un instrumento internacional puede darnos una mejor protección que nuestra propia carta magna.

La criminalidad en México ha tenido un incremento considerable en los años recientes, al grado que la ley que busca frenarla se ve rebasada fácilmente, no obstante que no se niega la buena voluntad del legislador al querer combatirla, en este complejo trabajo del Estado, por ningún motivo puede trastocar los derechos fundamentales de los gobernados, agregando que no se puede perder de vista la tutela de los intereses de la víctima, lo que conlleva un panorama realmente hostil.

El arraigo penal Mexicano es una figura *sui generis*, extraña en el mundo jurídico procesal penal, se reconoce en varias legislaciones procesales penales de países latinoamericanos como Argentina, Costa Rica y Colombia, sin embargo, en dichos países, lo denominan prisión preventiva, asignando funciones específicas de alternatividad a la prisión preventiva o de ejecución de penas, pero de ninguna manera una privación de la libertad para investigar como acontece en México, la que podríamos considerar como una pena privativa de libertad anticipada, con camuflaje de medida cautelar.

Asimismo, establecer que el principio de presunción de inocencia es en realidad más allá de un mero silogismo jurídico, al elevar el principio de presunción de inocencia a un derecho humano, se considera parte del conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya aplicación resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona que vive en una sociedad jurídicamente organizada.

En este orden de ideas, en el presente trabajo de investigación, analizaremos la figura del arraigo penal, haciendo una confrontación con el principio de presunción de inocencia, contempladas en los artículo 16 y 20 Constitucional, definiendo el concepto de manera genérica y en específico del arraigo, remontando a la procedencia o improcedencia del mismo, para continuar con el origen del principio de presunción de inocencia, interpretación, evolución y observancia como piedra medular en la investigación, donde además de declarar que el arraigo es incompatible al principio de presunción de inocencia, destacaré su ineficacia y su tendencia a llevar a cabo actos de tortura; todos estos aspectos nos proporcionan los elementos para adentrarnos al aspecto medular de la presente tesis, el cual consiste en la hipótesis de eliminar la figura del arraigo, planteando una reforma para reestructurar la institución de la Procuraduría General de la República, a efecto de establecer un adecuado engranaje con la labor de inteligencia policial, además la implementación de diversas medidas precautorias, con las que se pueda obtener resultados satisfactorios que frenen a la delincuencia, dentro de los plazos establecidas en el artículo 16 Constitucional, sin violentar derechos fundamentales, apoyándonos en la

legislación, jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera, con ello se armonizarían los conceptos constitucionales.

En el presente trabajo, se hace el análisis entre el arraigo y el principio de presunción de inocencia consagrado en los artículos 16 y 20, apoyándonos para mayor ilustración con diversos tratados internacionales, como lo son la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en efecto, lo que más le favorece a la persona arraigada, según el principio pro persona, sería atender al principio de presunción de inocencia; además abordaremos la interpretación dada por la Suprema Corte, en cuanto a la metodología para analizar medidas legislativas que intervengan con un derecho fundamental y los criterios de que la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones ya que todos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás, asimismo la exposición de motivos de las reformas de 2008 y 2011, además la obligación que tiene el Estado Mexicano de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano nacional o internacional de derechos humanos, en caso de que exista contradicción entre una figura establecida por la Constitución y derechos humanos contenidos en la misma, estos últimos podrían verse limitados o restringidos, lo cual no se comparte en esta tesis.

Lo que debe prevalecer son las disposiciones relativas a la protección más amplia de los derechos humanos, sin importar en que ordenamiento se encuentren, no compartir esta postura es

alejarse de la realidad de que vivimos en el siglo XXI, donde el derecho es dinámico y se va ajustando a la realidad social, es esto lo que considero que es totalmente inaceptable e incongruente, es una contradicción afirmar que deben prevalecer las restricciones constitucionales a los derechos humanos que la misma contempla.

El pensamiento crítico es el producto o el reflejo del ejercicio del derecho a pensar por nosotros mismos y a dudar de todo aquello que se nos quiere presentar como cierto, para de esa manera asumirlo o no como tal, la duda está en el centro del pensamiento crítico, opuesto en tal virtud a una cultura no pensante, que acepta todo lo que se le dice, sin cuestionarlo simplemente por comodidad intelectual o personal, o porque la supuesta verdad proviene de alguien con autoridad o superioridad tal que lo que dice debe ser aceptado como cierto en todos los casos, en el presente trabajo se analizaran diversas figuras dadas por la autoridad y el derecho, que se han tenido por ciertas tradicionalmente, pero que a la luz del pensamiento crítico deben de ser cuestionadas, toda vez que, por su naturaleza se contraponen e independientemente de ello coexisten.

CAPÍTULO I

I. ARRAIGO

1. Historia

Limitar la libertad física de una persona es una medida relevante para cualquier civilización y el estudio de los motivos por los cuales es condicionada o suspendida, refleja las necesidades de una sociedad en un momento determinado.

Como antecedente el arraigo era utilizado como una medida que pretende tener a una persona en una situación geográfica limitada para que comparezca ante la autoridad judicial.

La limitación a la libertad es una consecuencia de la interacción entre personas, a medida que se hacen más complejas las relaciones de una sociedad, se requiere un mayor control para que el orden se respete, una de las medidas que se tomaban en la antigüedad para salvaguardar el orden, era la Ley del Talión, en donde la persona que causaba un daño, la pena era sufrir el mismo daño que había provocado, la justicia era expedita, sin necesidad de detener a una persona para ser examinada para determinar su culpabilidad o qué tipo de sanción imponer.

El arraigo no es una figura novedosa, sus antecedentes en las antiguas culturas son imprecisos, sin embargo, en el Derecho Romano, la cárcel, no era vista como una sanción, sino como una medida para que una persona respondiera ante las

pretensiones que eran fijadas por su parte acusadora en acciones de naturaleza civil o penal.

2. Antecedentes

Los estudios del Derecho Punitivo, se niegan a reconocer a la materia civil, como una rama del derecho con una gran injerencia en las demás, principalmente en la penal, sin embargo, puede estimarse que influyó en la creación del arraigo penal, un antecedente inequívoco de este arraigo para proteger personas, tal y como lo establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis:

ARRAIGO. La providencia precautoria de arraigo tiene por finalidad proteger al actor, para que en caso de obtener, no vea defraudado el ejercicio de sus acciones, por la ausencia de la parte demandada; y no puede considerarse limitada a dejar representación, debidamente expensada para cubrir tan sólo los gastos del juicio, pues si tal efecto no se hace extensivo a las resultas del juicio, haría totalmente nula protección que se pretende; con mayor razón debe considerarse así cuando se trata de una sentencia que merced a la apelación, y ante la posibilidad de la interposición del juicio de garantías, se encuentra *sub júdice*.¹

En ese sentido, ARELLANO GARCÍA², define al arraigo civil, como "...la providencia precautoria en cuya virtud se limita al desplazamiento de la persona física ya que no debe ausentarse del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, suficientemente instruido y expensado para resolver de las resultas del juicio..."

Otro antecedente directo, es el acto prejudicial de separación de personas, la cual es una medida preparatoria, que

¹SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada 270756, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Tercera Sala, Volumen LX, Cuarta Parte, civil, p. 164.

² ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Procesal Civil*, Porrúa, México, 1993, p. 115.

busca la separación de los cónyuges que pretenden divorciarse; asimismo en materia de violencia intrafamiliar, se prevé que se pedirá al órgano jurisdiccional competente que dicte las medidas provisionales a fin de proteger a receptores de violencia familiar, de lo anterior se advierte que desde un punto de vista material, en diversos temas civiles, se toca el rubro de este tipo de medidas cautelares, que en materia penal, resultan para la investigación de los delitos.

Independientemente de lo anterior, a pesar de que la materia civil, pudiere haber aportado experiencia material, el sustento filosófico penal que lleva implícita esta medida, es decir, el aspecto racional que motivó su creación, en el caso penal, es lograr el éxito de la investigación y la intención de proteger a la víctima del delito, en efecto, la ideología de creación de una figura en las diversas materias del saber jurídico, evidentemente es diferente, sin embargo, ello no impide que se aprecien las experiencias previas en las distintas materias y que su creación, goce de su individualidad de cada una de estas.

3. Historia en México

Hablar del arraigo penal, obliga a reflexionar en torno a que en la sociedad mexicana, como en cualquier otro país, la delincuencia ha elevado sus índices así como las medidas políticas tendientes a frenarlas, siendo el tema de la seguridad pública uno de los más preocupantes en la actualidad, ante tal realidad el Estado en el afán de encontrar mecanismos para dar solución a problemáticas derivadas de conductas delictivas, tiene como principal herramienta la justicia penal.

Entre las medidas que ha adoptado el Estado Mexicano para hacer frente a la delincuencia, se encuentra precisamente la del arraigo, la cual es una copia mal hecha del arraigo en España, donde se introdujo desde 1931, pero a nivel procesal y no de investigación.³ La justificación de su existencia se sustenta en el temor de que el imputado se sustraiga de la justicia y a su vez, en que la autoridad investigadora realice las diligencias que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto a quien se le atribuye la conducta reprochable.

El caso del arraigo en México, siendo presidente de la República Mexicana el licenciado Miguel de la Madrid Hurtado, se incluye en el Código Federal de Procedimientos Penales, en la reforma del mes de diciembre de 1983 y posteriormente en sus homólogos de cada entidad federativa de la República Mexicana,

³SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed. Oxford, México, 2004, p. 528.

dentro de la exposición de motivos, concretamente en el epígrafe relativo a las providencias cautelares, se subraya la necesidad de que en la actividad investigadora, se defina la implementación de medidas cautelares de carácter personal y patrimonial tendientes a asegurar la debida marcha de la investigación para lograr éxito en el ejercicio de la acción penal.

En ese tenor, la figura del arraigo ha resultado sumamente polémica desde su inclusión en el procedimientos penal mexicano, al afectar directamente a la libertad de las personas, punto controversial, donde la jurisprudencia mexicana, por contradicción de tesis, concluyó que si tiene afectación a la libertad personal y no solo de tránsito; sin embargo se sigue aplicando, a falta de una cultura de la investigación de los ministerio públicos y la falta de herramientas para hacerlo, la figura del arraigo es una tabla de salvación para construir los elementos que habrá de sustentar la comisión de algún delito, como se ve en la Jurisprudencia:

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.⁴ (Énfasis añadido)

En el año dos mil ocho, México constitucionalizó la figura del arraigo con una reforma antinómica en materia de derechos humanos.

Los actos privativos de libertad en el Derecho Penal reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son los siguientes:

- Mediante una sentencia definitiva e inatacable.
- Mediante una orden de aprehensión.
- Mediante un auto de formal prisión que decreta la prisión preventiva.
- En caso de delito fragante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación ante el Juez dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, o noventa y seis si se trata de delincuencia organizada; o en caso contrario, deberá ordenar la libertad.
- 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

⁴SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Jurisprudencia 1a./J. 78/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Registro 192829, Novena Época, Primera Sala, Tomo X, Noviembre de 1999, Penal, p. 55.

Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad.

- El arraigo.
- Prisión preventiva.
- Prisión preventiva oficiosa.

De los mencionados actos privativos de libertad, todos tienen una función específica directa frente a la pena, es decir, tiene una función de abono a la misma, pues se le reconoce como parte del cómputo para su cumplimiento, sin embargo, en un principio, no acontecía con el arraigo, ya que el arraigo derivaba de una norma adjetiva, por lo tanto, no se podía hablar formalmente de que la privación que se vuelve objeto el arraigado, sea una pena, ya que se trataba de un acto coercitivo estatal, de carácter instrumental con fines específicos, la de asegurar la disponibilidad del imputado, evitar su sustracción a la acción de la justicia, aunque tuviera los tintes propios de un castigo, sin embargo, en la actualidad, se toman en cuenta los días arraigados para el cómputo, como se ve en el criterio siguiente:

ARRAIGO. AUN CUANDO LA RETENCIÓN DEL INDICIADO SEA CON MOTIVO DE LA ORDEN DE DICHA MEDIDA, EN TÉRMINOS DE LO ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, DEBE ABONARSE ESE TIEMPO COMO PRISIÓN PREVENTIVA A FAVOR DEL INCULPADO. De la interpretación del artículo 20, apartado B, fracción IX, última parte, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se consagra como garantía individual de toda persona imputada (en un juicio del orden penal), que en toda pena privativa de la libertad que se imponga en una sentencia, se computará el tiempo de la detención, de lo que se colige primordialmente, la protección de manera inmediata y directa del derecho a la libertad personal, que resulta afectada al ejecutarse una detención aun cuando ésta tenga el carácter de provisional, como acontece tratándose del arraigo. **EN EFECTO, EL TIEMPO DE DETENCIÓN POR MOTIVO DE UNA ORDEN DE ARRAIGO** dictada en términos del artículo 16 de la Constitución Federal, a fin de llevar a cabo la debida integración de la

probable responsabilidad del indiciado en la indagatoria, **DEBE COMPUTARSE COMO PARTE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.**⁵ (Énfasis añadido)

⁵SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis: III.2o.P.263 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Registro: 162219, Tomo XXXIII, Mayo de 2011, p. 1020.

4. Análisis conceptual.

En un sentido amplio el término arraigo, según el Diccionario Jurídico Mexicano, se define como "ARRAIGO acción y efecto de arraigar; del latín ad y radicare, echar raíces."⁶

En sentido estricto, establece "ARRAIGO PENAL: Es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso."⁷

En la legislación civil actual se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda.

Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte.

En materia penal, 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

⁶INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 5ª ed., México, Porrúa, 1992, p. 218

⁷*Idem.*

podría ser utilizada con posterioridad para la etapa de juicio, la persona afectada queda sin situación jurídica clara, ya que aunque se encuentra detenida, no está formalmente sujeta a proceso.

Asimismo, "el arraigo es una medida cautelar que durante la carpeta de investigación se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que este cumpla con los requerimientos del Ministerio Público, en razón de la investigación de un hecho delictivo."⁸

El Ministerio Público debe contar con mecanismos con los cuales pueda actuar con mayor eficacia y rapidez en las tareas de investigación, por ende, se regulan las medidas cautelares, consistentes en cateos, arraigos, intervenciones telefónicas, entre otras.

La medida cautelar, se utiliza para garantizar la inmediación procesal del imputado al proceso penal y también hacer efectiva la sentencia que resolverá el fondo del asunto, la celeridad procesal y proteger al sujeto pasivo del delito.

Sin embargo, las medidas cautelares deben estar sujetas a principios, algunos de ellos de proporcionalidad, exigencia mínima de pruebas de culpabilidad, excepcionalidad,

⁸DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de derecho penal y términos usuales en el proceso penal*, Porrúa, 3ª. Ed., México, 1997, p. 72.

interpretación restrictiva, aplicación gradual, judicialidad, de carácter provisional y *favor libertatis*.

Lo anterior, deja sin lugar a duda, la función específica del arraigo a nivel de la investigación que corresponde al Ministerio Público previa solicitud al Juez de control, quien tiene conocimiento de hechos posiblemente delictivos, donde se busca que el imputado no se sustraiga de la acción de la justicia, así como el perfeccionamiento de la carpeta de investigación, para que tenga como resultado el ejercicio de la acción penal.

En cuanto a que exista el temor fundado de que una persona se sustraiga de la acción de la justicia, se desconoce que pueda tomar en cuenta el Ministerio Público para determinar que una persona pueda intentarlo, la expresión es tan subjetiva que no nos orienta de manera alguna para poder acreditar de manera suficiente esta hipótesis, podría señalar que a mayor penalidad, mayores posibilidades de evadirse, o que el sujeto tiene residencia o familiares en el extranjero, si tiene antecedentes penales; sin embargo no puede soportarse por acciones materiales, ya que es necesario un convencimiento real que haga suponer la huida.

Otro punto que ha producido polémica es el del lugar donde debe permanecer el sujeto a quien se dirige este acto restrictivo de libertad, de facto, no se lleva a cabo en el

domicilio particular de aquél, sino en casas denominadas de seguridad.

La Carta Magna, en su artículo 16, lo refiere:

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.

(...)

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá I - 20 existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes

(...)

Anteriormente, el Código Federal de Procedimientos Penales, ya superado, en su artículo 133 Bis, aplicable hasta en tanto entró en vigor el sistema procesal acusatorio, señalaba:

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 inculpado 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 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.

Asimismo, en ese ordenamiento estableció en su artículo 256, un tipo de arraigo ante un Juez, donde a petición de cualquiera de las partes, se puede solicitar para arraigar a un testigo y con ello lograr su declaración para el esclarecimiento de los hechos:

Cuanto tuviere que ausentarse del lugar en que se practiquen las diligencias alguna persona que pueda declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de la persona del inculpado, el tribunal, a solicitud de cualquiera de las partes, procederá a examinarla desde luego si fuere posible; en caso contrario, podrá arraigar al testigo por el tiempo que sea estrictamente indispensable para que rinda su declaración. Si resultare que la solicitud fue infundada y por lo mismo indebido el arraigo, el testigo podrá exigir al que lo solicitó que lo indemnice de los daños y perjuicios que le haya causado.

Asimismo, el artículo 133 Ter, del mencionado código, establece "...El cumplimiento a la prohibición de abandonar una demarcación geográfica podrá ser vigilado de manera personal o a través de cualquier medio tecnológico..."

Evidentemente en los últimos dos mencionados casos, implica una restricción de la libertad de tránsito, sumamente inferior a la que es utilizada en la entonces averiguación previa.

Por lo que respecta a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, el Capítulo Cuarto del Arraigo, lo establece:

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.

Artículo 12 Bis.- La petición de arraigo o su ampliación deberá ser resuelta por la autoridad judicial de manera inmediata por cualquier medio que garantice su autenticidad, o en audiencia privada con la sola comparecencia del agente del Ministerio Público de la Federación, en un plazo que no exceda de las seis horas siguientes a que se haya recibido.

En la solicitud, se deberán expresar las modalidades de lugar, tiempo, forma, así como las autoridades que lo ejecutarán.

Artículo 12 Ter.- La resolución judicial que ordena el arraigo deberá contener cuando menos:

I. El nombre y cargo del Juez de control que lo autoriza y la identificación del proceso en el cual se ordena;

II. Los datos de identificación de la persona que estará sujeta a la medida de arraigo;

III. Hechos que la ley señale como delitos, por los cuales se realiza la investigación;

IV. El motivo del arraigo, debiendo especificar si es necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos, o si existe riesgo fundado de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia;

V. El día, la hora y lugar en que iniciará la ejecución de la medida de arraigo, y

VI. Las autoridades que realizarán la ejecución del arraigo.

Si la resolución se emite o registra por medios diversos al escrito, los puntos resolutive de la orden de arraigo deberán transcribirse y entregarse al agente del Ministerio Público de la Federación.

Artículo 12 *Quáter*.- En caso de que el Juez de control niegue la orden de arraigo o su ampliación, el agente del Ministerio Público de la Federación, podrá subsanar las deficiencias y solicitar nuevamente la orden.

La negativa a la solicitud o ampliación de arraigo admite la apelación, la cual debe ser resuelta en un plazo no mayor de doce horas contadas a partir de que se interponga.

Artículo 12 *Quintus*.- El agente del Ministerio Público de la Federación, notificará la resolución a la persona sujeta al arraigo así como a su defensor. De la misma forma procederá al fenecimiento de la medida.

Resulta necesario precisar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto al tipo de medida que se refiere para referirse a esta práctica privativa de la libertad que nos ocupa, suele utilizarse indistintamente como cautelar o precautoria y es oportuno destacar que del significado gramatical del vocablo se refieren exactamente a lo mismo.

De lo antes mencionado, podríamos señalar que el arraigo penal, es una medida cautelar de carácter instrumental, temporal y personal privativa de la libertad, decretada por un órgano judicial a petición del Ministerio Público, que busca preservar la investigación, evitando que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia cuando exista el riesgo fundado de que esto sea posible, para la protección de la víctima y favorecer la integración y perfeccionamiento de la carpeta de investigación, logrando con ello que ésta tenga como resultado el ejercicio de la acción penal.

A) Clases de arraigos.

De acuerdo a las características de esta medida cautelar, han existido una gran variedad de formas (actualmente en materia penal solo existe el contemplado en la Constitución, el cual se regula detalladamente en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada), en la que se presentan:

- Materia:
 - o Penal: tiene por objeto favorecer la investigación de la verdad en torno a hechos posiblemente delictivos.
 - o Civil y familiar: es el acto procesal de naturaleza precautoria que procede a petición de parte, cuando hubiere el temor de que se ausente u oculte la persona que vaya a ser demandada.
 - o Laboral: procede esta medida cautelar a petición de parte, teniendo lugar cuando existe el temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse, en el caso de civil, familiar y laboral, se ve afectada la libertad de tránsito, consistente únicamente en que el arraigado no pueda abandonar el país o la ciudad de residencia, a menos que nombre un representante y otorgue garantía que responsa de lo demandado.

- Etapa procesal.
 - o Prejudicial: cuando el ministerio Público investigador, a nivel de la carpeta de investigación, realiza la solicitud formal de su práctica al Juez competente.

- o Judicial: o procesal, un Juez ya en un asunto concreto de su conocimiento, lo ordena a solicitud de cualquiera de las partes, dirigido a los testigos y sujetos pasivos del proceso.
- Cuerpo de ley que lo contempla.
 - o Constitucional: regulada por la Ley Suprema.
 - o Común: regulado por el Código de Procedimientos Penales de cada Entidad Federativa.
 - o Federal: Regulado por la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.
- El trato exclusivo en delincuencia organizada.

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.
- Por el lugar donde deba de pertenecer.
 - o Domiciliario: esta medida cautelar, se ejecuta en un domicilio específico, en la práctica las casa de seguridad, el ejemplo más característico de estas

casas es el Centro Nacional de Arraigo, instituido por la Procuraduría General de la República, actualmente vigilado por la Secretaría de Marina Nacional.

- o Prohibición de abandonar una demarcación: se busca que a la persona que recae esta medida cautelar, no salga de una determinada localización espacial, como puede ser una ciudad, una población, una delegación o colonia de la ciudad, se pretende mantenerlo en un área determinada como demarcación geográfica.

B) Sujetos y objetos

Los sujetos que intervienen en el arraigo son:

- **Arraigado:** es el imputado, la persona física de quien se tiene la sospecha primeramente de su intervención en un hecho posiblemente delictivo, así como de la posibilidad de su sustracción de la justicia.
- **Juez:** es el servidor público que en representación del Estado tiene la facultad de resolver dentro de sus atribuciones, la solicitud de arraigo que le hace el Ministerio Público investigador, actualmente de un Juez de control.
- **Ministerio Público Investigador:** tiene el carácter de autoridad por la etapa procesal en que se ubica el supuesto, es la institución facultada constitucionalmente para realizar la indagación de hechos posiblemente delictivos, así como de la posible intervención de quien los cometió; dentro de esa actividad investigadora se incluye la facultad de solicitar el arraigo.

Una vez que se gire la orden de arraigo, el Ministerio Público, se convierte en ejecutor de la medida cautelar, apoyándose de la policía a su cargo, cumpliendo con las medidas de seguridad indicadas por el juzgador en la orden respectiva, asegurando la disponibilidad del imputado, para favorecer la investigación, evitando con ello que se sustraiga de la acción de la justicia.

C) Procedencia.

Su práctica es exclusivamente jurisdiccional, a petición de parte, ya que el juez oficiosamente no puede decretar esta medida, depende de que el Ministerio Público en carpeta de investigación lo solicite, este pedimento deberá estar debidamente justificado.

El artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala los supuestos en que una persona puede ser detenida, cuando posiblemente se haya cometido hechos constitutivos de un delito, siendo los siguientes:

- Orden de aprehensión:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

- Flagrancia:

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Existirá un registro inmediato de la detención, el artículo 146, del Código Nacional de Procedimientos Penales, señala categóricamente las hipótesis de este supuesto:

I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que: a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido,

algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

- **Arraigo:**

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.

D) Limitaciones legales.

Las limitaciones que tiene el Juez, son las siguientes:

- No puede decretarse de oficio.
- La petición que le haga el Ministerio Público solicitando su práctica debe ser justificada, así que, la resolución que lo ordene, debe estar debidamente fundada y motivada.
- Debe existir el riesgo fundado de que el sujeto se sustraiga de la acción de la justicia a nivel de carpeta de investigación.
- La duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.
- El Juez debe analizar la posibilidad a petición del arraigado de dejarlo sin efecto, previa intervención que le dé al Ministerio Público.
- No puede quedar ambiguo el lugar donde deberá de permanecer arraigado el sujeto a quien se dirige esta medida cautelar.
- La proporcionalidad en cuanto con la naturaleza del delito, únicamente en delitos graves.

Por lo que respecta a las limitaciones en la investigación, correspondiente al Ministerio Público Investigador, son las siguientes:

- Al solicitarlo.
 - o Deben existir indicios suficientes para presumir la intervención de quien se solicita sea arraigado, en

hechos posiblemente delictivos relacionados con la delincuencia organizada.

- o Debe existir fundadamente el riesgo de que el sujeto que se quiere sea arraigado, pueda sustraerse de la acción de la justicia.
- o Debe proporcionar al Juez el lugar donde permanecerá arraigado, así como las medidas de seguridad que al efecto va a tomar.
- Al ejecutarlo.
 - o Se debe sujetar exclusivamente a lo ordenado por el Juez en cuanto a la temporalidad, lugar y medidas de seguridad.

En la reforma penal del dieciocho de junio de dos mil ocho, se incluye al arraigo en la categoría de constitucional, con supuestos específicos de procedencia, que a su vez establecen los límites de su práctica, en cuanto esto, Gerardo García Silva⁹, refiere:

- 1.El arraigo procederá sólo en casos de delincuencia organizada.
- 2.Deberá ser expedido por la autoridad judicial (Juez de control).
- 3.No podrá exceder de cuarenta días, salvo en los casos en que el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, en cuyo caso será un máximo de ochenta días.
- 4.Se otorgará siempre que: sea necesario para el éxito de la investigación; para la protección de las personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia.

⁹ REVISTA DEFENSA PENAL, "El arraigo en la reforma constitucional." Interpretación y análisis jurídicos. No. 8, Oct-Nov, 2008, p.41.

5. Juez y arraigo

El órgano estatal deposita toda su violencia en perjuicio del ciudadano al privarlo de la libertad para justificar las deficiencias de investigación del Ministerio Público, pretendiendo el Estado legitimizar su procedencia con la anuencia de un órgano jurisdiccional, a quien deposita la responsabilidad de la impunidad en caso de negar su procedencia.

A nivel federal, del 6 de enero de 2009 al 30 de septiembre de 2010, de acuerdo a datos proporcionados por el Poder Judicial de la Federación, de 1117 solicitudes de arraigo, se concedieron 1023, es decir el 92%¹⁰, con lo que se aprecia la facilidad con lo que los Jueces, conceden esta figura.

A efecto de no centrar la atención de manera exclusiva en las fallas de la investigación, no se debe de perder de vista la gran responsabilidad que tiene el Juez al resolver sobre la solicitud que al respecto el órgano investigador le realice de arraigar a un sujeto, función que de acuerdo a las reformas Constitucionales de dieciocho de junio de dos mil ocho, corresponde al Juez de control.

¹⁰Solicitud de información pública realizada por el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, respondida por el Consejo de la Judicatura Federal mediante oficio identificado con el número RRB/IEPA/irv- 6308/2010

Al respecto, existen casos específicos de entidades como Oaxaca, Nuevo León, Chihuahua, Zacatecas, que contaron con Códigos procesales acorde a la citada reforma Constitucional, previo al límite de la *vacatio legis*, donde el Juez de control constitucional, debió de tomar en cuenta el modelo contenido, entre otras cosas, el principio de contradicción, que permite al imputado, debatir la postura del Ministerio Público, aspectos relevantes que el Juez de control no debe pasar por alto en su valoración para decretar la procedencia de esta medida, ponderando la actividad del Ministerio Público investigador auxiliado por la policía a su cargo, le arroje datos irrefutables de que existen datos probatorios de la intervención del sujeto de quien se pide el arraigo, en hechos posiblemente delictivos y de que pueda sustraerse de la acción de la justicia, inclusive exista la probabilidad de actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos.

Corroborados los anteriores requisitos por el Juez de control, éste no deberá de adoptar en cuanto la temporalidad, como regla que la privación de la libertad sea por 40 días, lo cual, evidentemente debe de ser un parámetro como máximo, pero bien puede a su arbitrio y a las circunstancias peculiares del caso, optar porque tal privación de libertad sea el menor tiempo posible y condicionar a que el Ministerio Público investigador, durante ese mínimo tiempo continúe y concluya con las diligencias de investigación por las que solicito el arraigo, con apercibimiento de que en caso de no hacerlo de esta manera, se de vista a su superior jerárquico para que

aplique las sanciones que conforme a su responsabilidad administrativa implique.

Otro aspecto muy importante es que el Ministerio Público durante la investigación realizada a virtud del arraigo, debe informar al juez de control los avances obtenidos, de tal suerte que si antes de que se cumpla la temporalidad por la cual se decretó la medida de cautela se obtuvieron los medios probatorios que se pretendieron salvaguardar al decretarla, puede levantarse por no existir necesidad de continuar con la privación de la libertad.

Otro factor, es en cuanto a las posibilidades de impugnar el arraigo, el amparo se torna ineficaz porque la gran mayoría de los juicios se sobreseen una vez que cambia la situación jurídica de la persona, aun cuando la nueva situación jurídica, por lo general, posterior al auto de vinculación a proceso, pueda ser el resultado directo del arraigo, en el caso, de 201 juicios de amparo indirecto promovidos contra el arraigo entre el 6 de enero de 2009 y el 30 de septiembre de 2010, únicamente se tiene el dato de que fueron concedidos 2, y negados 21¹¹.

Estos datos encuadran con lo informado en los medios de comunicación en el sentido de que en un periodo de catorce meses entre 2011 y 2012, de al menos 250 juicios de amparo promovidos contra medidas de arraigo originadas en solicitudes

¹¹Solicitud de información pública realizada por el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, respondida por el Consejo de la Judicatura Federal mediante oficio identificado con el número RRB/IEPA/irv- 6308/2010

de la Procuraduría General de la República, se sobreseyó el 98% de los juicios.¹²

Asimismo, el artículo 103 Constitucional, establece:

Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

(...)

Contrario a lo establecido, el artículo 7.6 de la Convención no se cumple con la sola existencia formal de los recursos que regula, dichos recursos deben ser eficaces, pues su propósito, según el mismo artículo, es obtener una decisión pronta sobre la legalidad del arresto o la detención y, en caso de que éstos fuesen ilegales, la obtención, también sin demora, de una orden de libertad.

La sola existencia de las acciones o recursos mencionados, no es suficiente para que el Estado cumpla dicha obligación. Se requiere adicionalmente, que éstos sean efectivos, en el sentido que a la persona se le dé la posibilidad de interponer un recurso o acción sencilla y rápida, para obtener la protección jurídica demandada.

¹²MENDEZ, Alfredo, "En 14 meses se han tramitado 250 demandas contra el arraigo", La Jornada, 19 de junio de 2012.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado infinidad de criterios garantistas sobre la efectividad del derecho, entre otros, el derecho a un recurso judicial efectivo, lejos de atender a estas consideraciones, en numerosos casos, como se ha advertido previamente, los juzgadores niegan el amparo argumentando que el arraigo no viola la garantía de libertad personal ni constituye un acto de privación de la libertad, sino lo sobreesen por el cambio de situación jurídica.

Una vez constitucionalizado el arraigo, el amparo resulta fallido debido a que el mismo derecho constitucional de debido proceso, inmerso en el artículo 16, que debe proteger a las personas mediante el amparo, es justamente el que habilita a la autoridad a practicar el acto que viola el derecho.

Las investigaciones, por parte del Ministerio Público, en vez de ser profesionales y eficaces, se caracterizan por una falta de la debida diligencia independientemente de los actos de corrupción, garantizando la impunidad para los responsables de delitos, aunado a que la autoridad judicial convalida el deficiente y arbitrario actuar del poder ejecutivo mediante la aplicación de criterios que en vez de garantizar la presunción de inocencia, tienen el efecto de presumir la culpabilidad.

6. La víctima y el arraigo.

La víctima puede ejercer una influencia determinante sobre el inicio del proceso penal, sobre su desarrollo y sobre el resultado final del mismo. En primer lugar, es primordial el papel de la víctima al denunciar el delito, pues si no hay queja, en los casos de querrela necesaria, la autoridad no puede proceder, a pesar de haberse enterado de los hechos. En los casos de delitos que se persiguen de oficio, el papel de la víctima o de otros denunciadores es fundamental, pues la gran mayoría de las investigaciones policíacas se inician gracias a un aviso de la ciudadanía. Es muy raro el caso en que la policía actúa de *motu proprio*, por lo general esto se debe al exceso de trabajo, en las grandes ciudades apenas logra atender las llamadas más importantes. Al realizar la denuncia, se sufren una serie de contratiempos que, en una buena cantidad de casos, ahuyentan a la víctima; por ejemplo el tiempo perdido, o los requisitos burocráticos, en ocasiones totalmente absurdos (testigos de pre-existencia y falta posterior, notas, facturas, copia fotostática, etcétera). Por esto la víctima es un importante agente informal del control del crimen, no solamente en su decisión de denunciar, sino en su persistencia para lograr que la denuncia siga su curso.¹³

Es por ello que el legislador con el afán de subsanar las deficiencias estructurales del Estado Mexicano, en cuanto a la investigación del delito, instaura la medida del arraigo para proteger a la víctima a cambio de información, en lugar de que el Estado con su gran poderío realice una labor de investigación, la cual en la actualidad por desgracia es muy deficiente.

Con motivo de la reforma de 18 de junio de 2008, se dio una sustancial modificación al sistema tradicional de justicia penal, en lo que interesa, se ingresó como una figura constitucional el arraigo penal y ello trajo consigo un novedoso supuesto de su procedencia, como lo es "la protección de personas", lo cual, tiene un interés natural, en que se

¹³RODRIGUEZ MANZANERA, *Victimología*, Porrúa, México, 2007, p. 371.

castigue a su agresor, le repare el daño ocasionado, la protección de las autoridades contra nuevas amenazas; sin embargo, no se puede perder de vista la tutela de los intereses del inculpado, lo que conlleva un panorama realmente hostil.

Según la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, se entenderá por víctimas:

Las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder¹⁴.

La víctima tiene derecho de buscar el castigo del criminal y para ello, el estado debe implementar, en la medida de lo posible, los remedios legales más inmediatos y eficaces, ya que era la parte más débil del sistema penal, toda vez que después de resentir el daño cometido en su integridad física, moral o en sus bienes materiales, las víctimas luego vuelven a ser víctimas de un orden jurídico y dentro de la práctica, en lugar de facilitarle las cosas, se las dificulta de tal manera que resulta ineficaz el ejercicio de sus derechos fundamentales, padeciendo un calvario procesal, como lo es el simple hecho de que se le nieguen las copias de su propia denuncia, como lo establece la Jurisprudencia:

AVERIGUACIÓN PREVIA. EL ACCESO A SUS ACTUACIONES POR LAS PARTES LEGITIMADAS PARA ELLO, NO IMPLICA EL DERECHO A QUE SE LES EXPIDAN COPIAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 16 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES). La fracción VII del apartado A del

¹⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder*, consultado en línea Septiembre de 2017, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2028.pdf>

artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra en beneficio de todo inculpado sujeto a un proceso penal el derecho a una defensa adecuada, lo cual implica que se le faciliten los datos que consten en aquél y que requiera para su defensa. Ahora bien, conforme a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 3 de julio de 1996, mediante la cual se adicionó un párrafo cuarto a la fracción X del citado precepto constitucional, las garantías previstas en sus fracciones VII y IX, que en un principio sólo eran aplicables durante la tramitación del proceso penal, también fueron incorporadas a la averiguación previa, aunque limitándose a lo establecido en las leyes secundarias. Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que las únicas personas que tendrán acceso a las actuaciones de la averiguación previa serán el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, en caso de que los hubiera, y establece que el funcionario que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obren en la averiguación incurrirá en responsabilidad; de donde se advierte que el Ministerio Público está impedido para otorgar dichas copias, lo cual es acorde con la garantía de defensa contenida en las fracciones VII y IX del artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal, en tanto que ésta dispone que tratándose de la averiguación previa, dicha garantía se otorgará con las limitantes, términos y requisitos que las leyes secundarias determinen, es decir, si bien es cierto que las partes tienen derecho a que se les proporcione toda la información que requieran para su defensa, también lo es que el hecho de que el Ministerio Público no pueda proporcionar copias - en aras de proteger la reserva de las actuaciones-, en nada restringe el aludido derecho, pues aun cuando no se les proporcionen copias, el referido artículo 16 prevé que podrán tener acceso a las actuaciones de las que se podrán tomar todos los datos que estimen indispensables. De manera que si la fracción VII, apartado A, del artículo 20 constitucional no exige que los datos solicitados por el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, para preparar su defensa y que consten en la averiguación o en el proceso, sean pedidos precisamente por escrito y ministrados en forma de copias simples o certificadas, basta que el expediente respectivo sea puesto a la vista de las partes para que puedan consultarlo.¹⁵

Sin embargo, es menester destacar que la protección que se le pretende dar a la víctima con la figura del arraigo, solamente es hasta por ochenta días, ya que es la duración máxima de la medida, circunstancia que no resulta nada eficaz,

¹⁵SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Jurisprudencia 1a./J. 52/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Registro 178055, Primera Sala, Novena Época, Tomo XXII, Julio de 2005, Penal, p. 42.

por el contrario, la ley debe prever diversos aspectos de protección de la víctima, los cuales serán hasta que se considere a salvo de cualquier amenaza y no por el lapso por lo que dura el arraigo, aunado a que está supeditado a que se trate de delitos de delincuencia organizada, lo anterior conlleva un menoscabo a los derechos del acusado y a una efímera protección a cierto segmento de las víctimas.

Como bien lo establece la Ley General de Víctimas en su artículo 2:

El objeto de esta Ley es: I. Reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial el derecho a la asistencia, protección, atención, verdad, justicia, reparación integral, debida diligencia y todos los demás derechos consagrados en ella, en la Constitución, en los Tratados Internacionales de derechos humanos de los que el Estado Mexicano es Parte y demás instrumentos de derechos humanos;

Asimismo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su artículo 1, establece:

La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos.

De ambas leyes, se establece que se busca una verdadera protección a la víctima, no precaria como lo pretende ser el arraigo, en algunos casos tan amplia, como que la autoridad

estará obligada a la reparación que haya sufrido la víctima, porque si bien no puede hacerlo el condenado, el estado en cuestión también es responsable del crimen, ya que injustamente defraudado al gobernado.

Por lo que tratándose del arraigo para la protección de personas, con relación a la delincuencia organizada, la autoridad, debe elaborar un sistema con un cuidado mayúsculo en aras de dar el mejor cumplimiento posible a la protección de la víctima en los términos de la garantía constitucional correspondiente, lo que el arraigo, en ningún aspecto aporta.

Máxime cuando consideramos que una simple denuncia, refiriendo que una persona pertenece a una organización delictiva, no es una justificación suficiente para privar de la libertad, peor aún cuando se trata de un periodo excesivamente prolongado que puede ser hasta de ochenta días, situación que es desproporcionada cuando se sabe que es en el periodo de investigación y cuya responsabilidad penal no ha sido ni presuntamente, probablemente o razonablemente establecida, porque no es una exigencia que contemple la norma vigente.

7. Centro Nacional de Arraigo o Centro Federal de Investigaciones.

Instituido por la Procuraduría General de la República, actualmente vigilado por la Secretaría de Marina Nacional, entre dos mil diez y dos mil doce, la Procuraduría General de la República, solicitó el arraigo de seis mil personas para investigarlas, consignando únicamente ante un juez a ciento veinte, sin embargo, la dependencia concluyó en dos mil doce la construcción de dos centros de arraigos con capacidad para mil seiscientos detenidos, los inmuebles cuentan con sistemas similares a los que se utilizan en prisiones de máxima seguridad para el control y vigilancia de los internos, están ubicados en Morelos, Ciudad de México y en los límites de Cuernavaca y Jiultepec, el piso es de cemento, los baños y regaderas no cuentan con puertas y en cada celda hay tres cámaras para vigilar día y noche a los arraigados, según el periódico la jornada¹⁶.

El uso de estas casas de seguridad pretenden justificarse con la problemática derivada de un alto riesgo de fuga de los arraigados, cuando la orden se ejecute en un domicilio particular que válidamente puede hacerse; sin embargo, atendiendo a las circunstancias personales de los arraigados, brinda mayor seguridad de sus permanencias en el lugar si se ejecuta en las mencionadas casas, que cuentan con las medidas que el caso exige, mantienen una vigilancia policial constante

¹⁶ CASTILLO GARCÍA, Gustavo, "El Arraigo un horror del Calderonismo", La Jornada, 04 de Octubre de 2013, consultado en línea en Septiembre de 2017, <http://www.jornada.unam.mx/2013/10/04/politica/002n1pol>.

y efectiva para hacer frente a las posibles fugas de los arraigados.

Por otra parte, cabe destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en voz del relator para México, Rodrigo Escobar Gil, manifestó su preocupación por la persistencia de la figura del arraigo así como por la opacidad y falta de acceso a instancias de observación internacional a lugares como el Centro Nacional de Investigaciones (antes llamado Centro Nacional de Arraigados), durante su visita a México del 26 al 30 de septiembre de 2011, no pudieron realizar la visita al centro de arraigo, la cual estaba programada y fue cancelada por razones de seguridad¹⁷.

¹⁷ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *CIDH concluye visita a México*, comunicado de prensa de 30 de Septiembre de 2011, consultado en línea Septiembre de 2017, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/105.asp>

8. Estudio comparado

La Figura del arraigo contemplada en nuestra legislación nacional, resulta ser una situación singular, la figura que más se asemeja a ella en las legislaciones procesales de países latinoamericanos, es la prisión domiciliaria, teniendo una función específica de alternatividad a la prisión preventiva, o bien, de ejecución de la pena, situación que no acontece en México, al privar de la libertad a una persona para investigar, tomando en consideración que el Ministerio Público al consignar la carpeta de investigación, el Juez que conozca del asunto, revisará las constancias para que, según sea el caso, ordenar la orden de aprehensión o decretar legal la detención de la persona que sea sometida a su jurisdicción; pero en ningún caso, su procedencia para iniciar la investigación, tolerando la deficiente investigación ministerial.

En Argentina, existe la figura de prisión domiciliaria, la cual es exclusivamente con posterioridad al juicio, es decir, ya en la ejecución de la pena, en donde el Juez, por situaciones excepcionales, puede ordenar la detención domiciliaria de las personas a las cuales les corresponda el cumplimiento de la pena de acuerdo con el Código Penal, de conformidad con los artículos 314 y 502, del Código Adjetivo Penal de la Nación Argentina, que establecen:

Art. 314. - El juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio.

Art. 502. - El juez de ejecución o competente, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de

un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.

De igual manera, el artículo 167, numeral 1), letra a), del Código Procesal Penal de Nicaragua, señala

167. Tipos. El juez o tribunal podrá adoptar, por auto motivado, una o más de las siguientes medidas cautelares personales o reales:

1. Son medidas cautelares personales:

a) La detención domiciliaria o su custodia por otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene;

Asimismo, el numeral 290, del Código Procesal Penal del Perú, establece:

ARTÍCULO 290° Detención domiciliaria.- 1. Se impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado:

a) Es mayor de 65 años de edad;

b) Adolece de una enfermedad grave o incurable;

c) Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento;

d) Es una madre gestante.

2. En todos los motivos previstos en el numeral anterior, la medida de detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición.

3. La detención domiciliaria debe cumplirse en el domicilio del imputado o en otro que el Juez designe y sea adecuado a esos efectos, bajo custodia de la autoridad policial o de una institución-pública o privada- o de tercera persona designada para tal efecto.

Cuando sea necesario, se impondrá límites o prohibiciones a la facultad del imputado de comunicarse con personas diversas de aquellas que habitan con él o que lo asisten.

El control de la observancia de las obligaciones impuestas corresponde al Ministerio Público y a la autoridad policial. Se podrá acumular a la detención domiciliaria una caución.

4. El plazo de duración de detención domiciliaria es el mismo que el fijado para la prisión preventiva. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 273° al 277°.

5. Si desaparecen los motivos de detención domiciliaria establecidos en los literales b) al d) del numeral 1), el Juez - previo informe pericial- dispondrá la inmediata prisión preventiva del imputado.

Este supuesto es similar a lo establecido en el artículo 166, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Luego, el artículo 256, numeral 1), del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, señala:

Artículo 256. Modalidades. Siempre que los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado, deberá imponerle en su lugar, mediante resolución motivada, algunas de las medidas siguientes:

1. La detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene;

Por otra parte, el artículo 240, del Código de Procedimientos Penales de Bolivia, señala:

Artículo 240°.- (Medidas Sustitutivas a la Detención Preventiva). Cuando sea im procedente la detención preventiva y exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento, el juez o tribunal, mediante resolución fundamentada, podrá disponer la aplicación de una o más de las siguientes medidas sustitutivas: 1. La detención domiciliaria, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga. Si el imputado no puede proveer a sus necesidades económicas o a las de su familia o si se encuentra en situación de indigencia, el juez podrá autorizar que se ausente durante la jornada laboral;

Por lo que ve al numeral 260, del Código Procesal Penal de Costa Rica, establece:

ARTICULO 260.- Limitaciones No se decretará la prisión preventiva de las personas mayores de setenta años o valetudinarias, si el tribunal estima que, en caso de condena, no se les impondrá pena mayor a cinco años de prisión. Tampoco se decretará en relación con personas afectadas por una enfermedad grave y terminal. En estos casos, si es imprescindible la restricción de la libertad, se deberá decretar el arresto domiciliario o la ubicación en un centro médico o geriátrico. Podrá sustituirse la prisión preventiva por el arresto domiciliario, a las mujeres en estado avanzado de embarazo o con un hijo menor de tres meses de edad, cuando la privación de libertad ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de la madre, el feto o el hijo.

Las referencias de las legislaciones en materia procesal penal de Argentina, Nicaragua, Perú, Venezuela, Bolivia y Costa Rica, al confrontarla con la mexicana, coloca evidentemente a nuestro país, en una situación singular, pues el arraigo se da, en una figura que pretende asegurar la disponibilidad de un imputado a nivel de investigación, lo que evidentemente lo aparta de una medida cautelar a la altura de un modelo garantista del derecho penal, más bien, se acerca a un modelo autoritario, que se vale de la privación de la libertad de un ciudadano para poder investigar hechos posiblemente delictivos en los que se puede ver involucrado, y más aún, para complementar la doble sospecha justificante de la figura, la posibilidad de que se sustraiga de la acción de la justicia; mientras que en los países citados tienen una función específica de alternatividad a la prisión preventiva, o bien, de ejecución de la pena.

II. Delincuencia organizada.

1. Derecho penal del enemigo.

El derecho penal está llamado a poner límites a la violencia delictiva, igualmente debe entenderse como función del mismo la restricción de la violencia punitiva, ya que el derecho penal es la herramienta más radical y violenta de la que dispone el estado, el cual debe de ser empleado comedidamente, para no incurrir en extralimitaciones, las que resultarían inadmisibles y violatorias del principio de proporcionalidad.

El derecho penal no puede ser entendido como un instrumento de venganza o de limpieza social, sino que a la vez que protege una serie de bienes jurídicos como la vida o la integridad, deben garantizar la seguridad jurídica, con la premisa de que la justicia humana es y será siempre imperfecta, lo que impone colocar diversos filtros o precauciones que se deben observar siempre antes de aplicar a un ser humano una pena, que es la consecuencia jurídica más grave que puede hallarse en cualquier ordenamiento normativo.

Derivado del aumento de inseguridad y criminalidad en nuestro país, se ha recurrido a la denominada "expansión del derecho penal", que se caracteriza por una ampliación en los ámbitos de su intervención generando un exceso de poder punitivo ejercido por los estados a través del sistema penal,

cuestiones que provocan que en numerosas ocasiones se entre en conflicto con los principios que rigen el derecho penal, una forma de manifestación de esta expansión es el derecho penal del enemigo.

Es relevante indicar que el hecho delictivo es aquél que se define de tal forma por una norma penal, esto es, por un producto jurídico que es la ley, a partir de lo cual es que una determinada conducta o comportamiento podrá ser denominado de esa manera, lo que hace posible, en consecuencia, afirmar que es por virtud de la ley, más que por los hechos mismos, que existen los delitos, por lo que, quien ostente el poder de legislar definirá un conjunto de conductas que éste ha seleccionado o discriminado para pasar a definir las como delito y asociar a su comisión la posibilidad de imponer una sanción penal, de manera que el delito no es, sino que llega a ser.

Partiendo de la premisa anterior, resulta tan importante que se tenga una visión crítica del derecho penal y quede totalmente claro que las leyes son formuladas por seres humanos, concretamente por quienes son tenedores del poder en un lugar y momento determinado, lo que hace que sean concebidas desde el punto de vista de tales sujetos, con sus particulares concepciones acerca de la realidad y la sociedad que en definitiva son el objeto de la regulación de tales instrumentos, lo que resulta insostenible ya que en las leyes pueden introducir sus ideologías, prejuicios o intereses, lo que hace necesario plantear la dicotomía entre legalidad y legitimidad, de allí que la historia haya mostrado que las

leyes penales han sido instrumentos utilizados por gobiernos autoritarios para acabar con sus opositores o para dar una sensación de seguridad a los ciudadanos que, por su parte, claman la protección estatal ante la delincuencia.

Tal realidad es una de las razones por las que se hace imperativo rodear el uso de la potestad punitiva de una serie de derechos y garantías que impidan que el mismo sea arbitrario o despótico, la potestad punitiva puede ser muy peligrosa para las libertades ciudadanas, tanto porque sea empleada despóticamente en contra de ciertos grupos o sectores de la sociedad, como porque sea utilizada arbitrariamente, contrariando principios esenciales, no solo de carácter penal, sino incluso de mínima racionalidad y sentido común, sin los cuales la aplicación de penas se convierte en abuso intolerable. Como decía Montesquieu, en tal sentido, "toda pena que no proceda de la absoluta necesidad es tiránica".

Günther Jakobs, es el precursor y principal expositor, a quien se le debe la denominación de "Derecho Penal del Enemigo" (*feindstrafrecht*)¹⁸, esta teoría fue dirigida a aquellos individuos que realizan conductas de tal peligrosidad que son considerados como enemigos de la sociedad, bajo la estimación de que ante problemas excepcionales, se requiere de soluciones excepcionales.

Jakobs, enfatizó los tres postulados del Derecho Penal del Enemigo:

¹⁸RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J., *Lucha antiterrorista Derechos humanos y discurso penal del enemigo*, Valled Hermanos Editores, C.A, Venezuela, 2011, p. 37 Apud JAKOBS, Günther, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, Civitas, España, 1997.

1. Anticipación de la punibilidad (delitos de peligro); 2. Penas excesivas que corresponden a un derecho de lucha; y, 3. Reducción de las garantías individuales.

El derecho penal del enemigo, se entiende como:

Un conjunto de medidas destinadas a combatir o a luchar, a través de la sanción penal, contra aquellos sujetos que sean calificados o etiquetados como enemigos, permitiendo ello justificar la naturaleza, forma y gravedad de tales medidas, pues lo prioritario será en todo caso la eliminación de ese enemigo desde una concepción bélica¹⁹

El derecho penal del enemigo, hace distinción entre personas y enemigos, lo que implica, entender que los enemigos no son personas, contrario a lo que establece el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

Cuando se sostiene que todo ser humano debe ser considerado inocente mientras no se demuestre lo contrario más allá de toda duda razonable y de conformidad con una sentencia definitiva firme, se está reconociendo que lo relevante para el derecho penal no es sólo castigar al culpable, sino evitar el castigo del inocente, el cual pudiera ocurrir con frecuencia de no existir el conjunto de derechos y garantías que se presentan como barreras de la potestad punitiva, situación que tratándose de un enemigo se elimina esa presunción de inocencia.

¹⁹RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J., *op. cit.*, p. 32.

Dicho lo anterior, hablar de un derecho penal del enemigo resulta no menos que una verdadera contradicción en los términos, toda vez que, más bien vendría a constituirse en una especie de no derecho penal, ya que hablar de derecho penal, necesariamente se tiene que abordar una perspectiva garantista.

Las características del derecho penal del enemigo, aplicable en nuestro caso a la delincuencia organizada, contenidas en nuestra Carta Magna y Ley especial, son las siguientes:

- La creación de tipos penales que castigan la intencionalidad previa del delincuente, es decir, hay un adelantamiento de la punibilidad que consiste en la anticipación del momento en que el Derecho penal entra en acción, la regla general es que el derecho penal entra en funcionamiento una vez que el bien jurídico ya ha sido lesionado o puesto en peligro.
- La imposición de penas desproporcionadas.
- Existe una disminución de garantías o derechos humanos, que incluso pueden ser suprimidas.
- La pena no significa un reproche hacia la conducta del activo, funciona como amenaza para los enemigos.
- Coexiste un derecho dualista, ya que por un lado tenemos un sistema penal de corte acusatorio totalmente garantista y un derecho penal de excepción en el que se busca la exclusión de los individuos con el afán de eliminar la fuente de peligro social.
- Se elimina el derecho de acogerse a cualquier tipo de beneficios en sentencia.

Además, existen diversas figuras aplicables a este sistema, que implican una disminución de garantías procesales y derechos humanos, como lo son:

- o El arraigo.
- o Duplicidad del plazo constitucional de la retención.
- o Prisión preventiva oficiosa.
- o Centros especiales de reclusión.
- o La no aplicación expresa de purgar su pena en los centros penitenciarios más próximos a su domicilio.
- o Restricciones de comunicación.
- o Derecho a la defensa (imposibilidad de la defensa para tener acceso total a los medios de prueba desde el inicio de la investigación).
- o Suspensión de proceso y plazo de prescripción (se suspende en caso que lo reclamen en el extranjero y la prescripción se duplicará).
- o Valor probatorio de actuaciones en la fase de la investigación (las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas).
- o Se puede autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador, hasta que se judicialice la investigación.

Las excepciones anteriores son las figuras procesales incorporadas a la Constitución, las cuales contienen manifiestas violaciones a los derechos que se buscan proteger con el nuevo sistema; sin embargo, al existir regímenes diferentes en el sistema Penal, siendo el acusatorio y el de

excepción para la delincuencia organizada, el cumulo de derecho no aplican para todos, por ello, el estado no puede exigir un marco de respeto si el mismo incumple y violenta los derechos humanos.

Cómo establece Alejandro J., "con el derecho penal del enemigo, puede constatarse que la presunción o condición de inocencia en cierta forma ha quedado derogada tácitamente"²⁰.

Algunas de las características que tienen los derechos humanos son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables, independientemente de su sexo, raza, credo, educación, condición social (no excluye a los que pertenecen a una organización delincuencia); por más grave y deshumana que haya sido la conducta del infractor, a nadie le está permitido tratar a una persona como un ser desprovisto de sus derechos.

²⁰RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J., *Lucha Antiterrorista Derechos Humanos y Discurso Penal del Enemigo*, Vadell Hermanos Editores, Venezuela, 2011, p. 43.

2. Delincuencia organizada única hipótesis de procedencia del arraigo.

El párrafo Octavo del artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece un régimen especial de suspensión de garantías, la cual no admite la doctrina, la igualdad de los individuos frente a la ley ni la universalidad de los derechos fundamentales, los sujetos investigados por delincuencia organizada no tienen los mismos derechos que los demás, tienen menos.

De acuerdo a la reforma de dieciocho de junio de dos mil ocho, da un trato específico a la delincuencia organizada, debido principalmente a la presión pública y a razones políticas lo que tiene como consecuencia adoptar medidas legislativas penales que den preponderancia a la seguridad ciudadana en detrimento de derechos individuales.

Se coincide con lo expuesto por Sergio García Ramírez²¹:

ES LAMENTABLE QUE LOS LEGISLADORES HAYAN APROBADO QUE FIGURAS COMO EL ARRAIGO el allanamiento sin orden judicial de por medio se alojen "nada menos que en la Constitución", LO QUE VA CONTRA EL DERECHO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SE VULNERAN LAS GARANTÍAS CIUDADANAS, POR LO QUE SON MUY DISCUTIBLES (...)

EXISTEN PUNTOS DE LAS MODIFICACIONES CONSTITUCIONALES QUE "NO CONCILIAN" CON EL DERECHO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, COMO LOS ARRAIGOS que señala la iniciativa constitucional aprobada por el Legislativo. "No son realmente arraigos, SINO DETENCIONES ANTICIPADAS QUE SE PUEDEN PROLONGAR HASTA POR 80 DÍAS, LO QUE VULNERA LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (...)

²¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Preocupantes y Riesgosos los cambios aprobados*, Periódico La Jornada, 15 de diciembre de 2007, consultado en línea Septiembre de 2017, <http://www.jornada.unam.mx/2007/12/15/index.php?section=politica&article=007n2pol>.

El "peligro más grave y riesgoso es que (las reformas) hacen una división del proceso penal que hasta ahora había sido sólo uno. **AHORA HAY DOS SISTEMAS Y REGÍMENES PROCESALES PENALES: UNO CON GARANTÍAS PARA LA DELINCUENCIA EN GENERAL Y OTRO PARA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.** (Énfasis añadido)

Existen diferentes definiciones que nos da la legislación y la doctrina.

El Doctor Jesús Zamora Pierce, la define como:

La definición legal de la delincuencia organizada ha de estar orientada, entre otros, por los siguientes criterios: la unión de varios delincuentes dentro de un grupo permanente, jerárquicamente estructurado, con finalidades de lucro, mediante la comisión de delitos que afecten bienes fundamentales de los individuos y de la colectividad, y que, a su vez alteren seriamente la salud o seguridad públicas.²²

La OIPC-INTERPOL, definió al crimen organizado como "toda asociación o grupo de personas que se dedica a una actividad ilícita permanente, cuyo primer objetivo es sacar provecho sin tomar en cuenta las fronteras nacionales."²³

El artículo 16 Constitucional, la define como "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".

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, ley especial que regula este delito, en su artículo 2, establece

²² PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *La Procuración de justicia. Problemas, retos y perspectivas*, México, 1993, p. 412

²³ ANTONY, Serge y RIPOLL, Daniel, *El combate contra el crimen organizado en Francia y en la Unión Europea*, Procuraduría General de la República, 2ª ed., México, 1996, p. 19

“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:”

Realizando un catálogo de delitos, los cuales son respecto a:

- Terrorismo.
- Contra la salud.
- Falsificación o alteración de moneda.
- Operaciones con recursos de procedencia ilícita.
- En materia de derechos de autor.
- Tráfico de personas.
- Tráfico de órganos.
- Trata de personas.
- Contrabando y su equiparable.
- Materia de hidrocarburos.

Si bien existen un sin número de conceptos para definir a la delincuencia organizada, hay características que la diferencian con la denominada delincuencia ordinaria, los cuales son:

- La organización de hecho de tres o más personas;
- Que la organización sea en forma permanente o reiterada;
- Que la organización tenga como fin o resultado cometer delitos con el propósito de quebrantar el orden social y jurídico;
- Composición estructurada y jerarquizada.

3. Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Desafortunadamente México ha optado por insertar medidas legislativas penales que pretenden dar preponderancia a la seguridad pública, la soberanía y la seguridad de la nación en detrimento de derechos humanos.

Uno de los antecedentes donde la delincuencia organizada comienza a tener vigencia en México, es cuando suscribe en 1989, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

Con la aprobación de esta Convención, nuestro país comenzó a adoptar nuevas medidas de investigación y combate a este delito, ya que como se estableció en dicho documento, la adopción de este instrumento se debió al reconocimiento de los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados.

En 1991 se comenzó a trabajar un "Anteproyecto de Ley Federal contra el Narcotráfico y Control de Drogas", sin embargo no obtuvo mucha aceptación, ya que para muchos implicaba una reducción de garantías que contrariaban lo dispuesto en la ley fundamental.

El término de delincuencia organizada fue introducido legalmente con la reforma de 1993, en la cual se modificaron los artículos 16, 17, 119 y se derogó la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución, en dicha reforma se estableció en el párrafo séptimo del artículo 16, la posibilidad de duplicar el término de retención de cuarenta y ocho horas, en los casos de delincuencia organizada, fue así como se incluyó constitucionalmente el término.

En la exposición de motivos de la iniciativa de reforma a este artículo, se señaló que la razón por la que se planteó la duplicación del término de la retención era:

porque a la elevada gravedad del delito se suma la mayor dificultad de integrar debidamente una indagatoria, sobre todo porque en estos casos no sólo es necesario acreditar la existencia del hecho ilícito y la vinculación del indiciado con el mismo, sino, su relación con los demás elementos que integran a la organización delictiva.²⁴

Asimismo, de la exposición de motivos de la iniciativa correspondiente, se advierte que se tomó en cuenta la necesidad de prever una ley especial que regulara la conducta consistente en la organización de tres o más personas encaminadas a cometer alguno de los delitos ahí señalados, pues se estimó que no obstante que se hacía mención a la "delincuencia organizada" en la legislación penal, la regulación era aún insuficiente; consecuentemente, al preverse la delincuencia organizada se establece un delito autónomo y no una agravante, es decir, su

²⁴Exposición de Motivos de la Iniciativa de reformas a los artículos 16, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por diputados integrantes de los diversos grupos parlamentarios que integran la LV Legislatura la Cámara de Diputados, de 2 de julio de 1993, consultado en línea: <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/DetalleProcesoLeg.aspx?IdLey=130&IdRef=22&IdProc=1>.

consumación no requiere de la realización de otra conducta tipificada como delito.

El 18 de marzo de 1996, se presentaron ante la Cámara de Senadores tres iniciativas, dos de reformas constitucionales; la primera al artículo 20, fracción I y la segunda a los artículos 16, 21, 22 y 73, fracción XXI y otra precisamente referente a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, todas ellas aprobadas ese mismo año. La fuerte preocupación en torno a la delincuencia organizada influyó notablemente para que se elaborara el proyecto de iniciativa de reforma a los artículos 16, 21, 22 y 73 constitucionales, que derivó en la inclusión de regulaciones como la intervención de comunicaciones, el decomiso de bienes con carga de la prueba para el inculpado y la posibilidad de que las autoridades federales conocieran de delitos comunes conexos con delitos federales.

La iniciativa referente a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, fue aprobada el 15 de octubre de 1996, por la Comisión de Justicia y Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 7 noviembre de 1996, posteriormente a efecto de complementar este ordenamiento, se reformó el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República General y en él se dispuso la creación de la Unidad Especializada en Delincuencia Organizada (UEDO), posteriormente Subprocuraduría de Investigación Especializadas en Delincuencia Organizada

(SIEDO) y actualmente Subprocuraduría Especializada en la Investigación de Delincuencia Organizada (SEIDO).

El Estado Mexicano con la promulgación de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, tuvo como objetivo central examinar y combatir a fondo el tema de la delincuencia organizada, uno de los problemas más delicados que padece en la actualidad la sociedad, planteando un derecho penal de excepción, por todas las figuras aplicables única y exclusivamente a ellas y la reducción de garantías que contradicen lo dispuesto en la ley fundamental, los cuales ya se mencionaron en apartados anteriores.

Esta ley surgió como consecuencia de tres proyectos previos, los cuales se habían considerado inconstitucionales al afirmar que se creaba un orden excepcional, por lo que a fin de adecuar los requerimientos de la iniciativa propuesta con el texto constitucional, se presentó al mismo tiempo otra iniciativa de reforma constitucional, la cual fue aprobada y trajo como consecuencia la introducción de diversos aspectos en materia de garantías individuales, como la posibilidad de intervenir comunicaciones privadas y diversas disposiciones en materia de decomiso de bienes.

Actualmente, la delincuencia organizada encuentra su fundamento constitucional en los artículos 16, 18, 19 y 20, los cuales contienen reglas especiales aplicables a este delito.

La sola organización de hecho que tiene como finalidad ejecutar alguno o algunos de los delitos precisados en la ley secundaria, es suficiente para actualizar el tipo penal y por tanto imponer las penas previstas en el artículo 4 de la misma ley, con independencia de la sanción que le corresponda a los delitos cometidos.

No obstante lo anterior, a nivel práctico, la autonomía de la que se habla en el párrafo que antecede ha provocado cierta confusión, debido a que dicho ilícito está íntimamente ligado con los delitos secundarios, es decir, con aquéllos cuya comisión constituye la finalidad para la cual se organizan los sujetos; sin embargo, la ley, al darle un tratamiento de delito independiente, hace que el mismo tenga vida propia y la falta de acreditación del delito secundario no implica la inexistencia del elemento subjetivo específico del tipo de delincuencia organizada.

Derivado de lo anterior, es factible imponer una sanción a aquéllos sujetos a quienes se les acredite que se han puesto de acuerdo para cometer un delito, con lo que rompe con el debido proceso del desarrollo del delito (*itercriminis*), es decir, desde el momento en que se idea la comisión de un delito hasta que se consuma, lo importante de conocer estas fases es diferenciar cuál de ellas es relevante para el derecho penal, en el caso de la delincuencia organizada no es necesario la exteriorización mediante acciones u omisiones de ese hecho delictivo, ya que la simple maquinación para realizar una conducta, se considera motivo suficiente para sancionar a la

persona, contraviniendo el principio de *cogitationis poenam nemopatur*, que significa que con el mero pensamiento no es posible delinquir.

Todo ordenamiento penal busca la protección de un bien jurídico tutelado, entendiendo a éste como el ente que protege el Estado mediante la norma penal prohibitiva; es "el fundamento sobre el cual se construyen los tipos penales legales; no puede considerarse típica una conducta si no afecta a un bien jurídico determinado."²⁵

En la exposición de motivos de la iniciativa de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en el artículo 1 se estableció que las disposiciones de la ley atendían a la "finalidad de garantizar la seguridad pública y salvaguardar la soberanía y la seguridad de la nación".²⁶

De lo anterior, se desprende que los bienes jurídicos tutelados por la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, es la seguridad pública y salvaguardar la soberanía y la seguridad de la nación, en el sentido más amplio, la cual engloba la seguridad de las personas, la paz y tranquilidad social, en forma genérica, pero en particular, la puesta en peligro de la libertad ambulatoria de los miembros de la sociedad que sean afectados por las actividades de la empresa criminal.

²⁵ MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio, *Diccionario de Ciencias Penales*, Villela Editor, Argentina, 2001.

²⁶ Exposición de motivos de la Iniciativa de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, presentada por el Ejecutivo Federal de 19 de marzo de 1996, consultado en línea: <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/DetalleProcesoLeg.aspx?IdLey=9005&IdRef=1&IdProc=1>

Sin embargo, "lo anterior no implica que otros bienes jurídicos se hallen ausentes de esta tutela penal, correspondiente a la delincuencia organizada, se quiere amparar la seguridad y la soberanía para que se pueda proteger la vida, la salud y el patrimonio de los individuos."²⁷

Como ya se dijo en el presente trabajo, en razón de las penas excesivas que impone la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, no existe justificación racional para vulnerar las garantías que una persona goza al verse involucrado en hechos delictivos de cualquier índole, que si bien al final del procedimiento penal, gozando de todos los derechos inherentes a la persona, resulta culpable, la pena por haber cometido ese delito tan grave y deshumano, se verá reflejado en la sanción impuesta, pero no en etapas preliminares, ya que al inicio de la investigación no existe la certeza de que esa persona haya cometido ese delito, únicamente se presume que tienen vinculación con el delito de delincuencia organizada e incongruentemente desde ese momento se limitan sus prerrogativas, con lo que únicamente, se está privando de diferentes medios que el sujeto tiene para poder demostrar su inocencia, llegando al absurdo de que es preferible castigar a un inocente que dejar libre a un culpable.

²⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Delincuencia organizada, antecedentes y regulación penal en México*, Porrúa, México, 2002.

III. Principio de presunción de inocencia.

1. Historia.

El principio de presunción de inocencia constituye una base de la sana convivencia social, fundamentada en la razón colectiva de cualquier pueblo, su carencia siempre ha tenido consecuencias nefastas para el ser humano, la negación de la inocencia ha quedado en la historia de los pueblos como un signo de barbarie, motivada por intereses absolutistas, de dominación, de confusión o de conveniencias particulares.

Si bien tiene antecedentes en el derecho romano, el concepto conocido hoy como la presunción de inocencia empezó a cobrar relevancia a partir de la publicación en 1764 del Tratado De los Delitos y de las Penas de Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria.

Al encontrarse frente a un sistema penal arbitrario y cruel, se planteó que si bien la sociedad tenía derecho a castigar las transgresiones cometidas en su contra, tal castigo y la forma de determinar su imposición se debían ajustar a la gravedad de la conducta, entendida en términos del daño ocasionado a las personas; la eficacia de la pena elegida para prevenir futuros delitos; las distinciones entre la actividad judicial y las facultades de los otros poderes del Estado; y los derechos inherentes del individuo juzgado.

En este orden de ideas, se propuso tanto racionalizar el catálogo de delitos y sus correspondientes penas, como resguardar ciertos principios procesales, incluyendo la presunción de inocencia, sobre la cual señaló: "Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida"²⁸.

El antecedente histórico que sin duda ha servido como modelo para consagrar en todas las latitudes del planeta el estado de inocencia como un derecho fundamental, es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789, en su artículo 9°, establece "Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley."

Asimismo, en el año de 1948, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el numeral 11.1 señala "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

²⁸BECCARIA, César, De los Delitos y de las Penas, Facsimilar de la edición príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774, Estudio introductorio de Sergio García Ramírez, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 246.

público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

Miguel Carbonell al referirse al principio de presunción de inocencia, lo deduce de la siguiente manera “...puede entenderse que está presente a *contrario sensu* a partir de la interpretación de las normas constitucionales que establecen una serie de requisitos para que una persona sea privada de su libertad.”²⁹

Además es importante señalar que la naturaleza de los derechos humanos, puede concebirse desde dos puntos, el primero “*ius positivista*” que se refiere que los derechos son otorgados por el estado en su orden jurídico; y, el segundo, “*ius naturalista*” que se refiere a una categoría más amplia y que en la práctica se suelen utilizar con menos rigor jurídico, ya que no están previstas de forma clara en alguna norma jurídica, cuyo fundamento axiológico, es la noción de la dignidad humana, resultando en potestades inseparables e inherentes a las personas.

²⁹CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y CNDH, México, 2004, p. 739.

2. Concepto de presunción de inocencia.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia define la inocencia como "Estado del alma limpia de culpa" y "Exención de culpa en un delito o en una mala acción"³⁰.

A su vez dice que inocente es "Libre de culpa" "Dicho especialmente de una acción: Que pertenece a una persona inocente" "Que no daña, que no es nocivo".³¹

Además, considerando las raíces de las dos palabras que conforman el axioma, "presunción" viene del latín *praesumptio-ónis*, que se traduce como idea anterior a toda experiencia; por su parte, "inocencia" deriva de *innocens-entis* que en latín significa virtuoso, calidad del alma de quien no ha cometido pecado.

En la vida diaria exigimos que se nos considere seres desprovistos de maldad o, al menos, incapaces de realizar actos que evidentemente perjudiquen a los demás y, por tanto, con la capacidad mínima para convivir en armonía con los otros miembros de la sociedad.

Así pues, lo socialmente admisible es respetar a los demás y creer que uno mismo y todos los demás tenemos, salvo diferencias sin importancia, la misma idea de respeto, esa

³⁰Diccionario de la Lengua Española, consultado en línea Septiembre de 2017, <http://dle.rae.es/?id=LhQEWIn>

³¹*Ibidem*, consultado en línea Septiembre de 2017, <http://dle.rae.es/?id=LhVbbK6>

convicción constituye un reflejo de la razonabilidad y, por tanto, civilidad de un pueblo; revela que un grupo ha dejado muy atrás el estado salvaje de todos contra todos, la ley del más fuerte, el estado de barbarie fincado en la fuerza bruta y la violencia, que niega los símbolos, el orden, la medida y la inteligencia.

Con los anteriores principios sociales y de conveniencia, se puede afirmar que la inocencia y la presunción de ésta, es uno de esos principios de elevada jerarquía y por tanto su influencia cubre un espectro que va más allá de lo jurídico, pues la razón de su existencia tiene relación directa con la dignidad humana y representa un fundamento de especial jerarquía por su noble origen.

Al emplear el término "presunción" en relación a estos derechos y obligaciones, no estamos hablando de una simple presunción legal, sino que estamos ante una figura más amplia y de jerarquía superior, es decir, pueden aplicarse diversas presunciones legales dentro de un proceso, pero todas deben ser congruentes con el principio rector, o metapresunción, de la inocencia de la parte imputada hasta en tanto no se declare que la parte acusadora haya demostrado la responsabilidad penal, de acuerdo a los requisitos especificados en el derecho nacional e internacional.

De igual manera, no debemos confundirnos al denominar la presunción de inocencia un "principio", concepto que en la

ciencia jurídica no siempre implica una obligación legal vinculante. Tal y como veremos, el principio en comento es un derecho constitucional, consagrado además en diversos instrumentos internacionales de cumplimiento obligatorio para el Estado mexicano.

El principio de presunción de inocencia, es uno de los derechos fundamentales más importantes en un proceso penal, en donde una persona debe ser considerado inocente en tanto no se le dicte una sentencia condenatoria, esta postura antagónica al principio de presunción de culpabilidad característico de los sistemas procesales inquisitivos.

En fin, el principio de la presunción de inocencia, se debe proteger por el Estado de manera efectiva, a fin de:

- Reconocer al imputado el derecho a la libertad;
- Privarlo de su libertad solo cuando existan plenos elementos probatorios en su contra;
- El acusador, tiene la carga de probar su culpabilidad;
- La prueba de cargo debe ser lícita;
- Derecho a ejercer una defensa plenamente;
- Se debe garantizar el debido proceso;
- La sentencia condenatoria se encuentra motivada, más allá de la duda razonable;
- Oficiosamente, analizar que no exista alguna causa de exclusión del delito.

Algunas de las funciones que tiene el principio de presunción de inocencia:

- a) Fundamentalmente, la presunción de inocencia se concibió como derecho procesal necesario para garantizar un juicio justo y proteger otros derechos, tales como la libertad personal y la integridad física, ya que el resultado de una condena penal suele ser el encarcelamiento, una de las peores situaciones en que se pueda encontrar una persona.
- b) Un sistema penal sin presunción de inocencia tiende a condenar y encarcelar de manera desproporcionada a las personas de pocos recursos económicos, con lo que se busca maximizar la importancia de los elementos de prueba y la rigurosidad con la que éstos se valorarán, contribuye a resguardar la igualdad ante la ley.
- c) Un sistema que no presuma la inocencia abre la puerta al uso político del aparato penal y tiende a convertir a los jueces de la materia en meros ratificadores de los actos del gobierno.
- d) La presunción de inocencia es una poderosa herramienta para mejorar la capacidad del sistema penal de reducir la impunidad y los actos delictivos, ya que la consecuencia más grave de no presumir la inocencia, es el castigo a personas inocentes, que conlleva la impunidad para los verdaderos responsables de los delitos imputados.

Por lo que podemos entender que el principio de presunción de inocencia, es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia

condenatoria que determine su culpabilidad quede firme, este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa.³²

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la protección de otro componente de la presunción de inocencia, el principio conocido como *in dubio pro reo*:

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva el principio de presunción de inocencia, y de esta inferencia, relacionada con los artículos 17, segundo párrafo, y 23 del citado ordenamiento, se concluye la existencia del principio *in dubio pro reo*, el cual goza de jerarquía constitucional. En ese tenor, conforme al principio constitucional de presunción de inocencia, cuando se imputa al justiciable la comisión de un delito, éste no tiene la carga probatoria respecto de su inocencia, pues es el Estado quien debe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado. Ahora bien, el artículo 17, segundo párrafo, constitucional previene que la justicia que imparte el Estado debe ser completa, entendiéndose por tal la obligación de los tribunales de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, sin que les sea lícito dejar de pronunciarse sobre alguna. Por su parte, el referido artículo 23, *in fine*, proscribela absolución de la instancia, es decir, absolver temporalmente al reo en una causa criminal cuando los elementos probatorios aportados por la parte acusadora durante el juicio no resultan suficientes para acreditar su culpabilidad; por lo que la absolución debe ser permanente y no provisoria, además de que el propio artículo 23 previene que no es lícito juzgar dos veces a alguien por el mismo delito (*principio de non bis in idem*). En este orden, si en un juicio penal el Estado no logra demostrar la responsabilidad criminal, el juzgador está obligado a dictar una sentencia en la que se ocupe de todas las cuestiones planteadas (artículo 17, segundo párrafo), y como ante la insuficiencia probatoria le está vedado postergar la resolución definitiva absolviendo de la instancia -esto es, suspendiendo el juicio hasta un mejor momento-, necesariamente tendrá que absolver al procesado, para que una vez precluidos los términos legales de

³²CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sección de tablas informativas, consultado en línea Septiembre de 2017, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/ricardocanese.pdf>.

impugnación o agotados los recursos procedentes, tal decisión adquiriera la calidad de cosa juzgada (artículo 23).³³

Éste se refiere a cómo debe resolver el juzgador en el momento de dictar sentencia, es decir, ya contando con todos los elementos de prueba y argumentos aportados en el proceso y dispone que, en caso de no tener plena convicción de la responsabilidad penal, deba absolver de manera definitiva, pues el defendido goza del beneficio de la duda, con lo que implica que el ministerio público tenga que haber demostrado todos y cada uno de los elementos del delito bajo análisis y la participación de la parte imputada, aunque demuestre más allá de cualquier duda algunos de los elementos, si no aporta pruebas suficientes para acreditar otros, procederá absolver.

Por otra parte, incluso una sentencia condenatoria en primera instancia no significa que en segunda instancia la obligación de hacer valer la presunción de inocencia se torne irrelevante, al contrario, corresponde al tribunal de alzada revisar cuidadosamente el fallo recurrido desde la óptica de este principio, averiguando si la sentencia dictada lo fue de acuerdo a la presunción de inocencia, observando las reglas procesales necesarias para su vigencia y evidenciando un proceso de motivación y razonamiento congruente con la misma.

³³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada 1a. LXXIV/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Registro 177538, Tomo XXII, Agosto de 2005, Constitucional, Penal, Primera Sala, Novena Época, p. 300.

Como bien señalaba el jurista romano Ulpiano "Es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar un inocente."

3. Principio de presunción de inocencia en México.

Uno de los antecedentes en nuestro país de la presunción de inocencia es en la Constitución de Apatzingán de 1814, en su artículo 30³⁴, en donde se establecía que "todo ciudadano sería reputado como inocente mientras no fuera declarado culpable"; sin embargo, su aplicación no es, ni ha sido estricta, en el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931, en su artículo 9, se reconocía la intencionalidad delictuosa, en la que si no existía elementos que la desvirtuara o causa a favor del inculpado en la comisión del delito, se presumía su actuar doloso, es decir, se sancionaba el delito sin haber probado el dolo, al corresponder al inculpado la carga de probar su inocencia, y de no hacerlo, se acreditaba la intencionalidad delictiva.

El principio de presunción, no fue contenida expresamente en constitución alguna que tuviera vigencia, ya que inclusive, hasta antes de la reforma de dos mil ocho, únicamente la contenía de manera implícita de una interpretación armónica y sistemática de los preceptos Constitucionales 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero; y 102, apartado A, párrafo segundo Constitucional (sin embargo, para que no haya lugar a interpretaciones, el principio se inserta de manera expresa en el artículo 20, apartado B, fracción I, "De los derechos de toda persona

³⁴Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, Sancionado en Apatzingán a 22 de octubre de 1814.

imputada), tal y como lo estableció la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el criterio siguiente:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. **DE LA INTERPRETACIÓN ARMÓNICA Y SISTEMÁTICA** de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan **EN FORMA IMPLÍCITA EL DIVERSO PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.³⁵ (Énfasis añadido)

³⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada P. XXXV/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Registro: 186185, Pleno, Tomo XVI, Agosto de 2002, Constitucional, Penal, Novena Época, p. 14.

La Corte ha establecido criterios jurisprudenciales importantes sobre la presunción de inocencia, a través de las tesis:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO PROCESAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.³⁶

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO SE CONSTITUYE EN EL DERECHO DEL ACUSADO A NO SUFRIR UNA CONDENA A MENOS QUE SU RESPONSABILIDAD PENAL HAYA QUEDADO DEMOSTRADA PLENAMENTE, A TRAVÉS DE UNA ACTIVIDAD PROBATORIA DE CARGO, OBTENIDA DE MANERA LÍCITA, CONFORME A LAS CORRESPONDIENTES REGLAS PROCESALES. De acuerdo con la tesis P. XXXV/2002, publicada en el Semanario Judicial de la

³⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis 2ª. XXV, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, Mayo 2007, p. 1186.

Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, agosto de 2002, página 14, de rubro: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.", este principio aparece implícito en los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102 apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los diversos principios de debido proceso legal y el acusatorio dando lugar a que el acusado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia, sino que incumbe al Ministerio Público acreditar la existencia de los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del inculpado. Al tenor de estos lineamientos se colige que el principio de inocencia se constituye por dos exigencias: a) El supuesto fundamental de que el acusado no sea considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria; lo que excluye, desde luego, la presunción inversa de culpabilidad durante el desarrollo del proceso; y, b) La acusación debe lograr el convencimiento del juzgador sobre la realidad de los hechos que afirma como subsumibles en la prevención normativa y la atribución al sujeto, lo que determina necesariamente la prohibición de inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, el primer aspecto representa más que una simple presunción legal a favor del inculpado, pues al guardar relación estrecha con la garantía de audiencia, su respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, que en el juicio que se siga, se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, para garantizar al acusado la oportunidad de defensa previa al acto privativo concreto; mientras que el segundo se traduce en una regla en materia probatoria, conforme a la cual la prueba completa de la responsabilidad penal del inculpado debe ser suministrada por el órgano de acusación, imponiéndose la absolució n si ésta no queda suficientemente demostrada, lo que implica, además, que deben respetarse los lineamientos generales que rigen para la prueba en el proceso penal y su correcta justipreciación, pues los elementos de convicción que se consideren para fundar una sentencia de condena, deben tener precisamente el carácter de pruebas y haber sido obtenidos de manera lícita. Así, la presunción de inocencia se constituye en el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su responsabilidad penal haya quedado demostrada plenamente, a través de una actividad probatoria de cargo, obtenida de manera lícita, conforme a las correspondientes reglas procesales y que sea capaz de enervar al propio principio.³⁷

³⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada I.4o.P.36 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Registro 173507, Penal, Tomo XXV, Enero de 2007, Novena Época, p. 2295.

Mediante reforma al sistema de seguridad pública y justicia penal de 2008, se planteó la supremacía de la presunción de inocencia, al considerarla como la piedra angular del modelo de tipo acusatorio y por ello, su inserción en el artículo 20, Constitucional, apartado A, fracción I, que establece: "I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa". Con ello el legislador nos pone a la altura, al menos formalmente, de los sistemas de justicia penal de vanguardia internacional.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 13, lo establece "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."

El 18 de junio de 2008, se publicó la reforma Constitucional penal que incorporó el sistema acusatorio y oral, sustentado en el derecho humano de presunción de inocencia, modificándose los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; con el objetivo de instaurar un sistema integral de derechos sobre la base de principios generales que rijan todo proceso penal, mediante la tutela judicial efectiva del Estado garante del respeto a los derechos humanos, aunado a que se debe considerar al principio no sólo como una garantía procesal, sino derecho humano de los sistemas democráticos a fin de limitar el monopolio legítimo de la fuerza, donde se

garanticen mecanismos de defensa que permitan demostrar la inocencia de los acusados e instrumentos de defensa contra actos de órganos de procuración e impartición de justicia.

Al haber contemplado nuestra ley suprema el principio de presunción de inocencia, no significa que todo esté listo para que opere adecuadamente el proceso penal, si bien la dirección parece la correcta, persisten situaciones que no están del todo concordantes con los criterios internacionales, como es el hecho de contemplar en nuestro sistema penal un régimen de excepción para la delincuencia organizada con todas las características de un derecho penal del enemigo, donde existen figuras como la del arraigo, en donde se violentan las garantías individuales, por lo que no es dable legitimar la existencia de un derecho penal del enemigo dentro de un estado considerado de derecho, en el cual la presunción de inocencia y el debido proceso se encuentran en rango constitucional.

Hablar sobre la presunción de inocencia, presenta varias dificultades, donde prácticamente todos los términos vigentes para referirnos a la población acusada de algún acto ilícito, nos llevan a pensar en la culpabilidad, siendo: imputados, acusados, sospechosos, en el mejor de los casos procesados, los citados términos le quitan la calidad de sujeto a la persona así llamada, al definirla no por lo que haga, sino por lo que el Estado le está haciendo: imputar, acusar, procesar, de hecho, llama la atención cuando un "acusado" es absuelto, una sospechosa contradicción de términos.

La palabra "defendido" pareciera representar un paso en el sentido correcto; aunque sigue definiendo a la persona por una acción recibida, podríamos entender también que ella se está defendiendo, pero ninguno de los términos mencionados encarna el concepto más básico del proceso, si queremos decir la verdad jurídica, la persona en comento es un "presunto inocente".

Luego, antes de pensar en establecer mecanismos procesales para asegurar la implementación del principio de presunción de inocencia, implica vencer inercias, cambio en una nueva forma de pensar, ideología y práctica de quienes lo operan, en el que verdaderamente se respete el derecho humano de toda persona, a su dignidad, comprender que el cambio es cultural a la verdad y a la legalidad como reclamo social de todo estado democrático de derecho, ya que el proceso penal, refleja el avance de la civilización de nuestros tiempos, evidencia las patologías sociales, la decadencia de las instituciones, así como la corrupción e impunidad con la que funciona, dejando mucho que desear nuestro país.

4. Presunción de culpabilidad en criterios jurisprudenciales y legislación.

En la actualidad existen criterios que denotan la incongruencia al principio de presunción de inocencia, situando al acusado a la carga de probar su inocencia, no obstante que se preserva el principio, la interpretación judicial es contraria al mismo, por lo que, los Órganos facultados para emitir criterios y los legisladores, deben tener total cuidado al momento de emitirla, como ejemplos tenemos los siguientes:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DESVIRTUADA, LA CARGA PROBATORIA EN CONTRARIO LE CORRESPONDE AL INculpADO (SALUD, DELITO CONTRA LA TRANSPORTACIÓN DE MARIHUANA). Es cierto que corresponde al agente del Ministerio Público la carga de probar los elementos y hechos que integran el delito imputado de transportación de marihuana y la probable responsabilidad del quejoso en su comisión, atento a la vigencia del principio universal de derecho de que toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. Sin embargo, **AL QUEDAR PROBADO FEHACIENTEMENTE EN LA ESPECIE QUE AL INculpADO SE LE DETUVO MANEJANDO UN VEHÍCULO DE MOTOR QUE TENÍA UN COMPARTIMIENTO ESPECIAL** para la transportación de cosas en forma oculta, lugar donde se encontró determinada cantidad del estupefaciente y, por ende, su participación en dicha transportación; así las cosas, **DABLE ES AFIRMAR QUE ENTONCES, LA CARGA PROBATORIA EN CONTRARIO, CORRESPONDE AL INculpADO RESPECTO DE LOS HECHOS DEMOSTRADOS EN SU CONTRA,** debiendo así acreditar que no estuvo en la posibilidad de enterarse de la existencia de la marihuana que transportaba, como también la falta de voluntariedad en la realización del ilícito atribuido, debiendo demostrar todos y cada uno de los hechos que se dieron desde el momento en que salió de su domicilio hasta el diverso momento en que fue detenido con el enervante cuya existencia dijo desconocer. Y al no hacerlo, el acto que se reclama resulta apegado a la legalidad, al constatar que el órgano acusador cumplió su obligación probatoria, desvirtuando el referido principio de inocencia.³⁸ (Énfasis añadido)

DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN. EL DESCONOCIMIENTO, POR PARTE DEL INculpADO, RESPECTO DEL NARCÓTICO TRANSPORTADO, NO CONSTITUYE UNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO, SINO LA AUSENCIA DEL ELEMENTO COGNITIVO DEL DOLO. El código

³⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada VIII.1o.27 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Registro 192954, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo X, Noviembre de 1999, Penal, Novena Época, p. 1009.

punitivo federal, prevé como causa de exclusión del delito, en su artículo 15, fracción VIII, inciso a), el error invencible que recaiga sobre uno de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo. Dicha causa de exclusión se actualiza cuando el agente del delito tiene una falsa apreciación o distorsión -error- sobre uno o más de los elementos, objetivos o normativos, del tipo penal. Debe distinguirse el error, que no implica más que un conocimiento falaz, de la ignorancia, que implica un desconocimiento total. La ignorancia supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado, mientras que error, supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto. De lo anterior que el desconocimiento del narcótico transportado, respecto del delito contra la salud en su modalidad de transportación, previsto en el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal, no actualice la causa de exclusión analizada, consistente en un error sobre un elemento del tipo, a saber, el objeto material, sino que únicamente denota la ignorancia respecto del mismo, lo que en su caso, daría lugar a la ausencia del dolo, al faltar el elemento cognitivo constitutivo del mismo. Por ello, para que se actualizara un error sobre el objeto material del delito, sería necesario que el sujeto activo hubiese tenido una falsa concepción sobre su esencia, esto es, que hubiese creído que el narcótico no era tal, sino cualquier otra sustancia que pudiese transportar lícitamente. De ello que no corresponda la carga de la prueba de dicho desconocimiento al inculpado, lo que sí acontecería de actualizar éste una causa de exclusión del delito, atento al principio de que quien afirma está obligado a probar.³⁹

DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN. LA SOLA MANIFESTACIÓN DEL INCULPADO RESPECTO A QUE DESCONOCÍA LA EXISTENCIA DEL NARCÓTICO TRANSPORTADO, NO DESVIRTÚA LA EXISTENCIA DEL DOLO. El delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcótico requiere para su actualización del acreditamiento del dolo, mismo que corresponde probar al Ministerio Público de la Federación, atento al principio de presunción de inocencia, recogido implícitamente en la Constitución Federal. Al ser el dolo un elemento subjetivo la prueba idónea para acreditarlo es la confesión del agente del delito, empero ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial o de indicios. Para acreditar el dolo en el delito señalado, es menester probar que el agente del delito tenía pleno conocimiento, entre otros elementos, de la existencia del narcótico que transportó. Lo que, en los términos anteriormente anotados, corresponde probar al Ministerio Público. Sin embargo, cabe aclarar que la sola manifestación del inculpado respecto a que desconocía la existencia del narcótico que transportó, no puede por sí sola, acreditar la ausencia del dolo, ni desvirtuar su existencia, sino que la misma únicamente constituye un indicio más, que tendrá que valorar el juzgador, al momento de determinar

³⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Tesis 1a./J. 116/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, octubre de 2005, registro 177030, p. 181.

la acreditación o no del dolo, como elemento del delito, por supuesto, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, esto es, tomando en consideración la mecánica de los hechos conforme a todas las constancias que obren en el expediente, sin que con ello se vulnere el principio universal de presunción de inocencia, pues ello no implica que la mera negación respecto de uno de los elementos del delito, como lo es el dolo, implique que el mismo se encuentra desvirtuado, toda vez que si obran en la causa diversos medios probatorios, aportados no sólo por la representación social sino incluso por el propio sujeto activo del delito o su defensa, mediante los cuales se acredite, aun de manera circunstancial, el dolo, no puede establecerse que la sola afirmación respecto al desconocimiento del narcótico, desvirtúe la existencia del dolo, sino que la misma únicamente constituye un medio probatorio más, que deberá ser valorado por el juzgador al momento de dictar sentencia.⁴⁰

En el supuesto de encontrar a una persona en posesión de narcóticos, es a él a quien le corresponde, si lo alega, demostrar que no tenía conocimiento de que llevaba consigo marihuana.

INCULPADO. LE CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA CUANDO LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA QUE EN PRINCIPIO OPERA EN SU FAVOR, APARECE DESVIRTUADA EN LA CAUSA PENAL. Si del conjunto de circunstancias y pruebas habidas en la causa penal se desprenden firmes imputaciones y elementos de cargo bastantes para desvirtuar la presunción de inocencia que en favor de todo inculpado se deduce de la interpretación armónica de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por otro lado, el encausado rechaza las imputaciones y niega el delito, o su participación culpable en su actualización, éste necesariamente debe probar los hechos positivos en que descansa su postura excluyente, sin que baste su sola negativa, no corroborada con elementos de convicción eficaces, pues admitir como válida y por sí misma suficiente la manifestación unilateral del inculpado, sería destruir todo el mecanismo de la prueba circunstancial y desconocer su eficacia y alcance demostrativo.⁴¹

⁴⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis 1a./J. 117/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, octubre de 2005, registro 177029, p. 253.

⁴¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Jurisprudencia V.4o. J/3, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Registro 177945, Tomo XXII, Julio de 2005, Penal, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, registro 177945, p. 1105.

La presunción de inocencia es destruida con la presentación de cualquier prueba de cargo, como lo es la declaración de los elementos aprehensores y la fe ministerial del objeto del delito.

Si del conjunto de circunstancias y pruebas habidas en la causa penal se desprenden firmes imputaciones y elementos de cargo bastantes para desvirtuar la presunción de inocencia que en favor de todo imputado, y por otro lado, el encausado rechaza las imputaciones y niega el delito, o su participación culpable en su actualización, éste necesariamente debe probar los hechos positivos en que descansa su postura excluyente, sin que baste su sola negativa, no corroborada con elementos de convicción eficaces, pues admitir como válida y por sí misma suficiente la manifestación unilateral del inculpado, sería destruir todo el mecanismo de la prueba circunstancial y desconocer su eficacia y alcance demostrativo.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL DE ILICITUD DEL INCREMENTO PATRIMONIAL QUE RECONOCE EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL NO ES ATENTATORIA DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. El artículo 224 del Código Penal Federal al expresar que "Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio", reconoce la existencia de una presunción de ilicitud del enriquecimiento, sustentada en hechos que deben demostrarse plenamente, consistentes en que un servidor público incrementó sustancialmente su patrimonio, de manera desproporcionada a sus ingresos. Esta forma indirecta de probar uno de los elementos del delito no es atentatoria del principio de presunción de inocencia que le asiste al inculpado, por más que lo vincule a demostrar la legítima procedencia de sus bienes para poder desvirtuar la prueba presuntiva que pesa en su contra, ya que es propio del proceso penal que al Ministerio Público le corresponde allegar pruebas incriminatorias y al procesado las de su defensa, entre ellas, las

que tiendan a destruir o a desvanecer las aportadas por su contraparte.⁴²

El hecho de que exista presunción de ilicitud, respecto a la adquisición ilegal de recursos, corresponde desvirtuar al acusado dicha conducta, por tratarse de una forma indirecta de probar uno de los elementos de la figura típica.

De lo anterior, se advierte que nuestros tribunales, permiten la inversión de la carga de la prueba, en contravención al contenido y la esencia del principio de presunción de inocencia.

Igual acontece con el tipo penal del delito de presunto contrabando ilícito previsto por el artículo 103, del Código Fiscal de la Federación, que en la fracción II, establece "Se encuentren vehículos extranjeros fuera de una zona de veinte kilómetros en cualquier dirección contados en línea recta a partir de los límites extremos de la zona urbana de las poblaciones fronterizas, sin la documentación a que se refiere la fracción anterior."

Criterios y disposiciones legales que omiten visualizar, en el proceso penal, la prohibición de obligar al inculcado a revertir la carga de la prueba, en virtud del principio de contradicción las pruebas de cargo y de descargo deben confrontarse, pero por ningún motivo es posible considerar

⁴²SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada P. XXXVII/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Registro 186270, Tomo XVI, Agosto de 2002, Pleno, Penal, Novena Época, p. 13.

legítimo establecer un tipo penal que contenga como elemento una presunción de ilicitud que obligue al acusado a demostrar que si conducta no es ilegal, con ello, denota que en México, el principio de presunción de inocencia, no se cumple en razón de que el acusado es el que debe aportar datos que desvirtúen la acusación que obra en su contra.

En el debido proceso, la presunción de inocencia es superada cuando consta prueba, de cargo suficiente, que demuestra los extremos fácticos de la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del inculcado, cuya carga corresponde a la parte acusadora.

Como se ha advertido, a pesar de que México ya ha signado diversos instrumentos internacionales sobre la presunción de inocencia, la imprevisión expresa del referido principio, ha conducido a la carencia de una legislación efectiva y de una práctica judicial adecuada, elevar a rango constitucional la presunción de inocencia implica que el legislador, bajo el principio de legalidad, no requiere crear normas que atenten contra este derecho, ni que lo restrinjan de algún modo.

En este sentido, dicha garantía del inculcado, constituye un límite al legislador en la creación de normas jurídicas que consagren una presunción de culpabilidad que obligue al inculcado a demostrar su inocencia, lo cual eliminaría los tipos penales que revierten la carga de la prueba sobre el justiciable.

Ello también evitará que nuestros tribunales constitucionales, al emitir criterios desentrañando el sentido de las normas penales, emitan criterios que consagren una presunción de culpabilidad.

En mi experiencia laboral, de aproximadamente siete años en un Juzgado de Distrito de Procesos Penales Federales, he observado diversos razonamientos en donde se vulnera el principio de presunción de inocencia, como los siguientes:

"Dichos sentenciados ningún elemento de prueba aportaron para desvirtuar la imputación de los agentes captores"

"Dichos testimonios en primer lugar se encuentran viciados de parcialidad al ser dichos testigos padres del inculpado, lo que presupone que se trata de testigos preconstituidos o prefabricados"

"Descartar una declaración por haberse reservado en un primer momento el derecho a declarar puso cuatro meses después de su aseguramiento, y si bien ello constituye una garantía consagrada a su favor por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se valora que la extemporaneidad con la que declaró fue suficiente para considerar que su versión defensiva fue reflexionada con la única finalidad de desvincularse del hecho que se le atribuye"

"...se retractan de esas mismas confesiones ante la autoridad judicial, porque para ese entonces habrán tenido tiempo de "reflexionar" y darse cuenta de que después de todo, quieren mentir y salir libres, por lo que, se concede validez a la primera confesión, aun si el declarante afirma que fue torturado para firmarla, y restar validez de su posterior retractación ante la autoridad judicial: esto es el principio conocido en México como inmediatez procesal."

Sin embargo, ¿verdaderamente creemos que las personas que delinquen, al ser detenidas prefieren confesar y prácticamente pavimentar su camino a la cárcel? ¿Realmente necesitan mucho

tiempo de "reflexión" para luego darse cuenta de que no quieren ser condenadas? Dichas contradicciones apuntan hacia una contradicción más amplia que clama por ser resuelta, en donde la tortura se usa sistemáticamente para obtener confesiones, día con día las declaraciones ministeriales objetadas por coaccionadas, en vez de ser investigadas, son admitidas como pruebas de cargo y a menudo constituyen el elemento central que sustenta la sentencia condenatoria.

"No pasa desapercibido para el que esto resuelve, que los citados testigos, declararon a cinco meses después de haber sucedido los hechos, por lo que de acuerdo a los detalles que estos proporcionan en ampliación de sus declaraciones, no es posible que los recordaran con toda precisión, además resultan ser padres del inculpado... no se les concede valor alguno"

"Es válido adjetivar sus declaraciones bajo el carácter de argumentos defensivos para evadir su responsabilidad penal que surge por la comisión de los delitos atribuidos, en razón que para justificar sus exposiciones y asignarles eficacia demostrativa de manera indefectible deben apoyarse en datos y pruebas aptas, bastantes e idóneas"

"Pues el que afirma está obligado a demostrar su afirmación puesto que desde un principio aseveraron que no era cierto lo que dicen en su contra; aunado a que su negativa se considera resultado de su aleccionamiento y reflexiones defensivas"

Es importante destacar que la regla de "el que afirma está obligado a probar" no puede ser aplicada en sentido de invertir la carga de la prueba en un proceso penal, pues esto contrariaría la presunción de la inocencia del defendido.

Asimismo, en cuanto a las declaraciones de los testigos víctimas en donde es importante evitar caer en la falsa disyuntiva que plantea que en la ausencia de razones para dudar de la buena fe de la víctima de delito, se presume la culpabilidad del defendido quienes niegan categóricamente haber

intervenido en el delito que se les atribuye, sin embargo estos argumentos defensivos no se encuentran apoyados con algún medio de prueba fehaciente y contundente.

"La negativa reiterada de los encausados de haber cometido el ilícito relacionado a la causa no genera duda para resolver en el sentido que se hizo, pues esa negativa no se justifica con algún medio de prueba, por el contrario se contradice con las imputaciones firmes y categóricas hechas en su contra por los agentes captores, quienes sostuvieron dichas imputaciones, por lo que inexistente duda sobre la comisión del delito el día de su detención"

De lo anterior se desprende que una imputación hecha en tono "firme y categórico" por los policías, bastó para vencer la igualmente firme y categórica negativa de los defendidos acerca de los mismos hechos, por no sustentarse esta última en pruebas externas, cuando razonamientos como los citados guían el análisis del juzgador, el fin es previsible: una sentencia condenatoria.

Resulta absurdo que la presunción de inocencia sea probada por quien goza de ella, corresponde al Ministerio Público acreditada su pérdida con elementos y argumentos racionales.

Además desde mi punto de vista, dentro del Órgano de impartición de justicia, existe la preocupación por parte de los Jueces de que absolver los pudiera volver objeto de investigación y disciplina, y que en todo caso tales sentencias se tenían que razonar para "convencer", mientras las sentencias condenatorias son menos problemáticas ya que no atraen la

sospecha de corrupción y no es necesario tanta labor de convencimiento.

5. Vertientes de la presunción de inocencia establecidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La presunción de inocencia tiene diversas vertientes, siendo la de regla de trato procesal, regla probatoria y regla de trato en su vertiente extra procesal, las cuales establecen la forma en la que debe tratarse a una persona que está sometida a proceso penal, es decir, exige que cualquier persona imputada por la comisión de una conducta tipificada como delito, sea tratada como inocente durante el trámite del procedimiento e, incluso, desde antes de que se inicie, ya que puede alterar la evolución del proceso al introducir elementos de hecho que no correspondan con la realidad.

Además, ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena, situación que se vulnera con la figura del arraigo, ya que en la investigación, un juez la concede, imponiendo una pena de hasta por ochenta días, tal y como lo establecen los criterios siguientes:

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.⁴³

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA. 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 esas vertientes se manifiesta como "regla probatoria", en la medida en que este derecho establece las características que deben reunir los medios de prueba y quién debe aportarlos para poder considerar que existe prueba decargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado.⁴⁴

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. INFLUENCIA DE SU VIOLACIÓN EN EL PROCESO PENAL. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que como regla de trato, el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que cualquier persona imputada por la comisión de una conducta tipificada como delito, sea tratada como inocente durante el trámite del procedimiento e, incluso, desde antes de que se inicie, pues puede ser el caso de que ciertas actuaciones de los órganos del Estado -sin limitarlos a quienes intervienen en la función jurisdiccional propiamente dicha- incidan negativamente en dicho tratamiento. En este sentido, la violación a esta faceta de la presunción de inocencia puede afectar de una forma grave los derechos relativos a la defensa del acusado, ya que puede alterar la evolución del proceso al introducir elementos de hecho que no se correspondan con la realidad y que, en el ánimo del tribunal, y sobre todo de las víctimas y de los posibles testigos, actúen después como pruebas de cargo en contra de los más elementales derechos de la defensa. Así, la presunción de inocencia como regla de trato, en sus vertientes procesal y extraprocesal, incide tanto en el proceder de las autoridades en su consideración a la condición de inocente de la persona, como con la respuesta que pueda provenir de las demás partes involucradas en el juicio. Particularmente, la violación a la regla de trato de la presunción de inocencia puede influir en un proceso judicial cuando la actuación indebida de la policía que pretenda manipular la realidad, tienda a referirse a: (i) la conducta, credibilidad, reputación o antecedentes penales de alguna de las partes, testigos o posibles testigos; (ii) la

⁴³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Jurisprudencia 1a./J. 24/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, registro 2006092, décima época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 497.

⁴⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Tesis Aislada 1a. XCV/2013 (10a.), Época Décima Época, Registro 2003345, Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, p. 967.

posibilidad de que se produjere una confesión, admisión de hechos, declaración previa del imputado o la negativa a declarar; (iii) el resultado de exámenes o análisis a los que hubiese sido sometido alguien involucrado en el proceso; (iv) cualquier opinión sobre la culpabilidad del detenido; y, (v) el hecho de que alguien hubiera identificado al detenido, entre muchas otras.⁴⁵

Aunado a ello, existen criterios en donde se establece que la figura de la prisión preventiva, vulnera la presunción de inocencia como regla de trato procesal, estableciendo que dicho pronunciamiento presupone de suyo la anticipación de la pena, por tanto, la figura del arraigo, al encontrarse en etapa de investigación, garrafalmente vulnera el principio, como se ve:

PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. LA IMPOSICIÓN DE ESTA MEDIDA CAUTELAR BAJO EL 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, VIOLA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, EN SU VERTIENTE DE REGLA DE TRATO PROCESAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). El artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 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. 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.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 4 de abril de 2014 a las 10:40 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, página 497, de rubro: "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

⁴⁵SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Tesis Aislada 1a. CLXXVII/2013 (10a.), Época Décima Época, Registro 2003692, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, p. 563.

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, prevista en el artículo 194, apartado B, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, bajo el 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, por no tener derecho a la justicia restaurativa ni a que se le conceda beneficio o sustitutivo penal alguno, viola el mencionado principio de presunción de inocencia, pues dicho pronunciamiento presupone de suyo la anticipación de la pena, lo cual constitucionalmente está proscrito en el actuar de los juzgadores, en atención a la vertiente regla de trato procesal.⁴⁶

Además, esta vertiente de la presunción de inocencia, protege también a las personas imputadas frente a los medios de comunicación, ya que representa una forma de maltrato que favorece el terreno de ilegalidad y que propicia otras violaciones a derechos humanos, además pueden influir en el dicho de quienes atestiguan contra el inculpado:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. ELEMENTOS A PONDERAR PARA DETERMINAR SI LA EXPOSICIÓN DE DETENIDOS ANTE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PERMITE CUESTIONAR LA FIABILIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO. La sola exhibición de personas imputadas en los medios de comunicación representa una forma de maltrato que favorece el terreno de ilegalidad y que propicia otras violaciones a derechos humanos. Por tanto, estas acciones deben ser desalentadas con independencia de si ello influye en el dicho de quienes atestiguan contra el inculpado. Al respecto, pueden consultarse las tesis aisladas de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: 1a. CLXXVI/2013 (10a.) y 1a. CLXXVIII/2013 (10a.), (1) de rubros: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. SU CONTENIDO Y CARACTERÍSTICAS." y "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU RELACIÓN CON LA EXPOSICIÓN DE DETENIDOS ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.". Ahora bien, cuando se plantea una violación en este sentido, la exposición mediática (y la información asociada a ella) tienen que ser suficientemente robustas para que pueda considerarse que han generado una percepción estigmatizante y que ésta ha elevado, de modo indudablemente significativo, la probabilidad de que los testimonios y las pruebas recabadas contengan información parcial

⁴⁶SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Tesis Aislada II.1o.33 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 30, Mayo de 2016, Tomo IV, Registro 2011746, Décima Época, p. 2834.

y, por ende, cuestionable. Algunos de los elementos que el juez puede ponderar al llevar a cabo esta operación son: 1. El grado de intervención y participación del Estado en la creación y/o en la divulgación de la información. Cuando el Estado es quien deliberadamente interviene para crear una imagen negativa y contribuye a su formación, los jueces deben ser especialmente escépticos para juzgar el material probatorio. 2. La intensidad del ánimo estigmatizante que subyace a la acusación y su potencial nocividad. 3. La diversidad de fuentes noticiosas y el grado de homogeneidad en el contenido que las mismas proponen. Con apoyo en este criterio, el juez valora si el prejuicio estigmatizante ha sido reiterado en diversas ocasiones y analiza su nivel de circulación. También analiza si existen posiciones contrarias a este estigma que, de facto, sean capaces de contrarrestar la fuerza de una acusación. Cabe aclarar que si bien la existencia de una sola nota o la cobertura en un solo medio puede generar suficiente impacto, eso ocurriría en situaciones excepcionales, donde el contenido y la gravedad de la acusación fueran suficientemente gravosas por sí mismas para generar un efecto estigmatizante. 4. La accesibilidad que los sujetos relevantes tienen a esa información. Al valorar este aspecto, el juez puede analizar el grado de cercanía que él mismo, los testigos o los sujetos que intervienen en el proceso tienen con respecto a la información cuestionada. Si la información es demasiado remota, existirán pocas probabilidades de que el juzgador o tales sujetos hayan tenido acceso a la misma; consecuentemente, la fiabilidad de las pruebas difícilmente podría ser cuestionada. Estos criterios no pretenden ser una solución maximalista, capaz de cubrir todos los supuestos. Se trata, tan sólo, de criterios orientadores que facilitan la tarea de los tribunales al juzgar este tipo de alegatos. Es decir, se trata de indicadores que, por sí mismos, requieren apreciación a la luz de cada caso concreto. De ningún modo deben interpretarse en el sentido de que sólo existirá impacto en el proceso cuando un supuesto reúna todos los elementos ahí enunciados. En conclusión, el solo hecho de que los medios de comunicación generen publicaciones donde las personas sean concebidas como "delincuentes", ciertamente viola el principio de presunción de inocencia en su vertiente de regla procesal. Sin embargo, para evaluar el impacto que estas publicaciones pueden tener en un proceso penal, es necesario que los jueces realicen una ponderación motivada para establecer si se está en condiciones de dudar sobre la fiabilidad del material probatorio.⁴⁷

Al respecto, el artículo 11, de la Convención Sobre Derechos Humanos, respecto a la protección de la honra y de la dignidad el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, destacó:

⁴⁷SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Tesis Aislada 1a. CCC/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 37, Diciembre de 2016, Tomo I, Décima Época, Registro 2013214, p. 375.

Que las obligaciones de los Estados para con las personas imputadas, en particular el tratamiento ante los medios de comunicación, así como la presentación física del individuo en las audiencias celebradas con relación a su caso, todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado, es decir, los acusados no deberán llevar grilletes o estar enjaulados durante el juicio, toda vez que se acostumbra al público a ver a personas detenidas y escuchar a partir de esa etapa, que se trata de "delincuentes", ni ser presentados ante el tribunal de alguna otra manera que dé a entender que podría tratarse de delincuentes peligrosos, los medios de comunicación deberán evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia.⁴⁸

De manera parecida, la Corte Interamericana, en el Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, falló en el mismo sentido, considerando: "La presunción de inocencia, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella."⁴⁹

Comúnmente, los sujetos a investigación mediante el arraigo, son considerados como de alta peligrosidad y por ende, la vigilancia de los mismos es estricta, la "peligrosidad" de los sujetos arraigados constituye una estigmatización de la persona, una criminalización de ésta por algo abstracto y subjetivo, que no se ha traducido en hechos probados que lesionen ningún derecho individual o colectivo.

⁴⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párrafo 30.

⁴⁹CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Lori Berenson Mejía vs Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, consultado en línea Septiembre 2017: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf.

En ese sentido, existe el criterio donde se estableció que en caso de haber difundido datos sobre la detención de una persona, la autoridad queda obligada a corregirlos en caso de cambiar su situación jurídica:

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. CUANDO DETERMINADA SITUACIÓN JURÍDICA Y FÁCTICA QUE SE DIFUNDIÓ POR AUTORIDADES O DEPENDENCIAS GUBERNAMENTALES MEDIANTE UN BOLETÍN DE PRENSA HAYA SUFRIDO UN CAMBIO, DEBEN CORREGIRSE LOS DATOS INEXACTOS, INCOMPLETOS U OBSOLETOS, A FIN DE NO VIOLAR DERECHOS FUNDAMENTALES. En relación con la información que se encuentra en poder de las autoridades o dependencias gubernamentales, el artículo 20, fracciones IV y V, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental establece la obligación de procurar que los datos personales con que cuenten sean exactos y actualizados, a sustituir, rectificar o completar oficiosamente aquellos que publiquen y resulten inexactos o incompletos. Así, bajo este marco legal y con apoyo en el segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que contempla los denominados derechos ARCO - acceso, rectificación, cancelación y oposición-, se concluye que cuando determinada situación jurídica y fáctica que se difundió mediante un boletín de prensa haya sufrido un cambio, como en el caso de que un particular haya sido arraigado por la investigación de diversos hechos ilícitos, sin que se haya ejercido con posterioridad acción penal, deben corregirse los datos inexactos, incompletos u obsoletos, pues a partir de que feneció el término del arraigo, la información divulgada no se ajusta a la realidad y, por tanto, es incompleta en relación con los actos y resultados obtenidos en la investigación instaurada, lo cual redundo no sólo en el incumplimiento a lo dispuesto en las fracciones IV y V del citado artículo 20, sino además en una violación a derechos fundamentales, en tanto se difunde información parcial, al resultar pasajera o accidental; de ahí que se estime una afectación a la reputación, fama, imagen y buen nombre del particular afectado, pues, ante la sociedad, al no modificarse la información inicial, se tiene la calidad de probable responsable e indiciado, sujeto a una averiguación previa, lo que evidentemente vulnera los derechos a la protección de datos personales, vida privada, imagen pública y presunción de inocencia que consagran los artículos 6o., fracción II, 16 y 20 constitucionales.⁵⁰

Lo anterior, ya que puede confundir al público sobre la labor del poder judicial, haciendo parecer que las corporaciones policiacas y los agentes ministeriales pueden determinar la

⁵⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada I.4o.A.792, 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXXIV, septiembre de 2011; registro 160981 p. 2243.

responsabilidad penal de las personas y corresponde a las y los juzgadores ratificar ésta y decidir cuestiones como la pena aplicable.

IV. Reformas de 18 de junio de 2008.

Tarde o temprano, México y la transición a un sistema oral y acusatorio ocupa un lugar interesante en la tendencia de instaurar sistemas acusatorios en América Latina, al darnos cuenta de que la ola de reformas empezó hace dos décadas y que la mayoría de los países empezó dicho proceso antes del 2008, como los son Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Paraguay y Venezuela en los años noventa; Bolivia, Chile, Ecuador, Honduras y Nicaragua entre 2000 y 2002; Colombia, Perú y República Dominicana entre 2004 y 2006, por un lado podemos afirmar que México llega tarde a este proceso sumamente relevante para mejorar la justicia penal en la región, al mismo tiempo, tomando en cuenta que la piedra angular del modelo acusatorio es la separación de las funciones judiciales de las investigativas/acusatorias, en teoría México lleva un siglo operando con base en tal esquema, ya que la función del ministerio público como la institución de procuración de justicia, distinta del poder judicial, quedó establecida en el artículo 21 de la constitución de 1917, esto puede parecer una ventaja que facilita la implementación del nuevo sistema, pero en realidad presenta un reto adicional, ya que en vez de crear una nueva institución, basada desde el primer momento en los principios del sistema acusatorio y oral, se tiene que reformar y adaptar una institución ya existente con prácticas arraigadas, muchas de las cuales no se ajustan a las exigencias y principios rectores del nuevo sistema penal.

La celebración de juicios orales en México, entonces, no garantizará automáticamente la independencia judicial, los derechos procesales y la presunción de inocencia según el objeto y espíritu de la reforma penal de junio de 2008.

El 18 de junio de 2008, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 22, 73, fracciones XXI y XXII, 115, fracción VII y 123, apartado B, fracción XIII, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, concretándose así la denominada "Reforma Penal".

Esta reforma representa un paradigma en los sistemas de procuración e impartición de justicia penal, ya que el procedimiento penal deja de ser inquisitivo y se convierte en acusatorio y oral.

Al considerar al sistema penal mexicano tal y como funcionaba previo la reforma, como injusto e ineficaz, tanto del procesado como, en su caso, desde la perspectiva de la víctima; cuestiones que se buscaban si no erradicar, sí disminuir con el sistema penal acusatorio.

Es menester establecer que el eje central de las reformas a los artículos mencionados radica en:

- 1) Modificaciones sustanciales al proceso penal, y 2) combate a la delincuencia organizada, pues se establecen las bases para un sistema penal acusatorio y oral, regido por los principios de

contradicción, concentración, inmediación, publicidad y un equilibrio procesal adecuado entre la defensa, el acusado y las víctimas. En este aspecto se incorpora en la constitución el principio de presunción de inocencia; se suprime la posibilidad de que los inculpados sean defendidos por una "persona de confianza"; se introduce la figura del juez de control, encargado de vigilar la legalidad de las actuaciones del Ministerio Público y de autorizar en forma inmediata los cateos, arraigos y otras medidas cautelares; se contempla la prisión preventiva únicamente para delitos que merezcan pena privativa de libertad.⁵¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, con anterioridad a la reforma constitucional, en el ordenamiento penal de la entidad federativa de Chihuahua, bajo la Acción de Inconstitucionalidad 20/2003, resuelta en sesión de seis de septiembre de dos mil cinco, resolvió:

Se concluye que el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, cuya adición se contiene en el Decreto número 790/03 IX P.E, emitido por el Congreso del Estado y publicado en el Periódico Oficial de la entidad el veintisiete de agosto de dos mil tres, es violatorio de los artículos 11, 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **por lo que procede declarar su invalidez.** (Énfasis añadido)

Misma de donde surgieron las tesis siguientes:

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,

⁵¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Comentarios a la Reforma constitucional en Materia Penal, Mesas Redondas abril-mayo 2008, 1ª ed., México, 2008, p. XXI.

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.**⁵² (Énfasis añadido)

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 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

⁵²SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Tesis Aislada P. XXIII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Registro 176029, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Pleno, Constitucional, Penal, Novena Época, p. 1171.

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.⁵³ (Énfasis añadido)

Fundamentando que 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.

Asimismo en diversos criterios, ya que se consideraba violatoria de derechos humanos, como lo establece la tesis siguiente:

ARRAIGO DOMICILIARIO PREVISTO EN EL NUMERAL 12 DE LA LEY 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.**⁵⁴ (Énfasis añadido)

La reforma Constitucional del 18 de junio del año 2008, puso fin a la ola de posturas en pro y en contra de la constitucionalidad de la polémica figura del arraigo,

⁵³SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Tesis Aislada P. XXII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Registro 176030, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Pleno, Constitucional, Penal, Novena Época, p. 1170.

⁵⁴SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Tesis Aislada I.9o.P.69 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Registro 170555, Tomo XXVII, Enero de 2008, Penal, Novena Época, p. 2756.

adquiriendo ese rango al ser incluida en el artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con lo que se erradican las discusiones encontradas, esta reforma estructural a la justicia penal, obliga hablar del arraigo antes y a partir de tal reforma, pues durante la prolongada *vacatio legis* de ocho años, de acuerdo al transitorio décimo primero de la citada reforma, podría aplicarse el arraigo a delitos graves.

Todas estas innovaciones regresivas en el sistema de justicia penal mexicano, incorporadas en el mismo momento de la reforma constitucional que habría de convertirlo en un sistema moderno, equitativo y controlado por una racionalidad garantista responde a una lógica que choca con los avances que ha tenido México en materia de justicia penal acusatoria, oral y adversarial.

Una reforma de tal envergadura no se implementa de un día a otro, precisamente por esto, se contempla como ya se dijo, un periodo de 8 años para que el nuevo sistema entre en vigor en todo el territorio nacional; sin embargo, el éxito de tal esquema depende de que durante esos ocho años, cada Estado y el sistema federal adecuen su legislación, implementen infraestructura, capacitación, para llegar al año 2016, con el sistema ya plenamente operativo, de lo cual, en el caso particular, el Estado de Jalisco, posterior a la fecha límite de entrada en vigor, no se había finalizado la construcción del edificio de los juicios orales en materia penal.

La elevación del arraigo domiciliario en materia penal a la categoría de figura procedimental constitucional en México se dio por setenta y cuatro votos a favor y veintinueve en contra, toda vez que, existieron posturas en contra con argumentos dignos de ser tomados en consideración, fundamentalmente en que no se podía perder de vista que el arraigo había sido declarado inconstitucional, por tanto, la propuesta contenía una serie de extremos contrarios en su sentido al resto del texto constitucional, pugnando porque esta figura sea vista como una detención arbitraria, por lo que se tendría que confrontar la operatividad de las hipótesis del arraigo ante un modelo garantista en general.

Sin embargo, del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, de fecha once de diciembre de dos mil siete, en el que se estableció, expresamente, lo siguiente:

Arraigo. Una propuesta novedosa, sin duda, es la de incorporar a la Constitución una medida cautelar para evitar que el imputado pueda evadirse de la autoridad ministerial en un primer momento y de la judicial ulteriormente, o bien, que pueda obstaculizar la investigación o afectar la integridad de las personas involucradas en la conducta indagada.

Es claro que la creciente organización de la delincuencia, incluso transnacional, ha puesto en algún nivel de riesgo las clásicas instituciones jurídico-procesales, por lo que el legislador ha ampliado el espectro de medidas eficaces para contrarrestar su impacto en la percepción de inseguridad pública, una de éstas es el arraigo.

Esta figura consiste en privar de la libertad personal a un individuo, por orden judicial, durante un periodo determinado, a petición del ministerio público, durante la investigación preliminar o el proceso penal, a fin de evitar que el imputado se evada del lugar de la investigación o se oculte de la autoridad, o afecte a las personas involucradas en los hechos materia de la indagatoria.

La medida es de suma utilidad cuando se aplica a sujetos que viven en la clandestinidad o no residen en el lugar de la investigación, pero sobremanera cuando pertenecen a complejas estructuras delictivas que fácilmente pueden burlar a diversas autoridades o exista una duda razonable de que en libertad obstaculizarán a la autoridad o afectarán a los órganos y medios de prueba, y contra los que no puede obtenerse aún la orden de aprehensión, por la complejidad de la investigación o la necesidad de esperar la recepción de pruebas por cooperación internacional.

No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió ejecutoria en la acción de inconstitucionalidad 20/2003 promovida por legisladores del Estado de Chihuahua en contra del Congreso y el gobernador de aquél Estado, por la cual declaró la invalidez del artículo 122 bis del otrora vigente Código de Procedimientos Penales local, argumentando en lo esencial que constituye una restricción de la garantía de libertad personal, no prevista en la Constitución General de la República, lo que resulta inadmisibles, en atención al principio previsto por el artículo 1° de la misma, el cual prescribe que las excepciones a las garantías deben contenerse en la propia Constitución.

En ese sentido, se propone que se incorpore en el artículo 16 constitucional el arraigo exclusivamente para casos donde se investigue el delito de delincuencia organizada, fijando los casos de procedencia, la autoridad que lo solicita y quién lo autoriza, la temporalidad por la que puede ser otorgado, la opción de que el juez determine el lugar y demás condiciones de ejecución, la posibilidad de prórroga hasta por un término igual, y la justificación para ello, con lo cual se satisfacen los extremos de una excepción a la garantía individual de libertad personal⁵⁵. (Énfasis añadido)

De ahí que se dictaminó procedente la propuesta de incorporar la figura del arraigo para investigaciones y procesos seguidos por el delito de delincuencia organizada, en este último caso, cuando no subsista la prisión preventiva, en los términos y condiciones que el juez establezca, de conformidad con la ley de la materia, así como por la temporalidad de hasta cuarenta días y con opción a prórroga hasta por otros cuarenta días, siempre que sigan vigentes las circunstancias que justificaron su autorización inicial.

⁵⁵ CAMARA DE DIPUTADOS, Congreso de la Unión, Gaceta Parlamentaria , número 2401-VII, martes 11 de Diciembre de 2007, consultado en línea Septiembre 2017: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic/20071211-VIII.html>

De lo anterior, se advierte la marcada intención de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, que la figura del arraigo constitucionalizada en el párrafo octavo, del artículo 16, quedara en exclusiva a cargo de la federación, para los casos en que se investigue el delito de delincuencia organizada, constituyendo una excepción a la garantía individual de libertad personal, en donde sin importar lo establecido en la acción de inconstitucionalidad 20/2003, promovida por legisladores del Estado de Chihuahua, ya que argumentaron que toda restricción de la garantía de libertad personal, deben contenerse en la propia Constitución y una vez hecho lo anterior, tendría total validez, por ese simple hecho, además, se hablaba que exclusivamente su aplicación era *ultima ratio* para los casos de delincuencia organizada, sin embargo, se estableció que durante el lapso de junio de dos mil ocho a junio de dos mil dieciséis la medida del arraigo continuó aplicándose a nivel local y federal tratándose de delitos graves.

Esto en virtud del décimo primer transitorio de la mencionada reforma, donde hizo las siguientes precisiones:

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

Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia⁵⁶.

⁵⁶ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,, publicado el 18 de junio de 2008, consultado en línea en Septiembre de 2017: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008

Por lo que incorporado el arraigo en el artículo 16, Constitucional, únicamente es reservado a delitos de Delincuencia Organizada, una vez adoptado el sistema acusatorio.

Por lo que, las autoridades han entendido que se ha constitucionalizado y es válido el método consistente en primero detener para después investigar; lo que ha generado que el arraigo penal sea concebido como una especie de medida cautelar metaconstitucional que permite sobreponerse, en términos absolutos, al contenido esencial de los derechos humanos a la libertad personal, a la presunción de inocencia, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Además, confrontando el arraigo penal dentro del modelo procesal que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos propone con la mencionada reforma, donde establece en su artículo 20:

El proceso penal será acusatorio y oral.

Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

(...)

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; (...)

De lo anterior y aunado a que en la misma reforma se reconoce formalmente el principio de presunción de inocencia, hace evidente la antinomia entre el modelo garantista del sistema de corte penal acusatorio y la figura del arraigo, es decir, en un modelo procesal acusatorio, no tiene cabida un acto privativo de libertad que permea totalmente contra el principio de presunción de inocencia como el arraigo penal, que más bien, es acorde al principio de presunción de culpabilidad característico de un sistema inquisitivo, esta antinomia hace flaquear al sistema, con lo que lo aleja de un modelo penal garantista propio de un estado social y democrático de derecho.

Esta reforma, de acuerdo a su exposición de motivos, reconoce que el actual sistema de justicia penal es preponderadamente inquisitorial, donde el indiciado es considerado culpable hasta que se demuestre lo contrario, por lo que con esta reforma se busca la implementación de un sistema acusatorio con estricto respeto de los derechos fundamentales de la víctima y ofendido así como del imputado, regido por los principio de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, con las características de la oralidad, pilar sobre el cual se busca fomentar la transparencia y exigir la intervención directa del Juez y todos los actos procesales, adoptando esencialmente el reconocimiento de la presunción de inocencia; sin embargo, deja entrever severas contradicciones al mismo, como la elevación a rango constitucional del arraigo.

De lo anterior se evidencia un parteaguas en la práctica del arraigo penal, pues posterior a la reforma se autoriza la medida sólo para los casos de delincuencia organizada.

Sin embargo, el hecho de que la figura del arraigo se encuentre dentro del texto constitucional, no significa que no continúe siendo contraria a los principios del proceso penal, como lo es el principio de presunción de inocencia, contemplado en el artículo 20 Constitucional, en donde el imputado debe ser considerado inocente en tanto no se le dicte una sentencia condenatoria y con esta figura, desde la etapa de la investigación, se vulnera este principio, al privarla de su libertad para investigarla, ya que basta con presumir que una persona tienen vinculación con el delito de delincuencia organizada, coincidiendo en que "a fin de que no se sancione al sujeto anticipadamente de manera provisional; con mayor razón debería implicar la no privación de la libertad cuando el material probatorio es tan escaso que ni siquiera puede dictarse un auto de sujeción a proceso por la supuesta intervención de un individuo en un delito determinado".⁵⁷

De lo anterior no resulta lógico establecer que cualquier avance para combatir un problema, en el caso el de la delincuencia organizada, va a ser a costa de un retroceso en los derechos humanos, por el contrario, se debe respetar la presunción de inocencia y defensa adecuada por igual a todos los imputados, independientemente del tipo del delito que se

⁵⁷ ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2012.

les atribuya, ya que como se dijo, la eficacia del sistema penal no depende de la rigidez o flexibilidad de los derechos fundamentales, por lo que no es la respuesta para el combate de la delincuencia.

Si México pretende superar el actual paradigma ineficiente de persecución de los delitos y lograr que el sistema penal deje de ser un espacio caracterizado por actos arbitrarios, la presunción de inocencia no solamente plasmada en la normatividad, sino respetada y garantizada en los criterios, las interpretaciones, los procedimientos y la actitud de la autoridad en todo aspecto de la práctica judicial penal, es la única opción.

El Ministerio Público Federal solicita el arraigo justamente porque no tiene pruebas para acusar, ya que si las tuviera de inmediato solicitaría una orden de aprehensión a un juez. Por lo tanto, ese procedimiento aniquila el principio de presunción de inocencia, el cual paradójicamente fue introducido expresamente en dicha reforma, es decir, por un lado se reconoce textualmente el citado principio, pero por otro se le aniquila con el instrumento autoritario del arraigo.

1. Exposición de motivos de la reforma de 18 de junio de 2008.

En el cuaderno de Apoyo que contiene el Proceso Legislativo de la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, publicada el 18 de junio de 2008⁵⁸, se desarrollaron diversos argumentos sobre la presunción de inocencia, para su incorporación a la Carta Magna, considerando relevantes los siguientes:

La primera fracción se refiere a la presunción de inocencia, que es un principio universalmente aceptado. Dicha presunción debe valer a lo largo de todo el proceso penal. El legislador estará habilitado, en caso de que se apruebe la reforma que se está proponiendo, para determinar la manera concreta en que tal principio se plasmará en cada etapa procesal. La presunción de inocencia está prevista en distintos textos internacionales, entre los que se pueden citar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 11 dispone en su párrafo primero que "Toda persona acusada de un 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". En el mismo sentido, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

(...)

Aparte del significado que el uso indiscriminado de la prisión preventiva tiene en relación con la presunción de inocencia, hay que añadir consideraciones de carácter económico para demostrar la necesidad de que su uso se limite. Según datos del especialista citado, cada preso en México tiene un costo directo de 130 pesos diarios, lo que implica un gasto de 27 millones de pesos cada día y más de 800 millones al mes. Se trata de cantidades considerables que podrían ser perfectamente dedicadas a otros fines si la población penitenciaria se limitara a aquellas personas que han recibido una sentencia condenatoria o a aquellas que, estando vinculadas a un proceso penal, presentan un riesgo objetivo de fuga o de entorpecimiento del desarrollo del juicio. De esta

⁵⁸ SECRETARÍA DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS, Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, Proceso Legislativo, publicado el 18 de Junio de 2008, consultado en línea en Septiembre de 2017: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

manera se podría salvaguardar su presunción de inocencia y el Estado mexicano se ahorraría cuantiosos recursos económicos.

(...)

Evidentemente, el estándar probatorio será mucho más alto en el juicio, pero para entonces el Ministerio Público habrá contado con el tiempo necesario para desarrollar una investigación suficientemente exhaustiva y meticulosa que le permita probar la responsabilidad del imputado, en su caso, y derrotar la presunción de inocencia que obra en favor de éste.

(...)

En México, al igual que en los sistemas mixtos, las actividades del acusador gozan de una presunción de veracidad y los datos recabados tienen el estatus de prueba virtualmente plena. La averiguación previa integrada por el Ministerio Público rara vez puede ser desvirtuada en sede jurisdiccional por la defensa; de ahí que esa práctica instala en los hechos una presunción de culpabilidad, en lugar de una presunción de inocencia. La consecuencia más grave de esto, más allá de las injusticias perpetradas a personas concretas, es que se han atrofiado las capacidades de investigación del Ministerio Público. Muy poco le interesa al Ministerio Público investigar profesionalmente los casos cuando tiene la posibilidad de integrar unilateralmente un expediente cuyos datos se presumirán ciertos y prosperarán sin ser efectivamente debatidos. Además, como el Ministerio Público realiza sus actuaciones por escrito, esto limita toda posibilidad de control respecto de la calidad de la información, pues los juzgadores la asumen como cierta.

(...)

En términos generales, lo anterior, nos lleva a concluir que el modelo de justicia penal vigente, ha sido superado por la realidad en que nos encontramos inmersos. En tal virtud, se propone un sistema garantista, en el que se respeten los derechos tanto de la víctima y ofendido, como del imputado, partiendo de la presunción de inocencia para este último. Tal sistema se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, con las características de acusatoriedad y oralidad; la primera, para asegurar una trilogía procesal en la que el ministerio público sea la parte acusadora, el inculpado esté en posibilidades de defenderse y que al final, sea un juez quien determine lo conducente; la segunda, que abonará a fomentar la transparencia, garantizando al mismo tiempo una relación directa entre el juez y las partes, propiciando que los procedimientos penales sean más ágiles y sencillos.

(...)

En el Apartado B se establecen ahora los derechos de la persona imputada. A continuación se da cuenta de ellos. En primer lugar se reconoce expresamente el derecho a la presunción de inocencia.

(...)

La presunción de inocencia constituye un derecho fundamental a favor de todas las personas sometidas a un proceso jurisdiccional, para que éstas no sean consideradas sin fundamento alguno como culpables, por lo que dicha presunción solo podrá desvirtuarse mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

(...)

“La presunción de inocencia impone al Estado la obligación de dar a todo ser humano tratamiento de inocente hasta el momento en que los tribunales, mediante sentencia firme, lo declaren culpable, entonces y sólo entonces, repito, entonces y sólo entonces podrá el Estado tratar al individuo como culpable”. Dar a una persona tratamiento de culpable tanto quiere decir que se le puede imponer una sanción privativa de libertad, como afectarle en su patrimonio; pero hasta este momento, porque si se le confiscan bienes, se le suprime en su patrimonio se está cometiendo una grave, muy grave violación a sus derechos humanos.

(...)

Primero. Darle vigencia al principio de presunción de inocencia, ha sido una preocupación que ha quedado expresada en forma de iniciativa en el dictamen que tienen en sus manos. Difícilmente podremos convertirnos en un Estado moderno, con justicia moderna, si privamos a los mexicanos de la mínima posibilidad de ser juzgados con condiciones de seguridad.

(...)

Es importante señalar que un cambio de tal envergadura requiere de mecanismos adecuados y eficaces para garantizar que las nuevas disposiciones constitucionales alcancen los fines para los cuales han sido diseñadas; sin embargo, en la misma reforma en que se establece la presunción de inocencia en nuestra constitución, se constitucionaliza el arraigo.

Algunos de los motivos relevantes, por los cuales se constitucionalizó el arraigo:

Por lo que hace al arraigo y la intervención de comunicaciones proponemos en el artículo 16 lo siguiente

a) Que la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos graves, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, podrá autorizar el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señaladas en la solicitud, el cual

no podrá exceder de dos meses, y de tres en caso de delincuencia organizada, teniendo la obligación el Ministerio Público de rendir un informe cuando menos cada quince días de los avances en la investigación y si siguen existiendo las características y circunstancias que lo motivaron.

(...)

En cuanto a delincuencia organizada, dada la complejidad que requiere dicho tema por el daño que causa a la sociedad, se propone un régimen especial desde su legislación, haciendo tal tarea facultad exclusiva del Congreso de la Unión y definiéndola a nivel constitucional como una organización de hecho de tres o más personas, para cometer en forma permanente o reiterada delitos en los términos de la ley de la materia. Para estos casos, se autoriza decretar arraigo a una persona por parte del juez de control y a solicitud del ministerio público, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, siempre y cuando 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. No podrá exceder de cuarenta días, plazo prorrogable únicamente cuando el ministerio público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, y en ningún caso podrá exceder los ochenta días.

(...)

Arraigo

Una propuesta novedosa, sin duda, es la de incorporar a la Constitución una medida cautelar para evitar que el imputado pueda evadirse de la autoridad ministerial en un primer momento y de la judicial ulteriormente, o bien, que pueda obstaculizar la investigación o afectar la integridad de las personas involucradas en la conducta indagada. Es claro que la creciente organización de la delincuencia, incluso transnacional, ha puesto en algún nivel de riesgo las clásicas instituciones jurídico-procesales, por lo que el legislador ha ampliado el espectro de medidas eficaces para contrarrestar su impacto en la percepción de inseguridad pública, una de éstas es el arraigo.

Esta figura consiste en privar de la libertad personal a un individuo, por orden judicial, durante un período determinado, a petición del ministerio público, durante la investigación preliminar o el proceso penal, a fin de evitar que el imputado se evada del lugar de la investigación o se oculte de la autoridad, o afecte a las personas involucradas en los hechos materia de la indagatoria. Existe el arraigo en el domicilio físico del investigado o el que se cumple en un lugar distinto, inclusive de la demarcación donde reside, el primero se ha utilizado para delitos calificados como graves por la ley y el segundo sólo para presuntos miembros de la delincuencia organizada, siempre con autorización judicial previa.

La medida es de suma utilidad cuando se aplica a sujetos que viven en la clandestinidad o no residen en el lugar de la investigación,

pero sobremanera cuando pertenecen a complejas estructuras delictivas que fácilmente pueden burlar los controles del movimiento migratorio o exista una duda razonable de que en libertad obstaculizarán a la autoridad o afectarán a los órganos y medios de prueba, y contra los que no puede obtenerse aún la orden de aprehensión, por la complejidad de la investigación o la necesidad de esperar la recepción de pruebas por cooperación internacional.

No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió ejecutoria en la acción de inconstitucionalidad 20/2003 promovida por legisladores del Estado de Chihuahua en contra del Congreso y el gobernador de aquél Estado, por la cual declaró la invalidez del artículo 122 bis del otrora vigente Código de Procedimientos Penales local, argumentando en lo esencial que constituye una restricción de la garantía de libertad personal, no prevista en la Constitución General de la República, lo que resulta inadmisibles, en atención al principio previsto por el artículo 1º de la misma, el cual prescribe que las excepciones a las garantías deben contenerse en la propia Constitución.

En ese sentido, se propone que se incorpore en el artículo 16 constitucional el arraigo exclusivamente para casos donde se investigue el delito de delincuencia organizada, fijando los casos de procedencia, la autoridad que lo solicita y quién lo autoriza, la temporalidad por la que puede ser otorgado, la opción de que el juez determine el lugar y demás condiciones de ejecución, la posibilidad de prórroga hasta por un término igual, y la justificación para ello, con lo cual se satisfacen los extremos de una excepción a la garantía individual de libertad personal.

De ahí que se dictamina procedente la propuesta de incorporar la figura del arraigo para investigaciones y procesos seguidos por el delito de delincuencia organizada, en este último caso, cuando no subsista la prisión preventiva, en los términos y condiciones que el juez establezca, de conformidad con la ley de la materia, así como por la temporalidad de hasta cuarenta días y con opción a prórroga hasta por otros cuarenta días, siempre que sigan vigentes las circunstancias que justificaron su autorización inicial.

(...)

Por todo lo señalado, se determina procedente incluir jueces denominados de control, que se responsabilizarán de la resolución rápida de las solicitudes ministeriales de cateos, arraigos, intervenciones de comunicaciones privadas, ordenes de aprehensión, y las demás que requieran control judicial, asimismo, resolver las impugnaciones contra las determinaciones del ministerio público, y realizar las audiencias procesales preliminares al juicio conforme los principios del sistema acusatorio, de conformidad con las reglas de organización que al efecto se emita por cada poder judicial.

(...)

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

(...)

Son los arraigos, el allanamiento y la incomunicación, los elevados a rango constitucional con la consecuente anulación al derecho al amparo, lo que contribuirá a hacer más eficiente la lucha contra el crimen organizado.

(...)

Con estos antecedentes, de verdad queremos darle oportunidad al agente del Ministerio Público de que pueda solicitar el arraigo de un ciudadano sospechoso de delincuencia organizada.

(...)

Compañeras, compañeros, el artículo 16 constitucional también habla del arraigo de una persona que puede resultar inocente. Esto ya ha sido declarado en una controversia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación evidentemente inconstitucional. Ello no refleja más que la incapacidad de combatir la delincuencia organizada. El párrafo 134 del Código Penal de Procedimientos Penales habla y particularmente se refiere a este tema.

(...)

Asimismo, tomando en consideración la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la acción de inconstitucionalidad 20/2003, se propone regular desde la propia Constitución la figura del arraigo, toda vez que se trata de un acto restrictivo de la libertad personal, y por ende debe estar previsto en forma expresa en el texto constitucional.

(...)

El arraigo. No podemos olvidar que ya fue declarado el arraigo inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de México. Y que la autoridad ejecutiva ha decidido mantenerla a toda costa sin importar que su aplicación signifique un grave atentado contra los derechos humanos, de quienes reciben dicha pena.

(...)

El *Habeas Corpus* nació contra la detención arbitraria, como es el caso de arraigo, y así también nacieron otras figuras, para poder oponerse a las detenciones arbitrarias, sin juicio previo de la autoridad omnipotente y soberbia.

(...)

Por ejemplo, estamos proponiendo reformar el artículo 73, para federalizar o mejor dicho, para que el Congreso de la Unión emita

la Ley de Delincuencia Organizada. Ciertamente estamos constitucionalizando el arraigo, porque consideramos que es indispensable para las investigaciones y, sobre todo, cuando hay riesgos que los delincuentes escapen a la acción de la justicia o atenten contra las personas que están denunciando los delitos.

Pero no estamos dando el arraigo, como una patente de corso a la Procuraduría General de la República, lo estamos dando bajo un riguroso control judicial; sólo la autoridad judicial puede conceder el arraigo hasta por 40 días, y podrá prorrogarlo por otros 40 días, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que es necesario para la investigación.

(...)

Por otro lado, insistimos en que el arraigo de una persona que puede resultar inocente ha sido ya declarado en controversia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, evidentemente inconstitucional. Ello no refleja más que la incapacidad de combatir a la delincuencia organizada, si ya el vigente párrafo séptimo del artículo 16 constitucional le concede en esta hipótesis al Ministerio Público 96 horas para integrar la averiguación previa, qué sentido tiene que le conceda ahora el proyecto de Decreto hasta 80 días, esto es mil 920 horas para completar su investigación, máxime que el párrafo VI del artículo 134 del Código Penal de Procedimientos Penales, establece que: "En caso de que la detención de una persona exceda los plazos señalados en el artículo 16 de la Constitución Política citada, se presumirá que estuvo incomunicada, y las declaraciones que haya emitido el indiciado no tendrán validez.

(...)

- El C. Senador Ricardo Monreal Ávila: Gracias, señor Presidente; señoras y señores legisladores:

El artículo 16 constitucional que se ha reservado, tiene 19 párrafos; 3 de ellos muy controvertidos. Los 3 párrafos controvertidos del 16 son:

El primero, relativo al arraigo, que nosotros consideramos una institución propia del pasado, violatoria de los derechos humanos, y que ahora se establece la hipótesis de que un arraigado o unos ciudadanos arraigados pueden durar hasta 80 días arraigados.

Como decía hace un rato, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha decretado y ha resuelto en reiteradas tesis de jurisprudencia que el arraigo es inconstitucional. Hay múltiples resoluciones en ese sentido.

Hoy se eleva a rango constitucional con el propósito de que el amparo, que puedan interponer los quejosos, no proceda contra esta medida infamatoria, contra esta medida infamante y denigrante para las personas sujetas a ellas.

Yo le quiero proponer a la Asamblea, por conducto del señor Presidente, que se suprima, también, este párrafo del arraigo, no

puede elevarse a rango constitucional. Y que se establezca, también, que queda prohibido que la policía ingrese a un domicilio, sin orden judicial. Salvo los casos de flagrancia, en los términos del párrafo cuarto de este artículo⁵⁹.

La premisa de lo anterior es que la Constitución otorga a la Procuraduría General de la República un instrumento jurídico para extender el periodo de tiempo de la investigación, sin importar las consecuencias que esto conlleve.

Siendo inconcebible la figura del arraigo, ya que a pesar de no tener los elementos suficientes, la persona pueda ser privada 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 ordinaria a iniciar el procedimiento en contra de éste, aunado a que esta medida está acotada exclusivamente en materia de delincuencia organizada, provocando que el nuevo sistema acusatorio se convierta en un instrumento de justicia selectiva y del ya conocido derecho penal del enemigo, tema que ya se desarrolló.

Desde mi punto de vista, el órgano revisor de la Constitución o Poder Constituyente Permanente, previsto en el artículo 135 constitucional, no puede sustituir o destruir los valores fundamentales que le dan el ser a la Constitución, como lo son los derechos humanos, una cosa es reformar y otra muy distinta es deformar.

⁵⁹ *Ídem.*

2. Contradicciones de la reforma de 18 de junio de 2008.

Inicialmente debe decirse que este acto privativo de libertad emerge ante una justificación oficial raquítica, dado la ineficacia indagadora del Ministerio Público, que se enfrenta ante la frustración para los fines estatales, de que los responsables de un delito, se sustraigan con facilidad a la acción de la justicia, de ahí la necesidad de que en la carpeta de investigación, se adopten medidas que permitan combatir tal problemática, o sea, esta negación de derechos fundamentales hasta por ochenta días es para hacer la investigación, es un método de investigación sin reconocimiento de derechos fundamentales, con lo que se hace evidente la impotencia o incapacidad estatal para producir normas efectivas acordes a las necesidades sociales, ya que la criminalidad ha superado al derecho; cuando este último pretende hacer ajustes tendientes a procurar la evitación de conductas nocivas para la sociedad, éstas ya evolucionaron.

El Programa Nacional de Procuración de Justicia 2013-2018 publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de diciembre de 2013, muestra que, a nivel estatal, la tasa de efectividad de las agencias del Ministerio Público es muy baja ya que sólo resuelven alrededor del 13% de las investigaciones que se inician, además de la baja capacidad de investigación,

esclarecimiento y captura de los responsables que se ha traducido en mayor impunidad.⁶⁰

Así las cosas, con la medida cautelar que constituye el arraigo, al sujeto a quien se dirige se ve involucrado como doblemente sospechoso, primero por su posible relación con la comisión de hechos delictuosos, luego, por la posibilidad de sustraerse de la acción de la justicia.

Al momento en que una persona es detenida debe ser enterado de los cargos que se le investigan, en el caso del arraigo, la razón de su detención va a ser simplemente el hecho de que se encuentra sujeto a una investigación y que por el momento no se cuenta con los elementos suficientes y necesarios para poder ejercitar una acción legal penal en su contra y que por lo tanto tendrá que esperar un periodo de tiempo consistente hasta ochenta días, para poder ser investigado y de esa forma reunir los elementos suficientes para que se le pueda dictar una medida precautoria consistente en la prisión preventiva.

La finalidad del proceso, es el conocimiento de los hechos, establecer la verdad histórica y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito, pero no violentando un derecho tan fundamental como lo es el de la presunción de inocencia, sino, en un marco de respeto irrestricto a los derechos

⁶⁰ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, Programa Nacional de Procuración de Justicia 2013-2018, consultado en línea en Septiembre de 2017: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5326462&fecha=16/12/2013

fundamentales de las personas, afectando directamente la libertad personal de las personas, tal como ya se dijo en la acción de inconstitucionalidad 20/2003.

En un sistema garantista no hay pena sin crimen, ni crimen sin ley, ni ley penal sin necesidad, ni necesidad sin ofensa, ni ofensa sin acción, ni acción sin culpabilidad, ni culpabilidad sin juicio, ni juicio sin acusación, ni acusación sin prueba, ni prueba sin defensa, a partir de este modelo se puede establecer una tipología de los sistemas punitivos, que podrán caracterizarse por un mayor o menor grado de garantismo, de acuerdo a lo anterior, confrontado con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se puede afirmar que el proceso penal mexicano los contiene reconocidos en su totalidad, solo que su regulación secundaria y su operatividad auspician muchas carencias y contienen figuras como el arraigo, en donde se acusa a una persona, se detiene, se investiga para obtener pruebas, se suprimen garantías fundamentales de defensa y comienza el juicio.

Otra de las consecuencias de la figura del arraigo, implica que el Juez no llega a decidir si la detención derivada de la orden de arraigo implica o no violación a derechos humanos contenidos en la constitución, ya que los actos anteriores al arraigo, se subsanan, éstos quedan legitimados, ya que la detención del sujeto fue en razón de una orden judicial, 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.

Hablar de presunción de inocencia equivale a reconocer no solo formalmente, los derechos de un gobernado, sino de respetarlos por el Estado, que podrá privarlo de los mismos cuando se siga un proceso penal en su contra, con lo que se confrontan los principios de presunción de culpabilidad, propio de un sistema procesal inquisitivo y el principio de presunción de inocencia.

De lo anterior, se desprende que el arraigo en materia penal en México, de acuerdo a los postulados antes analizados y confrontados con la constitución que la contempla y tratados internacionales, no coincide con la protección de derechos fundamentales recogidos por éstos, pues como se dijo, su práctica inicia de acuerdo al discurso legal, a partir de una doble sospecha, de culpabilidad y de posibilidad de evasión de la acción de la justicia, al contrastar fuertemente con el modelo garantista del sistema de corte acusatorio del que se supone emerge, ante las practicas inquisitoriales que lo caracterizan; ya que priva de la libertad para investigar, cuando se debe de dar lo contrario, investigar para detener; asimismo, no encuentra amalgamiento que los plazos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce en su artículo 16, para justificar la privación de libertad del imputado, de las cuarenta y ocho horas que tiene el órgano investigador para consignar las diligencias de investigación

ante un Juez, por lo que los plazos de cuarenta u ochenta días, violan descaradamente los derechos fundamentales de cualquier persona detenida inmiscuida con hechos posiblemente delictuosos.

Al constitucionalizar el arraigo, se incita a la violación de derechos fundamentales, ocasionando únicamente una incoherencia en el texto constitucional.

Decía Voltaire, "si contra cien mil probabilidades de que el acusado es culpable, se encuentra una sola de que es inocente, esta debe de prevalecer sobre todas las demás"⁶¹, haciendo referencia en la etapa final de un juicio que es la de una sentencia condenatoria, ahora con la figura del arraigo, llegamos a la aberración de detener a una persona hasta por ochenta días detenida para apenas iniciar una investigación de la persona.

⁶¹PRIETO SANCHIS, Luis, *La filosofía penal de la ilustración*, Palestra Editores S.A.C, Perú 2007, p. 91.

V. Reformas de 10 de junio de 2011.

Siendo congruentes con el principio de progresividad de los derechos humanos, el 10 de junio de 2011, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación⁶², de acuerdo con esta exposición de motivos, es una responsabilidad constitucional hacer plenamente efectivos los derechos humanos, por lo que resultaba necesario su reconocimiento en la Constitución, obligando a todos los servidores públicos a promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos sin discriminación alguna, a establecer las garantías y los mecanismos necesarios para ello, a aplicar en todo momento la disposición más favorable e interpretarlos conforme a los tratados internacionales.

De la reforma de 10 de junio de 2011, destaca lo dispuesto en el artículo 1° constitucional, que por la importancia de su contenido en su nueva redacción fue toral el caso de Rosendo Radilla, por lo que se estableció en el artículo primero:

Artículo 1. 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. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los

⁶² CÁMARA DE DIPUTADOS, Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consultado en línea Septiembre de 2017, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/117_DOF_10jun11.pdf

principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil 14 o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Con ese nuevo artículo se establecieron las siguientes reglas:

- Que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
- Se introdujeron los principios de interpretación conforme y *pro homine*, al establecer que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

La reforma del artículo 1° de la Constitución Federal, de diez de junio de dos mil once, no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de llevar a cabo sus atribuciones y facultades de impartición de justicia en la forma en que venían desempeñándolas con anterioridad a ella, sino que únicamente debe de añadir la directriz respecto de los tratados de derechos humanos, los principios *pro homine* y de interpretación conforme, lo que significa que si en los

instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice, ésta se aplique, sin que ello signifique, que se dejen de aplicar los diversos principios de legalidad, igualdad, seguridad jurídica y debido proceso.

Por ello podemos establecer que la finalidad de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, fue la de seguir la tendencia internacional de que los Estados busquen las condiciones propicias para la ampliación de los derechos humanos, es decir, para que éstos no sólo sean aquéllos contemplados en la Constitución Federal, sino en los tratados internacionales.

Por lo que se puede advertir que la intención de esta reforma es:

- Se busca que los derechos humanos, independientemente de que su fuente sea Constitucional o de tratados internacionales, conformaran un solo catálogo de rango constitucional.
- El conjunto de derechos humanos vinculen a los órganos jurisdiccionales a interpretar no sólo las normas, sino toda norma o acto de autoridad dentro del ordenamiento jurídico.
- No solo las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos constituyen ese parámetro de regulación constitucional, sino toda norma de derechos humanos, independientemente cual sea su fuente.

- Se incorporó el control de convencionalidad.

Este razonamiento ha sido muy importante en el debate jurisdiccional, pues con lo anterior podemos afirmar que la reforma constitucional y lo resuelto en el expediente varios 912/2010, viene a constituir un nuevo paradigma en la administración de justicia, que propiciará cambios trascendentes en ésta, ya que su objetivo es la ampliar el abanico de esos derechos en materia de derechos humanos y crear las mejores condiciones para su defensa.

Al entrar la reforma de derechos humanos, tuvo que haberse realizado una armonización de conceptos constitucionales, porque con cada reforma existe la posibilidad de que un artículo producto de una reforma constitucional, se oponga a otro y a los valores y principios de nuestra carta magna, es decir que existan artículos contradictorios dentro de la propia ley fundamental por razones en su contenido como resulta con la figura del arraigo y el derecho humano de la presunción de inocencia contenido de manera expresa en la Constitución y en todos los tratados internacionales de derechos humanos que México es parte.

1. Control de Convencionalidad.

Considero importante abordar el control de convencionalidad, producto de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, donde se advierte como el Estado Mexicano es congruente con el principio de progresividad de los derechos humanos, estableciendo este mecanismo de protección a los derechos humanos; sin embargo, esta buena intención, se ve limitada, por el mismo ordenamiento que le da vida.

La doctrina del Control de Convencionalidad fue creada por las Cortes Internacionales con el fin de generar un sistema supranacional de derecho constitucional válidamente aplicable en los estados que forman parte de los tratados en materia de derechos humanos, dicho control de convencionalidad pretende que los tribunales nacionales evalúen y comparen el derecho local con el supranacional y ejerzan un control *ex officio* entre las normas internas y tratados internacionales de derechos humanos.

En el mundo occidental contemporáneo existieron otras vías para asegurar la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad, por lo que al fallarse el caso *Marbury vs Madison*, John Marshall, Presidente de la Corte Suprema y autor de la sentencia (1787 y 1788), aclaró que el deber del Juez estadounidense consistía en preferir la Constitución a cualquier otra ley, permitir la eficacia de una norma inconforme con el texto del que debía haber provenido,

implicaba destruir el principio de supremacía Constitucional y, en consecuencia, acotar las libertades civiles; así, al estudiar un caso concreto que involucraba una ley inconstitucional, los jueces debían inaplicarla, creando el control americano o control difuso.

En Europa, al expedirse la Constitución Austriaca, proyectada por Kelsen, se previó instalar un Tribunal Constitucional dedicado a resolver, de modo exclusivo, las cuestiones de inconstitucionalidad, de manera principal y a través de sentencias con efectos *erga omnes*, el cual se le conoce como el control Austriaco o control concentrado.

En los países de América Latina, se desarrolló un modelo de control constitucional que contiene características de los sistemas concentrado y difuso, considerándosele un control mixto, con la combinación del control de constitucionalidad a cargo de un órgano jurisdiccional supremo y con la facultad de todos los Jueces de no aplicar las leyes que estimen inconstitucional.

En México, el control de convencionalidad tiene su origen en el voto concurrente emitido por el jurista mexicano Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. En el párrafo 27 de su voto, apunta que:

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto y sustraer a otros de

este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la corte internacional.⁶³

El mismo jurista vuelve sobre el tema en su voto razonado, emitiendo en la sentencia del caso Tibi vs. Ecuador. Sostiene que la tarea de la Corte Interamericana:

Se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales, Estos examinan los actos impugnados disposiciones de alcance general a la luz de las normas, los principios y valores de las leyes fundamentales. La corte interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que se funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la convencionalidad de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público y eventualmente, de otros agentes sociales al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.⁶⁴

El punto de vista de Sergio García Ramírez, fue acogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el Caso Almonacid contra Chile en el año 2006⁶⁵, el cual, fue la directriz en nuestro sistema regional y con posterioridad ha sido perfeccionada en diversos fallos.

⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, consultado en línea en Septiembre de 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf.

⁶⁴CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Tibi vs Ecuador, Sentencia de 07 de Septiembre de 2004, consultado en línea en Septiembre de 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

⁶⁵CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, Sentencia de 26 de Septiembre de 2006, consultado en línea en Septiembre de 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

El arraigo además de vulnerar el derecho humano de la presunción de inocencia en su artículo 20 Constitucional, también lo hace en su artículo 1, con respecto a los tratados internacionales de los que México es parte, que al igual que la Carta Magna, contemplan el principio de presunción de inocencia, por lo que considero oportuno realizar un análisis de confrontación normativa internacional, para generar un espectro de mayor alcance en favor de la persona, en donde continua siendo incompatible la figura del arraigo, tomando en consideración, como más adelante se verá, las figuras contempladas en la Constitución no pueden ser declaradas inconvencionales ni inconstitucionales.

2. Control de Convencionalidad en México.

Es pertinente señalar que nuestro sistema constitucional el día de hoy es distinto al que estaba vigente en México antes de la reforma de junio de 2011, el cuál era un sistema concentrado, es decir, el encargado de revisar si las normas eran constitucionales o no y quien conocía de las violaciones a los derechos humanos era el Poder Judicial de la Federación, mediante las facultades que se le concedían en los artículos 103 y 107 Constitucional, en otras palabras, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Colegiados de Circuito, los Tribunales Unitarios, el Tribunal Electoral y los Juzgados de Distrito, eran los encargados de desarrollar los medios de control que nuestra Constitución establecía para revisar los actos y las normas de las autoridades, que podían ser violatorios de derechos humanos; dentro de estos mecanismos concretamente encontrábamos las Controversias Constitucionales, las Acciones de Inconstitucionalidad, el Juicio de Amparo, el Juicio para la protección de los Derechos Político Electorales del ciudadano y el Juicio de revisión Constitucional Electoral, siendo estos los únicos mecanismo para hacer valer las violaciones a los derechos humanos; sin embargo, en junio de 2011 se reforma la Constitución y se establece la obligación a todas las autoridades de respetar y hacer valer los derechos humanos, mediante un nuevo modelo de protección.

Aunado a la resolución de la Corte, en el expediente "Varios 912/2010", del caso de Rosendo Radilla Pacheco, se evolucionó el sistema constitucional mexicano y se estableció un sistema

difuso de control de la constitucionalidad, sin que desapareciera el sistema de control concentrado, subsistiendo ambos sistemas, por lo actualmente el Estado Mexicano cuenta con un sistema de Control Constitucional mixto.

Asimismo, con los anteriores acontecimientos se incorporó el control de convencionalidad que se fundamenta en el artículo 1 constitucional:

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.

Entonces, las autoridades deberán analizar si determinada ley es violatoria de derechos humanos consagrados en la Constitución o en tratados internacionales de derechos humanos en los que México participe y la jurisprudencia internacional.

Con ello, todas las autoridades, incluidos los jueces deben realizar ese examen de compatibilidad entre el acto y la norma que tienen en su criterio y la Constitución, este examen se realiza mediante un método llamado hermenéutica conforme o interpretación conforme, utilizando los principios jurídicos que establece el artículo constitucional, el de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, a efecto de que los actos y las normas no violen derechos humanos ni contravengan la Constitución y los tratados internacionales, es decir, deben ser compatibles.

Además, es preciso señalar que el precepto constitucional no se refiere únicamente a las autoridades jurisdiccionales, sino que, el artículo primero, generaliza englobando a todas las autoridades, que en el ámbito de su competencia, deben de procurar la protección de los derechos humanos, es decir, las autoridades administrativas y legislativas, en su función diaria, deben procurar la protección de los derechos humanos, lo cual, muchas veces, les puede resultar complicado, pues al no ser su actividad cotidiana la interpretación de la ley, es más difícil realizar un control de protección a los derechos humanos, si las autoridades judiciales no la aplican, menos las otras.

Aunado a este desconocimiento práctico que poseen muchas de las autoridades mencionadas, el Estado Mexicano tampoco ha instrumentado mecanismos de control preventivo para evitar violaciones a los derechos humanos, tal y como lo dispone la última parte del párrafo primero del artículo 1° de la Constitución mexicana, donde permite establecer límites y restricciones a los derechos humanos, un ejemplo muy claro de esto, la figura del arraigo, contemplado en el artículo 16 Constitucional, motivo por el cual no puede ser declarado inconvencional.

El Control de Convencionalidad implica que las autoridades analicen, interpreten y ponderen todas las leyes ordinarias y actos de autoridad con lo establecido en la Constitución y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, dándole la mayor protección a las personas, sin importar si

dicho beneficio se encuentra en un reglamento, ley ordinaria, Constitución o Tratados Internacionales; en materia de Derechos Humanos no debe existir jerarquía, respetándose la universalidad de los derechos y el principio pro homine, además los derechos humanos se interrelacionan y dependen recíprocamente unos de otros y tienen como origen común la dignidad humana, por lo cual no es procedente relegar alguno para conceder prioridad a otros ni puede existir jerarquía entre ellos, lo que significa que todos los derechos humanos deben ser objeto de protección sin distinción alguna.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha realizado una interpretación de los pasos que deben seguir las autoridades para ejercer control de convencionalidad a fin de proteger los derechos humanos de las personas, en los criterios siguientes:

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los

jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.⁶⁶

PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. 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.⁶⁷

El Control concentrado de Convencionalidad produce la invalidez de las normas o de los actos por considerarlos inconvenional y violatorios de derechos humanos, en cambio, el Control de convencionalidad difuso únicamente trae como consecuencia la inaplicación de la norma que se considera inconvenional, en este último caso, quiere decir que ésta seguirá existiendo en el mundo jurídico, la norma seguirá siendo válida y por lo tanto sujeta del criterio de la autoridad que la interprete para que sea aplicada o no, por lo que, a través del control concentrado, por medio de las Controversias Constitucionales, las Acciones de Inconstitucionalidad, el Juicio de Amparo, el Juicio para la protección de los Derechos Político Electorales del ciudadano y el Juicio de revisión Constitucional Electoral, son los

⁶⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada P. LXIX/2011(9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Diciembre de 2011, p. 552, Registro 160525.

⁶⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada P. LXVIII/2011 (9a.), del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Diciembre de 2011, Registro 160526, p.551.

mecanismos mediante los cuales se puede declarar la invalidez de una norma por resultar inconvencional.

También resulta fastidioso que el sujeto de derecho dependa del juzgado o la autoridad que conozca de su asunto para ver si le aplican o no la norma que quizá otro juez ya ha declarado inconvencional, es decir es un trabajo constante por parte de las autoridades, la jurisprudencia de la Corte, establece que cuando existan varios criterios en un mismo sentido, se determine que dicha norma deberá inaplicarse por inconvencional, sin embargo, en el supuesto de que el arraigo estuviera sujeto a este control, la interpretación siempre se realiza la que más favorezca a las personas, por lo que, podría darse el caso, que aquí no se da, que en un determinado caso podrá favorecerle la inaplicación y en otro, podría traerle mayor beneficio su aplicación, en el presente caso, siempre viola el derecho a la presunción de inocencia.

La Suprema Corte también los define como:

CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS. De los artículos 10. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva que el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad respecto de normas generales por vía de acción está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, quienes deciden en forma terminal y definitiva, por medio del análisis exhaustivo de los argumentos que los quejosos propongan en su demanda o en los casos en que proceda la suplencia de la queja, si una disposición es contraria o no a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte. Por su parte, el control difuso que realizan las demás autoridades del país, en el ámbito de su competencia, se ejerce de manera oficiosa, si y sólo si, encuentran sustento para ello, respaldándose en el imperio del cual están investidas para juzgar conforme a la Constitución. Por tanto, el control ordinario que

ejercen estas autoridades en su labor cotidiana, es decir, en su competencia específica, se constriñe a establecer la legalidad del asunto sometido a su consideración con base en los hechos, argumentaciones jurídicas, pruebas y alegatos propuestos por las partes, dando cumplimiento a los derechos fundamentales de audiencia, legalidad, debido proceso y acceso a la justicia. Es aquí donde el juzgador ordinario, al aplicar la norma, puede contrastar, de oficio, entre su contenido y los derechos humanos que reconoce el orden jurídico nacional (esto es, realizar el control difuso) en ejercicio de una competencia genérica, sin que la reflexión que realiza el juez común, forme parte de la disputa entre actor y demandado. 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.⁶⁸

De esta manera, es como veremos que el Control de Convencionalidad trae grandes alcances y beneficios para la sociedad, pero a la vez, aún se encuentra limitado desde su concepción hasta su aplicación, como lo busca hacer la propia Constitución, estableciendo límites y restricciones a los derechos humanos, con figuras como el arraigo.

A) Caso Radilla Pacheco vs. México.

⁶⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada CCLXXXIX/2015 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, Registro 2010143, p. 1647.

La sentencia de condena al Estado Mexicano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Radilla Pacheco, tuvo su origen en la denuncia presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por una asociación civil mexicana dedicada a la defensa de los derechos humanos, denuncia en la que se solicitó se declarara la responsabilidad internacional del Estado Mexicano, por violación a los derechos consagrados en los artículos 3, 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que prevén los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, las garantías judiciales, la protección judicial, respectivamente, en perjuicio de Rosendo Radilla Pacheco, en la que se condenó al Estado Mexicano a reformar y tomar medidas más serias con respecto a los Derechos Humanos.

Los hechos concretos denunciados, consistieron en la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, desde el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el Estado de Guerrero, México y violaciones derivadas de este hecho, por cuanto el Estado Mexicano no había establecido el paradero de la presunta desaparición, ni se habían encontrado sus restos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia el 23 de noviembre de 2009, en la que declaró responsable al Estado Mexicano.

En los puntos resolutivos de la sentencia⁶⁹, se formulan diversas condenas:

7. Esta sentencia constituye per se una forma de reparación.

8. El Estado deberá conducir eficazmente, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación y, en su caso, los procesos penales que tramiten en relación con la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, para determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea, en los términos de los párrafos 329 a 334 de la presente Sentencia.

9. El Estado deberá continuar con la búsqueda efectiva y la localización inmediata del señor Rosendo Radilla Pacheco o, en su caso, de sus restos mortales, en los términos de los párrafos 335 a 336 de la presente Sentencia.

10. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 337 a 342 de la presente Sentencia.

11. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en los términos de los párrafos 343 a 344 de la presente Sentencia.

12. El Estado deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, en los términos de los párrafos 345 a 348 de la presente Sentencia.

13. El Estado deberá publicar en el Diario Oficial de la Federación y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 1 a 7, 52 a 66, 114 a 358 de la presente Sentencia, sin las notas al pie de página, y la parte resolutive de la misma, y publicar íntegramente este Fallo en el sitio web oficial de la Procuraduría General de la República, en un plazo de seis y dos meses, respectivamente, a partir de la notificación de este Fallo, en los términos de los párrafos 349 a 350 del mismo.

⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, consultado en línea en Septiembre de 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf

14. El Estado deberá realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad en relación con los hechos del presente caso y en desagravio a la memoria del señor Rosendo Radilla Pacheco, en los términos de los párrafos 351 a 354 de la presente Sentencia.

15. El Estado deberá realizar una semblanza de la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco, en los términos de los párrafos 355 a 356 de la presente Sentencia.

16. El Estado deberá brindar atención psicológica y/o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas, a las víctimas declaradas en el presente Fallo que así lo soliciten, en los términos de los párrafos 357 a 358 del mismo.

17. El Estado deberá pagar las cantidades fijadas en los párrafos 365, 370, 375 y 385 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y el reintegro de costas y gastos, según corresponda, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos de los párrafos 360 a 392 del mismo.

18. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. El Estado deberá, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

Como consecuencia del dictado de esa sentencia, formuló al Tribunal Pleno una solicitud para determinar el trámite que debía corresponder a la sentencia pronunciada en el caso número 12.511, Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, del índice de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al seno del Poder Judicial de la Federación, es decir, le importaba determinar si la sentencia en cuestión contenía o no obligaciones a cargo del Tribunal Constitucional, así como para el resto de jueces mexicanos.

La solicitud indicada se registró con el número "varios" 489/2010; el proyecto recaído a esa solicitud se discutió en

sesiones del Tribunal Pleno del 31 de agosto, 2, 6 y 7 de septiembre de 2010, y se concluyó que la Suprema Corte debía hacer una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, definir qué obligaciones concretas le resultan y la forma de instrumentarlas, por lo que se ordenó la apertura de un expediente en el cual el Presidente de la Suprema Corte debía recabar copia fehaciente del texto íntegro de la sentencia de la Corte Interamericana, y turnar de nuevo el expediente para la elaboración de un nuevo proyecto de resolución.

Es importante destacar que la sentencia del caso Radilla Pacheco, constituye el primer contacto del Poder Judicial de la Federación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, que como parte del Estado Mexicano la Suprema Corte asumió que debía realizar actos en cumplimiento de esa sentencia, lo que no significa que en algunas de sus ejecutorias, invocara sentencia de ese Tribunal Internacional en apoyo de las consideraciones o razonamientos formulados como Tribunal Constitucional, lo que ya constituye una especie de contacto pero más bien de intercambio intelectual, a manera de orientación o ilustración.

Como consecuencia de la resolución dictada en el expediente "varios" 489/2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación abrió un nuevo expediente, identificado con el número "varios" 912/2010, resuelto en sesión de 14 de julio de 2011, dicha

resolución causó un impacto en el orden jurídico nacional, en el sector de la administración de justicia ha provocado una serie de interpretaciones que están llevando a un extremo delicado el llamado control de convencionalidad.

De ambas resoluciones citadas en el párrafo que antecede, la Suprema Corte precisó que había obligación de analizar el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para posteriormente establecer cuáles son las obligaciones concretas que resultan para el Poder Judicial como parte del Estado mexicano, señalando los siguientes criterios:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de

aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.⁷⁰

CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.⁷¹

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.⁷²

RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 2o. Y 8.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Derivado del cumplimiento que el Estado Mexicano debe dar a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla contra el Estado Mexicano, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* respecto del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, ya que su actual redacción es incompatible con lo dispuesto por el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que no es necesario modificar el contenido normativo del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero señaló que su interpretación debe ser coherente con los principios convencionales y

⁷⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada P. LXVII/2011(9a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Registro 160589, p. 535.

⁷¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada P. LXVI/2011 (9a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Registro 160584, p. 550.

⁷² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada P. LXIX/2011(9a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Registro 160525, p. 552.

constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en la propia Constitución y en el artículo 8.1 de la citada Convención Americana. Así, la interpretación de este precepto del Código de Justicia Militar debe ser en el sentido de que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2o. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante juez competente. Por todo ello, la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁷³

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO. El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella

⁷³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada P. LXXI/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Registro 160488, p. 554.

instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.⁷⁴

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.⁷⁵

A partir de la reforma de 10 de junio de 2011 y la inclusión de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco contra el Estado Mexicano, surgió lo siguiente:

- Se reitera el control concentrado de constitucionalidad y, se introduce el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.
- El establecimiento de las condiciones generales de aplicación y alcance del principio *pro personae*.⁷⁶

De lo anterior vemos como el Estado Mexicano se ve orillado por organismos internacionales para proteger y velar por los

⁷⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada P. LXV/2011 (9a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Registro 160482, p. 556.

⁷⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada P. LXX/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Décima Época, Registro: 160480, p. 557.

⁷⁶ ASOCIACIÓN NACIONAL DE MAGISTRADOS DE CIRCUITO Y JUECES DE DISTRITO, "El control de Convencionalidad y las Cortes Nacionales. La Perspectiva de los Jueces Mexicanos", Porrúa, México, 2013, p. 57.

derechos humanos; sin embargo, como ya se mencionó, da un paso al permitir el control de convencionalidad y retrocede dos estableciendo restricciones a los mismos, aunque su aplicación real diste mucho de ser la ideal, nos demuestra que un instrumento internacional puede darnos una mejor protección que nuestra propia carta magna.

B) Casos relevantes de Presunción de Inocencia emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Una de las tareas más importante que debe de realizar el Estado Mexicano en materia de derechos humanos, es cambiar la mentalidad de nuestros operadores jurídicos, de modo que estén mentalmente abiertos no solo a la Constitución y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, sino además de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo establece el criterio siguiente:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE 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.⁷⁷

La presunción de inocencia ha sido desarrollada ampliamente por la jurisprudencia interamericana, alguno de los casos son:

⁷⁷SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Jurisprudencia P./J. 21/2014 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Registro 2006225, p. 204.

caso Argüelles y otros vs Argentina⁷⁸, caso Ruano Torres vs El Salvador⁷⁹, caso Suárez Rosero vs Ecuador⁸⁰, caso J. vs Perú⁸¹, caso Zegarra Marín vs Perú⁸², en este último se establecen los alcances del principio de presunción de inocencia:

121. El artículo 8.2 de la Convención dispone que “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Por ello, la Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales¹¹⁵. **La presunción de inocencia implica que el imputado goza de un estado jurídico de inocencia o no culpabilidad mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, de modo tal que debe recibir del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada**¹¹⁶.

122. **En relación con lo anterior, el principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad**¹¹⁷, **tras un proceso sustanciado de acuerdo a las debidas garantías**¹¹⁸. Por lo que si “obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla¹¹⁹”. Debe recordarse que “[l]a falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia¹²⁰”. En este sentido, cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado¹²¹.

123. Este estado jurídico de inocencia se proyecta en diversas obligaciones que orientan el desarrollo de todo el proceso penal. Así, 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 acusadora¹²². **Es más, 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.**

124. En este sentido, la Corte estima que la presunción de inocencia exige que el acusador deba demostrar que el ilícito

⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Argüelles y Otros vs Argentina, Sentencia de 20 de Noviembre de 2014, consultado en línea en Septiembre de 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf

⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Ruano Torres y otros vs El Salvador, Sentencia de 05 de Octubre de 2015, consultado en línea en Septiembre de 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf

⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Suárez Rosero vs Ecuador, Sentencia de 12 de Noviembre de 1997, consultado en línea en Septiembre de 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso J. vs Perú, Sentencia de 27 de Noviembre de 2013, consultado en línea en Septiembre de 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf

⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Zegarra Marín vs Perú, Sentencia de 15 de Febrero de 2017, consultado en línea en Septiembre de 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf.

penal es atribuible a la persona imputada, es decir, que ha participado culpablemente en su comisión y que las autoridades judiciales deban fallar [con un criterio] más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad penal individual del imputado, incluyendo determinados aspectos fácticos relativos a la culpabilidad del imputado¹²⁴.

125. Por ende, la Corte resalta que el principio de presunción de inocencia es un eje rector en el juicio y un estándar fundamental en la apreciación probatoria que establece límites a la subjetividad y discrecionalidad de la actividad judicial. Así, en un sistema democrático la apreciación de la prueba debe ser racional, objetiva e imparcial para desvirtuar la presunción de inocencia y generar certeza de la responsabilidad penal.

126. Cabe señalar que, desde el momento de los hechos, dicho principio se encontraba reconocido en Perú en el artículo 2, inciso 24 e) de la Constitución Política de 1993, el cual establecía que: “[t]oda persona tiene derecho [...] [a] la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia [...] es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. (Énfasis añadido)

Asimismo, el caso más cercano a la presente investigación, es en el caso Norín Catrimán y otros vs Chile⁸³, en donde existe una presunción de culpabilidad como lo es en la figura del arraigo:

171. La Corte reitera que la tipificación de delitos implica que la conducta incriminada esté delimitada de la manera más clara y precisa posible (supra párr. 162). En esa tipificación, la especial intención o finalidad de producir “temor en la población en general” es un elemento fundamental para distinguir la conducta de carácter terrorista de la que no lo es y sin el cual la conducta no sería típica. La Corte considera que la referida presunción de que existe tal intención cuando se dan determinados elementos objetivos (entre ellos “el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios”) es violatoria del principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención, y asimismo de la presunción de inocencia prevista en el artículo 8.2 de la misma. **El principio de presunción de inocencia, que según ha determinado la Corte constituye un fundamento de las garantías judiciales, 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 está a cargo de quien acusa, y no del acusado, y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. La demostración

⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Norín Catrimán y Otros vs Chile, Sentencia de 29 de Mayo de 2014, consultado en línea en Septiembre de 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal

(...)

172. Al respecto, el Estado manifestó que con la reforma de la Ley N° 18.314 del año 2010 "se eliminó la presunción de la intención de causar temor" con el fin de "proteger el principio de presunción de inocencia [...,] de modo que [...] cualquier acusación de terrorismo debe ser probada por quien la plantee y no, como era antes de la modificación legal, en que los imputados de tales delitos debían desvirtuar la presunción de intención terrorista". En similar sentido explicó tal reforma el testigo Acosta Sánchez, propuesto por Chile, quien indicó en la audiencia pública que esa presunción "comprometía en buena medida el principio de culpabilidad"

(...)

175. El artículo 2 de la Convención Americana contempla el deber general de los Estados Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. La Corte ha establecido que dicho deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

(...)

180. La Corte reitera la importancia de que en la investigación, juzgamiento y sanción de conductas penalmente ilícitas no se utilice la tipificación penal especial sobre terrorismo cuando el ilícito podría ser investigado y juzgado bajo el tipo penal ordinario por tratarse de una conducta de menor reprochabilidad (supra párr. 163).

(...)

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 finés 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 investiga³²³. 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.

c) Está sujeta a revisión periódica: La Corte ha puesto de relieve que no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. También ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria, de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia. La Corte resalta, además, que el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta, así como si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.

312. De conformidad con lo indicado, no es suficiente con que sea legal; además, es necesario que no sea arbitraria, lo cual implica que la ley y su aplicación deben respetar los requisitos siguientes:

a) Finalidad compatible con la Convención: la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad debe ser compatible con la Convención (supra párr. 311.a). La Corte ha indicado que "la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivos generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludiré la acción de la justicia. En este sentido, la Corte ha indicado reiteradamente que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.

b) Idoneidad: las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido.

c) Necesidad: deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. De tal manera, aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito (supra párr. 311.b), la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos fines procesales.

d) Proporcionalidad: deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

e) Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención. De este modo, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas cautelares restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención.
(Énfasis añadido)

3. Presunción de inocencia en tratados internacionales de conformidad con el artículo 1 Constitucional.

Con la reforma de 10 de junio de 2011, se integra un bloque con las normas relativas a los derechos humanos de fuente interna, de la propia constitución y de los tratados internacionales, dentro de estos últimos, en el ámbito regional americano tiene la máxima relevancia la Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", que entró en vigor en nuestro país desde el 24 de marzo de 1981.

Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1999, se hizo del conocimiento general la Declaración para el reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de forma tal que los Estados Unidos Mexicanos reconoció, en forma general y con carácter de obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de dicho órgano jurisdiccional sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Dicho reconocimiento de la jurisdicción de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos implica que existe la obligación de los Estados Unidos Mexicanos de cumplir con la decisión de ese órgano jurisdiccional, toda vez que constituye un Estado parte en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos que así lo ha manifestado expresamente.

Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional, son obligatorias para todos los órganos del Estado mexicano en sus respectivas competencias, al haber figurado como parte en un litigio concreto; por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la misma mediante la cual se resuelve ese conflicto.

Sin embargo, aunque la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, es la que tiene mayor relevancia, los jueces no solo deben tener como referente la mencionada Convención, sino también todos los tratados internacionales vinculatorios para el país, con los que también se puede realizar un control de convencionalidad, la cuales se van a aplicar, siempre y cuando den una mayor protección a los derechos humanos, se procede a confrontar su regulación relacionada con los derechos fundamentales que reconocen, en el caso, para señalar las disposiciones contrarias con lo establecido por la figura del arraigo contemplada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con diferentes tratados internacionales:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece los principios siguientes:
 - o Garantía de audiencia, presunción de inocencia (artículo 14).
- La declaración Universal de los Derechos Humanos, establece el reconocimiento de derechos fundamentales como:

- o Presunción de inocencia (artículo 11).
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual regula los derechos siguientes:
 - o Obligación de Respetar los Derechos (artículo 1)

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El cual no se cumple, ya que discrimina a las personas imputadas en el delito de delincuencia organizada, dando un trato diferenciado en cuanto a restricción de derechos humanos y de aplicación de figuras violatorias de derechos fundamentales, como lo es el arraigo.

- o Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno (artículo 2)

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El Estado Mexicano tiene la obligación de adecuar su Constitución nacional al Pacto de San José, mediante reforma de junio de 2008, se incorporó por primera vez de manera expresa el principio de presunción de inocencia, en el artículo 20, apartado B, fracción I; sin embargo, no solo es adoptar medidas para

reconocer los derechos contemplados por la Convención, sino que, elimine aquellas figuras que atenten contra estos derechos, en el caso, en la misma reforma, se constitucionalizó la figura del arraigo, en el artículo 16, la cual resulta totalmente contradictorio.

o Derecho a la Integridad Personal (artículo 5)

Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Situación que no acontece con la figura del arraigo, ya que como se dijo en capítulos anteriores, la figura del arraigo incita a la tortura, la prohibición absoluta de la tortura, subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos como lo es el caso de la delincuencia organizada, estado de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.

o Derecho a la Libertad Personal (artículo 7)

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

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.

Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

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.

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

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 curso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

La convención establece que se puede detener a una persona única y exclusivamente por las causas fijadas en la Constitución, la figura del arraigo efectivamente está contemplada en el artículo 16 Constitucional; sin embargo, prohíbe la detención por métodos que puedan ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables o carentes de proporcionalidad y detenciones arbitrarias, ya que la finalidad del arraigo es de investigar, no es informado de inmediato de las causas por las que fue detenido, ya que, no existen esas causas, apenas se van a investigar, este acto reviste mayores formalidades pues la correcta notificación de la imputación es una cuestión especialmente determinante del ejercicio efectivo del derecho de defensa, si conoce los motivos de su detención podrá ejercer su defensa en mejor forma ante una imputación de los cargos en su contra, la persona detenida no es

llevada sin demora ante un Juez, por el contrario, son cuarenta días los que la autoridad ministerial tiene para investigar para encontrar indicios de que la persona detenida cometió un delito en materia de delincuencia organizada, en caso de que no alcance en ese periodo, por qué no, se puede prorrogar a otros cuarenta días más, finalmente, la persona no puede recurrir la legalidad de la detención, ya que es un Juez quien autoriza esa medida.

o Garantías Judiciales (artículo 8)

Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas.

La presunción de inocencia, es el que en mi particular punto de vista, es el más afectado con la figura del arraigo, el cual se desarrolla a lo largo de toda esta investigación.

o Derecho a Indemnización (artículo 10) "Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial." la temporalidad en que subsista el arraigo no tiene ningún efecto a posteriori, el ordenamiento Jurídico Mexicano, no regula hipótesis alguna que permita la posibilidad de una

indemnización derivada de los efectos de la privación de libertad, sin embargo, la Convención reconocen la garantía de un gobernado, de exigir indemnización por error judicial o por detenciones ilegales.

o Protección de la Honra y de la Dignidad (artículo 11)

Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques"

o Protección Judicial (artículo 25)

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

El artículo 16 Constitucional es el que establece el principio del debido proceso, en el mismo artículo se establece la figura del arraigo.

o Normas de Interpretación (artículo 29)

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de

Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Contrario a como lo señala el artículo 1 constitucional, en la parte final de su primer párrafo "cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece."

El principio de presunción de inocencia goza de reconocimiento a nivel internacional, como norma que no admite suspensión, inclusive en estados de excepción debidamente declarada, en el caso, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló:

Los principios de la legalidad y el Estado de Derecho exigen que los requisitos fundamentales de los juicios justos se respeten durante los estados de emergencia. Solamente un tribunal judicial puede procesar y condenar a las personas. La presunción de inocencia se tiene que respetar."⁸⁴

Además, es menester destacar en el presente capítulo lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980:

26. "*Pacta sunt servanda*". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

⁸⁴COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 29, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párr. 16.

Se coincide con lo manifestado por Miguel Carbonell:

Los jueces y tribunales están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, "pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos."⁸⁵

Asimismo, la Corte Interamericana ha establecido que no es suficiente que toda causa de privación de la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que la aplicación de ésta respete los siguientes requisitos:

- Que la finalidad de las medidas que priven la libertad sea compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- Que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido;
- Que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido.

Es decir, toda limitación a la libertad personal debe ser excepcional, y estrictamente proporcional, tomando en cuenta el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad por un lado, y por otro, las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.

⁸⁵ CARBONELL, Miguel, *Introducción General al Control de Convencionalidad*, Porrúa, México, 2013, p. 11.

Sabemos que no todos los derechos humanos son absolutos, sino que algunos admiten restricciones, el arraigo penal es una restricción a la presunción de inocencia y libertad personal; sin embargo, las restricciones a los derechos humanos deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, de manera que aquéllas no deben absorber el núcleo esencial del derecho fundamental que limitan, cuando esto sucede, estamos en presencia de situaciones de no derecho, más que de límites a tales derechos fundamentales.

4. Principio pro persona y su límite establecido por la misma Constitución y criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El principio pro persona implica una jerarquización de derechos, en la cual se le debe dar mayor peso a un derecho frente a otro, a fin de poder determinar cuál es el de mayor beneficio para la persona, lo que deberá realizarse mediante un ejercicio de ponderación de derechos humanos.

Por lo que ve a la presunción de inocencia contemplada en el artículo 20 y el arraigo en el artículo 16, de la Constitución, no es posible utilizar el principio pro persona, ya que, la Suprema Corte a determinado que todas las normas contenidas en la Carta Magna tienen misma jerarquía y sus estatutos no pueden ser contradictorios entre sí, por lo que ninguna de ellas puede declararse inconstitucional:

CONSTITUCION FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SI. Las reformas a los artículos 49 y 131 de la Constitución, efectuadas por el Congreso de la Unión, no adolecen de inconstitucionalidad, ya que jurídicamente la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás; por lo que no se puede decir que algunos de sus estatutos no deban observarse por ser contrarios a lo dispuesto por otros. La Constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás normas que constituyen un orden jurídico determinado y conforme a su artículo 133, la Constitución no puede ser inconstitucional; es un postulado sin el cual no se podría hablar de orden jurídico positivo, porque es precisamente la Carta Fundamental la que unifica la pluralidad de normas que componen el derecho positivo de un Estado. Además, siendo "la Ley Suprema de toda la Unión", únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con las disposiciones de la misma que en el derecho mexicano se contienen en el artículo 135 constitucional, y únicamente por conducto de un órgano especialmente calificado pueden realizarse las modificaciones o adiciones, y por exclusión,

ningún otro medio de defensa legal como el juicio de amparo es apto para modificarla⁸⁶.

CONSTITUCION, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUIA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución de la República todos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás, por lo que no puede aceptarse que algunas de sus normas no deban observarse por ser contrarias a lo dispuesto por otras. De ahí que ninguna de sus disposiciones pueda ser considerada inconstitucional. Por otro lado, la Constitución únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con los procedimientos que ella misma establece⁸⁷.

En cuanto a lo que respecta a la presunción de inocencia contenida en tratados internacionales de conformidad con el artículo 1, con el arraigo del artículo 16 constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación a mi criterio, erróneamente determina que en caso de contradicción entre normas contenidas en la Constitución y de derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales siempre debe imperar la Constitución, de conformidad con el principio de Supremacía Constitucional, aunque ello vaya en contra del principio pro persona, sin embargo, en el presente trabajo, abordaremos el tema de manera superficial ya que no puedo omitirlo para demostrar como el Estado Mexicano, va en contra del principio de progresividad de los derechos humanos.

Al encontrarse en conflicto derechos humanos de igual jerarquía debería de prevalecer el que mayor protección brinde a las personas sin importar si se encuentra en la Constitución o en Tratados Internacionales, el principio pro persona debería

⁸⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada Registro 233476, Séptima Época, Semanario Judicial de la Federación, Volumen 39, Primera Parte, p. 22.

⁸⁷SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada XXXIX/90, Octava Época, Registro 205882, Semanario Judicial de la Federación, Tomo V, Primera Parte, Enero-Junio de 1990, p. 17.

ser supremo a las restricciones en materia de derechos humanos establecidas en la Constitución, sino de qué sirve el principio.

Al igual que el artículo 16, el principio pro persona se encuentra consagrado en el numeral 1 de la Constitución, lo que resulta ser de observancia obligatorio, la cual se establece que: "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."

El principio pro persona, lejos de ser un mero propósito o acto de caridad, es un derecho fundamental regulado en instrumentos jurídicos internacionales y nacionales, el cual tiene fuerza obligatoria por encima de las leyes federales y plano de igualdad jerárquicamente con la Constitución, como lo estableció la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

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.⁸⁸

INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA. A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la supremacía normativa de la Constitución no se manifiesta sólo en su aptitud de servir como parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas, sino también en la exigencia de que tales normas, a la hora de ser aplicadas, se interpreten de acuerdo con los preceptos constitucionales; de forma que, en caso de que existan varias posibilidades de interpretación de la norma en cuestión, se elija aquella que mejor se ajuste a lo dispuesto en la Constitución. En otras palabras, esa supremacía intrínseca no sólo opera en el momento de la creación de las normas, cuyo contenido ha de ser compatible con la Constitución en el momento de su aprobación, sino que se prolonga, ahora como parámetro interpretativo, a la fase de aplicación de esas normas. A su eficacia normativa directa se añade su eficacia como marco de referencia o criterio dominante en la interpretación de las restantes normas. Este principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento con la Constitución, reiteradamente utilizado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, es una consecuencia elemental de la concepción del ordenamiento como una estructura coherente, como una unidad o contexto. Es importante advertir que esta regla interpretativa opera con carácter previo al juicio de invalidez. Es decir, que antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento; de manera que sólo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declararla inconstitucional. En esta lógica, el intérprete debe evitar en la medida de lo posible ese desenlace e interpretar las normas de tal modo que la contradicción no se produzca y la norma pueda salvarse. Así el juez ha de procurar, siempre que sea posible, huir del vacío que se produce cuando se niega validez a una norma y, en el caso concreto, de ser posibles varias interpretaciones, debe preferirse aquella que salve la aparente contradicción. Ahora bien la interpretación de las normas conforme a la Constitución se ha fundamentado tradicionalmente en el

⁸⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Jurisprudencia 1a./J. 107/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Registro 2002000, Primera Sala, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, Constitucional, Décima Época, p. 799.

principio de conservación de ley, que se asienta a su vez en el principio de seguridad jurídica y en la legitimidad democrática del legislador. En el caso de la ley, fruto de la voluntad de los representantes democráticamente elegidos, el principio general de conservación de las normas se ve reforzado por una más intensa presunción de validez. Los tribunales, en el marco de sus competencias, sólo pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando no resulte posible una interpretación conforme con la Constitución. En cualquier caso, las normas son válidas mientras un tribunal no diga lo contrario. Asimismo, hoy en día, el principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, se ve reforzado por el principio pro persona, contenido en el artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que puede provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma.⁸⁹

Se coincide con lo manifestado por Elizabeth Salmón:

Consistente en “un criterio firmemente asentado en el propio texto de los tratados de derechos humanos y en la jurisprudencia internacional es el principio *pro homine* o *pro persona* según el cual las normas que protegen los derechos de los individuos deben siempre recibir la interpretación que más favorezca a éstos.”⁹⁰

La Suprema Corte de Justicia ha afirmado que el principio *pro-homine*, tiene varias variantes:

- Preferencia interpretativa, conforme a la cual ante dos o más interpretaciones válidas y razonables, el intérprete debe preferir la que más proteja al individuo u optimice un derecho fundamental, dentro de la que se comprenden los subprincipios de favor *libertatis*, de protección a las víctimas o favor *debilis*, de prohibición de aplicación analógica de las normas restrictivas de derechos, de in

⁸⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Jurisprudencia 1a./J. 37/2017 (10a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, publicación viernes 26 de mayo de 2017, Registro 2014332.

⁹⁰ SALMÓN, Elizabeth, *El Derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho Interno de los Estados*, Palestra, Perú, 2007. p. 155.

dubio pro reo, in dubio pro operario, in dubio pro vita, etcétera.

- Preferencia normativa, conforme a la cual si pueden aplicarse dos o más normas a un determinado caso, el intérprete debe preferir la que más favorezca a la persona, independientemente de la jerarquía entre ellas.
- Posición preferente de los derechos fundamentales, conforme al cual en el caso en que entren en conflicto dos derechos fundamentales diferentes, el intérprete debe elegir alguno de ellos después de realizar un ejercicio de ponderación.
- Mayor protección de los derechos fundamentales, los establecidos en la Constitución y en los Tratados internacionales.

El principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 133 de la Carta Magna, no sufrió modificación alguna con motivo de la reforma de 10 de junio de 2011, con esta reforma en materia de derechos humanos, no implica que el Poder Reformador haya eliminado el principio de supremacía constitucional, sin embargo, eso no significa que se desconozca la posibilidad de que existan disposiciones de rango constitucional que atenten contra derechos fundamentales, no sólo protegidos en la propia Constitución, sino también en tratados internacionales.

Independientemente de que en el presente trabajo no se busca declarar la inconvencionalidad o inconstitucionalidad del arraigo, por los candados que establece la misma constitución y

los criterios establecidos por la Suprema Corte, resulta interesante hablar un poco sobre el principio pro persona vs supremacía de las restricciones a los Derechos Humanos contenidas en la Constitución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió la contradicción de tesis 293/2011⁹¹, por un lado, los ministros del pleno defendían la correcta aplicación del principio *pro homine*, eliminando el debate de la jerarquía entre normas de derechos humanos contenidas en la Constitución y las contenidas en Tratados Internacionales suscritos por México; pero, por otro lado, el argumento consistía en que, tomando en consideración la supremacía de la Constitución, respetando lo establecido en el artículo 133, la aplicación de las normas de derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales debía sujetarse a los límites y restricciones establecidos en la propia Constitución.

Es decir, que en caso de contradicción entre normas de ambas fuentes, debía prevalecer, en todo caso, la norma establecida en la Constitución, tomando como sustento, también lo establecido en la parte final del primer párrafo del artículo 1° constitucional que establece: "cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece."

Emitiendo criterios como:

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 AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del

⁹¹PERFILES DE LAS CIENCIAS SOCIALES, *La Judicialización de la Política en México*, Año 5, número 9, Julio-Diciembre 2017, pp- 1-14, consultado en línea en Septiembre de 2017, <http://207.249.17.176/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011-PL%20CT%20Ejecutoria.pdf>

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

Nuestra Constitución, establece de manera categórica en su artículo 29, los casos en que el Estado Mexicano, a través del Presidente y el Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente, pueden restringir o suspender el ejercicio de los derechos y garantías, para hacer frente rápida y fácilmente a la situación, como lo son invasión, perturbación grave a la paz pública o cualquiera otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, estableciendo de manera expresa que deberán de suspenderse por un tiempo limitado; sin embargo, el arraigo no cumple con los requisitos antes mencionados para suspender el derecho de la presunción de inocencia, hasta por

⁹² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Registro 2006224, p. 202.

ochenta días y cuantas veces lo solicite el órgano investigador.

El principio pro persona permite armonizar las normas nacionales y las internacionales en la materia de derechos humanos, que es la pretensión del artículo 1 Constitucional, la orientación constitucional del Poder Revisor de la Constitución, la máxima protección de los derechos de las personal.

En materia de derechos humanos, los tratados internacionales están a la par de la Constitución, con el único propósito para mejorarla, para perfeccionarla, y esa y no otra es la razón por la que nuestro país los ha ratificado, este es el lugar que le corresponde a partir de la reforma de junio de dos mil once, los tratados internacionales fortalecen sus principios, sus instituciones, los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales gozan de la misma eficacia normativa que la norma suprema, de conformidad con el artículo 1 Constitucional, tan es así, que como ya se dijo, el poder revisor de la Constitución no consideró necesario modificar el artículo 133 de la norma fundamental, además, no solo amplió el catálogo de derechos, sino también amplió el parámetro de interpretación, consecuentemente, defender los Derechos Humanos consagrados en tratados internacionales, es defender a la Constitución misma, es por ello que el arraigo violenta el artículo primero Constitucional, además de vulnerar el artículo 20 que prevé explícitamente el derecho humano de la presunción de inocencia.

Si la constitución reconoce derechos, ninguna norma puede resultar contraria a la constitución, pero si la norma constitucional establece restricciones al ejercicio de un derecho humano señalado en la misma constitución o en un tratado internacional, es aplicable la restricción, lo cual resulta contradictorio, las nuevas figuras incorporadas en la Constitución, se deben de ver con un enfoque de Derechos Humanos y con interpretaciones propias del nuevo paradigma constitucional, buscando así el efecto útil de la reforma, con la finalidad de optimizar y potencializar las reformas constitucionales, con el único objetivo de tutelar de manera efectiva los derechos humanos de las personas, sin embargo, no es así.

El criterio vertido por los ministros, no resulta ser congruente, pues esto quiere decir, que a pesar de todas las opiniones y criterios internacionales hacia México, se malinterpreta el principio de supremacía constitucional y que nada por ningún motivo podrá estar por encima de la Carta Magna, y no es porque nuestra opinión vulnere la supremacía constitucional, sino que considero que la protección de los derechos humanos no debe estar subordinada a qué ordenamiento la contempla, pues sin importan en donde se encuentre dicha protección, los derechos humanos y el principio pro persona debería ser lo que el Estado Mexicano considere como supremo en todos los casos.

Simplemente, como ya se dijo, la reforma Constitucional de diez de junio de dos mil once, pretende cumplir con los

compromisos internacionales suscritos por nuestro país, esto nos dice que evidentemente existe una fuerza internacional superior a la propia Nación mexicana, que las decisiones en materia de derechos humanos han superado las propias normas federales, lo que evidencia que estamos en presencia de un Supra Constitucionalismo normativo en materia de Derechos Humanos, a lo que obviamente la mayoría de los ministros de la Corte se niegan a aceptar explícitamente, pues si el propio artículo 1° constitucional, en su segundo párrafo establece que las normas en materia de derechos humanos se interpretarán siempre en lo que resulte de mayor beneficio a las personas, quiere decir que incluso si algún derecho humano consagrado en Tratados Internacionales le trae mayor protección y beneficio que los consagrados en la Constitución Federal, se debería aplicar el Tratado Internacional, sin embargo la Suprema Corte genera un criterio vinculante en sentido contrario al pronunciarse que las restricciones constitucionales son las que deben prevalecer.

Si el tratado internacional da mayor beneficio que la propia Constitución Federal y más que un beneficio, la Constitución provoca un perjuicio al sujeto de derechos humanos, paradójicamente conllevaría una violación constitucional al artículo 1° y al principio pro persona, siguiendo el criterio emitido por la Corte, ya que no establece expresamente la jerarquía entre las normas de derechos humanos contenidas en ambos ordenamientos, pero sí establece un criterio de prevalencia material de las restricciones establecidas en la Carta Magna, las cuales muchas veces pueden resultar contrarias al principio *pro homine*.

Ya que ahora no solo son los 136 artículos de la Constitución, sino que también forman parte de la Constitución todas las normas contenidas en Tratados Internacionales que versen sobre derechos humanos y al existir una contradicción entre un derecho humano consagrado en la Constitución y otro consagrado en la Constitución ampliada, la misma Constitución establece qué debemos hacer, pues establece que se realizará una interpretación conforme, siempre favoreciendo la protección más amplia a la persona, es decir la prevalencia del principio pro persona; sin embargo, vicia lo anterior estableciendo restricciones.

Es decir, los ministros establecen que las normas contenidas en Tratados Internacionales serán aplicables siempre y cuando estén conformes con la Constitución, pues en caso contrario, no se aplicarán ni con el principio pro persona, con ello, le da supremacía a las restricciones contenidas en nuestra Carta Magna, por el simple hecho de estar contenidas en la Constitución, dejando de lado los derechos humanos contenidos en la misma constitución y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, aunque dichas normas ofrezcan mayor protección a las personas, que la propia Constitución, prefiriendo que se aplique una norma perjudicial, de menor protección a los derechos humanos, por supuestamente salvaguardar la supremacía constitucional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, señala:

Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio estado como frente a los otros estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁹³ (Énfasis añadido)

Lo anterior se advierte que los tratados internacionales, vienen a protegernos hasta de nuestra propia Constitución.

⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El Efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Arts. 74 y 75, Opinión consultiva del 24 de Septiembre de 1982, consultado en línea en Septiembre de 2017: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf.

VI. Presunción de inocencia en recomendaciones dadas por organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos de conformidad con el artículo 102 apartado B de la Constitución.

1. Recomendaciones de diversas instituciones.

Diversas instituciones, autoridades y políticos, han propuesto la eliminación de la figura del arraigo, argumentando que se violentan derechos fundamentales, como lo son la libertad personal, libertad de tránsito, la audiencia previa, al debido proceso, pro persona, seguridad jurídica, legalidad, presunción de inocencia, principio de prohibición de detenciones arbitrarias, el honor y la reputación, como son las siguientes:

- Demandas de acción de inconstitucionalidad, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de las legislaciones de Aguascalientes y Distrito Federal⁹⁴.

Asimismo, diversos Órgano jurisdiccionales, posterior a la reforma de 2008, en donde se constitucionalizo el arraigo, se ha establecido que dicha figura violenta derechos fundamentales:

- En la resolución del Juicio de Amparo 908/2011-V, del 3 de octubre de 2011, la Jueza Sexta de Distrito en la Ciudad

⁹⁴ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Dirección General de Asuntos Jurídicos, Demanda de Acción de Inconstitucionalidad promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2012, consultado en línea Septiembre de 2017 http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2012_29.pdf

de San Luis Potosí emitió una resolución declarando que el arraigo domiciliario, tal y como está previsto en el artículo 168 del Código Procesal Penal del Estado es violatorio de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Considerando que dicha figura procesal impide: a) que la persona detenida por ese motivo sea puesta a disposición sin demora, ante autoridad judicial para que determine su situación jurídica, b) que se le dé el tratamiento de presunto inocente a una persona; y, c) que un individuo circule libremente por el país⁹⁵.

- De igual manera, la resolución del Amparo 257/2011, del 28 de febrero de 2011, del Juez Mixto de Primera Instancia del Distrito Judicial de Copainalá, Chiapas, resolvió que la norma de derecho interno debe ser considerada inconvencional al contravenir los derechos humanos contenidos en los artículos 7.5, 8.2 y 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹⁶.

Entre los razonamientos emitidos destacan los siguientes:

73. Otra razón para estimar inconstitucional e inconvencional la detención en centros de arraigo, es que viola directamente lo dispuesto por el numeral 16, párrafo décimo, del Texto Fundamental, así como los artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como 7.5 del Pacto de San José, de conformidad con los razonamientos que se exponen a continuación.

74. El artículo 16, párrafo décimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que el Ministerio Público

⁹⁵ JUZGADO TERCERO DE DISTRITO EN EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ, Sentencia en el Juicio de Amparo 908/2011-V, de fecha 13 de Octubre de 2011, consultado en línea Septiembre de 2017 http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Sentencia_Arraigo.pdf

⁹⁶ JUZGADO SEXTO DE DISTRITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA SEGUNDA REGIÓN, EN SAN ANDRÉS CHOLULA, PUEBLA, Sentencia en el Juicio de Amparo 257/2011, Auxiliar 188/2012, de fecha consultado en línea en Septiembre de 2017 http://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2537/texto_soto_aux-188-2012-arraigo-ver-publica.pdf

sólo puede detener a un inculpado hasta por un término de 48 horas o, excepcionalmente, 96 horas.

75. Cuando el arraigo se lleva a cabo en un lugar administrado ex profeso por el Estado, es decir, en un centro de arraigo, el mandato constitucional referido en el párrafo que antecede se ve ampliamente rebasado, en atención a que la persona arraigada está siendo vigilada por elementos policiales a cargo del Ministerio Público; inclusive, dicha institución es la que se encarga de la subsistencia y alimentación del indiciado, proporcionándole alimentos, regulando las visitas que recibe, etcétera. De esta manera, no existe ninguna diferencia entre estar detenido en las galeras o cárceles de la policía ministerial a un centro de arraigo.

76. En los hechos, el inculpado está detenido en un centro de arraigo a disposición del Ministerio Público hasta por 80 días, por lo que es evidente que dicho término excede por mucho el plazo de 96 horas que la ley le otorga excepcionalmente, lo cual torna inconstitucional la ejecución de la medida cautelar en estudio.

77. De igual manera, los numerales de los tratados internacionales a que se hizo referencia en el párrafo 73, señalan, coincidentemente, que toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

78. El artículo 16, párrafo octavo de la Constitución Federal establece la posibilidad de arraigar a una persona durante cuarenta días, prorrogables por un plazo igual, es decir, 80 días en total. Cuando el arraigo no se hace en el domicilio del quejoso, como ya se ha dicho, el indiciado se encuentra detenido y vigilado por la Procuraduría General de Justicia. Una vez fenecido el plazo del arraigo, el Ministerio Público puede ordenar la libertad del indiciado o, antes de que fenezca el plazo, solicitar una orden de aprehensión a la autoridad judicial (como aconteció con el ahora quejoso) para internarlo en un centro de reclusión; sólo hasta entonces el gobernado es puesto a disposición de la autoridad judicial para iniciar el proceso penal correspondiente.

79. El hecho de que puedan transcurrir ochenta días en que una persona pueda estar detenida por la Procuraduría General de Justicia en un centro de arraigo, evidentemente viola los numerales de los tratados internacionales en estudio, pues dicho plazo, bajo ninguna perspectiva, puede considerarse razonablemente "sin demora"⁹⁷.

⁹⁷ *Idem.*

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú⁹⁸, puntualizó que en casos de detención y presentación ante un juez, puede entenderse como demora tolerable "aquella necesaria para preparar el traslado."

⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOSHUMANOS, Caso Castillo Petrucci y Otros vs Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, consultado en línea Septiembre 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf

2. Iniciativas de reforma.

El Poder Legislativo ha presentado múltiples iniciativas en el Congreso de la Unión relativas al arraigo, haciendo referencia a las distintas resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que definieron la inconstitucionalidad de la figura del arraigo, como lo son:

- La iniciativa de la diputada Teresa Guadalupe Reyes, del Partido del Trabajo en 2010, “fue más fácil al Legislador incorporar a la Constitución la figura del arraigo, misma que el Poder Judicial de la federación ya había declarado inconstitucional”⁹⁹.
- La iniciativa del diputado federal de Morena Rodrigo Abdala Dartigues, de la LXIII Legislatura de la Cámara de Diputados del honorable Congreso de la Unión, sometió a consideración el proyecto de decreto por el que se deroga un párrafo al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁰⁰.
- La iniciativa de la Senadora de la República a la LXII Legislatura, del Partido de la Revolución Democrática Angélica De La Peña Gómez, sometió a consideración el proyecto de decreto por el que se deroga el párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁰¹.

⁹⁹CONGRESO DE LA UNIÓN, Gaceta Parlamentaria, número 2993, 21 de abril de 2010, consultado en línea en Septiembre de 2017, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/61/2010/abr/20100421III/Iniciativa7.html>

¹⁰⁰SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, Sistema de Información Legislativa, Iniciativa presentada por el Diputado Rodrigo Abdalá Dartigues, México, 07 de Febrero de 2017, consultado en línea Septiembre de 2017 http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2017/04/asun_3534144_20170427_1486492162.pdf

¹⁰¹SENADO DE LA REPÚBLICA, Iniciativa presentada por la Senadora Angélica de la Peña Gómez, http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/1/201212041/assets/documentos/Ini_art._16_Const_vs_Arraigo.pdf

- La iniciativa del diputado Víctor Manuel Sánchez Orozco, donde señala¹⁰²:

La figura del arraigo es una de las peores -probablemente la peor- aberraciones contenidas en nuestra Constitución Política Federal vigente y considero que debe ser derogada de inmediato como una medida de modernidad democrática. En este sentido vale la pena ser muy claros en algo y que a nadie le quepa duda: El arraigo es incompatible con un verdadero Estado Democrático. Su sola existencia es un símbolo de autoritarismo y de abuso de poder por parte del Estado en contra de todos los ciudadanos, pues equivale a una Espada de Damocles que pende permanentemente sobre nuestras cabezas, y que puede ser usada en cualquier momento para privarnos arbitrariamente de nuestra libertad.

(...)

Las voces en contra del arraigo son casi unánimes, unisonas y universales: El arraigo no se debe de regular, el arraigo se debe de derogar, suprimir, eliminar y prohibir. En ese sentido, esta iniciativa recoge esas voces de tantos especialistas y sobre todo de tantas personas que bajo pretexto de arraigarlas, han sido torturadas hasta confesar crímenes que no cometieron o regresarse a su casa sin ni siquiera una disculpa de por medio, y con el honor destrozado.

(...)

Los argumentos a favor son muy escasos, la figura ha demostrado no reducir los índices de delincuencia, ni de criminalidad, ni de homicidios dolosos, ni de reducción en el tráfico de estupefacientes y armas. Las cifras siguen en aumento desde el 2008 a la fecha y los hechos están a la vista de todos, por lo que es válido preguntarse ¿vale la pena seguir manteniendo una figura que atenta contra los derechos humanos y que no ha servido para nada útil a la sociedad? Creo que la respuesta es claramente un rotundo "no".

Con ello, de lo anterior se advierte como las diversas instituciones, autoridades, políticos, preocupados por el tema, han aportado para que esta medida desaparezca del texto Constitucional.

¹⁰² SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, Sistema de Información Legislativa, Iniciativa presentada por el Diputado Víctor Manuel Sánchez Orozco, México, 06 de Diciembre de 2016, consultado en línea Septiembre de 2017
http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2017/02/asun_3478647_20170202_1481130705.pdf

3. Recomendaciones de organismos internacionales.

Con la reforma constitucional de derechos Humanos de 2011, unas de sus disposiciones modificadas fue el artículo 102 apartado B, donde se establece:

El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. **Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa;** además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa. (Énfasis añadido)

En relación a lo anterior, la Corte Interamericana de derechos humanos, en el caso Loayza Tamayo vs Perú¹⁰³, ha establecido que previo a que una recomendación no sea aceptada, el Estado tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones:

80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención

¹⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Loayza Tamayo vs Perú, Sentencia de 17 de Septiembre de 1997, consultado en línea Septiembre 2017, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf

Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).

Dicho lo anterior, diversos organismos de protección a los derechos humanos han manifestado no solo la preocupación por la existencia de la figura del arraigo en la legislación mexicana como una figura jurídica que es contraria y violatoria de derechos humanos, algunos de índole nacional y otros internacionales.

Existen en demasía recomendaciones tendientes a que sea eliminada la figura del arraigo, destacando las siguientes recomendaciones:

- Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la ONU 2002, el arraigo representa una forma de detención arbitraria debido a la insuficiencia de recursos judiciales y que los lugares donde se llevan a cabo dichas detenciones si bien no son secretos, sí son "discretos"¹⁰⁴.
- Comité contra la Tortura de la ONU 2007, el Estado Parte debe, a la luz de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, garantizar que la figura del arraigo desaparezca tanto en la legislación como en la práctica, a nivel federal así como a nivel estatal¹⁰⁵.

¹⁰⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social, *Los Derechos Civiles y Políticos, en particular las cuestiones de la Tortura y la Detención*, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México, 27 de octubre a 10 de noviembre de 2002, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2175.pdf?view=1>

¹⁰⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité contra la Tortura, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención, consultado en

- Examen Periódico Universal 2009, Algunos Estados cuestionaron la práctica del arraigo en México. Nueva Zelanda, Irlanda y Suiza, recomendaron evaluar el uso del arraigo y erradicarlo "tan pronto como sea posible", ya que puede ser considerado como una detención arbitraria¹⁰⁶.
- El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas 2010, expresó gran preocupación sobre la legalidad de la utilización del arraigo en la lucha contra el crimen organizado en el que una persona puede ser detenida sin cargos durante un máximo de 80 días y sin las garantías jurídicas prescritas por el artículo 14 del Pacto¹⁰⁷.
- Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre la independencia de los magistrados y abogados 2011, El arraigo es una figura jurídica arbitraria e incompatible con el principio de presunción de inocencia y con el derecho a la libertad personal. Además, esta figura es intrínsecamente contraria al modelo oral acusatorio que México ha adoptado en sustitución del sistema inquisitivo-mixto. (...) El arraigo debería desaparecer del sistema de justicia penal en México¹⁰⁸.
- Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias 2011, recibió información de casos en los que una persona que era objeto de una desaparición transitoria después era presentada a las autoridades

línea en Septiembre de 2017,
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6010.pdf?view=1>

¹⁰⁶ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, México, 05 de Octubre 2009, consultado en línea en Septiembre de 2017, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7984.pdf?view=1>

¹⁰⁷ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto, 7 de abril de 2010, consultado en línea en Septiembre de 2017, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8485.pdf?view=1>

¹⁰⁸ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 18 de abril de 2011, consultado en línea en Septiembre de 2017, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10052.pdf?view=1>

locales o federales y puesta bajo arraigo. (...) recomienda que se elimine la detención mediante arraigo de la legislación y la práctica, tanto a nivel federal como estatal para prevenir casos de desaparición forzada¹⁰⁹.

- El Comité contra la Tortura de la ONU 2012. Observo al estado mexicano lo siguiente: (...) a pesar de lo recomendado en sus anteriores observaciones finales, el Estado parte elevó a rango constitucional la figura del arraigo en 2008, estando también regulada por algunas entidades federativas, como el estado de Jalisco. A este respecto, el Comité expresa su preocupación por los informes que documentan denuncias de actos de tortura y malos tratos a personas privadas de libertad en virtud de órdenes de arraigo, algunas de ellas cumplidas en instalaciones militares. A pesar de las seguridades dadas por la delegación sobre el respeto de las salvaguardias fundamentales en estos casos, [...] El Comité constata la ineficacia del recurso de amparo frente al internamiento en régimen de arraigo. Constata también que dicho régimen ha propiciado la utilización como prueba de confesiones presuntamente obtenidas bajo tortura (arts. 2, 11 y 15). Por ello, el Comité, a la luz del párrafo 2 del artículo 2 de la Convención, el reitera su recomendación de que el Estado parte elimine la detención mediante arraigo de la legislación y la práctica, tanto a nivel federal como estatal¹¹⁰.

¹⁰⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comisión de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas e involuntarias, Informe presentado en México el 31 de Marzo de 2011, consultado en línea en Septiembre de 2017, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7492.pdf?view=1>

¹¹⁰ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité contra la Tortura, Examen de los Informes Presentados, Mayo 2004, consultado en línea en Septiembre de 2017, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhs kud1QxuZpg yQM u26z%2BqrVzaWZP9SINFpcLG3PIUMAd8pnb6gf73GtrVwIKPmn5sXNELJMV%2BT5Cm0PHO%2FXyBnt796s5qGCx4EQv mKhmjbg tz>

- Mediante Asamblea General de la ONU, 17° periodo de sesiones, tema 3 de la agenda, de 18 de abril de 2011¹¹¹, analizó la figura del arraigo del modo siguiente:

C. La figura jurídica del arraigo

60. El arraigo es una medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad de una persona, que se sospecha pudo haber cometido un delito, durante la fase de investigación. Fue elevado a rango constitucional en 2008, luego de haber sido considerado inconstitucional por la SCJN en 2006.

61. La decisión de elevar a rango constitucional la figura jurídica del arraigo habría estado vinculada a la necesidad gubernamental de contar con un instrumento acorde a la situación de excepcional violencia causada por el crimen organizado. Sin embargo, la justificación más frecuente de la existencia del arraigo es que sirve esencialmente en casos de flagrancia, cuando se presume que la persona podría estar vinculada con algún otro delito dentro del contexto del crimen organizado pero todavía no se cuenta con los elementos suficientes para probarlo.

62. En estos casos, por regla general, los agentes del ministerio público, en vez de pedir que las personas sean perseguidas por el delito en flagrancia, prefieren pedir que éstas sean arraigadas aunque no subsistan elementos suficientes para acusarlas de ningún otro delito más grave. Esta situación depende también del hecho que los agentes del ministerio público suelen preferir que las personas queden a su disposición para interrogarlas y obtener mayor información, en lugar de que sean puestas a disposición de un juez.

63. Estos elementos no hacen más que confirmar el carácter arbitrario del arraigo y su incompatibilidad con el principio de presunción de inocencia y con el derecho a la libertad personal. Los casos de arraigo fueron considerados como de detenciones arbitrarias por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos luego de su visita a México. Además, esta figura es intrínsecamente contraria al modelo oral acusatorio que México ha aprobado para su sistema procesal penal.

64. La figura del arraigo permite la detención para investigar, cuando lo apropiado y correcto es investigar rápida y eficazmente para proceder a detener. El arraigo es el resultado del mal funcionamiento del sistema de investigación y procuración de justicia, pues coloca los incentivos en dirección contraria al fortalecimiento de la capacidad investigativa de la autoridad, además de que puede propiciar otras violaciones a los derechos humanos. Por ello la Relatora Especial considera que la figura

¹¹¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Informe de la Relatora Especial sobre la Independencia de los magistrados y abogados, 18 de abril de 2011, consultado en línea en Septiembre de 2017, <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Internacional/informeRelatoraEspecial.pdf>

jurídica del arraigo debería desaparecer del sistema de justicia penal en México.”

Concluyendo y recomendando lo siguiente:

92. El arraigo es una figura jurídica arbitraria e incompatible con el principio de presunción de inocencia y con el derecho a la libertad personal. Además, esta figura es intrínsecamente contraria al modelo oral acusatorio que México ha adoptado en substitución del sistema inquisitivo-mixto.

bb) El arraigo debería desaparecer del sistema de justicia penal en México¹¹²;

- Mediante Asamblea General de la ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, 25° periodo de sesiones, tema 6 de la agenda, de 11 de diciembre de 2013, se emitieron 176 recomendaciones¹¹³, dentro de las cuales, en lo que interesa se encuentran las siguientes:

148.60 Abolir la práctica del arraigo, según lo recomendado por el CAT (Francia)/Abolir el arraigo penal a nivel federal y estatal, ya que es contrario a las normas internacionales de derechos humanos (Alemania);

148.61 Adoptar tan pronto como sea posible medidas eficaces para poner las condiciones de detención de conformidad con las normas internacionales, en particular para reducir el hacinamiento y abolir la figura del arraigo y promover medidas no privativas de libertad (Austria);

148.62 Eliminar la práctica del arraigo a nivel federal y estatal y asegurar que todas las detenciones se lleven a cabo legalmente y se registren en una base de datos nacional a la que tendrán acceso todas las partes (Bélgica);

148.63 Establecer órganos especializados para investigar y enjuiciar las denuncias de violaciones flagrantes de los derechos humanos cometidas en el marco del arraigo (Bélgica);”

¹¹² *Idem.*

¹¹³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, 11 de Diciembre de 2013, consultado en línea en Septiembre de 2017, http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session25/Documents/A-HRC-25-7_sp.doc

- De las cuales, el gobierno de México únicamente aceptó 166 de las 176 recomendaciones, dentro de las que rechazó, se encuentra la relacionada con la eliminación total de la figura del arraigo, dándose a conocer las respuestas de México, mediante Asamblea General de la ONU, opiniones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas presentadas por el estado examinado, 26° periodo de sesiones, tema 6 de la agenda, de 14 de marzo de 2014¹¹⁴, de la siguiente manera:

Arraigo

26. El Estado Mexicano ha tomado nota de las observaciones relacionadas con el uso del arraigo, reflejadas en las recomendaciones 148.60, 148.61, 148.62 y 148.63.

27. Existe la convicción de limitar su aplicación a casos verdaderamente excepcionales, como una medida cautelar para proteger el interés superior de la vida, salvaguardar la integridad de las personas, de los bienes jurídicos o evitar que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia.

28. En febrero de 2014, la SCJN determinó que: a) su aplicación sólo procede en delitos de delincuencia organizada, b) únicamente compete al Congreso de la Unión legislarlo, c) sólo puede solicitarlo el Ministerio Público Federal, y d) la autorización sólo la decreta un juez federal.

29. El Gobierno de la República impulsa una reforma constitucional al arraigo aprobada en la Cámara de Diputados, que refirman que su uso sólo procede en casos de delincuencia organizada y establece límites y controles más estrictos al reducir significativamente su duración e imponer medidas de escrutinio a cargo de los organismos de protección de los derechos humanos.

30. La PGR trabaja en mejorar los mecanismos de información sobre los casos sujetos a esta medida cautelar y cuenta con una Subprocuraduría especializada en Derechos Humanos, encargada de atender cualquier violación a estos derechos, lo que incluye violaciones para la aplicación de estas medidas.

¹¹⁴ *Idem.*

- Asimismo, dentro de la asamblea General de la ONU, 28° periodo de sesiones, Tema 3 de la agenda, de 29 de diciembre de 2014¹¹⁵, analizó la figura del arraigo:

4. Arraigo

49. El arraigo consiste en la detención de una persona, con orden judicial y a pedido de la PGR, por un plazo de 40 días, prorrogable por igual período. La finalidad es investigar la presunta participación del arraigado en un delito relacionado con delincuencia organizada y decidir si se presentan cargos penales. El Relator Especial considera que el arraigo viola el derecho de libertad personal, el debido proceso, y el principio de presunción de inocencia, y expone al detenido a posibles torturas, por lo que llama enérgicamente al Estado a eliminarlo inmediatamente.

50. El Relator Especial no recibió denuncias de torturas perpetradas dentro del Centro de Investigaciones Federales, aunque la mayoría de los arraigados entrevistados alegaron haber sido víctimas de torturas antes de ingresar. Sin embargo, la CNDH registró un aumento de 45 a 148 quejas entre 2008 y 2011 por violaciones de derechos humanos en situaciones de arraigo.

51. El Gobierno informó que, de 534 personas arraigadas en el 2013, 432 fueron consignadas. El Relator Especial lamenta, sin embargo, no haber recibido información sobre el estándar de prueba para solicitar un arraigo ni tampoco sobre el universo de personas consignadas que recibieron una sentencia condenatoria firme. Datos recibidos indicarían que, de más de 8.000 personas arraigadas desde el 2008, solo el 3,2% habría recibido condena.

52. El uso del arraigo ha disminuido recientemente. Mientras que en 2012 hubo 812 medidas de arraigo solicitadas y 586 concedidas, en 2013 fueron 272 y 177, respectivamente, y a abril de 2014 eran 112 y 48. Recientes decisiones de la SCJN restringieron el uso del arraigo a la jurisdicción federal por casos de delincuencia organizada. Estados como Chiapas, Oaxaca, Coahuila y Yucatán derogaron la medida y otros han dejado de usarla. El Congreso actualmente considera un proyecto constitucional que disminuiría el plazo del arraigo a 20 días, prorrogables por 15.

53. Aun cuando el arraigo vaya disminuyendo con la implementación definitiva del proceso penal acusatorio, la medida es contraria al derecho internacional y alimenta la filosofía prevaleciente de detener para investigar. Esto se manifiesta en el D.F., que mantiene el arraigo aunque con distinto nombre ("detención con control judicial") y menor duración. Preocupa al Relator Especial que el CNPP autorice una detención domiciliaria ("resguardo domiciliario"), así como un plazo de hasta seis meses de

¹¹⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la Tortura y otros tratos o penascruels, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, 29 de Diciembre de 2014, consultado en línea en Septiembre de 2017, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9930.pdf?view=1>

investigación complementaria, luego de la vinculación al proceso y antes de presentados los cargos, para que el Ministerio Público investigue. Durante este tiempo la persona puede estar en prisión preventiva, que en el caso de delitos graves es preceptiva. El Relator Especial recomienda fortalecer las garantías procesales para asegurar la presunción de inocencia y evitar replicar la institución del arraigo con otras figuras afines.

Por lo que emitió la siguiente recomendación "d) Eliminar definitivamente el arraigo, así como figuras similares en lo federal o estatal"¹¹⁶.

La comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el comunicado 105, de treinta de septiembre de dos mil once¹¹⁷, señaló:

Asimismo, la Comisión reitera su preocupación sobre la existencia de la figura del arraigo, contemplada en la Constitución de los Estados mexicanos, que faculta a la autoridad judicial para decretar el arraigo de una persona por un período de 40 días, prolongable a 80 días, sin acusación formal y que se utilizaría en el ámbito federal para casos de crimen organizado y en el orden estatal se habría extendido a delitos de distinto orden. La CIDH ha recibido denuncias sobre la utilización de esta figura para arraigar a sospechosos en casas particulares, hoteles e instalaciones militares; sin el respeto de las garantías judiciales, y que personas arraigadas serían víctimas de tortura con el objeto de obtener confesiones. A este respecto, el Relator valora que el Estado de Chiapas haya derogado la figura del arraigo e insta al Estado de México a que elimine o adecue esta figura conforme a las garantías de la libertad personal y del debido proceso establecidas en los estándares internacionales de derechos humanos.

Asimismo, la visita *in loco* a México de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del veintiocho de

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de Prensa, 30 de Septiembre de 2011, consultado en línea : Septiembre de 2017, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/105.asp>

septiembre al dos de octubre de dos mil quince¹¹⁸, donde se desprende:

En relación con la figura del arraigo, el Estado mexicano ha informado a esta Comisión que se ha reducido significativamente su aplicación. En este sentido, de acuerdo con cifras de la Procuraduría General de la República, entre enero y julio de 2015, se habría arraigado a 89 personas. Por otra parte, esta Comisión toma nota del precedente jurisprudencial de la SCJN en la materia, emitido en febrero de 2014, mediante los cuales se resolvió la inconstitucionalidad del arraigo local por la comisión de delitos graves, y se confirmó la jurisdicción federal del arraigo por casos de delincuencia organizada. Esta Comisión valora la reducción de esta figura y la jurisprudencia que restringe su aplicación, sin embargo, expresa su preocupación por la existencia del arraigo a nivel constitucional, y respecto del cual esta Comisión ha recibido numerosas denuncias sobre su utilización para detener a personas sospechosas en casas particulares, hoteles e instalaciones militares sin el respeto de las garantías judiciales, y propiciando que las personas detenidas se enfrenten al riesgo de ser sometidos a malos tratos, e incluso tortura.

(...)

Recomendaciones:

(...)

Eliminar la figura del arraigo del ordenamiento jurídico mexicano.

De lo anterior, el Estado Mexicano, da contestación a la recomendación¹¹⁹, de la manera siguiente:

6. Situación de las personas privadas de la libertad.

a) Formas arbitrarias de privación de la libertad personal: arraigo, uso excesivo de la prisión preventiva y la flagrancia equiparada Párrafos 260 a 270.

274. La CIDH reitera su preocupación por la existencia de la figura del arraigo y solicita que se elimine la figura, al considerarla incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, sería importante considerar que la detención preventiva o previa a juicio se utiliza en distintos

¹¹⁸ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Anexo al Comunicado de Prensa de 2 de Octubre de consultado en línea Septiembre de 2017, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/112a.asp>

¹¹⁹ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Observaciones del Estado Mexicano al Proyecto de Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en México, consultado en línea Septiembre de 2017, <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/mx-observaciones2015.pdf>

países, como Francia, Reino Unido, Italia, etc. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la determinación de una detención arbitraria debe llevarse a cabo con un análisis adecuado al contexto y circunstancias que rodean la detención, en tanto es común que en una sociedad moderna las personas deban permitir ciertas restricciones a la libertad en el interés del bien común. Por ejemplo, la CEDH determinó en el caso *Laumont v. Francia* que la detención continuada de una persona bajo una orden de la Cámara de Acusación fin de continuar investigaciones sin emitir una orden formal de detención no representaba necesariamente una violación del derecho a no ser privado de la libertad.

275. En ese orden, cabe señalar que a partir de una reforma constitucional, la medida cautelar de arraigo procede sólo en aquellos casos de delitos por delincuencia organizada, con las modalidades de lugar y tiempo que señale la autoridad judicial, sin que puedan exceder de 40 días. El carácter excepcional de esta medida recae en que se utiliza únicamente en los casos en que sea necesaria para el éxito de una 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. En su aplicación, el artículo 20 constitucional prohíbe toda incomunicación, intimidación o tortura y establece la obligación de informar al indiciado los hechos que se le atribuyen y los derechos que le asisten, garantizando su acceso a una defensa adecuada, entre otras garantías. La Constitución prevé la figura del "juez de control", como la autoridad judicial federal independiente y especializada encargada de resolver de forma inmediata las solicitudes de arraigo. Entre las funciones de los jueces de control se encuentra la de asegurarse que no se vulneren los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos en el procedimiento, así como verificar la legalidad de las actuaciones de todos los que intervengan en éste.

276. La medida cautelar de arraigo se utiliza de facto sólo en casos excepcionales. Esto se demuestra claramente al considerar que en 2012, la PGR arraigo en promedio 107 personas mensualmente, mientras que en 2015 ese promedio disminuyó a 10 personas arraigadas mensualmente.

De acuerdo a la Procuraduría General de la República, en 2012 hubo 1287 personas arraigadas a nivel federal, en 2013 se tuvo un registro de 630, en 2014 se registraron 286 personas arraigados, y entre enero y agosto de 2015, se habrían arraigado 81 personas.

277. Con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales en las entidades en que se encuentra vigente el sistema procesal penal acusatorio, ya no será aplicable la medida de arraigo a nivel estatal. Ésta sólo se aplicará por mandato constitucional conforme al artículo 16 de la CPEUM a casos de delincuencia organizada.

278. Además, la CIDH señala que existe un uso excesivo de la prisión preventiva en México. De igual forma, la CIDH señala que ha recibido información (sin señalar la fuente o datos concretos)

sobre casos en los que las personas permanecen en prisión sin sentencia, en un plazo mayor al contemplado en la Constitución.

(...)

La medida cautelar de arraigo se utiliza de facto sólo en casos excepcionales y su uso ha ido a la baja. Con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales en las entidades en que se encuentra vigente el sistema procesal penal acusatorio, ya no será aplicable la medida de arraigo. Ésta sólo se aplicará por mandato constitucional conforme al artículo 16 de la CPEUM a casos de delincuencia organizada.

A pesar de las voces de los organismos internacionales que advierten sobre los riesgos de utilizar medidas de excepción como el arraigo en el ejercicio de los derechos humanos, el estado mexicano carece de voluntad política por erradicar dicha figura, vulnerando otro artículo Constitucional (102, apartado B), ya que las contestaciones a las recomendaciones no las funda ni motiva y mucho menos hace su mayor esfuerzo para cumplirlas, al contrario, previa a la reforma de 2008, ya tenía recomendaciones de eliminar la figura y paradójicamente lo eleva constitucionalmente.

Algunos de los argumentos endebles que refirió el Estado Mexicano, son:

“El Estado Mexicano ha tomado nota de las observaciones relacionadas con el uso del arraigo” la recomendación fue encaminada a que eliminara el arraigo por vulnerar múltiples derechos humanos, no para que lo constitucionalizara para darle ese ropaje de inmunidad, cuál fue el mayor esfuerzo que realizó el Estado Mexicano.

“Existe la convicción de limitar su aplicación a casos verdaderamente excepcionales “el problema es que las

recomendaciones establecían directamente que la figura tenía que ser eliminada, no de que se limitara su aplicación, al haber limitado su aplicación únicamente a casos de delincuencia organizada, tácitamente están aceptando que la figura es una aberración del derecho, de que sirve que el Estado Mexicano, cumpla las medias a medias, el hecho es que se sigue aplicando y que la constitución es quien permite que se violen derechos fundamentales de las personas, por qué este trato excepcional a personas que van a investigar para determinar si pertenecen a la delincuencia organizada, resulta totalmente incongruente.

"Al respecto, sería importante considerar que la detención preventiva o previa a juicio se utiliza en distintos países, como Francia, Reino Unido, Italia, etc. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la determinación de una detención arbitraria debe llevarse a cabo con un análisis adecuado al contexto y circunstancias que rodean la detención, en tanto es común que en una sociedad moderna las personas deban permitir ciertas restricciones a la libertad en el interés del bien común".

El estado Mexicano no puede argumentar que por que otro país lo hace, él también puede hacerlo, es como si quisiéramos retomar la pena de muerte porque todavía Estados Unidos de Norteamérica la establece, resulta contrario al principio de progresividad de los derechos humanos, además refiere que la restricción va encaminado al interés del bien común, a que bien común se refiere, ¿al del pésimo mecanismo de investigación del agente del Ministerio Público (como se estableció en capítulos

anteriores en donde la tasa de efectividad de las agencias del Ministerio Público es muy baja ya que sólo resuelven alrededor del 13% de las investigaciones que se inician, además de la baja capacidad de investigación¹²⁰)? Porque cualquier persona inocente puede ser señalada como un integrante de alguna organización criminal, y que beneficio tendría el bien común, para aplicar la figura, es necesario establecer que existen indicios que señalen que el sujeto a quien va a recaer el arraigo, pertenece a la delincuencia organizada, de igual manera, para indicar un procedimiento de manera ordinaria se requiere de esos mismos indicios, ¿por qué elegir el camino más violatorio de derechos humanos?, independientemente de que la medida ha ido a la baja, continua existiendo lo que resulta incompatible con la presunción de inocencia consagrada también constitucionalmente en el artículo 20.

¹²⁰DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, Programa Nacional de Procuración de Justicia 2013-2018, consultado en línea Septiembre de 2017, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5326462&fecha=16/12/2013

VII. Otros factores que confirman que el arraigo debe eliminarse.

1. Ineficacia del arraigo.

Además de todas las antinomias que se han resaltado en el presente trabajo, una de las primordiales razones de existencia del arraigo, es la de hacer más eficaz la investigación; sin embargo, tampoco cumple su objetivo.

Al reflexionar acerca del proceso penal, necesitamos observar como un instrumento de política criminal es capaz de dar una respuesta suficiente ante la criminalidad, esta herramienta al mismo tiempo debe respetar las garantías procesales que se tutelan tanto en las normas constitucionales como en los tratados internacionales, ya que se trata de que esa eficacia no sea a costa del sacrificio del derecho a la libertad y de la presunción de inocencia, la cual debe reconocerse como premisa inicial de todo ciudadano para asegurarle un juicio justo.

Desde un punto de vista de eficacia para reducir la delincuencia, el principio de la presunción de inocencia es clave, sin ello, la impartición de justicia se vuelve arbitraria al no distinguir de manera confiable entre inocentes y culpables.

En el documento de "El arraigo hecho en México: violación a los derechos humanos" Informe ante el Comité Contra la Tortura con motivo de la revisión del 5° y 6° informes periódicos de México Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. Organización Mundial Contra la Tortura Octubre, 2012,

Informes emitidos por la Procuraduría General de la República, entre enero 2008 y octubre 2012 fueron puestas bajo arraigo 8,595 personas, del total de solicitudes presentadas, los jueces negaron únicamente el 4.7% de estas, no obstante, si bien la Procuraduría General de la República ha argumentado que entre 90% y 95% de las personas arraigadas han sido consignadas, ampliamente presumido como indicador del éxito de la medida, han omitido señalar que tan solo 3.2% de este total recibe una sentencia condenatoria, desconociendo si el otro 96.8% son libertades o dichos asuntos continúan en trámite.¹²¹

Además, a partir del dieciocho de junio de dos mil dieciséis, la implementación de la medida del arraigo es única y exclusivamente en delitos de delincuencia organizada, según estadísticas, en este delito se cumple únicamente en el 0.05% de las órdenes de arraigo emitidas, desde el año 2008 hasta el octubre del año 2011¹²².

¹²¹COMISIÓN MEXICANA DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A.C., El Arraigo hecho en México: violación a los derechos humanos, consultado en línea Septiembre de 2017, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/MEX/INT_CAT_NGO_MEX_12965_S.pdf.

¹²²Idem

Mientras que, históricamente el porcentaje de personas arraigadas por cometer otro tipo de delitos son:

- Delitos contra la salud 46%.
- Secuestro 23%.
- Terrorismo 16%¹²³.

En este mismo periodo, la cifra global de personas arraigadas fue de 6,562 con un promedio anual de 1,640 personas afectadas y una tasa de incremento anual de más del 100% por año, en el año de 2009 el incremento fue de 218.7% y los años siguientes se mantuvo en un crecimiento constante de 120%, según información recopilada por la Comisión Mexicana Para La Defensa Y Promoción De Los Derechos Humanos, A.C., desde junio de 2008 un promedio de 1.82 personas fueron puestas bajo arraigo cada día a nivel federal y 1.12 a nivel local¹²⁴.

La falta de registros por parte de las autoridades impide conocer la magnitud de la utilización del arraigo y justificar su aplicación a pesar del bajo índice de efectividad que ha probado tener.

Del reporte sobre delitos de alto impacto de Marzo de 2017, del Observatorio Nacional Ciudadano, se advierte que:

Es importante mencionar que si analizamos únicamente la incidencia delictiva de marzo de 2017 y se compara con la del mes previo se observa, de igual manera, un comportamiento al alza. Llevamos varios meses diciendo que dicho mes ha sido el peor en términos de violencia de los últimos años. Iniciando el año hablamos de cómo enero de 2017 había sido el mes con más homicidios del sexenio; cuando obtuvimos los datos de febrero analizamos si el bimestre 2017 era el peor de esta administración federal. Ahora podemos afirmar que el primer trimestre de 2017 ha sido peor no solo del sexenio sino desde que se cuenta con esta información estadística. El panorama actual en materia de seguridad y justicia es sumamente complejo, nuestro país vive una crisis de violencia mientras las

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Idem.*

causas que la detonan continúan siendo las mismas que han sido identificadas por años y de las cuales tanto se ha hablado:

- La lucha entre grupos de delincuencia organizada, y de estos contra el Estado, con la finalidad de obtener el control de determinados territorios.
- La debilidad institucional para controlar y combatir el delito.
- La corrupción de autoridades, mandos e incluso de la sociedad misma a partir de la cual se favorece la entrega territorios a grupos de delincuencia organizada, se desfalcan las finanzas públicas afectando la capacitación, equipamiento, 5 infraestructura, salarios, prestaciones, desarrollo y motivación de policías, ministerios públicos y peritos. • La poca capacidad y falta de resultados frente al lavado de dinero.
- La relativización y minimización del aumento de la falta de seguridad, la delincuencia y la violencia con la que responden las autoridades a cuestionamientos basados en evidencia¹²⁵.

De lo anterior se desprende que la delincuencia continua a la alza y en capítulos anteriores se desprende que la medida del arraigo va a la baja, lo que nos denota que la figura no resultó ser la idónea para combatir la delincuencia, la cual es su finalidad.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, la libertad es un valor supremo que debe prevalecer en una sociedad democrática que tenga un sistema de justicia penal eficaz para investigar y sancionar los delitos, y procure siempre la reinserción social de quienes los cometen.

¹²⁵ OBSERVATORIO NACIONAL CIUDADANO, Reporte sobre delitos de alto impacto, Marzo 2017, consultado en línea Septiembre de 2017, http://onc.org.mx/wp-content/uploads/2017/05/170501mensual-marzo_2017_VF.pdf

2. Tortura.

Además de ser ineficaz como ya se vio, el arraigo propicia la ineptitud del Ministerio Público al facilitarle indebidamente su labor dándole una ventaja inequitativa frente al inculpado y ha facilitado violaciones a los derechos humanos y aumenta la probabilidad de actos de tortura, extorsión, corrupción y malos tratos contra el imputado y sus familiares por parte del Ministerio Público y sus auxiliares, dado que el arraigo, su control y su duración dependen casi exclusivamente de la voluntad del órgano de acusación.

La tortura por parte de las autoridades investigadoras tiene carácter habitual y se recurre a ella de manera sistemática como un recurso más en las investigaciones criminales, siempre disponible cuando el desarrollo de éstas lo requiere , por ello el uso de la tortura en México, es utilizada como modus operandi para obtener confesiones, siendo una de ellas, golpizas, asfixia con bolsas de plástico, simulación de ahogamiento, descargas eléctricas, tortura sexual y amenazas de muerte o simulacros de ejecución.

En efecto, recordando el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción IX establece "Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y"

Asimismo, también tiene apoyo con los criterios siguientes:

PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO. La fuerza normativa de la Constitución y el carácter inviolable de los derechos fundamentales se proyectan sobre todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos los sujetos del ordenamiento, sin excepciones, están obligados a respetar los derechos fundamentales de la persona en todas sus actuaciones, incluyendo la de búsqueda y ofrecimiento de pruebas, es decir, de aquellos elementos o datos de la realidad con los cuales poder defender posteriormente sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales. Así, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirán efecto alguno. Esta afirmación afecta tanto a las pruebas obtenidas por los poderes públicos, como a aquellas obtenidas, por su cuenta y riesgo, por un particular. Asimismo, la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental -las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto-, por lo que, en pura lógica, de acuerdo con la regla de exclusión, no pueden ser utilizadas en un proceso judicial.¹²⁶

PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA. La eficacia de las pruebas en el procedimiento penal debe nulificarse en los casos en que la norma transgredida establezca: (i) garantías procesales, (ii) la forma en que se practica la diligencia, o bien, (iii) derechos sustantivos en favor de la persona. Por su parte, las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales. Así, los medios de prueba que deriven de la vulneración de derechos fundamentales no deben tener eficacia probatoria, pues de lo contrario se trastocaría la garantía de presunción de inocencia, la cual implica que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, circunstancia que necesariamente implica que las pruebas con las cuales se acreditan tales extremos, deben haber sido obtenidas lícitamente.¹²⁷

Con lo anterior, vemos que es de explorado conocimiento la práctica de tortura por parte de la Procuraduría General de la

¹²⁶SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada 1a. CLXII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Registro 161221, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, Constitucional, Novena Época, Primera Sala, p.226.

¹²⁷SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Jurisprudencia 1a./J. 140/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Registro 160500, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 3, Primera Sala, Décima Época, p. 2058.

República, para allegarse de confesiones y fabricación de pruebas, lo que nos lleva a la consignación de personas, muchas veces inocente, una vez consignadas estas personas inocentes, las estadísticas establecen que en 2011 el 87.7% de las personas objeto de una sentencia en primera instancia en el fuero común y el 93.4% en el fuero federal, fueran condenadas¹²⁸.

Además, según la Procuraduría General de la República, el porcentaje de sentencias dictadas en sentido condenatorio en el fuero federal era de 94.4% entre septiembre de 2011 y junio de 2012¹²⁹, es decir, una persona inocente que sea procesada, será condenada, por las confesiones y fabricación de pruebas que se elaboran en la averiguación previa, utilizando figuras como el arraigo.

En dos años de investigación para el informe de noviembre de 2011, "Ni Seguridad, Ni Derechos: Ejecuciones, desapariciones y tortura en la guerra contra el narcotráfico de México", la organización *Human Rights Watch* documentó más de 170 casos de tortura, 39 desapariciones y 24 ejecuciones extrajudiciales.¹³⁰

¹²⁸INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, Porcentaje de sentenciados con resolución judicial condenatoria respecto al total de registrados en juzgados de primera instancia según fuero, 2000 a 2011

¹²⁹Del 1 de septiembre de 2011 al 30 de junio de 2012, PGR, Sexto Informe de Labores, 2012, p. 73

¹³⁰HUMAN RIGHTS WATCH, "Ni Seguridad, Ni Derechos: Ejecuciones, desapariciones y tortura en la "guerra contra el narcotráfico" de México, 2011, pp. 6-7.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos informó que entre 2008 y 2011 se presentaron 405 quejas por violaciones de derechos humanos relacionadas al arraigo, asimismo, en 2011, constató que marcó el mayor número de quejas por tortura de la última década, las tres autoridades más señaladas ante ella por dicho acto fueron la Secretaría de la Defensa Nacional, la Policía Federal y la Procuraduría General de la República¹³¹.

Al respecto, resulta obvio la alta impunidad ante la comisión de tortura, ya que a quien corresponde investigar dichos actos, son quienes los practican, en respuesta a solicitudes de información pública, la Procuraduría General de la República ha dado cuenta de únicamente 2 sentencias condenatorias por tortura entre enero de 1994 y enero de 2012¹³², es decir un lapso de dieciocho años durante los cuales la tortura se practicaba de manera rutinaria, donde corroboramos de manera efectiva que la tortura permanece en la impunidad.

En este sentido, junto con la impunidad, la principal razón por la que la tortura continúa como herramienta de "investigación" es por su utilidad en producir pruebas de cargo para los procesos penales, liberando a los agentes de la tarea de conducir indagatorias profesionalizadas y recabar pruebas confiables y legales de la responsabilidad penal.

¹³¹ COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Informe de Actividades 2011, pp. 45-46.

¹³²CENTRO DE DERECHOS HUMANOS MIGUEL AGUSTIN PRO JUAREZ, Solicitudes de información pública, respondidas por la PGR mediante oficios SJAI/DGAJ/05383/2010, 8 de septiembre de 2010, Folio 0001700097810, p. 2; y SJAI/DGAJ/3139/2012, 28 de marzo de 2012, Folio 0001700024312, pp. 1-2.

Ante ello, los juzgadores pueden darse el lujo de dictar sentencia en un caso penal sin preocuparse por las condiciones de posible falta de control bajo las cuales el ministerio público construyó la acusación, es de suma importancia valorar debidamente cualquier denuncia de actos violatorios de derechos en este contexto, especialmente los presuntamente realizados para encubrir una detención arbitraria o producir u obtener pruebas ilícitas, las cuales no pueden formar parte de un juicio justo, en cumplimiento al principio de presunción de inocencia.

Para completar el panorama, corresponde a la autoridad judicial siempre dar vista al ministerio público de cualquier hecho de tortura referido y llevar a cabo una investigación mediante la pericial en materia de "médico/psicológico especializado para casos de posible tortura y/o maltrato" la cual tiene que ser independiente e imparcial, y que no esté vinculado a las instituciones acusadas de tortura, esto para establecer la tortura alegada, a fin de que tenga efecto dentro del procesos y pueda valorarse al emitir la sentencia definitiva.

En consecuencia, existe la presunción de considerar responsable al Estado por las torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades no han realizado una investigación seria de los hechos seguida del procesamiento de los que aparezcan como responsables de tales conductas, en dicho supuesto, recae en el Estado la obligación

de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados.

Cuando el detenido alega que su confesión se ha obtenido mediante coacción surge un deber de investigación, y la carga de la prueba es para el Estado, toda confesión obtenida mediante cualquier tipo de coacción se debe excluirse como prueba.

De igual manera, los certificados médicos realizados de manera rutinaria por peritos ministeriales, no son instrumentos diseñados para detectar la tortura puesto que no implican realizar un examen completo; asimismo, no podemos ignorar la ampliamente documentada práctica de omitir o falsear datos en ellos para encubrir la tortura, otros factores que pueden jugar un papel en esta problemática, está la falta de independencia institucional de los peritos, quienes dependen de las procuradurías.

En el caso de la tortura no corresponde a quien afirma que fue torturado, sino la parte acusadora, tiene la carga de la prueba para demostrar la ausencia de la misma, regla por ser la *lex specialis* en la materia bajo diversos tratados internacionales y la interpretación más protectora de derechos fundamentales, entre otras razones, prevalece sobre la regla general de quien afirma está obligado a probarlo.

De acuerdo con el Informe ante el Comité Contra la Tortura con motivo de la revisión del 5° y 6° informes periódicos de México presentado por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. y la Organización Mundial Contra la Tortura, en México, desde el año 2008¹³³:

El arraigo, el cateo y la prisión preventiva automática se han vuelto las "técnicas" de investigación criminal más recurridas en México. Su regularidad configura una mixtificación de los sistemas de justicia penal y de seguridad pública, en el que la justicia se vuelve una herramienta a disposición del sistema de seguridad. Así, el Estado mexicano ha configurado un subsistema de excepción consistente en la aplicación de una pena pre-condenatoria, que flexibiliza las garantías judiciales de las personas y las coloca en un limbo jurídico en el que no son ni indiciadas ni inculpadas. En la mayoría de los casos, una persona es detenida con base en el testimonio de "testigos anónimos", que a menudo se obtienen mediante tortura.

Asimismo, La Comisión Nacional de Derechos Humanos ha mostrado un incremento sostenido en el número de quejas relacionadas al uso del arraigo, pasando de 45 quejas en 2008 a 148 en 2011.

Del total de quejas registradas entre 2008 y 2010 en que las personas señalaron haber sido sometidas bajo arraigo, se observan los siguientes datos:

- El 38% de las quejas se refieren a una detención arbitraria.
- El 41% de las quejas a causa de tratos crueles, inhumanos o degradantes ya sea antes de ser arrestados y detenidos o durante la detención.

¹³³ COMISIÓN MEXICANA DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, [op.cit](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/MEX/INT_CAT_NGO_MEX_12965_S.pdf)http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/MEX/INT_CAT_NGO_MEX_12965_S.pdf

- El 26% de las quejas refirieron a la violación de ambas violaciones¹³⁴.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que "la tortura está estrictamente prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", la prohibición de la tortura es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, "lucha contra el terrorismo" y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención.

¹³⁴ Ídem.

VIII. Medidas sustitutorias al arraigo.

Al momento de realizar una ponderación donde se busca una solución a la colisión entre el principio de la presunción de inocencia con las herramientas utilizadas para la investigación de delitos como lo es el arraigo, existen diversas medidas sustitutorias, pues no puede aplicarse una figura constitucional desconociendo un derecho del mismo rango.

Para garantizar la comparecencia del imputado o con el objeto de no entorpecer una investigación, sin violentar derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, de 30 de diciembre de 2013, recomendó entre otras posibles, el siguiente catálogo de medidas alternativas:

- a) la promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación;
- (b) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen;
- (c) la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- (d) la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;
- (e) la retención de documentos de viaje;
- (f) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares, de acercarse o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa;
- (g) el abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el imputado;
- (h) la prestación por sí o por un tercero de una fianza o caución pecuniaria;

(i) la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; y

(j) el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga.

De manera similar, el artículo 155, del Código Nacional de Procedimientos Penales, señala el catalogo siguiente:

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares

A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:

I. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;

II. La exhibición de una garantía económica;

III. El embargo de bienes;

IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;

V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;

VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;

VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares;

VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

IX. La separación inmediata del domicilio;

X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;

XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;

XII. La colocación de localizadores electrónicos;

XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o

XIV. La prisión preventiva.

(...)

De los citados incisos, una excelente opción para garantizar la comparecencia del imputado o con el objeto de no entorpecer una investigación, sin violentar derechos humanos, es el uso de pulseras cibernéticas, evitando que el individuo se sustraiga de la acción de la justicia y la más importante que no sea privado de su libertad personal en tanto no se reúnan las pruebas para acreditar el cuerpo del delito que hagan probable su participación en los hechos, con esto, evitamos con una medida sustitutoria al arraigo, se vulnere el principio de presunción de inocencia

Vemos, como dentro de los catálogos de las medidas cautelares, la que resulta más gravosa, teóricamente, sería la de la prisión preventiva, haciendo un comparativo con el arraigo, una persona en un reclusorio preventivo, tiene derecho a no estar incomunicado, a recibir visitas, a un trato digno y, lo más importante, a todo un marco jurídico muy desarrollado sobre la materia que prevé con toda claridad qué gama de derechos pueden ser gozados por la persona en su caso específico; sin embargo, el régimen jurídico del arraigo, en la situación actual, no establece en forma alguna los derechos que tendrá la persona sujeta a dicha medida, si podrá ser sustraído de la casa de seguridad a la hora que determine el agente del Ministerio Público, si podrá estar en el arraigo en compañía de su familia o sin esta, si podrá seguir con la realización de sus actividades o alguna de ellas, o bien, si podrá seguir trabajando y gozar de su derecho al buen nombre y a la imagen,

en ejercicio de los derechos y las prerrogativas que le corresponden como persona.

Al respecto, cabe señalar los efectos comparativos del arraigo, como detención ante el Ministerio Público, prisión preventiva y prisión como ejecución de pena, al confrontarlos, resulta claro que el régimen jurídico a que se encuentra sujeto el arraigo en la actualidad se presenta al margen de cualquier regulación, lo que propicia el exceso y abuso por parte de quien lo ejecuta.

Lo anterior ocasiona que, una persona en contra de la cual se citen elementos para imputar su probable responsabilidad en un delito debe esperar hasta un plazo de 144 horas para que se le someta a un proceso, en cambio, una persona arraigada, en contra de quien por definición no existen elementos que la involucren en algún delito, puede pasar hasta 80 días detenida.

Asimismo, observamos que en México la figura del arraigo propicia el exceso y abuso por parte de las autoridades, resultando hasta más gravoso que la propia prisión preventiva, asimismo señala las diversas opciones en que una persona puede garantizar que se evita razonablemente el peligro de fuga o de entorpecimiento de las investigaciones, sin violentar derecho tan fundamental como lo es la libertad y el principio de presunción de inocencia, además, tratando de buscar siempre la aplicación de la medida menos gravosa.

IX. Metodología para analizar medidas legislativas que intervengan con un derecho fundamental.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido *test* a seguir para realizar un examen de la constitucionalidad de una medida legislativa, aunque en el caso no procede por tratarse de una norma constitucional, resulta interesante el resultado que da este análisis, ya que si no estuviera contemplado en ese nivel, sería declarado inconstitucional.

TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL. El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada efectivamente limita al derecho fundamental. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas cubiertas *prima facie* o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección *prima facie* del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En esta segunda fase, debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho. Al respecto, es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado *test* de proporcionalidad. En este orden de ideas, para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el *test* de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o *prima facie*. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del *test* de

proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo¹³⁵.

A manera de ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, realiza el anterior ejercicio con la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana, estableciendo:

TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR LA IDONEIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen al derecho de libre desarrollo de la personalidad, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. En ese contexto, una vez que se ha acreditado que la medida legislativa persigue un fin constitucionalmente válido, debe corroborarse que la misma es idónea para lograr en algún grado la consecución de su fin. En el caso de la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana, misma que se encuentra prevista en los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248 de la Ley General de Salud, es válido sostener que será una medida idónea para alcanzar los fines perseguidos por el legislador - salud y orden público-, en tanto exista una relación empírica que vincule al consumo de la marihuana con ciertos daños o afectaciones a la salud y al orden público. En efecto, si el consumo de marihuana no causa daños o afectaciones a la salud o a la sociedad en su conjunto, la prohibición analizada no será una medida idónea para proteger estos objetivos constitucionales. Por lo tanto, en esta etapa del examen es necesario mostrar que el consumo afecta la salud y el orden público, aun cuando dicha afectación sea mínima. En este sentido, existe evidencia suficiente para considerar que el consumo de marihuana efectivamente causa diversas afectaciones en la salud de las personas, así como que puede propiciar transgresiones al orden público. Así, si bien en términos generales puede decirse que se trata de afectaciones de escasa entidad, ello no es obstáculo para concluir que el "sistema de prohibiciones administrativas" previsto por la Ley General de Salud efectivamente es una medida idónea para proteger la salud de las personas y el orden público. Con todo, lo anterior es insuficiente para que la prohibición resulte constitucional, toda vez que la misma debe ser además necesaria y proporcional en sentido estricto para estar justificada¹³⁶.

¹³⁵SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada 1a. CCLXIII/2016 (10a.), Registro 2013156, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, p. 915.

¹³⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada 1a. CCLXIX/2016 (10a.), Registro 2013155, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, p.914.

Por lo que procedemos a realizar el análisis en cuanto a la figura del arraigo con el derecho humano de la presunción de inocencia, resultando:

1.- ¿El arraigo incide en el alcance o contenido inicial o limita el derecho humano de presunción de inocencia?

a) Sí, su práctica inicia a partir de una doble sospecha, de que pertenece a un grupo de delincuencia organizada y de la posibilidad de evasión de la acción de la justicia.

b) La razón de su detención va a ser simplemente el hecho de que se encuentra sujeto a una investigación y que por el momento no se cuenta con los elementos suficientes y necesarios para poder ejercitar una acción legal penal en su contra y que por lo tanto tendrá que esperar un periodo de tiempo consistente hasta ochenta días, para poder ser investigado y de esa forma reunir los elementos suficientes para iniciar de forma ordinaria el procedimiento contra el sujeto.

c) El arraigo está acotada exclusivamente en materia de delincuencia organizada, provocando un instrumento de justicia selectiva y del ya conocido derecho penal del enemigo en donde se suprimen derechos fundamentales como lo es la presunción de inocencia.

2.- ¿El arraigo incide en el ámbito de protección *prima facie* del derecho humano de la presunción de inocencia?

a) Totalmente lo deja a un lado, se acusa a una persona, se detiene, se investiga para obtener pruebas, se suprimen garantías fundamentales y comienza el juicio.

b) Todo ser humano debe ser considerado inocente mientras no se demuestre lo contrario más allá de toda duda razonable y de conformidad con una sentencia definitiva firme, en el arraigo no hay nada, apenas va a iniciar la investigación y desde que inicia ya se violó el derecho humano a la presunción de inocencia.

1. Primera etapa del test de proporcionalidad, finalidad constitucionalmente válida.

La primera etapa establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es la identificación de una finalidad Constitucionalmente válida.

PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA. Para que las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental sean constitucionales, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, además de que debe lograr en algún grado la consecución de su fin, y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Ahora bien, al realizar este escrutinio, debe comenzarse por identificar los fines que persigue el legislador con la medida, para posteriormente estar en posibilidad de determinar si éstos son válidos constitucionalmente. Esta etapa del análisis presupone la idea de que no cualquier propósito puede justificar la limitación a un derecho fundamental. En efecto, los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir. En este orden de ideas, los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales, constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos¹³⁷.

1.- ¿El arraigo tiene una finalidad constitucionalmente válida?

Sí, busca parar la criminalidad en México, pero el fin no justifica los medios violatorios de derechos humanos para obtenerlo, la Constitución otorga a la Procuraduría General de la República un instrumento jurídico para extender el periodo

¹³⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada 1a. CCLXV/2016 (10a.), Décima Época, Registro 2013143, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, p. 902.

de tiempo de la investigación, el problema es, sin importar las consecuencias que esto conlleve.

2.- ¿Cuáles fueron los fines que persiguió las medidas legislativas con el arraigo?

a) En cuanto a delincuencia organizada, dada la complejidad que requiere dicho tema por el daño que causa a la sociedad y propone un régimen especial, para estos casos, se autoriza decretar arraigo a una persona por parte del juez de control y a solicitud del ministerio público, siempre y cuando 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.

2. Segunda etapa del test de proporcionalidad, idoneidad.

La segunda etapa establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el examen de la idoneidad de la medida legislativa.

SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a un 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. Por lo que hace a la idoneidad de la medida, en esta etapa del escrutinio debe analizarse si la medida impugnada tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos por el legislador. En este sentido, el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador. Finalmente, vale mencionar que la idoneidad de una medida legislativa podría mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas¹³⁸.

1.- ¿El arraigo tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos por el legislador?

a) De manera muy somera, cómo ya se dijo, el arraigo se utiliza únicamente en materia de delincuencia organizada y en los casos en que sea necesaria para el éxito de una investigación, la protección de la víctima o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, por lo que ve a la investigación, si existieran los elementos suficientes que requiere la medida del arraigo, con esos mismos requisitos iniciamos el procedimiento sin la

¹³⁸SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada 1a. CCLXVIII/2016 (10a.), Décima Época, Registro 2013152, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, p. 911.

necesidad de utilizar esa figura tan violatoria de derechos humanos, en cuanto a la protección de la víctima y bienes, resulta ser una protección muy superficial, ya que únicamente va a ser por 80 días, duración máxima de la medida, finalmente en cuanto a que la persona se sustraiga de la acción de la justicia, resulta totalmente subjetivo e insostenible, aunado a que la corte ya se pronunció en cuanto a esto.

b) Como ya se manifestó en 2012 hubo 1287 personas arraigadas a nivel federal, en 2013 se tuvo un registro de 630, en 2014 se registraron 286 personas arraigados, y entre enero y agosto de 2015, se habrían arraigado 81 personas, la Procuraduría está realizando sus investigaciones; sin embargo, es mayor la afectación al derecho humano de la presunción de inocencia que la aportación a la investigación, aunado a que llevando la investigación de esta manera, no se traduce que al final se consiga una sentencia condenatoria.

3. Tercera etapa del test de proporcionalidad, necesidad de la medida legislativa.

La tercera etapa establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el examen de la necesidad de la medida legislativa.

TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD 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 ha constatado un fin válido constitucionalmente y la idoneidad de la ley, corresponde analizar si la misma es necesaria o si, por el contrario, existen medidas alternativas que también sean idóneas pero que afecten en menor grado el derecho fundamental. De esta manera, el examen de necesidad implica corroborar, en primer lugar, si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. Lo anterior supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, es decir, evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto. De esta manera, la búsqueda de medios alternativos podría ser interminable y requerir al juez constitucional imaginarse y analizar todas las alternativas posibles. No obstante, dicho escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas para situaciones similares, o bien las alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno. Así, de encontrarse alguna medida alternativa que sea igualmente idónea para proteger el fin constitucional y que a su vez intervenga con menor intensidad al derecho, deberá concluirse que la medida elegida por el legislador es inconstitucional. En caso contrario, deberá pasarse a la cuarta y última etapa del escrutinio: la proporcionalidad en sentido estricto¹³⁹.

¹³⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada 1a. CCLXX/2016 (10a.), Décima Época, Registro 2013154, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, p. 914.

1.- ¿Existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen?

a) El medio más idóneo sería que el Estado con su gran poderío realice una verdadera labor de investigación, la cual en la actualidad por desgracia es muy deficiente; sin embargo, el Código Nacional de Procedimientos Penales, establece algunas medidas, las cuales ya son utilizadas en procedimiento y no en la investigación como lo es en el arraigo, y aun así, resultan ser menos gravosas, como son algunas de las siguientes:

I. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;

II. La exhibición de una garantía económica;

III. El embargo de bienes;

IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;

V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;

VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;

VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares;

VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

IX. La separación inmediata del domicilio;

X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;

XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;

XII. La colocación de localizadores electrónicos;

XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga.

2.- ¿Éstas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho humano de la presunción de inocencia?

Las diversas opciones en que una persona puede garantizar que se evita razonablemente el peligro de fuga o de entorpecimiento de las investigaciones, además sin violentar derecho tan fundamental como lo es la libertad y el principio de presunción de inocencia, siempre aplicando la medida menos gravosa.

4. Cuarta etapa del test de proporcionalidad, proporcionalidad en sentido estricto.

La cuarta etapa establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el examen de la proporcionalidad en el sentido estricto de la medida legislativa.

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 ejercicio¹⁴⁰.

¹⁴⁰SUPREMA CORTE DE LA JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada 1a. CCLXXII/2016 (10a.), Décima Época, Registro 2013136, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, p. 894.

1.- ¿Cuál es el grado de intervención en el derecho humano de la presunción de inocencia que supone el arraigo?

a) Se elimina totalmente la presunción de inocencia con la figura del arraigo, como ya se dijo, desde su práctica inicia a partir de una doble sospecha, de que pertenece a un grupo de delincuencia organizada y de la posibilidad de evasión de la acción de la justicia.

2.- ¿Cuál es el grado de realización del fin perseguido por el arraigo?

a) Como ya se dijo, según informes emitidos por la Procuraduría General de la República, entre enero 2008 y octubre 2012 fueron puestas bajo arraigo 8,595 personas, del total de solicitudes presentadas, los jueces negaron únicamente el 4.7% de estas, no obstante, si bien la Procuraduría General de la República ha argumentado que entre 90% y 95% de las personas arraigadas han sido consignadas, ampliamente presumido como indicador del éxito de la medida, han omitido señalar que tan solo 3.2% de este total recibe una sentencia condenatoria.

Aunado a que el arraigo incita a la tortura, la cual es utilizada como herramienta de "investigación" para producir pruebas de cargo para los procesos penales, liberando a los agentes de la tarea de conducir indagatorias profesionalizadas y recabar pruebas confiables y legales de la responsabilidad penal.

Como también se dijo, la tasa de efectividad de las agencias del Ministerio Público es muy baja, ya que sólo resuelven alrededor del 13% de las investigaciones que se inician, además de la baja capacidad de investigación, esclarecimiento y captura de los responsables que se ha traducido en mayor impunidad, dónde se advierte que lo que se necesita es que la Procuraduría General de la República, requiere verdaderos instrumentos que les permita realizar de manera eficiente sus labores, así como un método y plan de trabajo que les permita frenar a la delincuencia dentro del tiempo que la ley otorga y con ello no sería necesario figuras como el arraigo.

Al realizar una ponderación entre el principio pro persona y presunción de inocencia, con la figura del arraigo, que se traduce en la seguridad nacional, no cabe duda que es mejor aplicar el artículo 1 y 20 de la Constitución, de lo contrario resultaría totalmente inaceptable e incongruente, pues habrá un desastre Constitucional en México, pues como ya lo mencionamos, es una contradicción afirmar que deben prevalecer las normas constitucionales restrictivas de derechos humanos, pues equivale a la destrucción de la esencia de principios también constitucionalizados, lo que debe imperar son las disposiciones relativas a los derechos humanos, considerando a estos como norma suprema, sin importar en que ordenamiento se encuentren.

Aunado a que de manera fáctica, la delincuencia continua a la alza y la medida del arraigo va a la baja, lo que nos denota

que la figura no resultó ser la idónea para combatir la delincuencia, la cual es su finalidad.

Es por ello que la intervención del arraigo con el derecho fundamental de la presunción de inocencia, resulta ser grave y la finalidad del arraigo resulta ser mínimo.

Supuestamente nuestra constitución no puede contener contradicciones en sus normas; sin embargo, se pone en manifiesto la incompatibilidad del arraigo y la presunción de inocencia.

X. Incompatibilidad del arraigo y la presunción de inocencia.

Cuando hablamos del enfrentamiento de dos figuras jurídicas como los son la presunción de inocencia como derecho humano y el arraigo, ambas constitucionalmente previstos, los derechos en posible colisión reviste gran importancia y han sido materia de amplios debates en la doctrina jurídica y en los tribunales nacionales y transnacionales, de los cuales, como ya se vio, recomiendan al Estado Mexicano la eliminación del arraigo.

Se ha pensado que el nuevo ropaje constitucional del arraigo tiende a blindarlo; sin embargo, ese mismo ropaje lo tiene la presunción de inocencia, por tanto, al supuestamente no existir contradicciones en la constitución ni jerarquías, el principio pro persona se ve limitado, además también deja a un lado el control de regularidad constitucional y convencional, por lo que, la salida es declarar de manera manifiesta la incompatibilidad de estos dos, para que mediante el proceso de reformas a la constitución, armonice nuestra carta magna, como se dijo a lo largo del presente trabajo, el arraigo previsto en el artículo 16 Constitucional, violenta el principio de presunción de inocencia establecido expresamente en el artículo 20 y la presunción de inocencia establecida en los tratados internacionales en su artículo 1, además de todas las recomendaciones hechas por organismos nacionales e internacionales, en donde el Estado Mexicano al no dar un argumento motivado y razonado y no hacer su mayor esfuerzo por cumplir las mismas, se afecta el numeral 102, temas que se

abordaron en el presente trabajo; sin embargo, violenta muchos más, como lo es la libertad personal, garantías del debido proceso y no suficiente con ello, eleva las posibilidades de que una persona sea sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El derecho a un recurso efectivo frente a los abusos cometidos en el marco del arraigo se ve conculcado en un primer término debido a que la misma garantía constitucional de debido proceso y protección de la seguridad e integridad personal que debería de ser materia de la interposición del juicio de amparo, habilita a la autoridad a practicarlo, comprometiendo el Estado de Derecho y diversos derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales adoptados por el Estado; sin embargo, ese ropaje constitucional del arraigo penal es insuficiente, debe estar delimitado por toda una serie de derechos, garantías y exigencias constitucionales e internacionales.

Desde una perspectiva Constitucional de derechos humanos, no basta con el hecho que una restricción sea establecida por ley para que, por este simple hecho, se considere como una restricción válida, sino que es fundamental que la misma logre rebasar la aplicación de la proporcionalidad, por lo que la detención o encarcelamiento por métodos legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, no tienen que ser permitidos.

El estado tiene el derecho y la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público, sin embargo, su poder no es ilimitado, tiene el deber, en todo momento, de respetar los derechos humanos a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción.

Por lo que, se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, solo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio, ya que, para la solicitud del arraigo, es necesario que existan indicios suficientes, de que la persona en que va recaer el arraigo, pertenezca a una organización criminal, lo que lo haría innecesario éste, ya que esos indicios, para ser suficientes, tendrían que acreditar la probable responsabilidad del presunto arraigado, y entonces ya no habría necesidad de arraigo sino que sería procedente y obligado para el Ministerio Público ir directamente al ejercicio de la acción penal contra el imputado.

Uno de los principales argumentos para incluir el arraigo en el ordenamiento jurídico tiene que ver con dotar a las autoridades de herramientas adecuadas para combatir a la delincuencia organizada, esto implica darles concesiones a los agentes del Ministerio Público para que sean "eficientes" en el trabajo que realizan; por ello, el estado concede facultades punitivas al Ministerio Público que exceden los estándares constitucionales e internacionales de derechos humanos, en

virtud de la deficiencia institucional en la actuación de dichos agentes en la persecución de los delitos.

Por otro lado, si las instituciones policiacas y ministeriales perciben que no tienen la obligación de armar casos sólidos para lograr condenas, no desarrollarán las correspondientes capacidades de investigación y persecución de delitos, necesarias para combatir la inseguridad.

Estructuralmente parte del problema actual de la figura del arraigo es que la persona arraigada no está a disposición de un juez, sino de un Ministerio Público que es el mismo órgano investigador, situación que permite que en la práctica se den violaciones a la defensa adecuada y al debido proceso.

No podemos aceptar, como decía Cesare Beccaria y Mikkelsen-Löth, Jorge Federico:

Que en delitos difíciles de probar, los legisladores puedan saltarse las mismas formalidades por ellos establecidas¹⁴¹, recurrir a la legitimación de prácticas inconstitucionales por parte del poder legislativo es sumamente peligroso por los precedentes que crea¹⁴², se podrían crear nuevas figuras también inconstitucionales, lo que, al final, siempre será más grave que el mal que se pretendió corregir¹⁴³.

Supuestamente pueden existir disposiciones de rango constitucional que trastoquen derechos humanos, supuesto en el

¹⁴¹CÁRDENAS RIOSECO, RAÍL F., *Enriquecimiento ilícito, inconstitucionalidad del artículo 224 del Código Penal Federal. Problemática que plantea la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos en la aplicación de este ilícito*, Porrúa, 2ª. edición, México, 2004, p. 108, Apud BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas*, Ed. Aguilar, Madrid, 1969, p. 88.

¹⁴²Ídem, Apud, MIKKELSEN-LÓTH, Jorge Federico, *Enriquecimiento ilícito*, Ed. La Ley, Argentina, 2001, p. 41.

¹⁴³CÁRDENAS RIOSECO, RAÍL F., *op. cit*, p. 108.

cual, nuestra Suprema Corte debe realizar una interpretación sistemática de la propia Carta Magna, por lo tanto, es que en el presente trabajo se apoya que la figura del arraigo debe eliminarse, al vulnerar el principio de presunción de inocencia, contemplado en la constitución y en tratados internacionales.

Como ya se dijo, con motivo de la reforma constitucional de Derechos Humanos de 10 de junio de dos mil once, surgió un nuevo control de regularidad constitucional; sin embargo, es importante destacar que los preceptos que integran a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no pueden ser sometidos a un análisis de esa regularidad constitucional a través del juicio de amparo, ni a un control difuso de convencionalidad, conforme al sistema jurídico que impera en nuestro país, las normas constitucionales constituyen mandatos inmunes a cualquier tipo de control jurisdiccional, considerándolas que son la fuente de todo ordenamiento jurídico.

Aun cuando las normas constitucionales son de carácter general, desde el punto de vista formal, no sería posible que una norma constitucional violara derechos humanos, pues ello implicaría que la norma fundamental no es tal.

En México pareciera que los avances constitucionales en materia de Derechos Humanos traen aparejadas cuestiones

contradictorias que no permiten que estos sean cumplidos en su totalidad.

Como se señaló en el contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 26 de agosto de 2013:

Esto es, a la luz de la reforma al artículo 1° de la Constitución, es precisamente ésta, la Constitución, dada su supremacía, la que debe articular el orden jurídico interno y el internacional. En ese sentido, el actual artículo 1° -tantas veces citado- párrafos del primero al tercero, no sólo amplía el catálogo de derechos humanos, sino también amplía el parámetro de interpretación, ya que contiene en su párrafo segundo una cláusula interpretativa que permite para beneficiar en mayor medida a la persona, interpretar las normas en materia de derechos humanos conforme a la Constitución y a los tratados internacionales; así pues, adquiere este párrafo segundo del 1° constitucional, adquiere suma relevancia para resolver esta contradicción de tesis, así la propia Constitución está sentando el principio normativo de que la interpretación deberá ser no sólo conforme a la propia Constitución, sino también a los tratados internacionales, para de esta manera garantizar la protección más amplia a las personas. Por lo tanto, los derechos humanos con independencia de su fuente, constituyen un parámetro de control de regularidad constitucional, y no se trata, -desde mi punto de vista- de ninguna manera, de que la Constitución quede por debajo de otros instrumentos normativos, sino que es la propia norma fundamental la que fija la directriz para mayor eficacia de los derechos humanos.

(...)

Por lo que -reitero- no se trata de jerarquía de unos u otros, sino de su armonización en el orden interno siempre para la mayor protección de las personas.

(...)

Si hay una norma que se contraponga a nuestra Constitución, la Constitución debe buscarse que prevalezca siempre. Supongamos que se diga que no es así, entonces cualquier resolución o norma pudiera llegarse a que diga otra cosa, como la no existencia o validez del arraigo del que se ha hablado, se ignorará la norma constitucional que la prevé y se negaría toda solicitud de arraigo aunque la Constitución la permita. Podría la Constitución, en un momento dado llegar a caer en letra muerta y eso -considero- que no es posible¹⁴⁴.

¹⁴⁴SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno, celebrada el lunes 26 de agosto de 2013, consultado en línea Septiembre de 2017, http://207.249.17.176/PLENO/ver_taquigraficas/26082013PO.pdf

Parece que hay un gran temor en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de que la norma suprema en algún momento pueda caer en letra muerta, como se dijo, el derecho es dinámico y debe adaptarse a las necesidades de las personas en un lugar y tiempo determinado, situación que, a mi criterio a la fecha no ha realizado nuestro más alto Tribunal, prefieren establecer criterios poco garantistas para justificar su negativa.

Como bien lo señalaba la Ministra Luna Ramos, en el contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 27 de agosto de 2013:

Si el propio artículo 1° constitucional recién reformado que está reconociendo los derechos humanos establecidos en la Constitución y además en los tratados internacionales, dice: Que tiene que estarse a las restricciones y limitaciones cuando dice que no podrá restringirse ni suspenderse salvo lo que establezca la Constitución; lo que está reconociendo, en mi humilde opinión, es el principio de supremacía constitucional que sigue tan vigente como en mil novecientos diecisiete.

(...)

Por estas razones, yo lo único que diría es que un modelo garantista de interpretación de los derechos humanos, no implica un atropello a la soberanía, sino solamente su optimización dentro del orden jurídico en forma prudente y ordenada¹⁴⁵.

(...)

Efectivamente, las circunstancias son otras a las de mil novecientos diecisiete, muchas cosas han cambiado y como lo señala la ministra, en ningún momento implica que la aplicación

¹⁴⁵SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno, celebrada el MARTES 27 de agosto de 2013, consultado en línea Septiembre de 2017, http://207.249.17.176/PLENO/ver_taquigraficas/27082013PO.pdf

de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales atropellen a la soberanía nacional, únicamente tienen que armonizarla, en el caso en concreto, eliminando la figura del arraigo, con ello se ordenaría la Constitución y en ningún momento se afectaría la Supremacía, evidentemente para eso son las reformas, sino, implicaría que con cada reforma a la constitución se estaría vulnerando el principio de Supremacía Constitucional.

En ese mismo sentido, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, conoció del amparo directo en revisión 1250/2012, bajo la ponencia del ministro Gutiérrez Ortiz Mena, en la discusión se debatió la constitucionalidad de la figura del arraigo contenida en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, del contenido de las versiones taquigráficas de las sesiones públicas ordinarias del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebradas el jueves 9¹⁴⁶ y martes 14¹⁴⁷ de abril de 2015, se advierte que en dichas discusiones se sostuvo que la habilitación legislativa era estrictamente para el orden federal y no habilita a las legislaturas de las entidades federativas para regular la figura del arraigo, tema que no resulta de mayor importancia para el presente trabajo; sin embargo, lo que resulta de suma importancia, fueron los argumentos esgrimidos por algunos de los ministros, como el ministro Cossío Díaz, arguyó:

"El arraigo es un mecanismo que fuera de proceso priva de su libertad a una persona sin que haya sido acusada formalmente, para asegurar el éxito en la investigación exista riesgo, protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Ésta es la

¹⁴⁶SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno, celebrada el jueves 9 de abril de 2015, consultado en línea Septiembre de 2017, http://207.249.17.176/PLENO/ver_taquigraficas/09042015PO.pdf

¹⁴⁷SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno, celebrada el martes 14 de abril de 2015, consultado en línea Septiembre de 2017, http://207.249.17.176/PLENO/ver_taquigraficas/14042015PO.pdf

estructura de redacción idéntica tanto en el artículo 16 constitucional como en el transitorio décimo primero de la reforma de dieciocho de junio de dos mil ocho.

Es importante subrayar aquí, que considero que de la estructura lógica de la medida derivada, **su naturaleza como auxiliar en el ejercicio de una investigación**, las demás hipótesis que justifican la medida relativa a la protección de personas o bienes jurídicos o la existencia de riesgo fundado en que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia no son hipótesis autónomas, sino que **dependen de su verdadero objetivo, el éxito de la investigación.**" (Énfasis añadido)

El voto particular que formuló el ministro Juan N. Silva Meza¹⁴⁸, manifestó:

"La reforma al artículo 1° constitucional, genera un nuevo entendimiento constitucional, pues establece los principios básicos de los derechos humanos reconocidos en nuestro país (tanto de fuente nacional como internacional), así como a las reglas de **interpretación de los mismos al estar sujetos al control constitucional**, en particular aquella que ordena **la mayor protección a la persona.**

Sobre este particular, es de gran importancia recordar que a partir de la discusión de la Contradicción de Tesis 293/2011, la mayoría del Tribunal Pleno esencialmente determinó que el conjunto de derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en los Tratados internacionales de los que nuestro país es parte, se encuentran en el mismo nivel de reconocimiento y protección, constituyendo un "parámetro de la regularidad constitucional".

En mi opinión, **lo anterior implica que los derechos humanos de fuente internacional gozan de la misma eficacia normativa que los previstos en la Ley Fundamental, lo que nos conduce a ir construyendo un sistema interpretativo, de armonización de las normas tanto de fuente nacional como internacional** que regulan un derecho humano en particular, **a fin de privilegiar la mayor protección a las personas**, atendiendo los principios específicos que señala el artículo 1° constitucional: **universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.**

Es de suma importancia señalar que el mencionado precepto establece tanto el alcance de los derechos humanos, como sus límites, al establecer que su "*...ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece...*".

¹⁴⁸ Voto Particular que formula el Ministro Juan Silva Meza en el Amparo Directo en Revisión 1250/2012 consultado en línea en Septiembre de 2017, <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/Cerrados/VotoPar/12012500.010-5817.DOC>

Al respecto, como sostuve en la contradicción de tesis referida, así como ningún derecho humano es absoluto, las restricciones a tales derechos tampoco deben serlo.

Tomando en consideración los aspectos anteriores, es decir, que ante una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, el juzgador debe acudir a lo que indica la norma constitucional, y que las restricciones -al igual que los derechos- no son absolutas, me conduce necesariamente a atender, en primer lugar, al contenido del artículo 1° constitucional y al esquema interpretativo que establece, y con base en el cual, bajo mi perspectiva, el juzgador caso por caso, debe realizar un ejercicio de ponderación entre un derecho y otro o bien, como en el caso, entre la restricción a un derecho y la garantía que necesariamente lo acompaña, **a la luz del principio pro homine como criterio fundamental que garantice una mayor protección a la persona en el resultado de ese ejercicio de ponderación.**

En ese sentido, el artículo 133 bis no cumple con los requisitos exigidos convencionalmente, para imponer un límite válido al derecho a la libertad personal, como lo son **idoneidad, necesidad, proporcionalidad en estricto sentido, razonabilidad, presunción de inocencia, excepcionalidad, notificación al interesado y, que esté sujeta a oficiosa revisión judicial.**

(...)

En efecto, al atender al contenido del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se advierten una serie de garantías que protegen el derecho a no **ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5) y a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6).**

(...)

Finalmente, debo insistir en mi ya reiterado criterio respecto al arraigo penal hoy constitucionalizado, en el sentido de que la inclusión en la constitución del método consistente en "primero detener para después investigar" propicia que las autoridades conciban a dicho arraigo penal, como una especial medida cautelar que propicia y permite sobreponerse en términos absolutos: Uno: al contenido esencial de los derechos fundamentales; Dos: a la libertad personal; Tres: a la presunción de inocencia; Cuatro: al debido proceso; Cinco: a la tutela judicial efectiva. Propiciando con ello la arbitrariedad y el autoritarismo, contrarios al estado democrático y constitucional, de derecho, que diseña nuestra Constitución." (Énfasis añadido)

Lo interesante es que los ministros siendo los guardianes de la Constitución, algunos de ellos, no defienden la figura

del arraigo consagrado en su artículo 16 Constitucional, circunstancia que aunque sea minoría, no debemos dejarlo de pasar por alto, quieren defender su Constitución de una figura que a todas luces resulta totalmente incongruente con su demás contenido.

Como ya se mencionó la figura del arraigo resulta totalmente incompatible con el derecho humano de la presunción de inocencia; sin embargo, nuestra Constitución lo reconoce como una figura jurídica válida, empero lo que más le favorece a la persona arraigada, según el principio pro persona, obviamente sería atender al más beneficio que sería la presunción de inocencia, lo que conllevaría al desconocimiento de una norma constitucional, por ello, adoptemos el criterio que adoptemos, es inevitable violar la *Constitución*, ya sea en su artículo 20 (presunción de inocencia de manera expresa), 1° (presunción de inocencia en tratados internacionales y el principio pro persona), 102 (al no dar un argumento motivado y razonado a las recomendaciones realizadas por organismos de derechos humanos y por no hacer su mayor esfuerzo por cumplir las mismas) y, o bien en el artículo 16 que faculta a la autoridad judicial a decretar el arraigo.

Máxime que al realizar una ponderación, por lo antes dicho, no cabe duda que es mejor aplicar el respeto al derecho humano de la presunción de inocencia, de lo contrario resultaría totalmente inaceptable e incongruente, pues de nueva cuenta habrá un desastre Constitucional en México, pues como ya lo mencionamos, es una contradicción afirmar que deben prevalecer

las normas constitucionales restrictivas de derechos humanos, pues equivale a la destrucción de la esencia del principio de presunción de inocencia y principio pro persona, lo que debe imperar son las disposiciones relativas a los derechos humanos, considerando a estos como norma suprema, sin importar en que ordenamiento se encuentren.

El arraigo debe entenderse a partir de una interpretación sistemática de la Norma Suprema y de una interpretación conforme con los tratados internacionales, de conformidad con los siguientes criterios:

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA. En virtud de que cada uno de los preceptos contenidos en la Norma Fundamental forma parte de un sistema constitucional, al interpretarlos debe partirse por reconocer, como principio general, que el sentido que se les atribuya debe ser congruente con lo establecido en las diversas disposiciones constitucionales que integran ese sistema, lo que se justifica por el hecho de que todos ellos se erigen en el parámetro de validez al tenor del cual se desarrolla el orden jurídico nacional, por lo que de aceptar interpretaciones constitucionales que pudieran dar lugar a contradecir frontalmente lo establecido en otras normas de la propia Constitución, se estaría atribuyendo a la voluntad soberana la intención de provocar grave incertidumbre entre los gobernados al regirse por una Norma Fundamental que es fuente de contradicciones; sin dejar de reconocer que en ésta pueden establecerse excepciones, las cuales deben preverse expresamente y no derivar de una interpretación que desatienda los fines del Constituyente.¹⁴⁹

El arraigo es una medida cautelar previa a la investigación, por lo cual es ilógico que existan indicios sobre la posible participación del arraigado en la comisión del

¹⁴⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis Aislada P. XII/2006, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Registro 175912, p. 25.

delito respectivo, el arraigo permite disponer de la libertad personal de un individuo para después investigar si ha cometido un delito, con el fin de garantizar el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el arraigado se sustraiga a la acción de la justicia, el arraigo permite detener en sede oficial para después investigar; y dicha medida cautelar es válida por el simple hecho de estar constitucionalizada, con independencia de que carezca de virtudes axiológicas, la constitucionalización del arraigo ha generado una verdad aparente consistente en que el arraigo siempre es válido por el simple hecho de estar previsto en la Norma Suprema.

Los Jueces han entendido que es válido el método consistente en primero detener a una persona para después investigarla, a partir de la equivocadísima idea de que los derechos humanos admiten restricciones, la verdad aparente consistente en que las restricciones previstas en la Constitución son supremas.

El hecho de que el arraigo sea una figura constitucional no lo exime de cumplir con las normas constitucionales que lo rodean, toda institución o restricción constitucional requiere para su validez cumplir con derechos, garantías y exigencias también constitucionales, es posible advertir que el arraigo del artículo 16 constitucional no es una figura metaconstitucional que se ubique por encima de los derechos humanos previstos en la Norma Suprema y en los tratados internacionales.

El arraigo penal como una medida precautoria que permite primero detener a la persona para después investigarla, es inminente declaratoria de invalidez por incumplir con los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en tratados internacionales que las contemplan.

El arraigo se ha constitucionalizado, sin embargo, coexiste y aparece rodeado, por toda una serie de derechos, garantías y principios constitucionales que delimitan los alcances de dicha medida cautelar, entre ellos, los derechos constitucionales dirigidos a tutelar la libertad personal, el debido proceso y el principio de presunción de inocencia, de forma que cuando las autoridades pretendan aplicar la figura del arraigo, sin observar las diversas garantías y condiciones de validez que lo rodean, estaremos ante la presencia de una violación a la misma Constitución.

El método consistente en primero detener a la persona para después investigarla, conlleva el entendimiento de que el arraigado se presume culpable a partir del mero señalamiento de las autoridades, la inexistencia del derecho a la libertad personal, la inexistencia de una motivación adecuada capaz de justificar por qué se ha elegido el arraigo y no se ha optado por acudir al sistema ordinario de restricción de la libertad personal previsto en la Norma Suprema y propicia el uso de la tortura o la coacción para obtener una confesión, al ser el arraigo una figura de excepción, para restringir el derecho a la libertad personal deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a

proceso haya participado en el ilícito que se investiga, la razonabilidad de las sospechas sobre las que se debe fundar una detención constituye un elemento esencial del derecho a la libertad personal contra las privaciones de libertad arbitrarias, la existencia de sospechas es capaz de persuadir de que el encausado puede haber cometido una infracción, de manera que la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados, es decir, no en meras intuiciones abstractas, una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le violen otros derecho.

Bajo este escenario resulta totalmente incompatible la figura del arraigo y la presunción de inocencia, por lo que debe eliminarse para dar vida a los derechos humanos constitucionales y convencionales.

Por lo que llegamos a la interrogante de ¿Cómo se resuelve el conflicto entre dos norma constitucional? Por lo anteriormente señalado es que resulta imposible armonizar la figura del arraigo con el derecho humano de la presunción de inocencia, la que tendría que aplicarse es la normativa que prevé la protección más amplia para la persona humana, lo cual respeta el principio de supremacía constitucional porque, por disposición del propio artículo 1° constitucional, dicho criterio de resolución de conflictos normativos debe ser aplicado por todos los operadores jurídicos y con base en el principio *pro homine*, establecen un sistema de interpretación de los derechos humanos que, autoriza la preferencia aplicativa

de la norma que mayor protección brinda a la persona humana, en la actualidad la configuración del sistema jurídico constitucional e internacional impide revestir figuras esencialmente autoritarias de un traje constitucional, como lo es la figura del arraigo, resulta inviable constitucionalizar instituciones plenamente restrictivas de derechos humanos con la idea de que resulten inmunes, para el ejercicio arbitrario del poder, además, existen derechos humanos de fuente constitucional, con idéntica fuerza normativa que la figura del arraigo, en donde se debe realizar una interpretación sistemática y las normas constitucionales deben respetar los derechos humanos de fuente internacional.

XI. Artículo 135 Constitucional.

Al hablar de nuestra Constitución es necesario establecer que ha sufrido 699 reformas desde su vigencia en 1917 a febrero de 2017¹⁵⁰, de la infinidad de alteraciones realizadas a nuestra carta magna, unas han respondido a verdaderas exigencias del cambio social, económico y político del país y otras, por el contrario, resultan ser un retroceso.

Es necesario que nuestros legisladores y la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustituyan sus criterios politizados por criterios acordes al nuevo sistema acusatorio, dirigidos a garantizar la protección de los derechos fundamentales, de lo contrario, con reformas como las de 2008 y 2011, por cada paso que se avance, se retroceden dos.

Con la reforma de 2008 al haberse constitucionalizado el arraigo y haber establecido expresamente el derecho humano de la presunción de inocencia y aunado a la reforma de derechos humanos de 2011, tuvo que haberse realizado una armonización de conceptos constitucionales, porque con cada reforma existe la posibilidad de que un artículo producto de una reforma constitucional, se oponga a otro y a los valores y principios de nuestra Constitución.

¹⁵⁰EL ECONOMISTA, *¿Cuánto ha cambiado la Constitución desde 1917?* Consultado en línea Septiembre 2017, <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2017/02/10/cuanto-ha-cambiado-constitucion-1917>

Por tanto, al no ser posible el control de constitucionalidad ni convencionalidad para defender nuestros derechos humanos como lo es la presunción de inocencia, y al haber establecido notoriamente la incompatibilidad del derecho humano de la presunción de inocencia con el arraigo, el primero consagrado de manera expresa en el artículo 20, además en los tratados internacionales y principio pro persona en su artículo 1 y respecto a las recomendaciones de los organismos de derechos humanos en cuanto a la eliminación del arraigo consagrado en el numeral 102, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y el segundo en el numeral 16 también de la Carta Magna, **propongo que mediante el proceso de reforma a la Constitución, se elimine la figura del arraigo,** con la finalidad de armonizar la misma.

Artículo 135:

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México.

CONCLUSIONES

Se ha considerado que la Constitución es un todo armonioso, congruente y concordante, ello, desgraciadamente es inexacto, como quedó establecido en la presente investigación y en caso de que existan dos textos que son contradictorios, al tener cabida ningún control de constitucionalidad o inconveniencia, se pone en manifiesto la incompatibilidad del derecho humano de la presunción de inocencia con el arraigo, el primero consagrado de manera expresa en el artículo 20, además en los tratados internacionales y principio pro persona en su artículo 1 y respecto a las recomendaciones de los organismos de derechos humanos en cuanto a la eliminación del arraigo consagrado en el numeral 102, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y el segundo en el numeral 16 también de la Carta Magna.

La criminalidad en México ha tenido un incremento considerable en los años recientes, no se niega la buena voluntad del legislador al querer combatirla; sin embargo, plasmó un exceso en el artículo 16 Constitucional, al olvidar las garantías individuales, convirtiéndolo en su texto y en su aplicación violatorio de garantías individuales, dando como resultado un retroceso más que un avance en nuestro sistema de justicia.

Con la figura del arraigo, se está garantizando la impunidad para los responsables de delitos, ya que al privar a

una persona de la presunción de inocencia, se aumenta la probabilidad de que se castigue a un inocente y por consecuencia que los autores del delito se encuentren en total libertad continuando con su actuar delictivo.

Es preciso rechazar aquellas normas o instrumentos legales que se consideren injustos o arbitrarios, pareciera que con el arraigo, el Ministerio Público busca justificar su efectividad en el tiempo de privación de libertad, como si en estos casos la premisa fuera "a mayor libertad menor conocimiento del hecho, y a mayor privación de libertad, mayor efectividad en la investigación", situación que revela el verdadero panorama de la actividad investigadora en nuestro país, cuando en realidad el poder público estatal, lo que debe realizar son ajustes a las deficiencias del Ministerio Público y de la policía, perdiendo de vista que el órgano jurisdiccional al momento de valorar los medios de prueba, no se deja influir en su decisión respecto del lapso que el gobernado permaneció privado de su libertad en virtud del arraigo, tampoco por la forma de obtención de la prueba (siempre y cuando sea lícita); exclusivamente analiza los datos que le permitan esclarecer el hecho sometido a su consideración.

Cierto es que vivimos en un momento de tremenda tensión y violencia a causa de la delincuencia cada vez más especializada y letal, pero ello no quiere decir que el Derecho penal pueda olvidarse de que esencialmente le compete proteger el Estado de Derecho, por lo que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, para detener a una persona, debe

existir el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio, paradójicamente, son los requisitos que necesita el arraigo, mismos requisitos para dictar una orden de aprehensión, entonces, por qué, elegir el camino más gravoso.

El aspecto troncal radica en el reto de buscar un equilibrio entre un proceso penal eficaz que combata la delincuencia pero que a la vez sea respetuoso de los derechos fundamentales del ciudadano, por ello se requiere del reconocimiento de la presunción de inocencia, ya que no es una cuestión de la que podamos prescindir en nuestro actual sistema penal.

Simplemente si la policía te detiene en prisión por ochenta días, ¿qué van a hacer?, ¡van a presionarte!, esta es la situación que vivimos en México, aunado a que como ya se dijo, la figura del arraigo no resulta nada eficaz, siendo que las órdenes de arraigo emitidas en delitos de delincuencia organizada, según estadísticas, se emite el 0.05%; asimismo, dentro del 100% de las ordenes emitidas, únicamente 3.2% recibe una sentencia condenatoria, por lo que al realizar una regla de tres, con los datos y estadísticas recabados en la presente investigación, nos da un porcentaje de 0.0016%, las personas que recibirían una sentencia condenatoria en delitos de delincuencia organizada, además tomando en consideración la última estadística de donde se desprende que de enero a agosto de 2015, únicamente se habían arraigado a 81 personas, resulta ilógico que una institución del tamaño de la Procuraduría General de la República, no puedan realizar una investigación

profesional y eficaz en los términos establecidos en la Suprema Ley, figuras como el arraigo se caracterizan por una falta de debida diligencia, independientemente de la reducción de la aplicación de la medida, no se puede continuar exhibiendo la pésima labor del ministerio público, aunado a que conlleva al atropello de muchos derecho humanos, ¿en verdad la institución de la Procuraduría no tiene la capacidad para investigar, en el caso en específico, a diez personas por mes, sin atropellar sus derechos fundamentales como lo es la presunción de inocencia?, prefieren utilizar esta medida más cómoda, ochenta días, suficientes para presionar a una persona para que diga lo que la Procuraduría les diga.

¿Por qué continuar aplicando esta medida a pesar de la gran reducción de su aplicación?, desprotegiendo constitucionalmente a su propio pueblo, además cumpliríamos con compromisos internacionales, en donde muchos organismos, nos recomiendan su eliminación, se armonizaría nuestra constitución, solo encuentro beneficios y por lo contrario, no encuentro un solo argumento para que subsista esta medida tan perjudicial.

El Estado no puede exigir un marco de respeto si él mismo incumple y atropella los derechos humanos de las personas siendo que es el primero que está obligado a forjar y garantizar a sus ciudadanos el estatus de persona.

Resulta la incógnita ¿cómo lograr un combate eficaz a la delincuencia y el respeto irrestricto a los derechos humanos? La respuesta no es el arraigo, esta figura resulta *per se* contrario a los principios en que se funda un estado democrático de derecho y violatorio del principio de legalidad, de libertad personal y de tránsito y a la presunción de inocencia, asimismo ha sido una proactiva que ha generado tortura, basado en un sistema inquisitorial en el cual por buscar la verdad se fabrican culpables dando cabida a la denigración, humillación, siendo en su sentido más puro, la representación de la ineficiencia de un sistema, la ineptitud de las autoridades para investigar, el desprecio por el derecho mismo, la negación de los derechos humanos y el menoscabo de la dignidad humana; por lo contrario, se debe defender y retomar la doctrina de los derechos humanos para lograr el respeto de los derechos existentes, para lo cual la presunción de inocencia es un principio fundamental, además respetando este derecho humano, ayuda a que el inocente no sea considerado culpable y dejar impune al verdadero delincuente.

La reforma constitucional de junio de 2008, mientras reconoce derechos fundamentales necesarios para un juicio justo (la presunción de inocencia), también contiene elementos más que incongruentes con los mismos (arraigo), que establecen un régimen regresivo aplicable a las personas investigadas con relación a delitos de delincuencia organizada, por lo que éstos, no son ciudadanos y deben de ser juzgados por un régimen de excepción, según la constitución, todos son iguales, menos estos.

Además, en la metodología para analizar medidas legislativas que intervengan con un derecho fundamental, vemos como realizando este análisis, si la figura del arraigo no tuviera la protección de la constitución, esta medida, resulta totalmente desproporcional la finalidad de la figura, su eficacia y su grave afectación al derecho fundamental de la presunción de inocencia, independientemente de ellos, sobrepasa la tolerancia al límite de los derechos.

Frente al combate a la delincuencia se equivocan quienes piensan que los derechos humanos son un estorbo para concretar las labores de procuración e impartición de justicia, tomando en cuenta que ésta es la premisa de la que partieron los autores de la introducción del arraigo al texto constitucional.

El Derecho como toda disciplina, evoluciona, es objeto de cambios en aras de buscar el bienestar del hombre y el desarrollo de las sociedades que conforma, es por ello que mediante reforma de 2008, se inserta de manera expresa el principio de presunción de inocencia como piedra angular del nuevo sistema penal de corte acusatorio, circunstancia que se ve reforzada con la reforma Constitucional al artículo 1º, de 10 junio de 2011, donde trajo consigo la implementación de un nuevo sistema constitucional mexicano, caracterizado por la protección más amplia a los derechos humanos, la prevalencia principio pro persona, el reconocimiento de las normas contenidas en Tratados Internacionales referentes a derechos humanos, el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad y la interpretación conforme; herramientas

necesarias para que todas las autoridades del Estado Mexicano, para que brinden mayor protección a los Derechos Humanos de todas las personas; sin embargo, ociosas por las mismas trabas que establecen la constitución y criterios de la Suprema Corte.

La Corte Interamericana ya ha condenado a los estados para que modifiquen sus constituciones nacionales cuando sean contrarias a la Convención Americana, como lo establecieron los ministros, nos hace pensar sobre el principio de soberanía, pero ni siquiera una constitucional nacional puede ir en contra de los derechos humanos.

Por todo lo anterior narrado, es por lo que afirmó que el arraigo debe desaparecer del sistema jurídico mexicano, ya que la única solución posible que podemos admitir para enfrentar el fenómeno criminal es a través de mecanismos garantistas que bajo ninguna circunstancia pongan en peligro a toda la población, es decir, con el arraigo nos pone a todos bajo sospecha y peligro.

Con la reforma constitucional de 10 de julio del 2011, se reconoció en nuestro país la derrota del positivismo y de la llamada dictadura del legislador, ya que con el control de convencionalidad, el judicial privilegiara el respeto a los derechos humanos, el principio pro persona debe ser supremo a las restricciones en materia de derechos humanos establecidas en la Constitución, sin embargo de las interpretaciones hechas por nuestra Suprema Corte, este medio también se ve limitado.

El Estado Mexicano falla a su deber de proteger derechos fundamentales como la presunción de inocencia al establecer restricciones en el mismo artículo en donde supuestamente los amplía, aunado a ello, la Suprema Corte emite criterios que lo apoyan y dejan a un lado los controles de constitucionalidad y convencionalidad, dando como resultado que la interpretación judicial sirve para proteger los intereses del Estado, y no de las personas, circunstancia que implica un retroceso, además, incurriendo en responsabilidad internacional.

La pretensión del artículo 1 Constitucional a partir de la reforma de junio de dos mil once, es que los Derechos Humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales México forma parte, tienen el mismo rango, igual eficacia normativa, estableciendo el principio pro persona, que permite armonizar el derecho interno y el internacional en la materia de derechos humanos, es por ello, que la restricción expresa contenida en la carta magna, resulta contrario a lo establecido en el propio artículo 1 y 20 constitucional.

El arraigo resulta demasiado cómodo para las autoridades investigadoras, hay un estímulo de confort para que la Procuraduría maximice racionalmente las posibilidades de arraigar, en vez de privilegiar la investigación, por lo que la figura no favorece a la profesionalización de las investigaciones, uno de los argumentos más recurrentes que utilizan las autoridades para justificar su fracaso en la investigación del delito es que no cuentan con las herramientas legales para tener éxito, por lo que el arraigo resulta una

cuestión exclusiva al pésimo funcionamiento de la Procuraduría General de la República, además, el arraigo es una medida cautelar previa a la investigación, por lo cual es ilógico que existan indicios sobre la posible participación del arraigado en la comisión del delito respectivo.

Continuar aplicando la figura del arraigo, constituye un derrumbe a la reforma constitucional del artículo 20 y 1°, tal parece que nuevamente necesitamos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos condene a México y nos evidencie en el ámbito internacional, por estar aplicando las restricciones a los derechos humanos consagradas en la Constitución sin importar el principio pro persona, para poder entender que lo que debemos hacer es proteger los Derechos Humanos sin imponer restricciones, beneficiando siempre a la persona sin importar en que ordenamiento se encuentran.

Los derechos humanos al encontrarse en conflicto con una figura de su misma jerarquía, debe prevalecer el que mayor protección brinde a las personas sin importar si se encuentra en la Constitución o en Tratados Internacionales, el principio pro persona debe ser supremo a las restricciones en materia de derechos humanos establecidas en la Constitución, como resulta la figura del arraigo.

La figura del arraigo constituye claramente una forma de detención arbitraria contraria a las obligaciones en materia derechos humanos que México ha adquirido, violando, el derecho

a la presunción de inocencia, además de muchos más derechos, como son el derecho a la libertad personal, garantía del debido proceso, derecho a un recurso efectivo, aunado a que amplía las posibilidades de una persona sufra tortura.

La figura del arraigo, obedece a una necesidad de política criminal, en donde se tiene que recurrir a figuras dudosas, que rompan frontalmente principios básicos del derecho penal, derechos humanos establecidos en nuestra constitución y en tratados internacionales.

Se debe de impulsar mecanismos jurídicos, para que prevalezca el sentido de la reforma constitucional de junio de dos mil once, es decir, maximizar la interpretación conjunta de los derechos humanos de fuente constitucional y convencional en aras de otorgar la mayor protección posible a las personas, al eliminar la figura del arraigo contemplada en el artículo 16, armonizaríamos la Carta Magna.

Adoptemos el criterio que adoptemos, es inevitable violar la Constitución, ya sea en su artículo 20 (presunción de inocencia de manera expresa); 1° (el principio pro persona y presunción de inocencia en tratados internacionales); 123 (por no fundar, motivar y hacer el mayor esfuerzo respecto a las recomendaciones dadas por diversos organismos de derechos humanos para que se elimine la figura del arraigo) o bien, en el artículo 16 que faculta a la autoridad judicial a decretar el arraigo, donde queda en manifiesto la incompatibilidad.

Más que la discusión realizada a lo largo de todo el presente trabajo, lo que más me preocupa es que haya intentos de restringir los derechos humanos en México.

PROPUESTA

Al supuestamente no existir contradicciones en la constitución ni jerarquías, el principio pro persona se ve limitado, además también deja a un lado el control de regularidad constitucional y convencional, por lo que, la salida es declarar de manera manifiesta la incompatibilidad del arraigo y la presunción de inocencia.

Con la reforma de 2008 al haberse constitucionalizado el arraigo y haber establecido expresamente el derecho humano de la presunción de inocencia y aunado a la reforma de derechos humanos de 2011, tuvo que haberse realizado una armonización de conceptos constitucionales, porque con cada reforma existe la posibilidad de que un artículo producto de una reforma constitucional, se oponga a otro y a los valores y principios de nuestra carta magna, tan es así, que hasta ahora se han realizado 699 reformas a nuestra carta magna.

Por todo lo anteriormente dicho es que resulta incompatible la presunción de inocencia y la figura del arraigo contemplados en los artículos 20 y 16, Constitucional, por lo que, **propongo sea eliminada la figura del arraigo, de conformidad con el procedimiento de reformas constitucionales, (artículo 135), para que se armonice la misma,** además, realizar una adecuación a la estructura de la Procuraduría General de la República, toda vez que, con las sustanciales reformas a nuestro sistema penal Mexicano, sería conveniente contar con

una nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, a fin de adecuar la estructura y organización de la institución del Ministerio Público, conforme a los nuevos principios y características del nuevo sistema penal mexicano, así como encontrar mecanismos de prevención, finalmente implementar capacitaciones a los operadores del sistema, los policías requieren una instrucción especial sobre el tema de presunción de inocencia, la Procuraduría General de la República, requiere verdaderos instrumentos que les permita realizar de manera eficiente sus labores, así como un método y plan de trabajo que les permita frenar a la delincuencia dentro del tiempo que la ley otorga y con ello no sería necesario figuras como el arraigo, lo anterior con apoyo de los tratados internacionales, para interpretar y aplicar la norma más benéfica a la persona, pero jamás sustentarlo con figuras de dudosa legalidad pese a que estén insertas en nuestra carta magna, porque sacrificar los derechos humanos, no es, ni será nunca la vía idónea.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, Presunción de inocencia derecho humano en el sistema penal acusatorio, Anaya, México, 2015.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, México, 1993.
- ASOCIACIÓN NACIONAL DE MAGISTRADOS DE CIRCUITO Y JUECES DE DISTRITO. "El Control de Convencionalidad y las Cortes Nacionales. La Perspectiva de los Jueces Mexicanos". Editorial Porrúa. México, 2013.
- CARBONELL, Miguel, Argumentación Jurídica. El Juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad, editorial Porrúa, México, 2014.
- ----- El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad, editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015.
- ----- Introducción General al Control de Convencionalidad, Editorial Porrúa, México 2013.
- ----- La reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un Nuevo Paradigma, editorial Porrúa, México, 2012.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., Enriquecimiento ilícito inconstitucionalidad del artículo 224 del Código

Penal Federal. Problemática que plantea la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos en la aplicación de este ilícito, Porrúa, Segunda edición, México, 2004.

- CASTILLO ESPINOZA, Jorge Alfonso, el control de convencionalidad en el sistema Jurídico Mexicano, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Primera Edición, México, 2016.
- CILIA LÓPEZ, José Francisco, Los Derechos Humanos y su repercusión en el control de Constitucionalidad y Convencionalidad, Editorial Porrúa, México 2015.
- ----- Los Jueces Nacionales Frente a los Derechos Humanos”, Editorial Porrúa, México, 2013.
- DICCIONARIO DE DERECHO PENAL Y TÉRMINOS USUALES EN EL PROCESO PENAL, Porrúa, 3ª Edición, México, 1997.
- EMBRIS VÁSQUEZ, José Luis, Arraigo y prisión preventiva, Flores editor y distribuidor, México, 2010.
- FLORES NAVARRO SERGIO Y ROJAS RIVERO VICTORINO, control de convencionalidad, editorial Novum, México, 2013.
- FLORES SALDAÑA, Antonio, Control de convencionalidad y decisiones judiciales,

editorial Tirant lo Blanch Universidad Panamericana, México, 2016.

- ----- El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos, Editorial Porrúa, México, 2014.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Delincuencia organizada, antecedentes y regulación penal en México, Porrúa, México, 2002.
- HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio Francisco, Control de convencionalidad y efectos de las sentencias, editorial UBIJUS, México, 2012.
- ----- El control de constitucionalidad y convencionalidad, editorial Ubijus, México, 2012.
- MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio, Diccionario de Ciencias Penales, Villela Editor, Argentina, 2001.
- PACHECO PULIDO, Guillermo, control de convencionalidad en aplicación de los tratados internacionales respecto a los derechos humanos, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Primera edición, Puebla, 2011.
- PRIETO SANCHIS, Luis, La filosofía penal de la ilustración, Perú, Palestra Editores S.A.C, primera edición, junio 2007.

- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología*, Editorial Porrúa, México, 2007.
- RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J., *Lucha Antiterrorista Derechos Humanos y Discurso Penal del Enemigo*, Vadell Hermanos Editores, C.A, Venezuela, 2011.
- RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J., *Lucha antiterrorista Derechos humanos y discurso penal del enemigo*, Valled Hermanos Editores, C.A, Venezuela, 2011.
- SALMÓN, Elizabeth, *El Derecho Internacional Humanitario y su relación con el derecho interno de los estados*, Palestra, Perú, 2007.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Oxford, 2ª edición, México, 2004.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *El control de convencionalidad ex officio origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los jueces mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación*, editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012.
- -----, *El control de convencionalidad y el Poder Judicial en México, mecanismos de protección nacional e internacional de los derechos humanos*, editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012.

- UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, 5ª Edición, México, 1992.

REVISTAS

- Acceso a la justicia en México: La constante impunidad en casos de violaciones a derechos humanos, informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos con Motivo del Examen Periódico Universal de México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH), Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia (IMDHD).
- Alvarado Martínez, Israel, La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1ª ed., 2012.
- Antony, Serge y Ripoll Daniel, El combate contra el crimen organizado en Francia y en la Unión Europea, Procuraduría General de la República, México, 2ª ed., 1996.
- Asamblea General de la ONU, 17º periodo de sesiones, tema 3 de la agenda, de 18 de abril de 2011.
- Asamblea General de la ONU, 28º periodo de sesiones, Tema 3 de la agenda, de 29 de diciembre de 2014.
- Asamblea General de la ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, 25º

periodo de sesiones, tema 6 de la agenda, de 11 de diciembre de 2013.

- Asamblea General de la ONU, opiniones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas presentadas por el estado examinado, 26° periodo de sesiones, tema 6 de la agenda, de 14 de marzo de 2014.
- Control de Convencionalidad, cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7.
- El arraigo en la reforma constitucional." Revista Defensa Penal. Interpretación y análisis jurídicos. No. 8, octubre-noviembre, 2008.
- El arraigo penal en México frente a la presunción de inocencia, Universidad Autónoma de Chihuahua, por la Doctora Amalia Patricia Cobos Campos.
- El control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos, Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, LXI Legislatura Cámara de Diputados, Febrero 2012.
- Escrito en calidad de *amicuscuriae* para los asuntos: acción de inconstitucionalidad 29/2012, acción de inconstitucionalidad 22/2013, amparo directo en revisión 1250/2012, amparo en revisión 546/2012, amparo en revisión 545/2012 y amparo en revisión 164/2013, presentado por la comisión de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C,

México, Distrito Federal, 18 de febrero de 2014.
<http://cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-amicus-curiae-sobre-el-uso-del-arraigo.pdf>

- Exposición de motivos de la Iniciativa de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, presentada por el Ejecutivo Federal de 19 de marzo de 1996 en <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/DetalleProcesoLeg.aspx?IdLey=9005&IdRef=1&IdProc=1>
- Exposición de Motivos de la Iniciativa de reformas a los artículos 16, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por diputados integrantes de los diversos grupos parlamentarios que integran la LV Legislatura la Cámara de Diputados, de 2 de julio de 1993, en <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/DetalleProcesoLeg.aspx?IdLey=130&IdRef=22&IdProc=1>.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, citado por Olivares Alonso, Emir, García Ramírez: "preocupantes y riesgosos los cambios aprobados". En *La Jornada*, 15 de diciembre de 2007.
- Informe de noviembre de 2011, "Ni Seguridad, Ni Derechos: Ejecuciones, desapariciones y tortura en la guerra contra el narcotráfico de México", la organización *Human Rights Watch* (HRW).
- Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos, Fernando Silva García, México, 2011.

- Miguel Carbonell, Los derechos fundamentales en México, 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y CNDH, 2004, p. 739.
- Otros referentes para pensar en el país, el uso e impactos del arraigo en México, Abril de 2014, México, D.F, fundar, centro de análisis e investigación, Cecilia Toledo.
- Procuraduría General de la República, La Procuración de justicia. Problemas, retos y perspectivas, México, 1993.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comentarios a la Reforma constitucional en Materia Penal, Mesas Redondas abril-mayo 2008, México, 2008, p. XXI.

LEGISLACIÓN

- Código Adjetivo Penal de la Nación Argentina.
- Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela.
- Código Penal Federal.
- Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.
- Código Procesal Penal de Costa Rica.
- Código Procesal Penal de Nicaragua.
- Código Procesal Penal del Perú.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.
- Ley General de Víctimas.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.