

El régimen penal de excepción para delincuencia organizada bajo el *test* de los derechos humanos

Silvano CANTÚ*

... la reforma en justicia penal [...] es violatoria de los derechos humanos porque eleva a rango constitucional el arraigo, permite los allanamientos sin orden judicial y crea un subsistema de excepción para las personas acusadas de pertenecer a la delincuencia organizada

*Louise Arbour, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008)***

* Silvano Cantú es defensor de derechos humanos, así como consultor y profesor en la materia. En años recientes participó activamente en la elaboración e impulso de la reforma constitucional en derechos humanos (2011) y de la Ley General de Víctimas (2013), y ha acompañado el trabajo de organizaciones como la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. (CMDPDH) y el Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C. (INSYDE) en la promoción de la eliminación del arraigo penal en el ámbito legislativo y ante diversas instancias internacionales.

** Citada por Sergio Aguayo, "Regresiones", artículo publicado en el diario Reforma de 20 de febrero de 2008.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sobre la idea de aplicar un test de corrección jurídico-democrática al régimen penal de excepción*. III. *El concepto de delincuencia organizada como "compartimento elástico"*.

PALABRAS CLAVE: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Arraigo; Delincuencia organizada; Prisión Preventiva; Presunción de inocencia; Sistema penal acusatorio.

I. Introducción

T ras las fundamentales innovaciones que han representado para nuestro derecho la adopción de un sistema penal acusatorio,¹ la reforma en derechos humanos,² la adopción del modelo difuso de control jurisdiccional de la constitucionalidad y la convencionalidad,³ y la creación de un derecho victimal garantista,⁴ México puede hoy decidir seguir por la ruta de un mero formalismo *democrático* o avanzar hacia una *democracia constitucional de derecho(s)*, cuyas instituciones y normas estén conformadas a los estándares más protectores de las personas, esto es, que garanticen que la principal vía de ejercicio de la soberanía popular sea el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Este texto quiere ofrecer elementos sobre

¹ *DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08.pdf> (7 de julio de 2013).

² *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*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf> (7 de julio de 2013).

³ *Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 4 de octubre de 2011. Disponible en: <http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011> (7 de julio de 2013).

⁴ *DECRETO por el que se expide la Ley General de Víctimas*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 9 de enero de 2013. Disponible en: <http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5284359&fecha=09/01/2013> (7 de julio de 2013).

esta discusión desde el punto de vista del tratamiento constitucional de la *delincuencia organizada*, acaso el tema más excéntrico de nuestra normatividad primaria con respecto a los contenidos del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos.

El artículo 16 párrafos ocho, diez y once constitucional –reformado el 18 de junio de 2008– configura un régimen de excepción en materia penal. Frente al nuevo sistema procesal penal de índole acusatoria, oral y adversarial, este *régimen* funda la ejecución de figuras que suspenden o restringen justamente las reglas de la justicia penal que se busca implementar.⁵ El régimen de excepción se manifiesta a través de normas y jurisdicción *paralelas* a las que rigen la justicia penal *común*, lo que se logra a través del debilitamiento de las garantías procesales de las personas investigadas o procesadas por conductas ligadas a la definición positivada de *delincuencia organizada*.⁶

Aunque hay figuras en el mapa del régimen de excepción como la duplicación del término constitucional de consignación, el cateo, o la intervención de comunicaciones privadas, e incluso de actuaciones de hecho como el despliegue de elementos de corporaciones de seguridad nacional en actividades de seguridad pública o la disposición de retenes castrenses, este texto se concentrará, por una parte, en la definición de delincuencia organizada y la institución del arraigo penal (párrafos ocho y nueve del artículo 16 constitucional), sin pretender agotar con ello todo lo que implica el régimen de excepción.

Nuestra exploración incluirá las siguientes cuestiones: 1) si la puesta en marcha de un régimen penal de excepción es compatible con los contenidos del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos; 2) si el régimen es efectivamente excepcional –que nos dará pretexto para sugerir algunas inconsistencias en la definición constitucional de delincuencia organizada, y por qué corresponde a las y los operadores normativos garantizar la excepcionalidad del régimen en tanto esté vigente; y 3) señalar algunas rutas de argumentación para procesar jurisdiccionalmente la incompatibilidad del arraigo penal con el bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos.

⁵ El viejo sistema, denominado inquisitivo, se encuentra aún vigente – febrero de 2013 – a nivel federal y en prácticamente las dos terceras partes de las entidades federativas.

⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 808.

II. Sobre la idea de aplicar un *test* de corrección jurídico-democrática al régimen penal de excepción

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

En la medida en que ello impacta el ejercicio de los derechos humanos en el proceso penal, una respuesta llanamente dogmática nos remitiría a la posibilidad de que un Estado democrático lo haga solamente bajo proclamación de suspensión de garantías en los términos previstos por el derecho mismo, es decir, ante la actualización demostrable del supuesto de *amenaza excepcional*,⁷ sin que la suspensión afecte a un conjunto de derechos indisponibles para el Estado en cualquier circunstancia,⁸ y bajo los principios de legalidad, publicidad, proporcionalidad, temporalidad, no discriminación, y compatibilidad con las normas y principios de un Estado democrático.⁹

El problema con el régimen penal de excepción mexicano es que, por real que sea una amenaza derivada de la existencia e indiscutible violencia con la que operan las organizaciones delictivas (cárteles del narcotráfico, redes de trata de personas, bandas de secuestradores, grupos terroristas, etcétera), es decir, por real que sea la *necesidad* –invocada como fuente de la suspensión de derechos, en nuestro país jamás se ha proclamado el estado de excepción para combatir el fenómeno ni, desde luego, se ha sujeto el combate de la delincuencia a las

⁷ El artículo 29 constitucional cita los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, en tanto que el artículo 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla los de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado.

⁸ Entre otros precisados por el artículo 29 constitucional y el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la prohibición de la tortura, la desaparición forzada y la discriminación, el derecho a la integridad personal, el principio de legalidad y las garantías judiciales indispensables para la protección de esos derechos.

⁹ Por ejemplo, y además de los principios ya señalados, la suspensión o restricción de garantías debe respetar entre los bienes indisponibles bajo cualquier situación a las normas que reconocen derechos humanos en la Constitución y los tratados internacionales, así como las normas que establecen principios democráticos básicos, como la separación de poderes, del que se desprende la independencia de los jueces y el control judicial de la actuación de autoridades ejecutivas durante el estado de excepción.

reglas que determinan la *democraticidad* de la suspensión o restricción de garantías en el contexto del derecho penal.

Adicionalmente, el acento en la persecución y castigo a *presuntos culpables* no ha significado para las víctimas de la criminalidad un acceso satisfactorio a la justicia, ni a la verdad, ni mucho menos a la reparación integral. Aún es menor al 2% el número de víctimas que obtienen una sentencia condenatoria contra el responsable de los hechos, y la mera emisión de una condena no les representa hasta ahora –dicho sea mientras la Ley General de Víctimas aguarda su implementación– una diferencia significativa para efectos de recibir a su favor medidas que busquen compensar los daños que son imposibles ya de restituir.

La evaluación de la corrección jurídico-democrática de las instituciones del *excepcionalismo penal* mexicano puede remitirnos, acaso, a la idea de que el aparato punitivo vigente adolece de una *anormalidad* con respecto al estándar de lo que debería ser el derecho penal democrático. En ese sentido, lo ideal es que también nos pueda urgir a encontrar fórmulas de combate al crimen más justas, restaurativas y protectoras, que privilegien el enfoque de prevención y reconstrucción del tejido social mediante la garantía, protección y respeto plenos e integrales de todos los derechos de las personas, antes que el uso reactivo y de *prima ratio* de la fuerza y el poder punitivo. Debemos superar el imaginario conforme al cual el Estado es una especie de *sheriff* que elimina cuatros y villanos de *western*, para pasar a concebirlo con la mediación de un *test de democraticidad* por virtud de la cual se vuelve proveedor de medidas que realicen el derecho a la seguridad, interdependiente de otros derechos y de un proceso de reconstrucción del tejido social que involucra el combate a la pobreza, a la impunidad y a la corrupción, y que desde luego no puede agotarse en los cuarteles ni en los tribunales. El sistema inquisitivo debió superarse porque había dejado –tiene aún– una deuda inmensa con la sociedad en materia de impunidad y agravio no resuelto. La vía para saldar cuentas no debería pasar por introducir de contrabando y por la puerta trasera lo peor de ese sistema (aunque haya sido maquillado).

III. El concepto de *delincuencia organizada* como "compartimento elástico"

En términos *teóricos*, el régimen de excepción busca compartimentar la persecución de delitos estrictamente relacionados a la delincuencia organizada bajo una lógica que es inevitable identificar con la del llamado *derecho penal del enemigo*, una doctrina penal contemporánea que se ha traducido en la práctica en la adopción de regímenes penales paralelos para el tratamiento de fenómenos delictivos que ofrecen una resistencia *especial* al Estado y la sociedad, en el cual no son efectivos (o al menos no igualmente efectivos) los derechos y los

principios penales *comunes*. Ante el riesgo de un quebrantamiento global del derecho penal democrático, quienes justifican la adopción de estos regímenes paralelos arguyen que las disposiciones que fundan el comportamiento *anormal* del aparato punitivo están debidamente compartimentadas, restringidas y debidamente definidas bajo figuras rigurosas y precisas.

Con todo, y más allá de las consideraciones sobre la universalidad de los derechos que debería garantizar el proceso penal, en México se advierten al menos dos infracciones a la idea del compartimento, es decir, dos excepciones a la excepción: la vaguedad e inconsistencia de la definición de *delincuencia organizada*, y el desbordamiento del "compartimento" bajo el *permiso* transitorio de aplicar la figura del arraigo a todos los delitos graves dentro de la *vacatio legis* para la implementación del sistema acusatorio (artículo decimoprimer transitorio del decreto de reforma constitucional de 2008).

Atendamos, primeramente, a la definición de *delincuencia organizada* que figura en la Constitución. Al respecto, el párrafo nueve del artículo 16 constitucional dice a la letra:

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

La "ley de la materia" a la que se refiere el artículo 16o. –en un curioso ejercicio de *hipertextualidad* normativa que eleva a norma primaria, vía "mención", una ley secundaria– es la *Ley federal contra la delincuencia organizada*, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 7 de noviembre de 1996 y reformada el 23 de enero de 2009. Ella define delincuencia organizada de la siguiente manera:

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

Un análisis mínimo de las posibilidades de ejecución de esta definición típica arrojaría como conclusión que carece de precisión y rigor, tanto sobre las conductas que persigue como sobre la subjetividad de sus destinatarios. Antes bien, parecería estar diseñada para gozar de una elasticidad que no salva a nadie de ser imputado, como se colige de las muy amplias fórmulas: "acuerden organizarse o se organicen", "de forma permanente o reiterada", "conductas que por sí o unidas a otras", "tienen como fin o resultado", y "cometer alguno o algunos de los delitos siguientes...".

Estamos ante un tipo que, además de ser notoriamente amplio, cuenta con una complejidad dispuesta en una *triple dualidad* estructural. Por una parte, tenemos la dualidad con respecto a la conducta que persigue. La redacción "serán sancionadas... como miembros de la delincuencia organizada" indica un tratamiento especial frente a las conductas contenidas en otros tipos,¹⁰ pero redimensionada al incorporar el elemento de la organización. Como han sostenido González Ruiz y Buscaglia, con el de delincuencia organizada nos encontramos ante un tipo penal con "una estructura lógica de segundo piso[; e]l primer elemento hace referencia a la participación en una organización. El segundo es que esta organización comete delitos (delitos predicado) tales como tráfico de drogas, tráfico de seres humanos, tráfico de armas".¹¹

Por otra parte, tenemos la dualidad con respecto al carácter continuo a la vez que continuado o reiterado de las conductas incluidas en el tipo. Sobre los "delitos predicado" se ha dicho, en ese sentido, que "representan un delito continuado, porque son varias conductas que de manera continua o reiterada se dan de forma ilícita. En cuanto al delito de segundo piso, la organización es un delito continuo, pues comienza a realizarse en el momento en que se organizan para cometer delitos y no dejan de realizarlos hasta el momento que la organización deja de tener efectos".¹²

En tercer término, tenemos la dualidad con respecto a su carácter simultáneo de delito de intención y de resultado, fijado en la fórmula "conductas que [...] tienen como fin y resultado...", mediante la cual el Estado se da facultades para perseguir los trabajos preparatorios que habrían de conducir a los delitos predicado, así como al mero hecho de la organización,

¹⁰ Los delitos que se asocian a la delincuencia organizada, conforme al artículo 2o. de la ley de mérito, abarcan conductas muy distintas que giran en torno a diversos tipos penales e hipótesis de conductas punibles, tales como: terrorismo; terrorismo internacional; delitos contra la salud (diversas conductas relacionadas al narcotráfico y también la posesión de narcóticos sin autorización en los términos de la Ley General de Salud); falsificación o alteración de moneda; operaciones con recursos de procedencia ilícita; delitos contra la propiedad intelectual ("piratería" comercial) (artículo 424° Bis del Código Penal Federal); acopio y tráfico de armas; tráfico de indocumentados; tráfico de órganos; corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de resistirlo; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad, o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de resistirlo; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de resistirlo; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de resistirlo; asalto; secuestro; tráfico de menores o personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho; robo de vehículos; y trata de personas.

¹¹ González Ruiz, Samuel y Buscaglia, Edgardo, "Cómo diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada transnacional dentro de la Convención de las Naciones Unidas", en Macedo de la Concha, Rafael (coord.), *Delincuencia organizada*, México, Inacipe, 2003, p. 100.

¹² Santiago Vasconcelos, José Luis, "Comentarios al artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada con especial referencia a algunas de sus interpretaciones judiciales", en Buscaglia, Edgardo y González Ruiz, Samuel (Coords.), *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*, México, ITAM/Inacipe, 2005, p. 197.

mediante la fórmula "acuerden organizarse o se organicen". Ni en la ley federal ni en la Constitución se especifica qué estándar probatorio o criterio habría de dar cuerpo a una acusación por la materialización de actos conducentes a la comisión del delito cuando éste no se hubiera consumado, es decir, no hay una forma objetiva de evaluar la distinción entre la intención y el resultado. El elemento material externo a una mera denuncia de, digamos, un testigo anónimo que llama telefónicamente a la fiscalía en la materia, no es un requisito *sine qua non* para habilitar al Ministerio Público o las policías bajo su coordinación para perseguir el hecho denunciado bajo las figuras del régimen de excepción.

Ahora bien, esta *triple dualidad* estructural de la definición debería conducir a dificultar o incluso imposibilitar la persecución e investigación de las conductas que incluye, considerando, por ejemplo, que las autoridades deberían verse ante las complejas necesidades de acreditar la existencia de la organización delictiva, de demostrar la coincidencia en la misma persona y sobre los mismos hechos de una conducta permanente y otra reiterada, y la necesidad de demostrar en cada caso la diferencia entre delincuencia organizada y la mera asociación delictiva. Es decir, el compartimento excepcional sería realmente una camisa de fuerza.

No obstante, los últimos años el número de actuaciones ministeriales en contra de responsables de hechos relacionados con la delincuencia organizada en los términos de la Ley federal ha mantenido su lugar de principal delito perseguido y consignado a las autoridades judiciales, lo mismo que se mantiene como primera fuente para la emisión y ejecución de órdenes de arraigo, cateos, intervención de comunicaciones, órdenes de prisión preventiva automática, duplicaciones del plazo constitucional para efectuar la consignación, u otras herramientas del régimen de excepción.

Una cifra que pudiera ser reveladora en torno a la *hiperfocalización* del aparato de justicia con respecto a la persecución de la delincuencia organizada, indistintamente de su éxito, es que del total de averiguaciones previas despachadas por la Procuraduría General de la República entre 2007 y junio de 2012 (744,533), el 45.96% (342,247) correspondieron a delitos contra la salud (narcotráfico).¹³

Con todo, las dificultades para probar los elementos típicos del delito de delincuencia organizada han generado que figuras como el arraigo sean empleadas para perseguir delitos graves bajo la mera sospecha que pudieran estar siendo realizados bajo un esquema organi-

¹³ VI Informe de Gobierno de Felipe Calderón, 1o. de septiembre de 2012, p. 18. Disponible en: <http://www.informe.gob.mx/pdf/INFORME_ESCRITO/Sexto_Informe_de_Gobierno.pdf> (7 de julio de 2013).

zado sin que ello se demuestra finalmente, con lo que la hipótesis central de procedencia del arraigo constitucional, a saber, que se trate de delitos de delincuencia organizada, se cumple solamente de manera imperfecta. Contrario a lo que se pudiera suponer, contar con un tipo penal tan amplio fomenta la *hiperactividad* del aparato punitivo más allá del límite funcional del tipo. Ello se percibe, por ejemplo, al verificar que solamente el 0.055% de las órdenes de arraigo federales emitidas de 2008 a 2011 fueron libradas bajo el tipo penal estricto de delincuencia organizada (sin el concurso de los delitos predicado que se le asocian).¹⁴

En buena medida esto responde a la amplitud inusitada de casos en los que proceden figuras del régimen de excepción como el arraigo a la luz del artículo decimoprimer transitorio del decreto de reforma. Éste permite hasta 2016 la aplicación de la medida para todos los delitos graves tanto a nivel federal como local. Sobra decir que este transitorio constituye una licencia punitiva que pudiera ser tomada en calidad de síntoma sobre la integridad de los límites del "compartimento": no es sólo una *vacatio legis*, sino una vacación de la universalidad de las reglas democráticas del derecho penal moderno, contraviene el propósito y fin del texto constitucional y se vuelve una puerta abierta a la regularización de la excepción.

IV. Arraigo(s) y las posibilidades del control judicial de constitucionalidad

"¿Por qué no se puede luchar contra la delincuencia con eficacia y rigor con las normas que tenemos y debemos crear nuevas normas con extrañas figuras[...]"

Sergio García Ramírez¹⁵

Ya en 1999, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") había sentado jurisprudencia¹⁶ en el sentido de que esta medida, en su modalidad domiciliaria, es inconstitucional por vulnerar la libertad personal de la persona afectada. Este criterio se confirmó en la resolución sobre la acción de inconstitucionalidad de 2002 en Chihuahua. La referencia constitucional y el llamado a combatir figuras incompatibles con el Estado era una constante en los alegatos contra el arraigo en la discusión de la SCJN, como

¹⁴ Cfr. Cantú, Silvano, et. al., *La figura del arraigo penal en México. El uso del arraigo y su impacto en los derechos humanos*, México, CMDPDH, 2013, pp. 75-76. La cifra fue tomada del Oficio No. SJA/DGAJ/06812/2011 de la Procuraduría General de la República de 11 de agosto de 2011.

¹⁵ La declaración fue dada a los medios en el contexto de la discusión sobre la Ley de Seguridad Nacional, a lo que agregó que es "preocupante la reiteración de prácticas de torturas, los tratos crueles, inhumanos y degradantes; la desaparición forzada de personas, los arraigos, los cateos y las visitas domiciliarias ilegales, así como el uso de cuarteles como centros de detención de indiciados y las pésimas condiciones de vida en los centros de reclusión del país". Cfr. Milenio Diario: <<http://impreso.milenio.com/node/8971966>> (7 de julio de 2013).

¹⁶ Tesis: 1a./J.78/99 (9a.), ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo X, Noviembre de 1999, p. 55. Reg. IUS. 192829.

desvela el voto particular del Ministro José Ramón Cossío en la acción de inconstitucionalidad 20/2003 (arraigo en Chihuahua), cuya tercera nota al pie de página recoge el espíritu de lo que afirmamos en este subtítulo:

Ha llamado mucho nuestra atención la forma de argumentación de este caso en cuanto a que se propuso partir de la consideración de la situación de delincuencia que se vive en el país y, a partir de esa perspectiva, entender el sistema sancionador que prevé la Constitución. En nuestra opinión, el análisis debe hacerse en sentido inverso: vivimos en un estado constitucional y democrático; nos parece que un estado constitucional y democrático debe mantenerse a pesar de las amenazas que reciba; no tiene sentido alguno sostener un estado democrático y constitucional para hacer excepciones en la medida en que factores externos a la propia Constitución influyan sobre ésta. Nos parece que el único estado viable es el que tiene la capacidad de, a pesar de los enormes fenómenos de delincuencia que se viven, mantener y respetar los derechos fundamentales y, desde los derechos fundamentales, combatir las condiciones de delincuencia, pero no a la inversa.¹⁷

Pensar el arraigo como una suerte de *flagrancia inducida* contra una persona en el marco de su detención puede ayudarnos a caracterizarlo de una manera crítica que trascienda a la concepción simplista del arraigo como "medida cautelar", que normaliza el régimen de excepción y le da carta de naturalidad entre las medidas compatibles con los sistemas penales modernos, que parten de la base mínima de contar con medidas para que ninguna persona sea privada de la libertad, bajo cualquier concepto, sin que haya pruebas con referencias materiales suficientes para justificar la restricción. El esquema del arraigo flexibiliza al máximo los estándares procesales requeridos en cualquier lugar del mundo moderno para poder *investigar* a una persona; su constitucionalización no resolvió su problema de inconstitucionalidad. Parecería extraño pensar que una norma constitucional sea inconstitucional, pero si pensamos "Constitución" como bloque de constitucionalidad y asumimos la primacía de contenidos de los derechos humanos con respecto al resto de las disposiciones en un entramado normativo, debemos admitir que el arraigo reprueba el *test* jurídico-democrático, por varias razones que se mencionarán a lo largo de este apartado.

¹⁷ Acción de Inconstitucionalidad 20/2003. Sentencia definitiva 19 de septiembre de 2005. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=60442>> (7 de julio de 2013).

Cuando hablamos de arraigo, tal como aparece en –y se desprende de– el texto del artículo 16 párrafo noveno constitucional, estamos ante una especie de detención preventiva preprocesal que consta de un momento de "sanción judicial", que se ha visto reducido en los hechos a la mera validación jurisdiccional de un acto de autoridad administrativo, sin que ello modifique sustancialmente la falta de vigilancia judicial sobre su ejecución o la ausencia de estándares probatorios mínimos para motivarlo, ya que se trata de estándares y reglas de procedimiento que, con relación a esta medida, se hayan totalmente desregulados. El arraigo *existe* porque se le menciona en una norma de plena vigencia jurídica y máximo rango normativo, pero su ejecución está *desregulada*. Es una especie de *figura procesal-penal en blanco*, en el sentido de que el Constituyente Permanente delegó en el Ministerio Público la determinación de la modalidad de tiempo, lugar y forma para ejecutar la medida.¹⁸

Tal como lo expresó Miguel Sarre,

... la figura se limita a señalar los requisitos formales que debe contener la orden correspondiente, pero no establece la exigencia de presupuestos sustanciales o materiales que justifiquen la afectación a los derechos de una persona a partir de la existencia de datos o indicios que hagan suponer su responsabilidad, de manera que se pueda vincular a la persona en contra de quien se decreta el arraigo con un hecho delictivo específico. Se trata, llanamente, de *arraigar para investigar*, y no de *arraigar cuando se ha investigado*. [En cursivas en el original].¹⁹

Aun cuando no se haya construido una causa probada para demostrar la responsabilidad penal de una persona arraigada se le ha impuesto de antemano una especie de pena preprocesal de hasta ochenta días. Es como si la persona, inocente o no, estuviera condenada desde el momento en que se abre un expediente de investigación penal (o incluso antes), es decir, como si nunca hubiera sido inocente, y el Estado dispusiera de un amplísimo margen de disponibilidad de la libertad personal de los particulares. Bajo este esquema *extremo* de tratamiento procesal, ocurren interrogatorios u otras formas de obtención de informaciones que desafían los lindes del debido proceso y en muchos casos el derecho a la integridad personal. Las pruebas obtenidas mediante arraigo deberían ser excluidas del todo de un

¹⁸ Léanse en ese sentido las fórmulas "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" (artículo 16o. constitucional) y "El Juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2o. de esta Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud" (artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada).

¹⁹ Sarre, Miguel "La constitucionalización de una prisión preventiva sin pruebas en la figura del arraigo", en Shalila Curioa Gálvez y Alejandra López Tapia (coord.), *Estudios en homenaje a Federico García Sámano*, México, ITAM / Porrúa Hnos., 2007.

proceso, pero no sabemos si la fórmula "...el éxito de la investigación..." cubre la obtención de pruebas durante el arraigo (así lo afirman las autoridades ministeriales que así producen pruebas y las presentan ante jueces), porque igual que en las demás finalidades para las cuales se vuelve "necesaria" la figura, conforme al texto constitucional, carecemos de normas adjetivas que determinen los alcances y modos para su ejecución. Sólo sabemos que a la fecha se han practicado más de siete mil arraigos²⁰ (la PGR discute aún si se trata de casi ocho mil o más de diez mil), y que sólo el 3.2% de ellos ha conducido a la condena de las personas afectadas.

Por todo lo anterior, es atendible que el arraigo, mientras persiste en nuestro ordenamiento jurídico, sea sujeto primordialmente a la inaplicación, particularmente cuando se trata de arraigos locales en entidades federativas que ya han implementado el sistema acusatorio o por delitos graves, o, en su defecto, a la aplicación de un elevado estándar de interpretación conforme con respecto a su ejecución cuando se le practica en su especie constitucional "directa" (contra delincuencia organizada en los términos del artículo 16 constitucional párrafo noveno). Sobre dicha ruta avanzaremos a través de tres estaciones: una caracterización del arraigo en dos modalidades históricas que coexisten en el ordenamiento jurídico, un escollo sobre los alcances del derecho a la libertad personal que se contraponen con el arraigo (sin perjuicio de otras menciones al principio de legalidad y a los derechos a la presunción de inocencia y honra, entre otros), y finalmente, un corolario sobre la aplicación de la interpretación conforme a la medida.

1. La familia Arraigo y sus parientes cercanos

Primero partamos de la base de que lo que llamamos "arraigo penal" en México es una familia de modalidades que admite la coexistencia de dos grandes modelos históricos de la figura, a saber, uno amplio que incluye la disponibilidad del lugar y el tiempo de ejecución de la medida por parte del Ministerio Público, así como un fuerte acento en la persecución de delitos de delincuencia organizada (artículo 12o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, a la que se remite el artículo 16 constitucional, que tiene réplica en las cuatro entidades

²⁰ Según Cantú, Silvano... *op. cit.* "Con base en el oficio SJAI/DGAJ/09406/2011 firmado por el director general de Asuntos Jurídicos de la PGR en relación con el número de exámenes médicos practicados sobre personas que ingresan al Centro Federal de Arraigo, en el que señala la cifra de 6,562 bajo la consigna "Únicamente se tiene registro de certificados médicos practicados al ingreso de los arraigados". Toda vez que sólo se practican una vez en todo el plazo de arraigo, se desprende que no hay repetición, sino que el número de certificados médicos coincide con el de ingresos al Centro Federal de Arraigo." Sobre el porcentaje de 3.2%, esa misma publicación afirma: Este dato ha sido extraído por la CMDPDH mediante el cruce de dos respuestas de la PGR a solicitudes de acceso a la información, mismas que constan en los oficios No. SJAI/DGAJ/09406/2011 (ver anterior referencia) y No. SJAI/DGAJ/10153/2011. El último se refiere al número de personas que han sido condenadas por un juez tras haber estado bajo arraigo desde el 18 de junio de 2008 hasta el 7 de noviembre de 2011, dando un total de 212, es decir, un 3.2%.

federativas que cuentan con leyes contra la delincuencia organizada),²¹ frente a un segundo modelo restringido, que aún conserva la modalidad domiciliaria del modelo *original* de arraigo, reputado de inconstitucional por la Suprema Corte en 2005 (aún vigente en los códigos penales sustantivo y adjetivo federales así como en veintiséis legislaciones locales). Sin embargo, y con la salvedad de lo dispuesto por el artículo décimo primero transitorio del decreto de reforma de 18 de junio de 2008,²² el único arraigo que tiene aún sustento constitucional formal es el del primer tipo, que no está exento, en una interpretación literal, de que el Ministerio Público lo solicite bajo la modalidad domiciliaria, pero reducido a delitos de delincuencia organizada y, hasta 2016, para delitos graves.

Los tipos de arraigo que admite la Constitución tienen como destinatario a indiciados, pero aún hay entidades federativas que admiten el arraigo contra testigos.²³ Asimismo, cabe destacar que si bien la fórmula éxito de la investigación pudiera remitirnos a una modalidad de arraigo de aplicación exclusiva durante la fase de investigación (o averiguación previa en el modelo antiguo), hay muchas entidades que aún contemplan y aplican arraigos durante el juicio, en algunos casos ordenados directamente por las/los juzgadores sin intermediación de la solicitud por parte del Ministerio Público. También hallamos el caso contrario, en el cual el Ministerio Público puede ejecutar el arraigo y solicitar *ex post facto* la ratificación judicial de la medida, como ocurre en Baja California y Baja California Sur.

Finalmente, también hallamos entidades federativas que no regulan el arraigo en lo absoluto, como Coahuila y Colima, o aquellos que a partir de las críticas a las que ha sido sujeta la figura en foros internacionales, sociales y judiciales, han decidido eliminarla de sus ordenamientos, como Chiapas –que incluso prohíbe su práctica en la constitución local–, Oaxaca, Yucatán, el Estado de México y el Distrito Federal. En cambio, hay entidades que aunque ya han adoptado códigos procesales acusatorios, cuentan aún con arraigos, como es el caso de Baja California, Chihuahua, Durango, Nuevo León, Morelos y Zacatecas, lo cual contraviene el transitorio décimo primero. También hallamos otras estrategias de desplazamiento del arraigo, como el *rebautizo* de la figura bajo el nombre de "sujeción domiciliaria" o "detención bajo control judicial", como ha ocurrido en Oaxaca, el Estado de México y Distrito Federal, que cuentan con instituciones que tampoco pasan el *test* de constitucionalidad, pero que suavizan en los plazos o los controles jurisdiccionales las deficiencias del arraigo que consta aún en la Constitución general. Nominalmente ya no se apellidan "Arraigo", pero siguen estando bastante cerca

²¹ Distrito Federal, Baja California, Morelos y Jalisco.

²² En materia de aplicabilidad del arraigo para delitos graves de los fueros federal y común hasta que se implemente el sistema acusatorio.

²³ Baja California, Guanajuato, Guerrero, Morelos, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas y Veracruz.

como para no figurar en su *family portrait* y, sobre todo, impactan de manera desfavorable el ejercicio de los derechos de las personas afectadas.

2. Lo que hace a Antígona: análisis de la compatibilidad del arraigo con el bloque de constitucionalidad en derechos humanos

El Estado constitucional no puede rebajarse al nivel de los delincuentes, y responderles con la misma moneda, porque no puede deslegitimarse y desvalorar la vida y libertad de los gobernados

Jesús Silva Meza, Ministro de la SCJN²⁴

El problema de Antígona no era que hubiera recaído sobre ella el peso de la ley, sino que ésta era injusta. ¿Cómo se *antigonizan* las personas afectadas por el arraigo? Este apartado quiere esbozar un análisis de la corrección jurídico-democrática del arraigo a la luz del bloque de constitucionalidad en derechos humanos.

Uno de los aspectos centrales a discutir para determinar si el arraigo es compatible con el bloque de constitucionalidad es si supera el *test* que representan artículos como el 7o., 8o. o el 22o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana") en materia de libertad personal, presunción de inocencia y libertad de circulación.

Consideremos el caso de los artículos 7.2o., 7.3o. y 7.5o., cuyo texto es:

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

[...]

5. 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

²⁴ En Acción de Inconstitucionalidad 20/2003..., *supra* nota 18.

perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Estas normas parecen ser claras al mencionar el principio de reserva de ley y tipicidad como requisito indispensable para validar la privación de la libertad de una persona, así como sujetar el proceso a la vigilancia del Poder Judicial, como ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") en casos como *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*,²⁵ en el cual el Tribunal subraya la obligación del Estado de ceñirse puntualmente al texto jurídico al proceder a restringir la libertad personal. No obstante, también se han interpretado los alcances de estas disposiciones en el sentido de que la norma que funde la privación de la libertad, indistintamente de su rango normativo, debe sujetarse al marco de obligaciones del Estado en materia de garantía, respeto y protección de los derechos de las personas, como se lee en resoluciones de casos tales como *Tibi*²⁶ o *Acosta Calderón*, ambos contra Ecuador, y ambos suscitados por detenciones *preventivas* contra delitos semejantes a los de delincuencia organizada en México, que en estos casos se hallaban también contempladas en el entramado constitucional del país sudamericano.²⁷

De igual modo, la Corte IDH había sentado precedentes explícitos sobre la correspondencia *reserva de ley –tipicidad– convencionalidad* en Sentencias previas como las de los casos *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (párr. 83); *Maritza Urrutia vs. Guatemala* (párr. 65), y *Bulacio vs. Argentina* (párr. 125), en los cuales se lee esta redacción común:

... [s]egún el primero de tales supuestos normativos [artículo 7.2 de la Convención] nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto [artículo 7.3 de la Convención], se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.

²⁵ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

²⁶ Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

²⁷ Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.

Asimismo, la Corte Interamericana había indicado poco antes en su Sentencia sobre el caso Ricardo Canese vs. Paraguay,²⁸ lo siguiente que incorpora al conjunto de los elementos que deben tomarse en cuenta para la calificación de una detención conforme a parámetros de bloque, el principio de excepcionalidad y la existencia de indicios suficientes para suponer la razonabilidad de la restricción de libertad:

129. La Corte considera indispensable destacar que las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. La jurisprudencia internacional y la normativa penal comparada coinciden en que para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad. Asimismo, dichas medidas cautelares no pueden constituirse en un sustituto de la pena privativa de libertad ni cumplir los fines de la misma, lo cual puede suceder si se continúa aplicando cuando ha dejado de cumplir con las funciones arriba mencionadas. De lo contrario, la aplicación de una medida cautelar que afecte la libertad personal y el derecho de circulación del procesado sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos.

Lo dicho se complementa asimismo con lo que la Corte Interamericana afirma en la Sentencia del caso Tibi vs. Ecuador:

106. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

²⁸ Corte IDH. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 129.

Más adelante (párr. 114-119), la Corte IDH señala también los principios de control judicial e intermediación procesal.

Ahora bien, en el análisis que las y los juzgadores deben emprender en torno a casos de arraigo, es preciso que se advierta la considerable distancia que huelga entre los estándares convencionales y su interpretación, y los textos normativos internos (y sus interpretaciones) en materias que deberían ser la cuadrícula básica de los requerimientos jurídico-democráticos para la práctica de medidas restrictivas de la libertad, tales como a) razonabilidad; b) previsibilidad; que se sujete a los principios de c) legalidad, d) respeto de la presunción de inocencia, e) necesidad, f) proporcionalidad, g) supervisión judicial, h) intermediación procesal, e i) excepcionalidad.

Consideremos, por citar uno de los principios señalados, el que entraña la inadecuación de la norma constitucional con respecto al principio de legalidad.

En un Estado democrático de derecho, las normas jurídicas deben acatar un conjunto de imperativos mínimos, que incluyen, por citar un ejemplo, la uniformidad en su interpretación, de conformidad con el espíritu de la disposición. En el caso del arraigo penal existe una inconsistencia notoria entre la interpretación y la producción de la norma.

El poder punitivo del Estado debe tener definidos sus fines y límites, así como los principios de su sistema de argumentación y de aplicación en las fases legislativa y judicial. En este sentido, el derecho penal se realiza mediante normas y decisiones jurídicas y tanto el legislador como el juez están vinculados por la prescripción constitucional. Sin embargo, podemos observar cómo a la luz de los principios mencionados, las "reglas procesales" que permiten el funcionamiento del arraigo son imperfectas, amplían el riesgo de la ruptura de las reglas democráticas y no se ajustan a los estándares ni a los principios de un sistema acusatorio de justicia penal garantista. En la mayoría de los casos, las reglas procesales son de hecho inexistentes.

No solamente no existen las reglas para proceder al arraigo, o las de estándares probatorios, o de modalidad de tiempo y lugar –que a su vez carecen de criterios objetivos de proporcionalidad–, sino también las reglas para autorizarlo y vigilarlo, es decir, las relativas al control judicial entendido con la amplitud que se desprende del bloque y su interpretación. En ese sentido, llama la atención, sobre todo tratándose de los arraigos federales, que haya una evidente debilidad institucional respecto a la autoridad que otorga las órdenes de arraigo solicitadas por el Ministerio Público. Por la Constitución sabemos que debe ser una autoridad judicial, pero la determinación del órgano específico en el Poder Judicial encargado de dictar

las órdenes bien puede ser sujeta a revisión bajo la luz del principio de legalidad, sobre todo al tratarse de un esquema "relajado" de institución como lo es el de los Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones, creados mediante un acuerdo general del Consejo de la Judicatura Federal.

Dicho acuerdo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 4 de diciembre de 2008,²⁹ fundó los llamados "juzgados de control", previstos en el nuevo artículo 16 párrafo décimo tercero. Asimismo, reglamentó sus competencias y funciones. Estos juzgados son los encargados de emitir las órdenes de arraigo solicitadas por el Ministerio Público. Sin embargo, la validez de estos órganos ha sido impugnada por académicos³⁰ y organizaciones de la sociedad civil³¹ debido a que a la fecha no se ha legislado en materia de juzgados especializados en arraigos y medidas cautelares, lo cual es previsto en el artículo segundo transitorio del decreto de reforma,³² que contempla expresamente el supuesto contenido en el artículo 16 párrafo décimo tercero como condición para la entrada en vigor de dicha disposición (como se apuntó anteriormente).

Lo anterior podría significar que los Juzgados de Control que ahora están en pleno funcionamiento y que han emitido las órdenes de arraigo desde hace casi dos años, fueron creados por virtud de una norma que, a decir del segundo transitorio del decreto, carece de vigor a nivel federal, y además cuentan con funciones fijadas por un órgano que carece de facultades para reglamentarlas, a juzgar por lo establecido en los artículos 94º párrafos segundo y sexto y 100o. párrafo octavo de la Constitución.

Ahora bien, dichos órganos no son los encargados de velar por la integridad física y el debido proceso seguido a las personas arraigadas. De hecho, aunque la Constitución prevé que los jueces de control vigilarán la aplicación de las medidas contempladas en el artículo 16o. y demás medidas cautelares implementadas mediante los códigos adjetivos acusatorios, resalta que esa norma, como ya se dijo, entrará en vigor al adoptarse el nuevo código, aunque el

²⁹ Cfr. <<http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/acuerdoConsejoJudicatura.pdf>> (7 de julio de 2013).

³⁰ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro. *Juzgados especializados ¿inconstitucionales?* El Universal, 12 de diciembre de 2008. Disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/42358.html>> (7 de julio de 2013).

³¹ Cfr. *Informe presentado por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C., la Comisión Ciudadana de Derechos Humanos del Noroeste, A.C., el Colectivo de Organizaciones Michoacanas de Derechos Humanos y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – FLACSO México*, a la Relatora sobre Independencia de Jueces y Abogados de la ONU (octubre de 2010). Disponible en: <http://www.cmdpdh.org/docs/Informe_sobre_justicia_y_Poder_Judicial_en_México_Entregado_%20a_Gabriela_Knaul_Relatora_UNU.pdf> (7 de julio de 2013).

³² "Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16o., párrafos segundo y decimotercero; 17o., párrafos tercero, cuarto y sexto; 19o.; 20o. y 21o., párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto."

arraigo fue activado de inmediato tras la publicación de la reforma de 2008; por otra parte, la figura inadecuada del juez federal de cateos, arraigos e intervención de comunicaciones carece de facultades de vigilancia tal como consta en el Acuerdo del Consejo de la Judicatura, pero ello no debería excluirla de cumplir con las funciones de vigilancia "garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos" que mandata el artículo 16 párrafo decimocuarto. Hasta en tanto no se exija –y cumpla– que estos tribunales especializados cumplan su papel de garantes de los derechos de las personas arraigadas, el control judicial sobre la medida será nulo para efectos del contenido y alcance de la obligación de garantizar a la luz de las normas sobre libertad e integridad personales, así como debido proceso. Es muy sencillo fundar en ese artículo constitucional la obligación del Ministerio Público de informar periódicamente a la o el juzgador sobre el estado de la persona arraigada, y recibir de su defensa denuncias por hechos posiblemente constitutivos de tortura. También lo es que la Suprema Corte y las procuradurías adopten el registro de comunicaciones entre el Ministerio Público y el Poder Judicial que prevé dicha norma.³³

Y ello también ayudaría a desempeñar un papel más activo del Poder Judicial en la prevención de la tortura, que es una constante en la ejecución del arraigo. Al respecto, el Subcomité para la Prevención de la Tortura de la Organización de las Naciones Unidas resaltó en el párrafo 225 de su Informe sobre su visita a México,³⁴ que en la mitad de los 70 casos de exámenes médicos analizados sobre personas en situación de arraigo, las personas examinadas presentaban signos de violencia reciente. Por su parte, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante CNDH) informó³⁵ que durante los dos primeros años de la constitucionalización del arraigo el 38% de las quejas generadas en el marco de la medida se refirieron a detención arbitraria y el 41%, a tratos crueles, inhumanos o degradantes antes de recibir la orden de arraigo o durante éste. Del total de los casos, el 26% presentaron ambas violaciones.³⁶ Entre los casos de tortura que las quejas mencionan se encuentran golpes, lesio-

³³ 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 existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

³⁴ CAT/OP/MEX/R.1

³⁵ Solicitud de acceso a la información generada por la CMDPDH; Oficio CNDH/PVG/DG/138/2010, folio 7110, de 29 de abril de 2010, misma que otorgó la información a través de la Primera (oficio CNDH/PVG/DG/138/2010), Segunda (oficio CNDH/2VG/08012010), Tercera (oficio TVG/000709) y Quinta (oficio QVG/CNDH/108/2010), Visitadurías de dicho organismo público, entre los meses de marzo y abril de 2010.

³⁶ En los informes de la CNDH se puede apreciar que del año 2000 al 2005, el número de quejas por malos tratos se mantuvo estable, estando en el rango de 200 a 300 quejas al año por este concepto. Para 2006, se aumentó a 330 quejas y en 2007 a 395. Sin embargo, en el año 2008 dicha cantidad se disparó a 987 quejas, superando la barrera de los mil en 2009 y llegando a 1,161 en 2010.

nes, ahogamientos, fracturas y aplicación de descargas eléctricas en los genitales u otras partes del cuerpo. También hubo largos plazos de incomunicación que entorpecieron la defensa.

3. Sobre los alcances del control judicial frente al arraigo

Mientras los Poderes Ejecutivos del país y los Congresos asumen plenamente que ya están obligados a ejercer la interpretación conforme en sus respectivos ámbitos, y por tanto emprender un ejercicio riguroso de adecuación de las políticas públicas y el derecho a la luz del bloque, el Poder Judicial ha reconocido formalmente hace un par de años sus obligaciones en la materia al adoptar el control difuso de convencionalidad y constitucionalidad. Aunque el nombre sigue siendo sintomático de lo que falta asimilar en el camino hacia una judicatura con *sentido de bloque*, porque sigue distinguiendo entre Constitución y tratados cuando se trata de normas que reconocen derechos, la resolución de la consulta a trámite Varios 912/2010 es un paso innegable de la Suprema Corte en esa vía. Aunque desearía llamarle "control difuso del bloque de constitucionalidad", no faltaríamos al rigor técnico si nos referimos al control jurisdiccional difuso que interpreta conforme a normas tanto de fuente constitucional como convencional bajo el término común de "control judicial de constitucionalidad", porque las normas de fuente convencional en derechos humanos forman parte del bloque por virtud de una norma constitucional.

Ahora bien, este apartado quiere ocuparse de los alcances del control judicial de constitucionalidad cuando se trata del arraigo, para lo cual discutiremos qué efectos puede tener frente a las diversas modalidades de arraigos, y qué elementos deberían tomar en cuenta las y los juzgadores al argumentar resoluciones sobre el tema.

Sobre lo primero. Una norma se considera integrante de la Carta Magna tan pronto como se verifica el proceso que el artículo 135o. constitucional pone en manos del Constituyente permanente, lo cual explica el momento de la *constitucionalización* de la norma; ahora bien, esta regla formal aún debe ser contrastada a la luz de la regla de corrección constitucional sustantiva, aquella que decide justamente sobre la *constitucionalidad* de las normas, incluyendo las constitucionales. Como se dijo anteriormente, esta *regla de constitucionalidad* consta en el artículo 1o. y se aplica básicamente mediante dos criterios: el examen sobre la conformidad de la norma con respecto al bloque de constitucionalidad (interpretación conforme), y, en caso de conflicto o multiplicidad de normas disponibles para la interpretación conforme, se decide a favor de la norma que más proteja o menos restrinja, en su caso, los derechos de las personas (principio *pro personae*).

Por lo que hace a la interpretación conforme, hallamos que el criterio jurisprudencial adoptado mediante el Varios 912/2010 admite tres grados de intensidad en su aplicación. Así tenemos una interpretación conforme en sentido amplio, que aplican todas las autoridades por igual; otra, en sentido estricto, aplicada por las autoridades jurisdiccionales en sus resoluciones; y finalmente, cuando la autoridad jurisdiccional ha hallado una incompatibilidad irreductible entre la norma sujeta a interpretación conforme y las que integran el bloque, se pasa al grado de la inaplicación.

Ahora bien, conforme a la discusión que tuvo lugar en la SCJN sobre estos temas, y lo que resolvió en el Engrose de la consulta a trámite, hay un conjunto de límites sobre el carácter difuso del control judicial y sobre la procedencia misma del tercer grado de interpretación conforme. Entre los primeros encontramos, por ejemplo, los relativos a la intervención de tribunales distintos a la Suprema Corte en asuntos que impliquen la controversia de la competencia de la jurisdicción militar en casos que involucren a civiles (salvo casos de competencia originaria delegada), o el carácter relativo al caso concreto que tiene la inaplicación de normas frente a los efectos generales que tendría una resolución dictada mediante el proceso idóneo por la Suprema Corte). Sobre lo segundo, hay una discusión sobre las posibilidades de emplear el tercer grado a normas primarias, incluyendo, por citar el ejemplo que nos ocupa, el artículo 16 párrafo noveno constitucional. No obstante, atendiendo a lo que prevé el párrafo 39 del Engrose de mérito,³⁷ en conexión con el 33,³⁸ la inaplicación, aunque fiel al espíritu de proceder conforme a un juicio de fondo en torno a la norma inconforme a derechos humanos, no es el único camino a seguir en la argumentación jurídica que puede desplegarse a partir

³⁷ "29. Es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. 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 establecidas 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, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia."

³⁸ "33. De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos:

A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello 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 establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos 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.

C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del 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."

de la interpretación conforme. El párrafo 33 del Engrose invita a la/el juzgador a buscar alternativas para evitar la vulneración de derechos.

El gran problema sigue siendo la inadecuación esencial de la norma con respecto al bloque, y por ello un camino cierto en tanto se vuelve a un orden constitucional íntegro, sería exigir del Ministerio Público que satisfaga los requerimientos que le impone de antemano el bloque de constitucionalidad, incluso tratándose de arraigo, para la ejecución de cualquier acto que implique la restricción del derecho a la libertad personal, es decir, que se exija al Ministerio Público para librar la orden de arraigo que la solicitud funde y motive al menos la razonabilidad, proporcionalidad, previsibilidad y referencia material de la prueba, así como invalidar de antemano las pruebas que el Ministerio Público obtenga de la persona bajo arraigo mediante interrogatorios o cualquier otra técnica, toda vez que la medida no busca, en los términos en los que se plantea en la Constitución, obtener pruebas de esta persona.

Un precedente emitido en ese sentido es el que sentó el Juzgado Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región en el amparo 257/2011 de junio de 2011 por una demanda de amparo contra el auto de formal prisión que siguió al arraigo de personas acusadas de un delito grave (mas no de delincuencia organizada), en el marco del cual se obtuvieron pruebas mediante tortura, las cuales condujeron a la condena del quejoso y de un supuesto cómplice.

La sentencia concedió a la parte promovente el amparo y protección de la justicia, dejando insubsistente el acto reclamado, además de solicitar la reposición del auto de término constitucional desechando todas las pruebas obtenidas mediante tortura durante el arraigo e instruir al juez de la causa ordenar una investigación por la tortura. Ahora bien, dentro de los considerandos del fallo, al que llegó mediante el uso de suplencia de la deficiencia de la queja, en los términos del entonces vigente artículo 76º bis fracción II de la Ley de Amparo, el juzgador incluyó una prolija discusión sobre la inadecuación del arraigo con respecto al bloque de constitucionalidad, y argumenta, igualmente, sobre la inconstitucionalidad de ejecutar el arraigo en sitio distinto al domiciliario, en tratándose de los delitos contemplados bajo el supuesto del artículo décimo primero transitorio,³⁹ toda vez que éste es claro al estipular el carácter domiciliario de la medida, por lo que todo arraigo practicado en los términos de ese transitorio (de inicio todos los que se fundan en los códigos procesales penales del

³⁹ 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 inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. *Cfr.* Decreto de reforma constitucional de 18 de junio de 2008, p. 11. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08.pdf> (7 de julio de 2013).

país) debería considerarse inconstitucional en automático si se practica fuera del domicilio particular de la persona afectada.

De igual modo, la sentencia evalúa como inconstitucional el arraigo ejecutado en lugares distintos al domicilio del afectado debido a que supera el plazo máximo que prevé la Constitución para que sea puesto a disposición de autoridad judicial, así como superar con mucho el carácter inmediato que reviste la obligación de llevar a la persona detenida ante un juez, a la luz del artículo 7.5o. de la Convención Americana.

Resulta interesante advertir que hay un control sobre el control (o sobre la ausencia de control) judicial en esa sentencia, aunque no hay conocimiento directo sobre el arraigo. De igual modo, hay que señalar que en ninguno de los precedentes disponibles, incluyendo el que discutimos, se han dictado medidas integrales de reparación a favor de las víctimas (con excepción del inicio de la investigación, vista como medida de satisfacción conducente a garantizar a la víctima el derecho a la verdad). Claro, debe comprenderse que el fallo es previo a la publicación de la Ley General de Víctimas de 9 de enero de 2013, pero en las resoluciones posteriores las y los juzgadores que hallen elementos suficientes para determinar la investigación de tortura, atendiendo a la presunción de tortura que pesa sobre las autoridades públicas cuando quienes alegan los hechos son personas bajo su custodia, tendrán que ordenar reparaciones que van desde la compensación económica hasta la rehabilitación física, mental y social, pasando por medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Estas medidas deberán hacerse extensivas a todas aquellas personas que hubieran sido victimizadas por error judicial y hubieran sido absueltas tras haber sido puestas bajo arraigo, indistintamente de que los hechos hubieran ocurrido antes de la publicación de la Ley, si se encuentra que las víctimas han recibido un reconocimiento judicial de su victimidad, o bien, de parte de instituciones del sistema *Ombudsman* o de la Comisión Nacional Ejecutiva del Sistema Nacional de Atención a Víctimas. En ese caso, el Estado tiene responsabilidad directa en la violación de derechos procesales u otros derechos que pudieran ser conculcados por *error judicial*, por lo que está obligado a garantizar el acceso a reparaciones, entre otras la compensación económica y medidas de no repetición, a las personas que hubieran sido victimizadas por este medio.

Las y los juzgadores deben tener en cuenta que en el arraigo, y descontando casos de tortura u otras violaciones de derechos humanos cometidas de forma directa y como resultado de la ejecución y no del diseño mismo del arraigo, el principal responsable de la supervisión y control de la medida es el Poder Judicial, por lo que, como indica el artículo 141 de la Ley

General de Víctimas, recae en las judicaturas del país hacerse cargo de las compensaciones económicas por concepto de error judicial.⁴⁰

Otro precedente que es de interés citar sobre el tema es la sentencia de amparo 908/2011 que inaplicó la norma que funda el arraigo local en San Luis Potosí, la cual fue dictada en octubre de 2011 por el Juez Tercero de Distrito en aquel Estado, sobreseyendo la causa penal generada a partir de solicitud de orden de arraigo concedida por juez de primera instancia.

En una lectura armónica de los artículos 7.5o. (llevar sin demora a la persona detenida ante juez), 8.2o. (presunción de inocencia) y 22.1o. (libertad de circulación) de la CADH, el juez determinó que

[...] el arraigo penal previsto por el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de San Luis Potosí, como medida precautoria mientras el Ministerio Público investiga la presunta responsabilidad delictiva del indiciado, en la forma y términos en que lo establece tal disposición, es jurídicamente incompatible con el contenido de los referidos artículos 7.5, 8.2 y 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Lo anterior es así, dado que evidentemente al ejecutarse una orden de arraigo decretada con apoyo en lo dispuesto por el invocado numeral 168 del código adjetivo citado, el indiciado no es llevado inmediatamente y sin demora ante un juez para que resuelva su situación jurídica, ya que incluso pueden transcurrir hasta treinta días para que ello suceda, quedando mientras tanto a disposición de la autoridad persecutora del delito; tampoco se le da al indiciado el tratamiento de inocente, ya que éste es detenido arbitrariamente para ser investigado, cuando lo correcto debiera ser llevar a cabo una investigación para posteriormente detener a aquél; amén de que con la referida medida precautoria se le impide al indiciado que salga de un determinado domicilio, quedando bajo la custodia y vigilancia de la autoridad investigadora; contraviniéndose por tanto las garantías que en materia de derechos humanos consagran los artículos 7.5, 8.2 y 22.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

⁴⁰ Artículo 141. [...] En el caso de las compensaciones por error judicial, éstas se cubrirán con cargo al presupuesto del Poder Judicial correspondiente.

En efecto, como ya se mencionó, en el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para esta entidad, se establece el arraigo penal, para facilitar la integración de la averiguación previa y llegado el caso, evitar que se imposibilite el cumplimiento del eventual mandamiento aprehensorio que llegue a pronunciarse, sin embargo, para decretar tal medida precautoria no se requiere que la averiguación arroje datos que conduzcan a establecer que una persona tenga probable responsabilidad penal en el ilícito respectivo, y no obstante lo anterior, se puede legalmente ordenar la afectación de la libertad personal de un individuo hasta por un término de treinta días, contraviniendo el principio de presunción de inocencia, sin que al efecto se justifique tal detención con una determinación en la que se le den a conocer al indiciado los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad, y privándosele consecuentemente del derecho que tiene a circular libremente por el país.

4. Leaving Guantanamo? Hacia la recomposición de la crisis de legalidad penal

Es indudable que el desafío que plantean las fuerzas criminales a México y al mundo contemporáneo requiere un tratamiento efectivo para garantizar a todas las personas el derecho a la seguridad, el combate a la impunidad y los atentados contra el tejido social. La delincuencia debe ser perseguida y castigada con todo el peso de la ley.

Igualmente cierto es que dicho tratamiento debería contribuir a profundizar la vía hacia la implementación de lo que podríamos llamar una "democracia constitucional de derecho(s)", e inscribir totalmente el comportamiento de los sistemas de justicia penal y de seguridad pública bajo las reglas de una nueva gramática de la justicia, de la que forman parte señera las reformas constitucionales en materia penal y de derechos humanos, así como la adopción del control judicial de constitucionalidad y la Ley General de Víctimas.

Atendiendo a las inquietudes vertidas en el texto sobre la existencia de un régimen penal de excepción, cuyas formas contravienen los referentes para la evaluación de la corrección jurídico-democrática de las normas, esto es, las normas del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos, y han representado resultados pírricos en el combate de las causas de fondo de la criminalidad y la inseguridad, es de toda necesidad emprender un replanteamiento serio del modelo de seguridad y justicia por parte de las instituciones y otros actores relevantes, a fin de reencauzarlos a lo que pretendían los desarrollos jurídicos garantistas a los que ya hemos hecho referencia. Un gran inicio sería eliminar el arraigo de la Constitución.

Justamente en el marco de esa agenda, un conjunto de organizaciones de la sociedad civil, entre otras el Instituto para la Seguridad y la Democracia y la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, presentaron en el Congreso el pasado abril de 2013 una iniciativa de reforma constitucional⁴¹ cuyos elementos centrales son:

- En el párrafo octavo del artículo 16o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se plantea eliminar la figura del arraigo;
- Se incluye una remisión a futuras normas secundarias que habrán de establecer medidas cautelares conformes al bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos, que sirvan de alternativas al arraigo para no privar de herramientas de investigación a la autoridad (pero subrayando la necesidad de que dichas herramientas respeten los derechos humanos y los principios del derecho penal democrático);
- Se prevé la participación oficiosa de autoridades jurisdiccionales y organismos de protección de los derechos humanos previstos en la Constitución para vigilar la correcta ejecución de las medidas cautelares que habrá de contemplar la legislación secundaria;
- Se propone la reforma del artículo décimo primero transitorio del decreto de reforma constitucional del 18 de junio de 2008, a fin de eliminar el arraigo para delitos graves en la Federación y las entidades que cuentan con un sistema penal mixto; y
- Finalmente, se incluye un artículo transitorio en el cual se dispone la reparación integral del daño a las personas que hubieran sido absueltas por sentencia firme de los delitos por los cuales se les arraigó, o que hubieran sido contemplados como víctimas en una recomendación emitida por un organismo público nacional o un organismo internacional de protección de los derechos humanos por violaciones de derechos humanos cometidas en situación de arraigo o con relación directa a éste; las reparaciones que se adopten en estos términos, deberán corresponder a las previstas en la Ley General de Víctimas.

Ojala que las propuestas integrales para devolverle a México la normalidad democrática rindan frutos. La profesionalización de los cuerpos de investigación y la reforma policial pueden rendir más resultados en la prevención y persecución del delito que los esquemas cómodos,

⁴¹ Disponible en: <http://www.insyde.org.mx/images/abril-2013_propuesta_de_iniciativa_de_reforma_const_16_arraigo.pdf> (7 de julio de 2013).

pero agresivos al derecho democrático y al tejido social, de la tortura y la detención sin investigación. Mucho se ha escrito al respecto, hay muchas ideas disponibles; ojala pronto encuentren las voluntades, que escasean con frecuencia.

Vivimos un interesante momento de la historia constitucional mexicana en el que las normas desajustadas a los derechos y principios de una democracia moderna han entrado al fin –o deberán entrar pronto– en una crisis de corrección jurídico-democrática, que les depara su inaplicación por la vía judicial y su eliminación por la vía legislativa. Estoy seguro que si procuramos un derecho que propicie una convivencia justa y digna, el régimen penal de excepción es una de las instituciones que, tarde o temprano, merece correr esa suerte.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Tesis: 1a./J.78/99 (9a.), ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo X, Noviembre de 1999, p. 55. Reg. IUS. 192829.
- Acción de Inconstitucionalidad 20/2003. Sentencia definitiva 19 de septiembre de 2005. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=60442>> (7 de julio de 2013).

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.