



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

“DEROGACIÓN DE LA FIGURA DEL ARRAIGO DE
LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS
UNIDOS MEXICANOS”

T E S I S

PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :
JORGE HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.



ASESOR: MTRO. IGNACIO CASTELLANOS GONZÁLEZ.

NEZAHUALCÓYOTL, ESTADO DE MÉXICO, 2016.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS.

A DIOS por iluminarme y acompañarme a lo largo de toda mi carrera, por guiar mi entendimiento y razón.

A mis PADRES, por su incansable apoyo, cariño y confianza en mí, por su infinita paciencia e incontables desvelos. Sin USTEDES esto no hubiera sido posible.

A mi HERMANO Marco Polo, por el gran apoyo y ejemplo durante mis estudios.

A mi PADRINO Manuel Quiñones, por ser mi inspiración para elegir esta maravillosa carrera, por su apoyo y confianza desde pequeño.

A la LIC. SOLEDAD NAJERA, a la que respeto y admiro, por su grandísimo apoyo, su confianza, ejemplo y consejos.

A TONY, por la ayuda, confianza y amistad depositada en mi persona.

A mi gran AMIGO Ernesto Luna, por su confianza y gran apoyo para lograr a concretar esta gran meta.

Al amigo y MTRO. IGNACIO CASTELLANOS, por ser mi guía en esta tesis, por ser una persona entregada a su profesión y a sus alumnos.

A la Facultad de Estudios Superiores Aragón y a la Universidad Nacional Autónoma de México, por ser mi casa y mi ALMA MATER, por brindarme la oportunidad de estudiar esta maravillosa carrera.

A mis MAESTROS, que a lo largo de toda la carrera nos nutrieron de conocimientos y que con su ejemplo y consejos hicieron de nosotros unos grandes ABOGADOS.

A mis COMPAÑEROS de generación, por todos esos gratos momentos que pasamos a lo largo de nuestra carrera.

“DEROGACIÓN DE LA FIGURA DEL ARRAIGO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
CAPÍTULO I.....	1
1. Marco Histórico.....	1
1.1. Antecedentes del Arraigo.....	1
1.1.2. El Arraigo en Roma.....	1
1.1.3. El Arraigo en la Edad Media.....	5
1.2. El Arraigo en México.....	7
1.2.1. Instauración en el México Prehispánico.....	7
1.2.2. Instauración en el México Colonial.....	9
1.2.3. El Arraigo en el México Independiente (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).....	13
1.3. Concepto de Arraigo.....	16
1.3.1. Naturaleza Jurídica del Arraigo.....	19
1.4. Principio de Presunción de Inocencia.....	24
1.4.1. Concepto de Presunción de Inocencia.....	31
CAPÍTULO II. MARCO LEGAL INTERNO DEL ARRAIGO.....	36
2. Consideraciones Previas.....	36
2.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Artículo 16, Párrafo Octavo).....	37
2.2. El Arraigo en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.....	40
2.2.1. Efectos y Consecuencias de su Aplicación en el Ámbito Local....	42
2.3. El Arraigo en el Código Federal de Procedimientos Penales.....	45
2.3.1. Efectos y Consecuencias de su Aplicación en el Ámbito Federal.	47
2.4. La Reforma Constitucional en Materia Penal.....	48
2.5. El Nuevo Sistema Penal Acusatorio.....	50
2.5.1. Principios que Rigen al Sistema Penal Acusatorio.....	50
2.5.2. Etapas del Sistema Penal Acusatorio.....	54
2.5.3. El Juez de Control y las Medidas Cautelares.....	65
2.6. Retos y Expectativas del Sistema Penal Acusatorio.....	73
2.6.1. Su Implementación y Entrada en Vigor.....	77
2.6.2. Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.....	78
2.6.3. Instituciones Encargadas de su Implementación (SETEC).....	88
CAPITULO III. EL ARRAIGO Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES.....	91
3. Facultades del Ejecutivo para Celebrar Tratados Internacionales.....	91
3.1. Reforma Constitucional del 6 y 10 de Junio de 2011.....	93
3.1.1. Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos.....	94
3.1.2. Principio Pro Persona.....	98
3.1.3. Ley de Amparo.....	99

3.2. El Derecho Internacional de Derechos Humanos Como Fuente del Derecho Interno.....	103
3.3. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	105
3.4. Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio.....	109
3.4.1. Obligaciones de México en Materia de Derechos Humanos.....	120
3.5. Tratados Internacionales de los que México es Parte.....	121
3.5.1. Organismos Internacionales.....	123
3.5.2. Organismos Regionales.....	126
3.6. La Protección Garantía de los Derechos Humanos.....	126
3.7. El Parámetro de Regularidad Constitucional.....	128
3.8. El Control Difuso de Convencionalidad.....	131
CAPITULO IV. ESTUDIO DEL ARRAIGO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.....	138
4. El Artículo 16, Párrafo Octavo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	138
4.1. Transición de un Procedimiento Penal Semi-inquisitorio al Acusatorio Oral.....	138
4.1.1. Facultades Constitucionales del Ministerio Público.....	140
4.1.2. La Petición del Ministerio Público al Juez Para que Éste Obsequie la Orden de Arraigo.....	145
4.1.3. Cuerpo del Delito.....	148
4.1.4. La Probable Responsabilidad.....	153
4.1.5. La Duplicidad del Término Constitucional.....	156
4.2. Reforma al Artículo 73, Fracción XXI, Inciso C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	157
4.2.1. Código Nacional de Procedimientos Penales.....	159
4.2.1.1. Artículo 155, Fracción XIII.....	163
4.3. Resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 29/2012.....	165
4.3.1. Análisis Jurídico de la Resolución de la S.C.J.N.....	180
4.4. Propuesta.....	182
4.4.1. Artículo 16, Párrafo Octavo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	182
4.4.1.1. Precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Torno a la Figura del Arraigo.....	182
4.4.1.2. Resolución de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.....	183
4.4.1.3. Examen de Compatibilidad con el Marco Internacional de Protección a los Derechos Humanos.....	189
4.4.2. Propuesta.....	195
4.4.2.1. Modificación al Artículo 16 Constitucional, Párrafo Octavo.....	205
CONCLUSIONES.....	206
BIBLIOGRAFÍA.....	210

INTRODUCCIÓN.

En la presente tesis, se aborda el tema del **arraigo**, una figura **controvertida y muy estudiada** que tras las **reformas constitucionales de 18 de junio de 2008 se constitucionalizó**, en virtud de que se incorporó esta medida cautelar a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos concretamente en su **artículo 16, párrafo octavo**.

Asimismo, esta reforma constitucional representó un verdadero **cambio de paradigma** (cultura) dentro de los sistemas de procuración e impartición de justicia en México es decir, una nueva forma de entender y aplicar el derecho dentro de un Estado democrático y de derechos humanos que involucra a los distintos órdenes de gobierno así como, a todos los involucrados en el tema que conforman el Estado de Derecho ya que, con la implementación de la aludida reforma, se **transita** de un procedimiento **semi-inquisitorio** que prevaleció por muchos años a uno **acusatorio y oral** cuyos **objetivos y principios** recoge el **artículo 20 Constitucional** en su primera parte.

No debe pasar desapercibido que, dentro del **decreto de reforma** citado en párrafos que anteceden, el legislador **incluyo** diversos **artículos transitorios** con el objeto de llevar a buen fin la **consolidación de la referida reforma constitucional** dentro de los cuales se encuentra una **vacatio legis** de **ocho años** para que las autoridades de las distintas entidades federativas en el ámbito de sus respectivas competencias, adecuaran sus ordenamientos jurídicos en aras de cumplir en tiempo y forma con lo dispuesto en el citado decreto, lo que deja ver el grado de complejidad de esta reforma constitucional.

Sin embargo, es de **destacar** entre otras cosas de manera particular, el **artículo décimo primero transitorio** del citado decreto en virtud de lo ahí dispuesto en tanto entra en todo el país el nuevo sistema penal acusatorio y oral dado que, esta **disposición transitoria** de la que se hace alusión ha generado sin duda alguna, **confusión** y por ende un **abuso de esta figura (arraigo)** por parte de las distintas autoridades tanto ministeriales como jurisdiccionales en todo el país incluso debo decir, desde antes de la citada reforma, lo que obliga imperiosamente a revisar los **alcances** que esta figura pueda tener tras su inserción a la Norma Suprema derivado de la precitada reforma constitucional.

Es en este orden de ideas, es que el tema aquí tratado se analizará con base en el **texto constitucional** citado al inicio de la presente introducción, el **artículo transitorio** en comento, la **interpretación** que de esta figura ha hecho el más Alto Tribunal del país con **anterioridad** a la multicitada reforma constitucional de junio de 2008 (**acción de inconstitucionalidad 20/2003**) así

como, en las diversas **resoluciones** que sobre esta medida ha venido dictando en años recientes el tribunal de referencia (**Suprema Corte de Justicia de la Nación**), tal es el caso del **amparo en revisión 546/2012**, la **acción de inconstitucionalidad 29/2012**, así como la **acción de inconstitucionalidad 20/2014** esta última pendiente de resolver y el **amparo directo en revisión 1250/2012** el cual se encuentra actualmente en engrose.

Asimismo, se abordará el tema que nos ocupa a la luz de lo dispuesto en los diversos **tratados internacionales** especializados en el tema que el Estado Mexicano ha en su momento firmado y ratificado y, en la **jurisprudencia** emitida al respecto por la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**.

De igual manera, se someterá dicha figura a una **interpretación conforme** así como, a un examen de **compatibilidad** y de **convencionalidad**, tomando en consideración el **Parámetro de Control de Regularidad Constitucional** con el fin de demostrar si esta figura esta o no en **armonía** con la **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos** es decir, si **es o no constitucional**

Finalmente, si esta medida **es o no compatible** con los **estándares internacionales en materia de derechos humanos**, en virtud de que por mandato constitucional y convencional todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad los derechos humanos de las personas, aplicando en todo momento el **principio pro persona**, el cual deberá de aplicarse de manera conjunta con lo previsto en el artículo 133 Constitucional en su última parte en virtud de que **es en la función jurisdiccional en donde los jueces deberán de aplicar el citado principio**.

Bajo esta perspectiva, y para un mejor entendimiento sobre el tema es que, me permitiré sintetizar a continuación el contenido de los cuatro capítulos que componen la presente tesis:

En el capítulo I, se tratará el marco histórico (antecedentes) de la figura del arraigo el cual comprende desde la época romana pasando por la edad media hasta llegar al México Independiente. Asimismo, se citarán diversos conceptos que denota esta figura de acuerdo al contexto de que se trate, así como su naturaleza jurídica. De igual manera, se dará una definición del derecho o principio de presunción de inocencia, así como de su naturaleza jurídica.

En el capítulo II, se hablará de cómo la referida figura se ha venido positivizando en los diversos códigos procesales desde su inserción tras las reformas al sistema procesal penal de diciembre de 1983, es decir, los cambios que esta medida cautela o precautoria ha venido presentando a través de la sucesión de las leyes en el tiempo. Asimismo, se hablara en el presente

capítulo de como la citada medida se incorporo al texto constitucional tras la reforma constitucional de junio de 2008, así como al Sistema Procesal Penal Acusatorio y Oral.

En el capítulo III, se abordara lo referente a las facultades que le confiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al titular del ejecutivo para celebrar Tratados Internacionales esto con relación a las reformas constitucionales de 10 de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos y a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo primero constitucional en virtud de ser un mandato constitucional y convencional. De igual manera, se abordará lo referente a los Organismo Internacionales especializados en materia de derechos humanos con el fin de destacar sus recomendaciones y jurisprudencia emitida con relación a la citada figura (arraigo) al Estado Mexicano. Finalmente, se abordará en el presente acápite el tema de los derechos humanos dentro del Sistema Penal Acusatorio y oral y la importancia de las reformas de 6 de junio de 2011 en materia de amparo, en razón de ser este un medio de impugnación frente a violaciones a los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna en favor de la víctima u ofendido así como del imputado.

En el capítulo IV, se abundará la transición del sistema semi- inquisitivo al acusatorio y oral, así como las facultades constitucionales que le fueron conferidas al Ministerio Público tras la referida reforma constitucional de junio de 2008, con el ánimo de destacar las bondades y alcances del nuevo sistema penal acusatorio y oral, así como los retos que esta reforma representa para lograr su consolidación dentro del sistema procesal penal en todo el país, que dicho sea de paso deberá de estar éste en operación en junio de 2016. De igual manera, se revisará en lo que interesa, las diversas resoluciones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha pronunciado al respecto de esta tan estudiada y controvertida figura con el propósito de destacar la problemática y el abuso que de esta figura se ha venido haciendo por parte de las diversas autoridades tanto ministeriales como jurisdiccionales desde su inserción e implementación en el sistema procesal penal en diciembre de 1983 hasta nuestros días. Aunado a lo anterior, se someterá esta medida cautelar a un examen de compatibilidad con perspectiva de derechos humanos dentro del marco internacional de protección a los derechos humanos, así como a una interpretación conforme y al principio de convencionalidad, tal como lo establece los párrafos segundo y tercero del artículo primero constitucional. Finalmente, se propondrá una modificación al artículo 16 constitucional, que incluya una **medida extraordinaria cautelar e integral (MECI)** que esté acorde con los parámetros internacionales en materia de derechos humanos, así como en armonía con la Carta Magna y los tratados internacionales especializados en la materia con el ánimo de maximizar los derechos y minimizar sus posibles limitaciones o restricciones tanto del imputado como de la víctima u ofendido dentro de un Estado democrático y de derecho.

CAPÍTULO I.

1. Marco Histórico.

1.1. Antecedentes del Arraigo.

Los antecedentes del arraigo los encontramos en el Derecho Romano, pues es la civilización (*civitas*) romana, la pionera en crear un cuerpo normativo, destinado a regular entre otras cuestiones, la conducta del hombre en sociedad, el dictado de los delitos y de las penas.

Es en Roma dentro del Derecho Privado en donde encontramos las primeras limitaciones a la libertad personal, derivado de la creciente necesidad y complejidad que imperaba en aquella época, con el fin de respetar los intereses entre particulares.

1.1.2. El Arraigo en Roma.

Dentro del ámbito penal que imperaba en Roma en sus inicios, encontramos a la venganza privada, esta se daba cuando se producía un acto lesivo a los intereses particulares o del grupo, el ofendido o sus familiares “cobraban en la misma moneda” la ofensa recibida, en ocasiones en una forma más estricta, la cual se daba sin que existiera limitación alguna en contra de ella. La venganza privada se caracteriza, principalmente, porque la lleva a cabo el propio ofendido y en nombre propio, dicha venganza durante su vigencia operaba en la mayoría de los casos mediante un procedimiento rudimentario previo a concederla se asilaba al inculpado, hasta definir si éste era realmente responsable, lo que constituía una especie de privación de la libertad, cuya fórmula era primero te detengo y luego investigo.

Una teoría que fue ampliamente difundida en Roma, decía que la obligación surgió derivado de la comisión de un delito, esto es, cuando una persona cometía un delito surgía a favor de la víctima o de su familia un derecho de venganza, por lo cual se podía exigir coactivamente el derecho de **aprehender** el cuerpo del sujeto activo, es decir, el autor del delito, misma que podría cambiarse en algunos casos, por el derecho a exigir una prestación del culpable, la que era fijada con total arbitrio por parte de la víctima o de su familia, además de que para garantizar el cumplimiento de esa prestación el culpable o un miembro de su familia, quedaba sometido a la *obligatus*, es decir, atado en la *domus* de la víctima a manera de rehén, lo que constituye una forma de privación de la libertad no solo para el culpable, sino que en cierta medida también aplicable a sus familiares.

En palabras de Roberto Héctor Gordillo Montesinos en su libro Derecho Privado Romano, señala: “De este modo, según esta tesis, la obligación antigua surgió como una <<atadura>> en garantía del cumplimiento de prestaciones nacidas de un delito.”¹

Sin embargo, con el creciente expansionismo romano, se hace necesario la creación y reconocimiento de un sistema normativo en el ámbito del *ius civile*, incluyente, es decir, no exclusivo de los ciudadanos romanos (*cives*), sino también, a las provincias, con el fin de regular las relaciones entre romanos y los extranjeros (*peregrine*), dando como resultado la creación de instituciones y principios generalmente aceptados para todos los pueblos relacionados con Roma, los cuales se fundan no en las fuentes formales del *ius civiles*, sino en el principio de lealtad a la palabra dada (*fides*), este obliga a todos los hombres, y es aceptado por todas las naciones (*omnes gentes*), a este Derecho común aplicado por un Pretor peregrino a todos los pueblos relacionados con Roma, se le conoce como *ius gentium* (derecho de gentes), o

¹ **GORDILLO MONTESINOS, Roberto Héctor, Derecho Privado Romano, Porrúa, México, 2004, p. 522.**

bien *ius naturale* (derecho natural), ya que se encuentra sustentado en la razón natural, dicha etapa sirvió como antecedente para que posteriormente surgiera el “Derecho Procesal Penal”.

Derivado de lo anterior, es que surge la Ley de las XII Tablas, en donde se introdujo la Ley del Tali3n y en la Composici3n, en las que se advierte un l3mite a dicha conducta. En los asuntos del orden penal dentro de la etapa de las “*legis actiones*”, la actividad del Estado se manifestaba tanto en el proceso penal p3blico, como en el privado, en el primero, exist3an dos formas de llevarlo a cabo, la *cognitio* y la *accusatio*, la *cognitio* que era la forma m3s antigua en donde, el Estado ordenaba las investigaciones necesarias para llegar al conocimiento de la verdad, sin tomar en cuenta al procesado, al que solo se le daba injerencia despu3s de pronunciado el fallo, en la *accusatio*, surgida esta en el 3ltimo siglo de la Rep3blica, la averiguaci3n y el ejercicio de la acci3n recay3 en un *acusador* quien fung3a como un representante de la sociedad, sus funciones no se consideran oficiales, ya que la declaraci3n del derecho reca3a en un *magistrado*.

Es con la Ley del Tali3n, que se pone un l3mite a la venganza privada, proporcional a la ofensa, en algunos casos con una sanci3n pecuniaria con el fin de que no se actualice dicha conducta il3cita. Con esta ley, la persona que sufr3a una ofensa que violaba un derecho subjetivo, pod3a exigir de 3l, el pago de una cierta cantidad como reparaci3n por la ofensa recibida, en los asuntos civiles operaba de manera distinta, aqu3 se le exig3a al demandante que acudiera ante la autoridad p3blica, para que esta tutelara su derecho subjetivo, ya que un derecho subjetivo se proteg3a actuando procesalmente, ejercitando una acci3n ante el *magistrado* que era la autoridad investida con *iurisdictio*.

En ese sentido, dentro del 3mbito del *ius civile*, exist3a el derecho de acciones, en donde cada derecho subjetivo ten3a su especifica acci3n protectora, esto es **tener derecho** a exigir que se respete ese derecho subjetivo,

a obligar al que esta violentando ese derecho, y frente a esos derechos y obligaciones se presentaban restricciones a la libertad al procesado, al respecto la *legis actio per manus iniectioem* (Acción de la ley por imposición de la mano) era una acción personal tramitada ante el *magistrado* que era la autoridad competente para decretar la acción en contra del deudor, tal es el caso de la *manus iniectio pura*, en donde el ejecutado puede desligarse por si mismo de la *manus*, y actuar como su propio fiador (*vindex*), en donde si la prisión no era discutida ni por el ejecutado ni por el fiador, el Pretor estaba facultado para entregar al ejecutado al demandante, el cual se lo llevaba y retenía en su casa por un periodo de 60 días, es decir, lo mantenía arraigado en su domicilio y no en una cárcel o lugar similar, sin vigilancia de alguna autoridad y a merced de recibir maltrato, o cualquier otro tipo de violencia.

Cabe hacer mención que el sistema inquisitorio, tiene sus antecedentes en Roma, concretamente en la época de Diocleciano, cuyas características eran las siguientes: imperaba la verdad material, la privación de la libertad estaba al arbitrio de la autoridad que gozaba de *imperium*, era una práctica generalizada el tormento, para obtener la confesión, mantener incomunicado al detenido, además de que los actos tendientes a acusar, defender y decidir, residían en el juzgador el que gozaba de amplias facultades para resolver los asuntos, dentro de las XII tablas encontramos a los *judices cuestiones*, que desempeñaban funciones equivalentes a las del Ministerio Público, con facultades para comprobar los hechos constitutivos de un delito.

En su libro Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Guillermo Colín Sánchez, concuerda en que es en el Derecho Romano, en donde nace la figura del arraigo, ya que habla de restricciones a la libertad de carácter preventivo, derivada esta del incumplimiento de una obligación o de la comisión de un delito, al señalar que:

“Sus antecedentes, en las antiguas culturas son imprecisos: sin embargo, en el derecho romano, durante la República (siglo V hasta el año 34 A de J.C.) en la Ley de las XII Tablas, se estableció plena igualdad entre el acusado y el ofendido, suprimió la prisión preventiva, hecha excepción de los casos de flagrante delito, crímenes contra el Estado o para conductas o hechos acerca de los cuales existía confesión.

En la etapa del Imperio Romano, la custodia del procesado quedaba a cargo de militares ancianos, *mílite traditio*: si el delito era muy grave el autor era puesto de inmediato en prisión, *incarselum*: si no era así, la custodia se encomendaba a un particular, *custodia libera*.

Las Leyes, *Flavia de Plagiarus* y *la Libaralis causa*, amparaban al acusado contra toda detención ilegal.

Salvo los casos de flagrancia y suma gravedad, estaba prohibido restringir la libertad, porque sólo se podía hacerse con mandato del *magistrado* o del defensor de la ciudad.”²

1.1.3. El Arraigo en la Edad Media.

Durante la edad media, esta figura se empleo en distintos países del Continente Europeo, esto derivado de la imperiosa necesidad de establecer medidas tendientes a restringir la libertad personal por la comisión de un delito catalogado como grave, con el objetivo de mantener al inculpado o acusado en un lugar determinado y bajo la vigilancia de la autoridad. La aplicación de esta medida cautelar de carácter preventivo en los países europeos, era diversa, esto en atención a lo establecido en la legislación penal que regía en cada Estado. Es claro que cada uno tenía su forma de aplicar el arraigo a saber:

² **COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, vigésima edición, Porrúa, México, 2010, p. 231.**

En el caso de Inglaterra, las medidas cautelares tendientes a restringir la libertad de los ciudadanos ingleses, se caracterizaban por ser muy estrictas y severas, la función de investigar, perseguir y detener a los que cometían los delitos graves recaía en los “*coroner*”, los que a su vez los entregaban a los “*judge*” que eran los encargados de aplicar las penas, así como existían normas muy estrictas y severas entre los ingleses, también existían sanciones muy severas para los encargados de cumplir y hacer cumplir las leyes y las penas, para el que cometía abuso de poder, dado que para los ingleses la libertad era algo muy importante, al respecto Zamora Pierce en su libro nos dice:

“El derecho inglés protegió la libertad personal de todos los hombres libres (más no lo eran todos los habitantes de Inglaterra) mediante el capítulo 29 de la Carta Magna de 1215, cuyo texto, redactado en latín vulgar, era el siguiente: “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, aut disseisietur... de libertalibus vel de liberis consuetudinibus suis aut ultragetur aut aliquo modo destruatur; nec súper eum ibimus, nec súper eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae. Nulli vendemos, nulli genabimus aut differemus rectum aut iusticiam.”³

En el caso de España, encontramos que el sistema penal estaba influenciado tanto por el derecho romano así como la vinculación que tenía con la religión o estructura católica, tal es el caso de las Leyes del Reino de Aragón las cuales protegían la libertad personal, estableciendo plazos para la detención o aseguramiento de una persona, sujeta a la espera de una acusación hablando del ámbito penal o en el caso de la materia mercantil este tenía que esperar a que el acreedor se presentara a testificar y formular los cargos formalmente.

³ ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal, 6° Edición, Porrúa, México, 1993.

Es de destacar que la medida cautelar quedó plasmada en las Leyes Españolas, concretamente en el Fuero de Vizcaya, en donde el juez era el facultado para decretar el arraigo de una persona acusada de un delito penal, no así en materia mercantil, pues en este caso tratándose de un deudor insolvente, las leyes que trataban este tópico eran:

a) Las Leyes de Fuero Juzgo,

b) Las Leyes del Toro,

c) Las Leyes de Partida,

1.2. El Arraigo en México.

Por lo que hace a la implementación de esta figura en México, debemos de recordar que, los españoles al llegar al continente americano transplantaron tanto sus costumbres, cultura y por su puesto su régimen jurídico, es por lo anterior que, resulta obligado revisar primeramente previo a la conquista, el derecho que prevalecía en las culturas que en aquel entonces, habitaban en el México Prehispánico a saber:

1.2.1. Instauración en el México Prehispánico.

En la época prehispánica en México, los procedimientos penales que regían en las distintas culturas dentro del campo del derecho no eran uniformes, dado que, aunque existía cierta semejanza sus sistemas eran diferentes, así como sus ordenamientos o normas jurídicas, esto en atención a las necesidades propias de cada cultura.

En aquella época, el derecho que regía era consuetudinario, el cual era aplicado por la autoridad, misma que era designada por el gobernante, monarca o emperador o *Tlatoani*, dicha potestad para juzgar era transmitida, de generación en generación.

Era obligación para los encargados de impartir justicia, antes de decretar un castigo o pena, agotar un procedimiento, pues no bastaba en aquella época, el presentar únicamente ante la autoridad al culpable, había que acreditar ante la misma autoridad que realmente era culpable, para lo cual existían tribunales reales, provinciales, jueces menores, de comercio, incluso militares, esto en razón a las necesidades propias de cada reino, imperio o cultura, en razón del tipo de delito y al estatus del sujeto que cometió el delito.

Dentro del Derecho Azteca, la máxima autoridad judicial recaía en el Monarca, el cual delegaba sus funciones en un magistrado supremo, dotado de *imperium* para conocer de las apelaciones en los casos criminales por parte del acusado o de la víctima u ofendido, el que a su vez, podía delegar sus facultades a otros magistrados para conocer de apelaciones en otras ciudades o designar a jueces para asuntos de carácter civil o penal.

Los aztecas, contaban con distintos tipos de cárceles, esto en razón al tipo de delito que se había cometido a saber:

a) *Cuauhcali*, este tipo de cárcel era destinada para los **probables** autores de delitos graves, lo que constituía una especie de arraigo mientras se comprobaba la plena responsabilidad del acusado.

b) *Teilpiloyan*: esta era destinada para los sujetos que habían contraído deudas que no saldaban.

c) *Petlalcalli*: esta era destinada a los que habían cometido delitos leves.

Algunos investigadores de nuestras antiguas culturas al referirse al Derecho Azteca, coinciden que la prisión nunca se entendió como sanción, pues los que eran remitidos a las cárceles, bajo la vigilancia de la policía (*tecuilles*), algunos tenían el carácter de **inculpados**, otros sentenciados a la pena de muerte o prisioneros de guerra, por lo que, coligen que ya existía la prisión preventiva, es decir, una privación a la libertad personal sin previo juicio, como es el caso de los **inculpados**, sin estar demostrada plenamente la responsabilidad del inculpadado en la participación de la comisión de un delito.

El derecho texcocano, presentaba una cierta similitud con el derecho azteca, en cuanto a la potestad que se le confería a los jueces, presentaba ciertas restricciones en el ejercicio de sus funciones, por lo que hace a las órdenes de detención preventiva derivado de la comisión de un delito, se les obligaba a informar al juez superior de tal detención, en algunos casos a solicitud del juez superior, turnarles el asunto para que se avocaran a su estudio y en su oportunidad, dictaran sentencia. Las leyes que regían en Texcoco, eran legisladas por la nobleza, la cual observaban que se aplicara de manera rígida.

Derivado de la actividad comercial que se presentaba en aquella época, el monarca formaba comisiones con el objeto de observar la conducta que presentaban los pueblos sojuzgados, las cuales confería a los *pochtecas*, los que a su vez, informaban al monarca para que éste tomara las acciones pertinentes. Ahora bien, se puede advertir que la función preventiva corría a cargo de los *contecpampixquex*, quienes tenían funciones de vigilancia de los sujetos de mala conducta o con antecedentes criminales.

1.2.2. Instauración en el México Colonial.

En México durante la época colonial, los antiguos regímenes que imperaban en las culturas que habitaban éste país, fueron reemplazados por el

marco jurídico vigente en España, así como las dictadas por las nuevas autoridades creadas ex profeso en nuestro país.

Existieron diversos ordenamientos jurídicos que establecieron disposiciones legales, entre los que destacan, las Leyes de Indias, las Siete Partidas de Don Alfonso El Sabio, La Novísima Recopilación, entre otras.

A decir verdad, no existía para entonces, un ordenamiento jurídico que organizara institucionalmente el proceso penal, cabe destacar que las Siete Partidas era la que presentaba de manera más sistemática los preceptos legales encaminados a regular el proceso penal, las problemática que se presentaron al momento de estructurar el proceso penal que regiría en México dentro del nuevo sistema de justicia de corte inquisitorio, fueron las disposiciones de carácter eclesiástico, real, del fuero y lo profano, dando paso a violaciones por parte de las autoridades encargadas de impartir justicia creadas hasta entonces, lo que prevaleció por un largo periodo de tiempo, puesto que se dispuso que las Leyes de Indias subsanaran las deficiencias contenidas en las Leyes españolas, pero no se alcanzó el objetivo deseado, por lo que en el año de 1578, Felipe II, expidió un decreto que contenía sanciones muy severas con el objetivo de evitar toda clase de abusos e invasión de competencias, lo que encomendó a obispos y corregidores se apegaran a lo establecido por dicho decreto, respetando el ordenamiento jurídico de los indios, su forma de gobierno, usos y costumbres, pero sin dejar de contraponerse con lo dispuesto por el derecho novo-hispano.

En la Novísima Recopilación, existía reglamentada en el Libro V, título XVII, las funciones propias del Ministerio Fiscal, con el decreto de Felipe II, estos fueron facultados para conocer de asuntos de carácter civil y criminal, más tarde fueron facultados para defender la jurisdicción y el patrimonio de la Hacienda Real. Con el paso del tiempo estas facultades pasaron al Procurador Fiscal, quien formaba parte de la Real Audiencia, interviniendo a favor de las

causas públicas, los indios eran tomados en cuenta al momento de impartirles justicia, lo que evitó que se siguieran cometiendo violaciones por parte de las autoridades, sin embargo existía los caciques quienes tenían jurisdicción criminal, eran los encargados de aprender y llevarlos a las cárceles de los españoles en donde previo a ser sentenciados eran en ocasiones aislados y maltratados, sin darles oportunidad de demostrar su inocencia, ya que bastaba la acusación por parte de la víctima para proceder a su detención.

No obstante lo anterior, existía la imperiosa necesidad de adoptar medidas y crear Instituciones con el objetivo de frenar toda conducta contraria a lo establecido tanto en las leyes españolas como novo-hispanas, encaminadas a mantener el orden público.

A pesar de todas las disposiciones impuestas por los españoles al pueblo novo-hispano, con el propósito de implementar un nuevo orden jurídico, resultaron insuficientes y no fueron del todo eficaces, pues el descontento por parte de los gobernados era constante, entre los reclamos se encontraban la violación a sus garantías, la impunidad, atentar contra la vida del presunto culpable, pues muchas de las penas terminaban con la muerte del acusado, entre muchas otras violaciones. Es por lo anterior que se crearon tribunales dedicados a la investigación de los delitos, los cuales de acuerdo con su gravedad y en la forma en que eran cometidos, determinaban la pena.

Algunos de los tribunales más importantes en aquella época fueron el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, el Tribunal de la Acordada, el Tribunal de la Audiencia, por citar los más importantes y los que más impacto tuvieron en la época colonial. No menos importante fue el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, pues este ocupó el primer lugar en importancia al ser el que más procesos llevó, sus funciones eran de persecución principalmente de herejes, estos eran detenidos, aprendidos y eran en muchas ocasiones aislados en cárceles españolas, sin previo juicio eran estos condenados a la pena de

muerte. Asimismo, eran sometidos a tormentos durante su estancia en la cárcel, el solo hecho de ser señalado por alguien de hereje, bastaba para ser condenado, no se le daba oportunidad de defenderse, lo que constituía una serie de violaciones a sus derechos, no fue hasta el año de 1813, con la Corte de Cádiz que se suprimió dicho tribunal, en el año de 1820 fue suprimido por completo.

Otro Tribunal novedoso para aquella época y no menos importante fue, el de la Audiencia, éste a diferencia del que le precede, tenía funciones más específicas entre las que se encontraban, solucionar los problemas relacionados con la policía y con la impartición de justicia, se regían bajo las Leyes de Indias y aplicaban de manera supletoria la Leyes de Castilla., no obstante lo anterior debe decirse que este tribunal no cumplió con los objetivos esperados, al respecto Guillermo Colín Sánchez nos dice: "Los historiadores describen la etapa en que se instaló la primera audiencia como una era sin garantías, plagada de persecuciones de venganza en todos los órdenes, falta de respeto a la propiedad y a las personas, anarquía en materia de justicia, explotación y maltrato a los indios por parte de los conquistadores, saqueo irrefrenable, carencia de autoridades capaces de poner coto a esos abusos, inclusive, división entre los grupos de españoles."⁴

Por otra parte, el único medio de protección para los indios estaba representado por los misioneros, quienes fueron capaces de enfrentarse a la fuerza bruta de los poderosos a favor del pueblo subyugado.

Zurita, oidor de la Audiencia de México, al describir el ambiente de esa época, relata que, al preguntar a un indio principal de México cuál era la causa por la que también los indios se habían dado a pleitos y vicios, dijo: "Porque ni

⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, vigésima edición, Porrúa, México, 2010, p. 43.

vosotros nos entendéis, ni nosotros os entendemos, ni sabemos qué quedáis: Habeisnos quitado nuestra buena orden y manera de gobierno; y la que nos habéis puesto no la entendemos, é así todo confuso y sin orden y concierto´

“Dicen los indios viejos que con la entrada de los españoles dio toda la tierra gran vaivén y vuelta en todo, que han pedido su justicia, y la orden que tenían en **castigar los delitos** y el concierto que en todo había é que no tienen poder ni libertad para castigar a los delincuentes, y que ya no se castigan como solían los que mienten, ni los perjuros, ni los adulterios; é que a ésta hay tantas mentiras y excesos y tantas mujeres malas.”⁵

1.2.3. El Arraigo en el México Independiente (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Al término de la colonia, nace el México independiente el cual, necesariamente requería, de un ordenamiento constitucional, así como de un ordenamiento jurídico en materia penal y penitenciario, el cual enfrentó muchos obstáculos como consecuencia de la difícil situación política, social y económica que imperaba en el país, mientras tanto se siguieron aplicando las Leyes españolas en los juicios y con los procedimientos que hasta entonces se encontraban vigentes.

Dentro de los procesos sumarios, la etapa de instrucción era tardía llegándose a prolongar por varios años, causando molestias y graves violaciones a quienes quedaban sujetos a la prisión preventiva, además de que era frecuente el empleo de la confesión con cargos, así como mantener incomunicado al inculcado desde el momento de su detención. La falta de una adecuada codificación daba pauta para que los jueces llevaran el juicio a su

⁵ POMAR-ZURITA, Relaciones de Texcoco y de la Nueva España, México, p.p. 101-102.

manera, invocando en sus sentencias preceptos o disposiciones contenidas en las Leyes de Partidas, lo que no se ajustaba las necesidades de la época.

Fue con la primera Constitución del México Independiente, de la Monarquía Española que se dan las primeras limitaciones a la restricción a la libertad, señalando que solo podía restringirse con mandato escrito de la autoridad judicial o por conductas o hechos sancionados con pena corporal (art.287), además de que en el mismo decreto se creó la Institución de “los jueces letrados de partido”, los cuales contaban con jurisdicción mixta, civil y criminal, entre otras atribuciones. Derivado de las necesidades que existían en materia penal se expidió el 7 de octubre de 1848, un decreto en donde se ordenó la construcción de establecimientos de detención y prisión preventiva, así como de corrección para jóvenes delincuentes y de asilo para liberados, la cual entraría en operación hasta el año de 1900, en donde los reos cumplirían las penas, una de las formas en lo que nos interesa, era la llamada “sentencia de cárcel y hábito”, la cual debía de cumplirse en el propio domicilio del inculcado, desde el momento de su detención y durante todo el proceso en caso de ser encontrado culpable, lo que constituía una forma de privación de la libertad, es decir, un arraigo en el domicilio del inculcado hasta en tanto se resolvía su situación jurídica dejándole en un estado de vulnerabilidad y de flagrante violación a sus derechos fundamentales.

Durante muchos años y derivado de los cambios frecuentes de los gobiernos que se sucedían, es que se fueron perfeccionando y creando figuras jurídicas, acorde a las necesidades que la sociedad requería, así como de una nueva codificación, pues las viejas leyes españolas no se ajustaban a las nuevas necesidades de la época. En las Constituciones de 1814, 1824, 1836 y 1857, se incorporaron preceptos que marcaban claros límites a las restricciones a la libertad personal, tal es el caso de la Constitución de 1824, en donde decía que, quedaba prohibida: la confiscación de bienes, el tormento; **la detención sin que haya “semiplena prueba o indicio”** de que alguien es delincuente, el

cateo sin orden expresa y fundada legalmente, por citar algunas, lo que constituía un claro avance en el respeto a los derechos fundamentales del inculpado.

Cabe destacar que dada la **naturaleza** de los delitos, al grado de **peligrosidad** de los delincuentes, la ausencia de una autoridad en el lugar de los hechos, el requisito de que la orden de detención emane de una autoridad competente para librarla, que exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia, hacía necesario que existiera un ordenamiento expreso que subsanara esas deficiencias, es por lo anterior que el constituyente de 1857, plasmó en el **artículo 16**, la hipótesis normativa de que cualquier persona puede detener al delincuente y cómplices en casos de flagrancia y presentarlo ante la autoridad administrativa sin dilación alguna, lo que representaba una garantía para el presunto delincuente, en aquella época.

Es en el año de 1869 que se expide la primera Ley de Jurados del notable jurisconsulto Ignacio Mariscal, el cual estableció el juicio por jurados, introduciendo por primera vez la Institución del Ministerio Público, más adelante se fueron restringiendo formas procesales contenidas en el sistema inquisitorio, reconociéndose por primera vez derechos para el inculpado, aunque limitados en algunos aspectos.

Fue hasta la Constitución de 1917, que se limita la procedencia de la prisión preventiva, para los delitos sancionados con pena corporal, lo anterior sin perjuicio para el inculpado para ejercer su derecho a la libertad caucional, prevista en la referida Constitución, sin embargo la autoridad administrativa llegó a admitir que estaba facultada para detener a una persona sin el requisito de solicitar a la autoridad jurisdiccional una orden de detención, pero sólo tratándose de **casos urgentes** y bajo su más **estricta** responsabilidad, en los casos en que no existiera en el lugar de los hechos una autoridad y siempre que se tratase de delitos perseguibles de oficio y poniéndolo a disposición de la

autoridad judicial sin dilación alguna, el término de que disponía la autoridad administrativa para ponerlo a disposición del juez de la causa era de 24 horas, toda dilación por parte de la autoridad, constituía una detención arbitraria, violatoria de los derechos fundamentales y sancionada severamente por el Código Penal, en su capítulo de abusos de autoridad.

1.3. Concepto de Arraigo.

En virtud de la figura en estudio y para un mejor entendimiento, resulta necesario primeramente, conceptualizarla en un término coloquial para posteriormente estar en posibilidad de dar una definición jurídica y en última instancia, conceptualizarla en lo que interesa, en el ámbito del derecho procesal penal federal y constitucional.

CONCEPTO CONVENCIONAL: El diccionario Esencial Santillana de la Lengua Española lo define como “...**echar raíces**, como el **efecto de establecerse firmemente en un lugar**...”⁶

CONCEPTO LEGAL: En el diccionario jurídico Rafael de Pina Vara conceptualiza la figura del arraigo como: “...**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 lo haya sido ya, la cual en virtud del arraigo, no podrá ausentarse del lugar del juicio sin dejar representante legítimo suficientemente instruido y expensado para responder de las resultas de procedimiento judicial de que se trate...”⁷

En su libro “La Investigación Ministerial Previa”, Martínez Garnelo Jesús nos da la siguiente definición respecto del arraigo a saber:

⁶ **Diccionario Esencial Santillana de la Lengua Española; Editorial Santillana, España, 1991, p. 90.**

⁷ **DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, vigésima tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1996.**

“**Arraigo**. Latín -ad-a y radicarse, radicar. Int. Echar raíces, afianzarse, consolidarse mucho en un vicio, una virtud, un efecto, una costumbre, etc., de manera que ya sea difícil de erradicar o quitar. Derecho mexicano “Imponer judicialmente a uno la obligación de no salir del lugar del juicio, sino mediante ciertas condiciones”. **Actuación Judicial** en que se consigna la diligencia y la obligación. Quebrantar el arraigo. Figura Derecho mexicano, desobedecer la orden del juez al retirarse del lugar a que está sometida la persona, etc., caución de arraigo, fianza de arraigo, excepción de arraigo.”⁸

Al respecto encontramos en el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, encontramos una definición más amplia sobre esta figura a saber:

ARRAIGO. I”...(Acción y efecto de arraigar: del latín *ad y radicare*, echar raíces.)

ARRAIGO PENAL. I. Es la **medida precautoria** que tiene por **objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso penal**, cuando se trate de **delitos imprudenciales** o de aquellos en los que **no proceda la prisión preventiva**.

II. En el derecho romano se obligaba a garantizar mediante fianza a fin de asegurar al actor las resultas del juicio; posteriormente en el derecho justiniano esa fianza fue sustituida por la obligación de prestar caución juratoria de que el demandado cumpliría con la sentencia condenatoria si ese fuera el caso. El Fuero Juzgo, las Leyes de Partida y las de Toro, conservaron el sistema de la fianza, autorizando la pena privativa de la libertad para el deudor insolvente.

⁸ **MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, La Investigación Ministerial Previa, Editorial Porrúa, 4º Edición, México, 2000, p. 376.**

III. En el derecho moderno el arraigo es también una excepción que el demandado puede oponer cuando el actor es extranjero o transeúnte y consiste en obligar a este último a garantizar las resultas del juicio. El Código Civil de 1884 lo contemplaba, siendo suprimido en el actual por **ser contrario a los principios de derecho internacional emanados de las convenciones de La Haya** de 1896 y 1905 en donde se les reconocieron a los extranjeros los mismos derechos que a los nacionales, en materia procesal. Aún así algunas legislaciones conservan esta figura para los casos en que el extranjero no domiciliado en el país no tuviere bienes en el lugar del juicio, salvo caso de reciprocidad.”⁹

Por último, en lo que se refiere a nuestro sistema procesal penal Jesús Garneño Martínez en su libro *La Investigación Ministerial Previa* define la figura del arraigo como:

ARRAIGO EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL PENAL: “En nuestro sistema procesal penal, el arraigo es una medida cautelar que durante la **investigación ministerial previa se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que éste cumpla con los requerimientos del Ministerio Público, en razón de la investigación de un hecho delictivo; figura establecida en el artículo 133-bis del Código Federal de Procedimientos Penales**. Es decir, las medidas en los procedimientos penales pueden ser también de carácter personal para garantizar el desarrollo del proceso, así como la efectividad de la sanción privativa de libertad, en los casos de sentencias condenatorias de tal pena.”¹⁰

⁹ **Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, Décima Edición, México, 1997.**

¹⁰ **MARTÍNEZ GARNEÑO, Jesús, La Investigación Ministerial Previa, Editorial Porrúa, 4º Edición, México, 2000, p.p. 388.**

Sin embargo, **la definición** mas acertada sobre esta figura **se obtiene del ejercicio de extraer diversos elementos de un conjunto normativo** es decir, después de revisar el contenido de los artículos que contemplen dicha medida cautelar o precautoria; el principal sin duda es el del **artículo 16 constitucional, párrafo octavo**, en virtud de ser este artículo el que a **nivel constitucional** restringe la **libertad personal** de una persona; seguido este de sus correlatos **artículos 2 y 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada**.

1.3.1. Naturaleza Jurídica del Arraigo.

En atención a la naturaleza jurídica del arraigo, esta debe entenderse como una medida **cautelar** o también llamada **precautoria** la cual presenta una variedad de formas de ser aplicada, esto en razón a la **materia** o **especialidad** de las ramas del derecho de que se trate, las cuales solo se citarán como referencia, dado que nuestro tema central de estudio se concentra en el derecho penal (**arraigo penal**), el cual es **aplicado** en nuestro país, tanto en el **fuero común** como en el **fuero federal**, a saber:

Así tenemos que de acuerdo a la naturaleza jurídica del arraigo José Luis Embris Vázquez en su libro “Arraigo y Prisión Preventiva, Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Formularios” nos da una conceptualización en atención a la materia de que se trate a saber:

“Arraigo 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. En el 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 una garantía que responda de lo

demandado, pero tal restricción no llega al extremo, como sucede en el arraigo penal.

Arraigo Laboral: esta medida cautelar procede a petición de parte, teniendo lugar cuando existe el temor de que se ausente u oculte la persona en contra de quien deba entablarse (art.235, fracción I del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 857, fracción I de la Ley Federal del Trabajo) o inclusive que ya se haya entablado una demanda, su objeto es 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, no existe esta figura en el CFPC.”¹¹

Ahora bien, por lo que hace a la **naturaleza jurídica** del arraigo penal, el Diccionario Jurídico Mexicano de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, da una conceptualización muy amplia de la regulación de esta figura en su momento innovadora dentro del Código de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal, en donde nos dice que, esta figura es de naturaleza **precautoria**, así como también nos da una definición en atención a la naturaleza del delito, al ámbito competencial así como, a sus modalidades, es decir en el periodo de investigación previa o bien durante el proceso, a saber:

Arraigo Penal:

II. Este instrumento fue **introducido** tras las reformas a los diversos **Códigos de Procedimientos Penales tal es el caso del Distrito Federal** y del **Código Federal de Procedimientos Penales** promulgadas en **diciembre de 1983**, como una innovación respecto de la regulación de las medidas **precautorias** en los textos anteriores en los que únicamente se establecía la libertad caucional previa o administrativa - durante el periodo de investigación -,

¹¹ **EMBRIS VÁZQUEZ, José Luis, Arraigo y Prisión Preventiva, Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Formularios, Flores Editor y Distribuidor, S.A de C.V., Copy Right, 2010.**

tratándose de delitos imprudenciales ocasionados por el tránsito de vehículos, o bien la libertad caucional de carácter judicial, una vez iniciado el proceso penal propiamente dicho, en los supuestos de la prisión preventiva.

En las citadas reformas de 1983 se ampliaron las hipótesis de la libertad previa administrativa mencionada con anterioridad, a todos los supuestos de delitos no intencionales, y no exclusivamente tratándose de los producidos por el tránsito de vehículos (artículos 271 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 135 Código Federal de Procedimientos Penales).

De manera congruente con la liberalización de las medidas de aseguramiento del inculpado tratándose de delitos imprudenciales o bien en aquellos en los cuales sólo pueda imponerse pena alternativa o no privativa de la libertad, se creó el arraigo en sus modalidades, es decir en el periodo de investigación previa o bien durante el proceso, como una medida precautoria que permite la disponibilidad del inculpado ante el Ministerio Público o el juzgador, limitando los casos de detención y prisión preventivas.

III. En cuanto al periodo de investigación, la reforma faculta al Ministerio Público para decretar la libertad caucional en los supuestos de los delitos imprudenciales, y además para solicitar al juez respectivo, que decrete el arraigo del inculpado, el cual debe ordenarse sin necesidad de caución, en los supuestos de delitos que merezcan pena alternativa o no privativa de libertad.

La regulación es muy minuciosa en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en cuanto a las hipótesis de la averiguación previa por delitos que sean de la competencia de los juzgados mixtos de paz o de los penales en el D. F., cuando la pena no exceda de cinco años de prisión, en las cuales se atribuye al Ministerio Público la facultad de solicitar al juez respectivo, que en lugar de recluir al inculpado en los lugares ordinarios de detención, se decrete su arraigo en su domicilio, con la posibilidad de

trasladarse al lugar de trabajo, siempre que concurren las condiciones siguientes: **a)** que el afectado proteste presentarse ante el Ministerio Público que realiza la investigación cuando éste lo disponga; **b)** que no existan datos de que pretenda sustraerse de la acción de la justicia; **c)** que realice convenio con el ofendido o sus causahabientes ante el Ministerio Público sobre la forma en que reparará el daño causado, pero si no se llega a un acuerdo sobre su monto, el propio Ministerio Público lo determinará con los elementos de prueba de que disponga; **d)** en los casos de delitos por imprudencia provocados por el tránsito de vehículos, es preciso que el presunto responsable no hubiese abandonado al lesionado ni participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y **e)** que cuando se considere necesario, alguna persona se comprometa bajo protesta y a criterio del Ministerio Público, a presentar al inculpado.

En el supuesto de que el acusado o la persona que deba presentarlo desobedecieren sin justa causa las órdenes del Ministerio Público, se revocará el arraigo y la averiguación previa será consignada en su caso, solicitándose al juez competente la orden de aprehensión. Además, la medida no puede prolongarse por más de tres días, transcurridos los cuales el arraigado podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de la consignación por el Ministerio Público y la solicitud de la correspondiente orden de privación de la libertad (artículo 271 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

IV. En materia federal, la disposición del artículo 133 bis es más escueta, en cuanto dispone, en términos genéricos, que cuando con motivo de una averiguación previa, el Ministerio Público, estime necesario el arraigo, de acuerdo con las características personales del inculpado, solicitará dicha medida al juez respectivo, el cual, oyendo al presunto responsable, ordenará el arraigo con vigilancia a cargo del Ministerio Público y de sus auxiliares.

El arraigo en la esfera federal se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación, no pudiendo exceder de treinta días prorrogables por igual plazo a petición del Ministerio Público. El juez resolverá escuchando al propio Ministerio Público y al arraigado sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.

V. Por lo que respecta a la medida **precautoria** durante el proceso, los artículos 301 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 205 Código Federal de Procedimientos Penales, disponen que cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el inculpado no deba ser internado en prisión preventiva, pero existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar del juez en forma fundada y motivada, o éste disponer de oficio, con audiencia del procesado, el arraigo de éste, con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda excederse del plazo en que deba resolverse el proceso.

El citado artículo 205 Código Federal de Procedimientos Penales establece además, que el arraigo no puede prolongarse más allá del plazo establecido durante la investigación por el artículo 133 bis del mismo ordenamiento, es decir, treinta días prorrogables por el mismo tiempo; pero dentro del proceso, deben respetarse los plazos constitucionales, es decir, de cuatro meses cuando se trate de delitos sancionados con pena de prisión que no exceda de dos años, y dentro de un año, cuando la sanción corporal sea mayor (artículo 20, fracción VIII, Constitucional), véase **Averiguación Preventiva, Libertad Caucional, Libertad Caucional Previa o Administrativa, Ministerio Público.**¹²

¹² **Diccionario Jurídico Mexicano, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1994.**

1.4. Principio de Presunción de Inocencia.

Antes de referirnos a esta figura, debemos tener claro sus orígenes, el como se ha venido paulatinamente incorporando o positivizando a través de la sucesión de las Leyes Penales en el tiempo así como, en los diversos sistemas de justicia penal, dentro de los Estados de corte social y democrático de derecho, para luego referirnos a la naturaleza de esta figura y al estado que guarda en la legislación actual en nuestro país, dada la importancia que este principio representa hoy en día dentro del Nuevo Sistema de Justicia Penal en México.

Debo decir, que en el caso de México, abundaremos como este principio se ha venido incorporando a nuestro sistema penal hasta el momento en que **éste se elevó a rango constitucional** dado que, hasta antes de las reformas de junio de 2008 en materia penal, este derecho no estaba expresamente establecido en la Constitución Política, pues solo se consideraba de manera implícita pese a que ya era reconocido por parte del Estado mexicano en diversos instrumentos internacionales. Lo anterior implica que la culpa y no la inocencia de un imputado, debe ser demostrada por el Ministerio Público por lo que se puede afirmar que tras la reforma constitucional antes mencionada, el derecho de presunción de inocencia ya consagrado ahora en la Constitución Política Federal, fue el resultado de un empoderamiento de los derechos a favor del imputado.

Primeramente este principio, se fue incorporado a los sistemas de justicia penal en los Estados de corte social y democrático, siendo una **máxima y de observancia general**:

En este orden de ideas y para un mejor entendimiento en lo que se refiere a sus orígenes del principio de presunción de inocencia, el Diccionario Jurídico Mexicano publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la

Universidad Nacional Autónoma de México y el Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Tomo II, publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, nos dan una amplia definición al respecto, desde sus inicios el como ha sido acogida por los diversos estados, hasta su incorporación al sistema jurídico mexicano así como sus diversas interpretaciones a saber:

“II. La presunción de inocencia fue plasmada jurídicamente por primera vez en el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789 - la cual dos años más tarde, sería incorporada como preámbulo de la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, en los siguientes términos: “Todo hombre se presume inocente hasta que sea declarado culpable”.

Desde entonces se convirtió en un principio comúnmente admitido por todos los países, siendo incluso consignado en diversas constituciones de corte liberal-individualista de América Latina y Europa. En México, únicamente el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, ha reconocido expresamente este principio, ya que su artículo 30 rezaba: “Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado.

De la misma manera, aunque más recientemente, este principio fue recogido por el **derecho internacional de los derechos humanos**, quedando consignado, en forma casi idéntica, en diversos instrumentos internacionales unos de carácter obligatorio y otros desprovistos de tal carácter, todos ellos aplicables sea en el plano universal sea únicamente en el ámbito regional.

Entre los **instrumentos dotados de obligatoriedad jurídica** que incluyen dicho principio se cuentan: el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, párrafo 2)**, adoptado el 16 de diciembre de

1966 y vigente a partir del 23 de marzo de 1976; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (artículo 8, párrafo 2), suscrita el 22 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978, ambos ratificados por nuestro país los días 24 y 25 de marzo de 1981, respectivamente y, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (artículo 6, párrafo 2), firmado el 4 de noviembre de 1950 y vigente desde el 3 de septiembre de 1953.

Entre los documentos internacionales de obligatoriedad jurídica que contemplan el mismo principio cabe mencionar: las Declaraciones Americana (artículo XXVI) y Universal (artículo 11, párrafo I) de Derechos Humanos, del 2 de mayo y 10 de diciembre de 1948, respectivamente, así como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (artículo 84, párrafo 2), adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

III. La razón de ser de la presunción de inocencia es la de garantizar a toda persona inocente que no será condenada sin que existan pruebas suficientes que demuestren su culpabilidad, que destruyan tal presunción y que justifiquen una sentencia condenatoria definitiva.

En tal virtud, se convierte en una garantía de la libertad personal, tanto contra la arbitrariedad de los poderes públicos como contra la reacción vindicativa de la víctima, garantía que, en todo caso, debe beneficiar a cualquier delincuente, sea este primario o reincidente.

Así, puesto que toda persona se presume inocente, cualesquiera que sean las sospechas o los cargos que sobre ella recaigan, debe ser considerada y tratada como tal en tanto su culpabilidad no haya sido probada y declarada mediante una sentencia regular y definitiva.

De la presunción de inocencia se derivan varias consecuencias, a saber: primero, que la persona acusada no está obligada a probar que es inocente, sino que es a la parte acusadora - Ministerio Público o víctima – a quien incumbe la carga de la prueba de los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado; segundo, que el acusado no puede ser obligado a confesar en su contra, razón por la cual las legislaciones internas no sólo prohíben recurrir a cualquier tipo de coacción, presión o amenaza tendiente a provocar la confesión del inculpado, sino que afectan de nulidad las confesiones obtenidas por tales medios; tercero, que en caso de duda, esta beneficia al acusado, principio que expresa el adagio *in dubio pro reo*, y, cuarto, que la persona acusada pero puesta en libertad, sea por falta de méritos, sea bajo caución, debe continuar en libertad a pesar de que se hubiese interpuesto apelación contra la decisión judicial correspondiente.

En nuestro país, hasta fecha muy reciente, esto es, hasta **antes del decreto de 30 de diciembre de 1983**, publicado en el *Diario Oficial* de 13 de enero de 1984, que reformó, adicionó y derogó diversas disposiciones del Código Penal del Distrito Federal, **privaba una situación no sólo contraria al principio de la presunción de inocencia**, sino **en franca contradicción tanto con normas internas, constitucionales y secundarias**, como con las disposiciones que sobre este particular contienen, entre otros, **el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**, ya citados con autoridad(sic), instrumentos internacionales que, de conformidad con lo previsto por el artículo 133 de la Constitución, una vez que fueron debidamente ratificados por el gobierno mexicano, constituyen, junto con la propia Constitución y las leyes que de ella deriven, la Ley Suprema de toda la Unión.

En efecto, tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución, 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”, y lo que establece el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, según el cual: “No podrá condenarse a un acusado sino cuando se prueba que cometió el delito que se le imputa” (artículo 247, primer párrafo), y que “El que afirma está obligado a probar” (artículo 248, primera frase), debe subrayarse que, antes de la reforma citada, el primer párrafo del artículo 9 del Código Penal del Distrito Federal establecía una presunción legal *juris tantum* del dolo cuando disponía que “La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario”, lo cual, aunado a lo dispuesto por la segunda oración del artículo 248 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, según la cual “También lo está - obligado a probar - el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho”, representaba no sólo una excepción a los principios generales que rigen en materia probatoria, sino una inversión de la carga de la prueba, en detrimento del acusado, constituyendo, primero, una violación flagrante de la norma constitucional citada y de las disposiciones de los instrumentos internacionales a que hemos hecho referencia; segundo, una evidente contradicción de las otras disposiciones secundarias mencionadas, y, tercero, un factor que contribuía a incrementar, desmesurada, innecesaria e injustamente, la población de los ya de por sí inadecuados establecimientos carcelarios de nuestro país.”¹³

Ahora bien, en atención a su naturaleza este principio puede entenderse de la siguiente manera: como regla probatoria, como medio de prueba, como un principio informador, como regla de tratamiento, como presunción *iuris tantum*, como principio *in dubio pro reo*, (Amparo en Revisión 349/2012 Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) los cuales se citarán a continuación para un mejor entendimiento:

¹³ **Ibid, 1994.**

“Como **regla probatoria**: impone a la parte acusadora la carga de probar la culpabilidad del acusado; ello obliga a desplegar durante el proceso un esfuerzo probatorio suficiente de cargo encaminado a acreditar dicha culpabilidad o establecer que la presunción de inocencia de la que goza todo inculpado en un proceso penal ha quedado incólume. El principio *onus probando*, sobre el Estado recae la carga probatoria tendiente a demostrar la responsabilidad penal y su correspondiente reproche de culpabilidad al imputado; éste no tiene la obligación de “probar su inocencia”, dado que goza de una situación jurídica que no necesita ser construida, sino que debe ser destruida para que la presunción de inocencia se desvanezca.

La presunción como **medio de prueba**: contemplada como una actividad mental del juzgador (presunción judicial) o del legislador (presunción legal), a partir de la idea de que la presunción no es una inversión de la carga de la prueba (la carga de la prueba, la prueba del hecho presunto, correrá a cargo de aquél a quien perjudique que el juez no lo fije formalmente en la sentencia), ni un desplazamiento del objeto de la prueba (en realidad será una duplicación del objeto de la prueba, que para destruir la presunción será necesario probar la falsedad del hecho presumido).

Como **principio informador** de todo el proceso: la presunción como exigencia, es contemplada como un juicio previo a toda privación de derechos, relacionada con la garantía del *debido proceso legal*. La presunción de inocencia y debido proceso legal, son conceptos que se complementan, y que traducen la concepción básica que el reconocimiento de culpabilidad no sólo exige la existencia de un proceso, sino sobre todo de un proceso “justo”, en el cual la confrontación entre el poder punitivo estatal y el derecho a la libertad del imputado sea en términos de equilibrio.

Como **regla de tratamiento** del imputado: todos los derechos del imputado tienden a resguardar su persona y su dignidad, asegurándose su

calidad de sujeto de la investigación y no de objeto de la misma. El propósito es proteger la calidad jurídica del imputado respetando su derecho de “presunción de inocencia”, mientras no se pruebe su culpabilidad, abarcando todas las etapas del procedimiento, hasta la relación judicial que emite un juez.

Como presunción *iuris tantum*: en cuanto tal, la presunción de inocencia; determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, al gozar, entre tanto, de una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad, hasta que su conducta sea reprochada por la condena penal, apoyada en la acusación pública o privada, que aportando pruebas procesales logre su aceptación por el juez o tribunal, en creación a la presencia de hechos subsumibles en el tipo delictivo, haciendo responsable al sujeto pasivo del proceso. La presunción de inocencia, versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba, una presunción *iuris tantum* que exige, para ser desvirtuada, la existencia de un mínimo de actividad probatoria de carga producida con las debidas garantías procesales. Evidentemente, la prueba ha de servir para probar tanto la existencia del hecho punible como la participación en él del acusado.

La presunción de inocencia, como principio *in dubio pro reo*; el cual **interviene en el ámbito probatorio**, en el momento final de la valoración de la prueba involucrara un conflicto subjetivo que tiene efectos sobre el convencimiento del conjunto probatorio ofrecido por el inculpaado y acusador, donde el principio *in dubio pro reo* funda el supuesto de la absolución del inculpaado ante la duda razonable, haciendo valer en el momento procesal, el principio de la presunción de inocencia.¹⁴

¹⁴ **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Tomo II, México, 2014, p.p. 1021-1022.**

Por último en México, derivado de las reformas de junio de 2008 en materia penal el **principio de presunción de inocencia se encuentra plasmado en el artículo 20, apartado B, fracción I**, que a la letra dice:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación

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;

1.4.1. Concepto de Presunción de Inocencia.

Una vez revisado sus orígenes, la sucesión de éste en el tiempo y su naturaleza jurídica, procederé a dar una definición **legal** así como **jurisprudencial** del mismo a saber:

PRESUNCION DE INOCENCIA. I. “Derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito, a ser **considerada y tratada como inocente**, en tanto **no se establezca legalmente su culpabilidad.**”¹⁵

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: “La presunción, proviene del latín *praesumptio*, que a su vez es derivado de *praesumo*, la cual significa: tomar antes, tomar como cierto un hecho o una afirmación que es dudosa pero que

¹⁵ **Diccionario Jurídico Mexicano, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1994.**

tiene cierta verosimilitud gracias a la concurrencia de otros hechos, o afirmaciones que están probadas o son evidentes.

El término “**presunción de inocencia**”, concebido como **derecho y principio fundamental**, tiene su origen remoto en el Digesto, donde se estableció: *Nocetem absolvere satius est quam innocentem damnari*, es decir, es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente. La evolución del principio, permitió adoptarlo en la **Revolución Francesa**, con el **pensamiento penal ilustrado** contenido en la **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**, en el **artículo 13**, textualmente señala: “**Se presume que todo hombre es inocente hasta que es declarado culpable**”. De lo anterior se desprende que, la presunción de inocencia tiene por objeto, proteger y preservar la libertad de las personas, para hacer frente a un sistema penal inquisitivo.”¹⁶

Una vez dicho lo anterior, es dable citar las siguientes tesis jurisprudenciales a saber:

La primera tesis refiere en razón a que dicho principio está **consignado** expresamente en la **Constitución Política**, tras la reforma constitucional de Junio de 2008 a saber:

Registro IUS: 2000124

Localización: Décima Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3, p. 2917, aislada, Constitucional.

Número de tesis: 1a. I/2012 (10a.)

¹⁶ **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Tomo II, México, 2014, p. 1021.**

Rubro: **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO ESTÁ CONSIGNADO EXPRESAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, A PARTIR DE LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008.**

Texto: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado en diversos asuntos que el principio de presunción de inocencia es un derecho universal que se traduce en que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, lo que significa que la presunción de inocencia la conserva el inculpado durante la secuela procesal hasta que se dicte sentencia definitiva con base en el material probatorio existente en los autos. Por otra parte, el Tribunal en Pleno sustentó la tesis aislada P. XXXV/2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, agosto de 2002, página 14, con el rubro: "**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.**", en la que estableció que en la Ley Suprema, vigente en ese entonces, no estaba expresamente establecido el principio de presunción de inocencia, pero de la interpretación armónica y sistemática de sus artículos 14, segundo párrafo, 16, primer párrafo, 19, primer párrafo, 21, primer párrafo, y 102, apartado A, segundo párrafo, se advertía que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardaban implícitamente el diverso de presunción de inocencia. De ahí que el perfeccionamiento de la justicia penal en nuestro país ha incidido en que este principio se eleve expresamente a rango constitucional a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, para quedar ahora contenido en el **artículo 20, apartado B**, denominado: "**De los derechos de toda persona imputada**", que en su **fracción I**, establece: "**I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa**".

Precedentes: Amparo directo en revisión 2087/2011. 26 de octubre de 2011. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Jorge Antonio Medina Gaona.

Por lo que hace a la segunda tesis que cito, resulta interesante el texto pero, sobre todo el sentido que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dio, al referirse a este principio lo anterior, en razón a que éste principio constitucional es aplicable **exclusivamente** en el **procedimiento penal** a saber:

Registro IUS: 2002596

Localización: Décima Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 2, p. 1687, aislada, Constitucional, Penal.

Número de tesis: 2a. XC/2012 (10a.)

Rubro: **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, CONSTITUYE UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL APLICABLE EXCLUSIVAMENTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.**

Texto: El referido principio, previsto en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, constituye un derecho que la Ley Suprema reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. Así, este principio fue **concebido como un derecho exclusivo del proceso penal**, pues la sola lectura del citado precepto constitucional permite advertir que el objeto de su contenido es establecer la presunción de inocencia como un derecho

constitucional de los imputados dentro del proceso penal correspondiente, el cual, en términos del artículo 1o. del Código Federal de Procedimientos Penales, constituye un procedimiento reglamentado tendente a verificar si una conducta atribuida a una determinada persona ha de considerarse o no delito, prescribiéndole cierta consecuencia o sanción; es decir, el proceso penal se refiere a un conjunto de actos procesales orientados a la aplicación de la norma sustantiva (norma penal), donde se describen las conductas humanas que han de considerarse prohibidas por la ley (delitos) y sancionadas por los medios ahí precisados. Así, el procedimiento penal se estructura a partir de diferentes etapas procesales vinculadas entre sí en forma concatenada, de manera que una lleva a la siguiente en la medida en que en cada una de ellas obren elementos que, en un principio, evidencien la existencia de una conducta tipificada como delito, así como la probable responsabilidad del imputado y, posteriormente, se acredite, en su caso, dicha responsabilidad punible a través de las sanciones previstas en el Código Penal correspondiente.

Precedentes: Amparo en revisión 431/2012. 29 de agosto de 2012. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Eduardo Delgado Durán.

Nota: Esta tesis es objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 200/2013, pendiente de resolverse por el Pleno.

De lo anterior se advierte que, de acuerdo a la interpretación que de este principio da la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, primeramente que dentro del proceso penal la carga de la prueba la tiene obligadamente el que formula la acusación; se advierte además que, dicho principio ya reconocido constitucionalmente (Artículo 20, apartado B, párrafo primero) trasciende la esfera al debido proceso por lo que, su aplicación permite garantizar la protección de derechos fundamentales del acusado o imputado dentro del proceso que se le incua en su contra. Ahora bien, de la lectura del

citado artículo, se puede advertir el objetivo que este persigue, el cual, se puede decir que, es un derecho que tiene todo imputado dentro de un proceso penal.

CAPÍTULO II. MARCO LEGAL INTERNO DEL ARRAIGO.

2. Consideraciones Previas.

Antes de entrar al estudio del arraigo; deben de considerarse sus antecedentes. Comenzaré diciendo que esta figura se introdujo al sistema penal mexicano, con las reformas a los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal, en los años de 1983 y 1984 respectivamente. Fue en aquellos años una herramienta novedosa y muy solicitada por parte de la autoridad facultada para ello (**Ministerio Público**); éste, en los casos en que existiera riesgo fundado de que el inculpado se pudiera sustraer de la acción de la justicia, solicitaba al juez decretar el arraigo o bien, en los supuestos que la propia ley expresamente lo señalara, esto con el propósito de mantener al inculpado a disposición del Ministerio Público o del juez, con el objetivo de integrar exitosamente la averiguación previa, esta medida cautelar se podía solicitar tanto en la etapa prejudicial, esto es cuando el Ministerio Público en la etapa de averiguación previa la solicita al juez de la causa o dentro de la etapa judicial, es decir dentro del proceso penal en donde el juez que esté conociendo del caso, lo ordenaba a petición de una de las partes o lo decretaba de oficio por considerarlo estrictamente necesario o existieran indicios suficientes que justificaran el decretar dicha medida cautelar en contra del inculpado.

No obstante que en éste lapso de tiempo, en el que se ha venido aplicando el arraigo, la praxis, la experiencia y la diversidad de casos relacionados con la aplicación de esta figura, nos permite demostrar que el uso

de esta, por parte de las autoridades facultadas para solicitarla y en su caso decretarla, derivó en un abuso desmedido, violentando en la mayoría de los casos si no es que en todos, los derechos y garantías de los gobernados en nuestro país, permitiendo intimidación, tortura y malos tratos, así como incomunicación, por citar solo algunos, y pese a que existen precedentes del más Alto Tribunal, declarando inconstitucional a la figura del arraigo, el constituyente permanente constitucionalizó nuevamente el arraigo al incorporarlo en el párrafo octavo del artículo 16 de nuestra constitución política, dejando de tomar en cuenta la reforma en materia de derechos humanos suscrita y ratificada por nuestro país, concretamente a lo que se refiere en su artículo primero la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que es ya un mandato constitucional para los impartidores de justicia, lo que se traduciría en otras palabras, juzgar con perspectiva de derechos humanos.

2.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Artículo 16, Párrafo Octavo).

Antes de referirme al texto del artículo del que hace alusión el presente apartado, es conveniente revisar previamente la historia del artículo que nos ocupa haciendo énfasis, en lo previsto en su **adición** del año **1983** en virtud de ser cuando se **instituye por primera vez en la Constitución la figura del arraigo**, así como, la reforma que este artículo presentó (1999) previo a la reforma constitucional de Junio de 2008, para lo cual me remontaré a sus inicios a saber:

Es en la Constitución Política de 1857 así como, en la Constitución del 5 de Febrero de 1917 en donde encontramos sus orígenes, posteriormente es importante resaltar que tras las reformas en materia penal por el que se reformaron los Código de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal, este fue adicionado el 3 de Febrero de 1983, posteriormente este fue reformado el 3 de Septiembre de 1993, así pues fue nuevamente adicionado el 3 de Julio

de 1996, de nueva cuenta este fue reformado el 8 de Marzo de 1999, posteriormente volvió a ser reformado tras las reformas Constitucionales de 18 de Junio de 2008, sin embargo este artículo fue republicado en el Diario Oficial de la Federación el 1 de Junio de 2009 y mediante una fe de erratas el 25 del mismo mes y año.

De lo anterior puedo advertir que en lo que interesa, el texto del párrafo octavo no sufrió modificación alguna tras la republicación del artículo 16 Constitucional, en el Diario Oficial de la Federación el 1 de Junio de 2009.

Ahora bien, comenzaré citando el contenido del Artículo 16 Constitucional tras las reformas en materia penal y su adición en Febrero de 1983 a saber:

“Art. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos **urgentes**, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de **delitos** que se persiguen de **oficio**, podrá la **autoridad administrativa**, bajo su más estrecha responsabilidad, **decretar** la detención de un **acusado**, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que

únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.”¹⁷

Pasaré ahora a citar el artículo en comento como se presentaba antes de las reformas de Junio de 2008 el cual, fue adicionado quedando como sigue a saber:

ADICIONADO, D.O.F. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993

Sólo en casos **urgentes**, cuando se trate de **delito grave** así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el **Ministerio Público** podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su **detención**, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

De lo anterior se puede advertir que el presente artículo ha presentado diversas reformas o adiciones. Ahora bien, como sabemos, tras las reformas en materia penal del 18 de Junio del 2008, encontramos inserta en nuestra Constitución Política la figura del arraigo concretamente en el artículo 16, párrafo octavo, el cual quedó como sigue:

¹⁷ **La Constitución y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación**, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013.

Artículo 16, párrafo octavo: “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.**”

2.2. El Arraigo en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Tratándose del **Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal**, la figura del **arraigo domiciliario** la encontramos en el **artículo 271**, que a la letra señala lo siguiente:

En las averiguaciones previas por delitos que sean de la competencia de los juzgados de paz en materia penal o siendo de los juzgados penales cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión el **probable responsable** no será privado de su libertad en los lugares ordinarios de detención y **podrá ser detenido con control judicial en su domicilio**, con la facultad de trasladarse al lugar de su trabajo, si concurrieren las circunstancias siguientes:

I.- Proteste presentarse ante el Ministerio Público que tramite la averiguación, cuando éste lo disponga;

II.- No existan datos de que pretenda sustraerse a la acción de la justicia;

III.- Realice convenio con el ofendido o sus causahabientes, ante el Ministerio Público de la forma en que reparará el daño causado, en su caso, cuando no se convenga sobre el monto, el Ministerio Público con base en una estimación de los daños causados, en la inspección ministerial que practique, en las versiones de los sujetos relacionados con los hechos y en los demás elementos de prueba de que disponga, determinará dicho monto;

IV.- Que tratándose de delitos por imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, el presunto responsable no hubiese abandonado al lesionado, ni participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas;

V.- Que alguna persona, a criterio del agente investigador del Ministerio Público, fundado en los datos que recabe al respecto, se comprometa, bajo protesta, a presentar al **probable responsable** cuando así se resuelva;

N. DE E. EN RELACIÓN CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA PRESENTE FRACCIÓN, VÉASE TRANSITORIO SEGUNDO DEL DECRETO QUE MODIFICA EL CÓDIGO.

(REFORMADA, G.O. 13 DE SEPTIEMBRE DE 2013)

VI. En caso de que el **indiciado** o la persona a quien se refiere la fracción anterior, desobedecieren sin justa causa las órdenes que dicte el Ministerio Público, la averiguación previa será consignada en su caso, solicitando al juez competente la orden de aprehensión o de comparecencia en su contra, según corresponda.

N. DE E. EN RELACIÓN CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA PRESENTE FRACCIÓN, VÉASE TRANSITORIO SEGUNDO DEL DECRETO QUE MODIFICA EL CÓDIGO.

VII. (DEROGADA, G.O. 13 DE SEPTIEMBRE DE 2013)

2.2.1. Efectos y Consecuencias de su Aplicación en el Ámbito Local.

Al respecto, puedo decir que el artículo 271, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no tiene una justificación lógica-jurídica, ya que en primera instancia el arraigar a una persona en su domicilio, aún en las condiciones que expresamente marca la ley, no se ajustan a los parámetros internacionales en materia de Derechos Humanos en los que el estado mexicano está obligado a observar, cumplir y garantizar, puesto que ha suscrito y ratificado un sinnúmero de tratados con organismos internacionales de los que el estado mexicano es parte. Además de que de la redacción del artículo en comento se desprende que, hace referencia en sus primeras líneas a la figuras del **presunto responsable**, o del **indiciado** en el caso de la fracción VI, lo que nos permite afirmar que no se tiene demostrado plenamente por parte de la autoridad facultada para ejercitar la acción penal (ministerio público), la responsabilidad por parte de las figuras antes señaladas en la participación de la comisión de un delito, sin embargo y tratándose de los delitos descritos en la hipótesis normativa antes citada, esto es delitos no graves, la aplicación de esta figura resulta en atención a su temporalidad, excesiva en razón al tiempo prolongado de detención que sufre una persona, en contraste con otros mecanismos en los que su temporalidad es mucho menor, pues se reduce a unas horas como es, el sistema ordinario de restricción a la libertad, esto es en casos de (urgencia, flagrancia, orden de aprehensión), cuyas reglas permitirían de igual forma asegurar la presencia del inculpado ante la autoridad ministerial (ministerio público) a nivel de averiguación previa o ante el juez durante la sustanciación del proceso penal.

Al respecto del citado artículo José Luis Embris Vázquez nos dice en su libro intitulado Arraigo y Prisión Preventiva textualmente lo siguiente:

“La existencia de este tipo de arraigos, como se mencionó con anterioridad, no encuentra una justificación lógica, sobre todo si no se pierde de vista que existen otras medidas cautelares que se pueden adoptar para asegurar la presencia del inculpado, como la **exhibición de una garantía suficiente para garantizar las obligaciones** que contrae en razón del proceso, las posibles multas y la posible **reparación del daño.**”¹⁸

Al respecto de esta figura refiriéndose al arraigo domiciliario continúa diciendo el autor en su libro, tratándose de delitos graves:

“...en tanto entra en vigor la reforma constitucional citada en supra líneas, el artículo 11 transitorio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, faculta a los ministerios públicos, la posibilidad de solicitar el arraigo domiciliario cuando se trate de delitos graves.”¹⁹

Especial atención merece lo dicho por el autor en la anterior cita dado que, el artículo **décimo primero transitorio** de la mencionada reforma ha creado mucha **confusión**, esto en razón de la facultad que se le está dando al ministerio público para solicitar al juez decretar el arraigo de una persona en caso de delitos graves hasta por un plazo de 40 días, en tanto entra en vigor el nuevo sistema de justicia penal acusatorio, al respecto el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el **amparo en revisión 546/2012**, trató esta problemática que se ha venido presentando y en la que no llegó a pronunciarse sobre el particular sin embargo, en la sentencia se formularon por parte de los ministros 2 votos particulares y 1 voto concurrente refiriéndose al artículo décimo primero transitorio de la citada reforma, los cuales se analizarán más adelante de manera puntual en los apartados especialmente designados para tal efecto.

¹⁸ **EMBRIS VÁZQUEZ, José Luis, Arraigo y Prisión Preventiva, Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Formularios, Flores Editor y Distribuidor, S.A de C.V., Copy Right, 2010.p 28.**

¹⁹ **Ibid, p. 28.**

La praxis ha demostrado que el arraigar a una persona en su domicilio, implica una gran complejidad, esto en razón de que si cuenta o no, con un domicilio fijo, en cuyo caso toma especial relevancia las casas de seguridad que para tal efecto destinan ex profeso, las Procuradurías de los estados o la Procuraduría General de la República, las cuales encuentran justificación ante el alto riesgo en algunos caso de que se fugue el arraigado, con el objeto de mantenerlo bajo vigilancia y a disposición del Ministerio Público o del juez en tanto se integra la averiguación previa correspondiente y en su caso sea consignado ante un juez competente. El ejemplo más claro de estas casas de seguridad es, el Centro Nacional de Arraigo.

Por lo que hace a la operación del Centro Nacional de Arraigo, Castillo García Gustavo, nos dice lo siguiente:

“Instituido en 2003 durante la gestión de Rafael Macedo de la Concha en el entonces hotel Central Park, en la colonia Doctores del Distrito Federal, se transformó en el lugar en que los detenidos por la PGR pasarán sus días antes de ser consignados o liberados, una vez que concluya el plazo de arraigo dictado por el Juez. Con esa medida se terminó con el uso de las casas incautadas a narcotraficantes para mantener bajo arraigo a los detenidos sujetos a investigación. En apariencia, durante cinco años fue un órgano modelo donde los detenidos no tenían canonjías, sin embargo en los últimos meses se descubrieron casos de corrupción de los agentes federales asignados en el inmueble, de ahí que ahora la Marina Nacional se encargue de su vigilancia.”²⁰

De lo anterior podemos colegir que los efectos derivados de la aplicación de esta figura por parte de las autoridades facultadas para ello a nivel

²⁰ **CASTILLO GARCÍA, Gustavo, “Mas Vigilancia en el Centro de Arraigo”, en la Jornada, 31 de Mayo de 2009.**

local, antes y después de la reforma se traducen en diversas afectaciones entre las que destacan, detenciones arbitrarias, abusos de autoridad, intimidación, tortura, incomunicación, por citar solo algunas, lo que es a todas luces violatorio de los derechos humanos del **presunto responsable** o del **indiciado**, trayendo como consecuencia un ineficaz sistema de justicia penal así como informes por parte del comité de las Naciones Unidas especializado en tortura y otros tratos en los que el Estado mexicano ha resultado con una mala calificación, lo que compromete el estado de derecho, dentro de un estado democrático y garante de los derechos humanos.

2.3. El Arraigo en el Código Federal de Procedimientos Penales.

En el caso del **Código Federal de Procedimientos Penales**, le es aplicable el precepto normativo que a continuación se cita:

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

Artículo 133 Ter.- La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, imponer las **medidas cautelares** a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando estas medidas sean necesarias para evitar que el sujeto se sustraiga a la acción de la justicia; la destrucción, alteración u ocultamiento de pruebas, la intimidación, amenaza o influencia a los testigos del hecho a fin de asegurar el éxito de la investigación o para protección de personas o bienes jurídicos.

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

El cumplimiento a la **prohibición de abandonar una demarcación geográfica** podrá ser **vigilado de manera personal o a través de cualquier medio tecnológico**.

El afectado podrá solicitar que las medidas cautelares queden **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.

Ahora, en razón a su temporalidad, es decir al tiempo en que una persona permanece privada de su libertad y de acuerdo a lo establecido en el numeral al que se hace referencia (artículo 133.-Bis) no es muy claro, pues este refiere al tiempo estrictamente necesario el cual se puede prolongar hasta un máximo de 40 días; lo que al respecto el artículo 205 del Código Federal de Procedimientos Penales marca como una limitante a saber:

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

averiguación previa o bien en el proceso por el término constitucional en que este deba resolverse.

Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido. El cumplimiento a la prohibición de abandonar una demarcación geográfica podrá ser vigilado de manera personal o a través de **cualquier medio tecnológico**.

El afectado podrá solicitar que las medidas cautelares queden 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.

2.3.1. Efectos y Consecuencias de su Aplicación en el Ámbito Federal.

De la lectura anterior se desprende que en el caso de los supuestos de los que hacen mención los numerales 133-bis y 205 ambos del Código Federal de Procedimientos Penales, en donde la ley faculta a la autoridad ministerial a solicitar al juez el arraigo de una persona (**indiciado**) o en el caso particular del artículo 205 del citado ordenamiento lo decreta de oficio el juez bajo los supuestos que el propio numeral señala, me permite afirmar que dicha medida esta violentando los derechos del indiciado, pues dicho término **presume** que solo existen **indicios** que, en el caso, no son suficientes en el momento de decretar el arraigo ni permiten demostrar plenamente la participación en la comisión de un delito, es decir no son suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, lo que es a todas luces violatorio de las garantías y derechos humanos del indiciado.

Al respecto del artículo que le antecede, el **artículo 133-Ter**, impone medidas cautelares las cuales, pueden ser decretadas por parte del juez que esté conociendo del asunto a solicitud del ministerio público, dichas medidas a

diferencia de lo que establecen los artículos (133-bis y 205), desde mi particular punto de vista, son más eficaces dado que, en primera instancia evitan que el sujeto en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal se sustraiga de la acción de la justicia, evita que éste entorpezca la investigación, la alteración o desvanecimiento de pruebas, protege a la víctima, los testigos o bienes así como, la limitación a abandonar una demarcación, propone incluso ser vigilado de manera personal o a través de un medio tecnológico con el fin, de que esté a disposición del Ministerio Público o del juez en tanto se integra la averiguación previa, lo que en principio y contrario a lo que establece el numeral antes citado, sería menos violatorio de garantías y derechos humanos del presunto responsable, pero es de destacar que estas disposiciones no satisfacen plenamente, ni son suficientes, además de que comprometen el estado de derecho, por lo que se debe de legislar para adecuarlas a las exigencias y a los estándares internacionales que imperan en la actualidad.

2.4. La Reforma Constitucional en Materia Penal.

La citada reforma surgió como resultado de la necesidad de modificar el sistema de justicia penal en México, así como en atención a los compromisos adquiridos con Organismos Internacionales, reconociendo el derecho a la justicia y al debido proceso, y privilegiando por primera vez el **principio de presunción de inocencia** siendo este último, la **base del proceso penal (Artículo 20, apartado B, fracción primera)**; la necesidad de transitar de un sistema de corte inquisitorio, caracterizado por ser ineficiente y propiciar la corrupción e impunidad, y en donde no se respetaban las garantías judiciales ni se daba una verdadera protección judicial a las partes, tal como lo señalan, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de los cuales abundaré más adelante, implica sin duda un verdadero reto para el Estado mexicano. Con el propósito de establecer un **“sistema más garante e incluyente, es que se incorporó de manera transversal durante todo el proceso el respeto y garantía a los derechos humanos”**, es decir, en un

pleno respeto a los derechos del imputado así como de la víctima u ofendido (artículo 20, apartados B y C de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), **el proceso se regirá bajo los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación** (artículo 20, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) dentro de un sistema de justicia de corte acusatorio y oral.

Esta reforma se publicó el 18 de Junio del 2008 en el Diario Oficial de la Federación, mediante decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73, la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dicha reforma no solo representó un parteaguas en la procuración e impartición de justicia en nuestro país, también conllevó una verdadera transformación para todas las instituciones involucradas en el tema así como, para todos los actores e impartidores de justicia en nuestro país.

Dentro de los **artículos transitorios segundo y tercero del presente decreto, se establecieron los lineamientos temporales (*vacatio legis*)** en tanto, entra en función en todo el país el nuevo sistema de justicia penal, el cual no excederá de un plazo de **ocho años** a partir de la publicación y entrada en vigor del presente decreto. En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el nuevo sistema de justicia procesal penal acusatorio y oral en todo el país.

Como parte de las reformas de junio de 2008, es que se publica en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Marzo de 2014 el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, cuya vigencia y entrada en vigor se encuentran en

el artículo segundo transitorio, del decreto de fecha y año antes citado, cuyas disposiciones son de orden público y de observancia general en toda la república mexicana.

2.5. El Nuevo Sistema Penal Acusatorio.

Este nuevo sistema reviste una serie de **principios y objetivos** plasmados en el **artículo 20, primer párrafo de la Constitución Política**. Dentro de los objetivos que persigue el sistema penal acusatorio encontramos, 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, está compuesto de 5 etapas, en donde las funciones de la acusación y enjuiciamiento se encuentran completamente separadas, lo que en suma representa un gran avance tanto en la procuración e impartición de justicia así como también en los derechos a favor tanto del imputado como de la víctima u ofendido. Ahora bien, por lo que hace a la principal diferencia que encontramos entre el actual sistema inquisitorio y el nuevo sistema penal acusatorio es que: en el actual sistema las actuaciones del Ministerio Público tiene pleno valor probatorio dentro del juicio; lo que no sucede en el nuevo sistema penal acusatorio en donde, el Ministerio Público tiene que desahogar las pruebas y demostrar su acusación ante el juez el cual, deberá de conducirse de manera imparcial y deberá en todo momento escuchar a las partes en igualdad de circunstancias.

2.5.1. Principios que Rigen al Sistema Penal Acusatorio.

Por lo que hace a este apartado, pasaré a describir los principios que persigue el Nuevo Sistema Penal Acusatorio y oral; en este orden de ideas tenemos:

A) Principio de Oralidad: dentro de este principio instrumental encontramos que las partes intervinientes están obligadas a estar presentes en todas las audiencias es decir, durante todo el proceso penal así como, al juez a recibir directamente la versión de los hechos y las pruebas ofrecidas por las partes así mismo permite formular alegatos y a debatir en forma directa y oral, este principio es fundamental y constituye la base para aplicar los demás principios que rigen el sistema en comento.

Al respecto el artículo 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en lo que nos interesa lo siguiente: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial” y en su artículo 14.3.e. señala que “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo” lo que solo se puede dar de **forma oral**.

El comité de Derechos Humanos ha señalado que “En principio, todos los juicios en casos penales o casos conexos de carácter civil deberían de llevarse de forma **oral** y públicamente”. También indica que “para satisfacer los derechos de la defensa garantizados en el párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, todo juicio penal debe proporcionar al acusado el derecho a una audiencia oral, en la que se le permita comparecer en persona o a través de representante legal y donde pueda presentar las pruebas que estime pertinentes e interrogar a los testigos.

B) Principio de Publicidad: este principio implica que todo juicio debe ser público es decir, se podrá permitir el acceso al público e incluso, a los medios de comunicación salvo en los casos donde, se ponga en riesgo a la víctima u ofendido o se trate de un caso en donde esté involucrado un menor de

edad o en aquellos en que el juez así lo determine por razones de orden y de seguridad, en otras palabras, implica que se le dé la máxima publicidad posible durante las audiencias, pues asegura la transparencia en las actuaciones que promuevan las partes dentro del proceso penal dando así, certeza jurídica. Este derecho está plasmado en la constitución política en su artículo 20, en el apartado que establece los derechos del inculcado (apartado B, fracción V), este principio está reconocido por diversos instrumentos internacionales como son: el Comité de Derechos Humanos que refiere lo siguiente: “En principio, todos los juicios en casos penales o en casos conexos de carácter civil deberían llevarse a cabo oral y públicamente. La publicidad de las audiencias asegura la transparencia de las actuaciones y constituye así una importante garantía que va en interés de la persona y de la sociedad en su conjunto. Los tribunales deben facilitar al público información acerca de la fecha y el lugar de la vista oral y disponer medios adecuados para la asistencia de los miembros interesados del público, dentro de límites razonables, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el posible interés público por el caso, y la duración de la vista oral. El derecho a ser oído públicamente no se aplica necesariamente a todos los procedimientos de apelación, que pueden realizarse sobre la base de presentaciones escritas, ni a las decisiones anteriores al juicio que adopten los fiscales u otras autoridades públicas”, a este respecto, considero acertado lo dicho por el Comité de Derechos Humanos en el sentido de que, en la mayoría de los juicios las audiencias deben de ser públicas salvo aquellas que a criterio del juez o por la naturaleza de los asuntos que en ella se estén resolviendo implique una limitación a este derecho, así como en los asuntos en donde estén involucrados menores, la presentación de los testigos y de las pruebas que en su oportunidad se deban de desahogar, lo anterior en razón de que se requiere dar seguridad a las partes que interviene en el proceso y con el fin de no entorpecer y darle celeridad al procedimiento. En este mismo sentido hace referencia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.1. el cual dice: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las

debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional, en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

C) Principio de Contradicción: este principio implica dar las mismas oportunidades a las partes dentro del juicio, es decir, en igualdad de circunstancias las partes podrán exponer sus pretensiones, y a su vez pueden contradecir lo dicho por la contraparte, exponer sus razones, ofrecer pruebas, oponer sus excepciones y defensas. Aquí el juez deberá observar y garantizar que en todo momento se cumpla con lo establecido en este principio.

D) Principio de Concentración: este principio implica un mayor acercamiento y concentración por parte del juez respecto del caso que este conociendo, lo que permite percibir de manera directa todos los argumentos, las pruebas ofrecidas por las partes, conocer de manera directa los hechos, formarse un juicio que le permitan dictar una sentencia más apegada a la realidad y apegada a derecho, sin que el juez distraiga su atención en otros asuntos.

E) Principio de Continuidad: este principio implica que exista una continuidad dentro del proceso, en particular de las audiencias ya que permite que en un periodo más corto éstas se desahoguen pese a que, en algunos

casos y dada la naturaleza de las mismas implique que, se celebre en diferentes sesiones, lo que permite al juez tener lo más fresco en la memoria los debates, las pruebas ofrecidas por las partes, los testimonios, etc.; lo que permite al juez dar un mejor fallo.

F) Principio de Inmediación: en la inmediación tanto el juzgador como las partes están presentes durante toda la sustanciación del juicio, esto con el fin de eliminar la figura del intermediario, lo que permite ahora al juzgador tener un contacto más inmediato y directo con las partes al momento en que las partes ofrezcan sus prueba, privilegiando la oralidad, dicho de otra manera, este principio permite al juez percibir directamente lo dicho por las partes y tener un mayor conocimiento de los hechos, lo que le permite pronunciar en su momento un fallo más apegado a la verdad jurídica.

En suma, los principios antes referidos permiten tanto al juzgador como a las partes, tener un contacto más **directo** a lo largo de todo el proceso eliminando así la figura del intermediario, lo que se traduce en una economía procesal y celeridad dentro del proceso así como también, en una mayor certeza jurídica dentro del proceso penal, privilegiando como se ha dicho en todo momento dentro del proceso el principio de oralidad.

2.5.2. Etapas del Sistema Penal Acusatorio.

Son cinco las etapas que componen el nuevo sistema penal acusatorio y oral en México, las cuales describiré en atención al orden que presentan dentro del proceso penal, pero abundaré más sobre las tres primeras etapas, en virtud del tema central que nos ocupa (**el arraigo**) dado que en estas, es donde se puede decretar dicha medida cautelar en estudio y se presentan las mayores violaciones a los Derechos Humanos tanto al imputado como a la víctima u ofendido a saber:

A) Etapa preliminar o de investigación: esta primera etapa está dividida en tres; **I)** la investigación **sin** plazo judicial previa a realizar la imputación, **II)** la audiencia **inicial** en donde la persona imputada puede defenderse ante el Juez de control, **III)** la etapa de investigación **judicializada** en donde el Juez de control fija el tiempo estrictamente necesario para la investigación de los delitos y se formule la acusación del imputado.

I) La investigación sin plazo judicial: dentro de esta etapa se procede a la investigación de los hechos, a la recuperación y acopio de evidencias y testimonios, se realizan actuaciones judiciales, se pueden llevar a cabo detenciones en flagrancia y librarse órdenes de aprehensión, la duración de esta etapa obedece a lo siguiente; con detenido 48 horas como máximo, sin detenido hasta que prescriba el delito.

En esta etapa el papel del Ministerio Público está encaminado a orientar y planificar la investigación de los delitos, asegura los elementos materiales de prueba, velar por la protección de la víctima u ofendido así como de los testigos, ordena a la policía ministerial realizar actos de investigación, descubre los elementos de prueba, en los casos en que se requiera solicitar al Juez de Garantía la realización de la prueba anticipada, determinará en los casos que así lo amerite el archivo temporal, el no ejercicio de la acción penal o determinar aplicar los criterios de oportunidad, en caso de contar con los elementos de prueba formulará la acusación, hacer saber a la persona privada de su libertad sus derechos, da las garantías de integridad física a la persona privada de su libertad, le da a conocer las razones de su detención, garantizar a la persona privada de su libertad la comunicación con su abogado de forma confidencial, garantizar el acceso a un intérprete en caso de ser necesario, en su caso lo presenta ante el Juez de la causa sin demora alguna, garantiza el acceso a un médico desde el momento de su presentación, asegura el registro adecuado de las personas privadas de su libertad y la cadena de custodia.

En el caso de la policía, esta recaba la información y rinde un informe al Ministerio Público, así como de la investigación de los hechos, asegura la conservación y la cadena de custodia de las evidencias, recaba testimonios, en su caso realiza detenciones en flagrancia en términos de ley, lleva a cabo las órdenes de aprehensión en los casos en que las solicite el Ministerio Público, presta auxilio a las víctimas o dar protección a los testigos.

Dentro de esta etapa, la defensa del imputado tiene derecho a impugnar la detención, a impugnar las resoluciones emitidas por el Ministerio Público, solicitar que se realicen pruebas así como, a aportar evidencia cuando las tenga.

Por lo que hace a los derechos de la víctima u ofendido, esta tiene derecho a presentar la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público, a aportar evidencias cuando las tenga, a impugnar las resoluciones emitidas por el Ministerio Público, así como solicitar que se realicen pruebas.

En esta etapa el Juez, emite en su caso órdenes de aprehensión, resuelve las impugnaciones de la defensa y de las víctimas, desahoga en su caso las pruebas anticipadas, da control a los actos de investigación que requieran control judicial (cateos, inspecciones de personas o vehículos, aseguramiento de objetos o documentos de prueba, exhumación de cadáveres, ordena la reconstrucción de los hechos, etc).

II) Audiencia Inicial: en esta existe un **control de la detención**, una formulación formal de la imputación, puede o no haber una declaración voluntaria por parte del imputado, hay una vinculación a proceso, se pueden solicitar medidas cautelares, existe un plazo para la investigación, el plazo contemplado para la defensa del imputado podrá ampliarse a solicitud del imputado.

En esta etapa el **Ministerio Público** tendrá que justificar la detención del imputado, deberá formular formalmente la imputación, así como justificar el acto de vinculación a proceso, podrá solicitar al **Juez de Control** las **medidas cautelares**, solicitar el plazo para el cierre de la investigación, puede en su caso solicitar al Juez la aplicación del Procedimiento Abreviado.

Por lo que hace al papel de la defensa de la persona imputada dentro de esta etapa, la defensa tiene derecho a plantear las circunstancias de la detención, así como a que se le precise y aclare los motivos de la detención, a fijar una postura respecto a si rinde o no la declaración preparatoria, a alegar sobre la vinculación a proceso, a fijar su postura respecto de las medidas cautelares solicitadas por el Ministerio Público, a solicitar un plazo razonable para el cierre de la investigación. En el caso de la víctima, esta tiene derecho dentro de esta etapa a coadyuvar en la investigación así como, a apelar la resolución del Juez.

En el caso del Juez, este lleva el control de los supuestos de la detención así como, del plazo relativo a la detención, del trato del detenido y del deber de informar de las razones de su detención, así como del estado que guarda la investigación y de **informar de sus derechos al imputado**, en los casos que resulte procedente podrá ordenar la liberación del imputado cuando la detención haya sido ilegal así como, dar vista al Ministerio Público en casos en que exista tortura o malos tratos, asimismo, el Juez deberá garantizar al imputado su derecho a ser asistido por un abogado, a respetar el derecho del imputado de rendir o no voluntariamente su declaración o a guardar silencio si así lo decide, a su vez deberá garantizar a la persona imputada el tiempo estrictamente necesario para preparar su defensa, así mismo podrá decidir sobre la vinculación a proceso del imputado así como, determinar la aplicación de medidas cautelares después de haber escuchado al Ministerio Público y a la defensa, además de establecer un plazo para el cierre de la investigación.

III) Investigación judicializada: en esta etapa, tanto el Ministerio Público como la defensa se dan a la tarea de investigar los hechos, dicha investigación tendrá un plazo fijado por el Juez el cual será el más breve posible en el caso de que el imputado esté privado de su libertad a menos que la defensa solicite un plazo mayor para preparar su defensa,

Aquí el Ministerio Público orientará y planificará la investigación con el fin de darle celeridad a la investigación, asegurará los elementos materiales de prueba, velará y dará protección tanto a las víctimas como a los testigos del caso, ordenará a la policía ministerial realizar actos de investigación con el fin de descubrir los elementos de prueba, solicitar al Juez de Garantía si así lo decide la realización de la prueba anticipada, hará valer los criterios de oportunidad, en casos necesarios, podrá realizar actos de investigación bajo control judicial esto es cateos, inspecciones de personas o vehículos, aseguramiento de objetos o documentos, exhumación de cadáveres, reconstrucción de los hechos, así como dar por terminada la investigación.

Por lo que hace a la policía, esta recabará información, investigará los hechos bajo la dirección del Ministerio Público, asegurará la conservación y la cadena de custodia de las evidencias, recabará testimonios, cuando así se requiera para el éxito de la investigación podrá realizar detenciones en flagrancia en términos de ley, podrá ejecutar las órdenes de aprehensión en caso necesario, prestará auxilio a las víctimas así como a los testigos del caso.

Tratándose de la defensa del imputado, esta tendrá acceso siempre a la investigación, podrá en su caso si así lo estima necesario solicitar la realización de diligencias, podrá investigar por cuenta propia, tendrá acceso a peritos. En el caso de la víctima, este podrá aportar evidencias cuando las tenga, podrá en su caso solicitar pruebas e impugnar resoluciones del Ministerio Público.

En esta etapa el Juez, resolverá las impugnaciones tanto de la defensa como de las víctimas, desahogará las pruebas anticipadas, tendrá control de los actos de investigación que requieran control judicial.

B) Etapa intermedia o de preparación de juicio oral: Dentro de esta etapa el Juez de Control depurará las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público, la defensa del imputado así como de la víctima u ofendido, acto seguido las partes preparan las pruebas que en el momento procesal oportuno ofrecerán ante el Juez de juicios orales en la siguiente etapa (juicio oral) es decir, ante un nuevo Juez que por primera vez conocerá y escuchará de manera directa a las partes y tendrá conocimiento de los hechos del caso, lo que permite tener un contacto más directo e inmediato con todos los involucrados, es decir, entre las partes evitando así posibles actos de corrupción, dando así una certeza jurídica.

Dentro de esta etapa encontramos que en algunos casos y en atención a la naturaleza de los delitos de que se trate, se puede dar por terminada de manera anticipada esta etapa y por ende decretar el cierre del proceso, puede dictarse resolución de incidentes, puede darse una revisión de pruebas, puede dictarse acuerdos probatorios, puede decretarse la suspensión del proceso a prueba, puede el Juez de Control optar por aplicar criterios de oportunidad, dictar acuerdo reparatorio, puede optar si así lo considera necesario por el procedimiento abreviado o puede decretar el auto de apertura a juicio oral.

En esta etapa el **Ministerio Público** ofrece los medios de prueba, solicita la pena y, en los casos que estime necesario **solicita al Juez de Control decreta medidas cautelares** o puede solicitar el procedimiento abreviado, puede ofrecer pruebas para acreditar el daño a la víctima u ofendido y en su momento solicitar la reparación del daño, puede formular observaciones y planteamientos en relación a las pruebas que en su momento fueron ofrecidas por la defensa, se puede oponer a la prueba ilícita presentada por la defensa.

En lo que tiene que ver con la defensa del imputado, este puede exponer argumentos de defensa y señalar los medios de prueba que se producirán en la audiencia de debate, puede realizar observaciones a la acusación y en su caso su corrección, puede también formular observaciones y planteamientos en relación a las pruebas ofrecidas por la contraparte así como también oponerse a la prueba ilícita presentada por el Ministerio Público.

Por lo que hace a la víctima este es coadyuvante en la investigación, puede realizar observaciones a la acusación y requerir incluso su corrección, puede ofrecer pruebas que considere necesarias para complementar la acusación, puede cuantificar el monte de los daños y perjuicios, puede impugnar resoluciones del Ministerio Público.

En el caso del Juez, deberá citar a las partes una vez presentada la acusación, tendrá el control de la validez y pertinencia ofrecida por las partes incluida la exclusión de la prueba ilícita, tendrá el control respecto de la congruencia entre el auto de vinculación a proceso y la acusación, resolverá las incidencias que se presenten previas al juicio, autorizará en su caso los acuerdos probatorios entre las partes, tendrá el control judicial de la acusación y revisará si está debidamente fundada, corregir en su caso vicios formales de la acusación, excluye en su caso la prueba ilícita, notoriamente improcedentes y dilatorias, garantizará que la persona imputada sea escuchada al momento de ser formalmente acusada, podrá desestimar el caso cuando no hay méritos, resuelve respecto de la apertura a juicio oral, determina el Tribunal competente para el juicio oral, las acusaciones objeto del juicio oral, los hechos y las pruebas acreditadas que deberán en su momento ventilarse ante el Juez en el juicio oral.

C) Etapa de juicio oral: dentro de este las partes formularán los alegatos, se hará la recepción de las pruebas que se determinaron en la etapa

intermedia, se escucharán los alegatos de clausura, se abrirá la audiencia, podrá haber individualización de la pena y de reparación del daño, se dictará en su momento la sentencia.

En esta etapa el **Ministerio Público** presentará los alegatos de apertura, deberá desahogar las pruebas y podrá contradecir las pruebas ofrecidas por la defensa, formulará los alegatos de clausura, solicitará que se decrete la pena al imputado y de proceder la reparación del daño a favor de la víctima u ofendido, **solicitará** al Juez decrete **medidas cautelares**.

Por lo que hace a la defensa, esta formulará los alegatos de apertura, desahogará las pruebas y podrá contradecir las ofrecidas por el Ministerio Público, formulará los alegatos de clausura, podrá declarar si así lo desea, podrá impugnar resoluciones del Tribunal que este conociendo del asunto.

En el caso de la víctima, esta puede demandar la reparación del daño, constituirse como coadyuvante en la investigación, impugnar resoluciones del Ministerio Público, apelar decisiones del Tribunal que este conociendo del asunto.

En lo que tiene que ver con el Tribunal que esté conociendo del asunto, este fungirá como árbitro entre las partes, tendrá el control de los tiempos, substanciación y conducta de las partes, este escuchará por primera vez y de manera directa los hechos y las pruebas presentadas por las partes, se asegurara que se cumpla con la legalidad, la agilidad y la economías procesal, deberá resolver las impugnaciones presentadas por las partes, vigilará que solo se presenten las pruebas acreditadas en la etapa intermedia, este garantizará que la audiencia se realice de forma contradictoria, en su momento deliberará y emitirá una sentencia así como determinará la reparación del daño, resolverá sobre las medidas cautelares solicitadas en su momento por el Ministerio Público.

Una vez abundado sobre las tres primeras etapas que componen el nuevo sistema procesal penal mexicano, puedo decir que, de lo anterior se advierte una institución muy importante dentro del proceso penal, el **Ministerio Público** el cual es parte en el proceso.

Ahora bien, en razón a la función que esta institución desempeña dentro del proceso penal, es conveniente primeramente dar un concepto general de esta, así como de su naturaleza para posteriormente revisar sus orígenes y ubicarnos en el contexto que esta ocupa tras las reformas al Nuevo Sistema de Justicia Penal, por lo que merece citar puntualmente lo siguiente:

En lo que se refiere a esta importante figura (Ministerio Público) dentro del proceso penal, empezaré primeramente dando un concepto general de este, así como, de su naturaleza a saber:

Al respecto, Guillermo Colín Sánchez en su libro “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales” nos da el siguiente concepto:

“El Ministerio Público, es una función del Estado, que ejerce por conducto del Procurador de Justicia, y busca la aplicación de las normas jurídicas emitidas por el propio Estado para la persecución de los presuntos delincuentes y en los demás previstos en aquéllas en las que expresamente se determina su intervención a los casos concretos.”²¹

Por lo que hace a la naturaleza del Ministerio Público, el mismo autor nos dice desde un punto de vista doctrinario:

²¹ **COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, vigésima edición, Porrúa, México, 2010, p. 103.**

“...se le ha considerado: a) Como representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales; b) Como órgano administrativo que actúa con el carácter de “parte”; c) Como órgano judicial, y d) Como colaborador de la función jurisdiccional.

a) *Como Representante de la Sociedades el Ejercicio de las Acciones Penales.*- Para fundamentar la representación social, atribuida al Ministerio Público en el ejercicio de las acciones penales, se toma como punto de partida el hecho de que el Estado, al instituir la autoridad, le otorga el derecho para ejercer la tutela jurídica general, para que de esta manera persiga jurídicamente a quien atente contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad.

b) *Como un “Subórgano” Administrativo que Actúa con el Carácter de “Parte”.*- El Ministerio Público, es un órgano administrativo, afirman no pocos autores, fundamentalmente, en la doctrina italiana, la cual se ha dividido; mientras algunos le consideran como “órganos administrativo”, otros afirman “es un órgano judicial”.

c) *Como Subórgano Judicial.*- La doctrina más reciente, encabezada por Giuseppe Sabanita y Giuliano Vassalli, se inclina a otorgar al Ministerio Público el carácter de órgano jurisdiccional o de órgano perteneciente a la judicatura. Sostiene que no puede ser un órgano administrativo, sino más bien, de carácter judicial. Para eso, adoptan la postura de Santi Romano, el cual distingue la potestad fundamental del Estado dentro de las tres funciones comúnmente admitidas: legislativa, ejecutiva o administrativa y judicial.

d) *Como Colaborador de la Función Jurisdiccional.*- No falta quienes identifican al personal del Ministerio Público como auxiliares o colaboradores de la función judicial, debido a las actividades que realizan a través de la escuela

procedimental, ya que, todos sus actos van encaminados a lograr un fin último: la aplicación de la ley, al caso concreto.”²²

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los orígenes o raíces del Ministerio Público en México, Sergio García Ramírez en su libro “Prontuario del Proceso Penal Mexicano” refiere lo siguiente:

“En nuestro país, el Ministerio Público, que sic! tiene su origen remoto en diversos funcionarios encargados de la pesquisa y la averiguación de los delitos, constituye una pieza fundamental del procedimiento penal. Se suele afirmar que toma sus raíces en elementos españoles, franceses y nacionales. Algunos autores indican que el Ministerio Público es una figura típica del enjuiciamiento mixto, que se consolida en el régimen napoleónico por asociación entre datos del proceso inquisitivo continental y el acusatorio inglés.”²³

Por cuanto hace a las dos últimas etapas que componen el Sistema Penal Acusatorio tenemos que:

D) Etapa de Impugnación: En esta etapa cualquiera de las partes puede apelar o impugnar la sentencia dictada por el Juez de Juicios Orales que en su momento conoció del asunto, así como también en caso de que el Tribunal de Apelación confirme la sentencia recurrida, interponer algún recurso (recurso de revisión) o ir en amparo (amparo directo), lo anterior en atención a lo previsto en la Ley de Amparo.

E) Etapa de Ejecución de Sentencia: En esta última etapa le compete a un nuevo Juez (Juez de Ejecución de Sentencia) dar cabal cumplimiento en términos de lo dispuesto en los resolutivos de la sentencia de que se trate, es

²² **Ibid, pp. 106-109.**

²³ **GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Prontuario del Proceso Penal Mexicano”, Décimo primera edición, Porrúa, México, 2004, p. 6.**

decir, un Juez distinto al que en su momento dictó la sentencia en la etapa de juicio oral, se encargará de dar cumplimiento a la sentencia, evitando así la impunidad y dando una mayor certeza jurídica.

2.5.3. El Juez de Control y las Medidas Cautelares.

Primeramente dentro de este apartado, comenzaré hablando del Juez de Control y como éste, dentro de la **primera etapa** del procedimiento (preliminar o de investigación), está facultado en términos de la Constitución Política (Artículo 16, párrafo décimo cuarto) para en su caso, decretar medidas **cautelares** o precautorias a solicitud del Ministerio Público dentro de la Averiguación Previa correspondiente, en especial y en lo que interesa “el **arraigo** penal”, para posteriormente pasar a dar una definición amplia de lo que es una medida cautelar vista desde dos vertientes a saber:

Por lo que hace a las facultades que la Constitución Política, le confiere al **Juez de Control** tenemos que:

Artículo 16, párrafo décimo cuarto: “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.”

Comenzaré diciendo que dentro del proceso penal de corte acusatorio y oral tenemos, la figura del **Juez**, el cual como lo mencioné en los dos apartados anteriores, tiene una función diversa y primordial dentro del proceso penal; pero en especial y en virtud del tema que nos ocupa (arraigo penal) me avocaré en el **Juez de Control**, lo anterior en razón de ser este el primero en conocer del

asunto, y en un segundo término no por ello menos importante, al Juez de Juicios Orales, lo anterior en virtud de ser estos los competentes para decretar en su caso el arraigo de una persona que como ya se dijo con antelación, la puede solicitar el Ministerio Público al Juez de Control, sin embargo, también la puede solicitar dentro del proceso, esto es, ante el Juez de Juicios Orales. El Juez de Control, puede **decretar** de manera coercitiva **medidas cautelares** con el objeto de asegurar la disponibilidad del imputado y para el éxito de la investigación o cuando exista riesgo fundado de que el indiciado se pueda sustraer a la acción de la justicia, tal es el caso de la figura del **arraigo** penal.

Esta medida cautelar (**arraigo**), puede ser solicitada como ya se dijo anteriormente por el Ministerio Público y en su caso decretada por el Juez de Control, lo anterior en atención al momento en que se hace necesaria la medida, es decir, de acuerdo a la etapa procesal de que se trate, así tenemos en lo que interesa a la prejudicial o etapa **preliminar** o de investigación, que es cuando el **Ministerio Público** a nivel de averiguación previa, solicita al **Juez de control** decrete la medida bajo la vigilancia del primero y para el éxito de la investigación, lo que convierte al Ministerio Público en **ejecutor** de la **medida cautelar** apoyado este, por sus auxiliares es decir, la policía a su cargo la cual será la encargada de vigilar y asegurar que se cumplan con las medidas indicadas por el Juez de control, lo que no asegura que el imputado (**arraigado**), pueda sufrir en algún momento, algún tipo de maltrato, intimidación, incomunicación u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, de los cuales hablaré más adelante.

La otra etapa en donde también se puede decretar la citada medida cautelar (**arraigo**), es la conocida como judicial, de la cual me referiré más brevemente dado que no es el tema del apartado en comento; dentro de ésta, el Juez que esté conociendo del asunto puede a solicitud de una de las partes o de oficio decretar dicha medida por así considerarlo necesario; dicha medida

cautelar debe ser la excepción y no la regla, es decir, debe decretarse solo en casos estrictamente necesarios y bajo su más estricta responsabilidad.

En virtud de que el tema de investigación que nos ocupa es el **arraigo penal**, no abundaré en las otras medidas cautelares que también puede decretar el Juez, solo las citaré, así tenemos: la orden de aprehensión, la prisión preventiva, la caución (garantía económica) la cual deberá de ser proporcional a la pena y al daño causado, prohibición de salir del país o de una demarcación geográfica, obligación de presentarse de manera periódica ante el Juez de la causa o autoridad designada por él, la colocación de un dispositivo electrónico (localizador), la prohibición de visitar ciertos lugares o acercarse o comunicarse con determinadas personas, en los casos de violencia familiar la separación del domicilio antes referido.

Una vez que he abundado respecto de la función que tiene el **Juez de Control**, dentro de la primera etapa del proceso penal (preliminar o de investigación) así como, de la competencia que éste tiene para que en su caso **decrete** la medida cautelar en estudio (arraigo penal), debemos saber qué se entiende por medida cautelar a saber:

Al respecto el Diccionario Jurídico Mexicano señala lo siguiente:

MEDIDAS CAUTELARES, I. “Calificadas también como providencias o medidas precautorias, son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para **conservar la materia del litigio**, así como para **evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad**, con motivo de la tramitación de un proceso.

II. Este es uno de los aspectos esenciales del proceso, ya que el plazo inevitable (que en la práctica llega a convertirse frecuentemente en una dilación a veces considerable por el enorme rezago que padecen nuestros tribunales),

por el cual se prolonga el procedimiento hasta la resolución definitiva de la controversia, hace indispensable la utilización de estas medidas precautorias para evitar que se haga inútil la sentencia de fondo y, por el contrario, lograr que la misma tenga eficacia práctica.

Desafortunadamente nuestro ordenamiento procesal no toma en cuenta, en términos generales, los avances que la doctrina tanto nacional como extranjera ha alcanzado en el estudio de estos instrumentos ni tampoco los adelantos compatibles con nuestro propio ordenamiento, de la legislación y la jurisprudencia de otros países.

Dichas medidas pueden tomarse tanto con anterioridad a la iniciación del proceso como durante toda la tramitación del mismo en tanto se dicta la sentencia firme que le ponga fin, o cuando termina definitivamente el juicio por alguna otra causa y por ello la confusión que se ha producido en el derecho procesal mexicano ante los medios preparatorios y las medidas cautelares...”²⁴

Por lo que hace, a la primera vertiente “conservar la materia del litigio”, que se menciona en el Diccionario Jurídico Mexicano, Fernando García Silva abunda de manera más amplia respecto a como la representación social (Ministerio Público), puede solicitar al Juez que decrete dentro de un proceso penal **medidas cautelares**, en especial el **arraigo** penal, con el objeto de asegurar la disponibilidad del imputado, pues como bien refiere el autor el aplica la formula “primero te detengo y luego investigo” con el fin de mantener inalterables los hechos que le dieron origen, en tanto se integra la Averiguación Previa correspondiente, es decir, con el propósito de conservar como ya se dijo la “**materia del litigio**” constituye indudablemente una violación a los derechos humanos del acusado o inculpado. Sobre el particular coincido con el autor en el sentido de que la figura del arraigo contenida tanto en la Constitución Política

²⁴ **Diccionario Jurídico Mexicano, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1994. p. 559.**

como en el ordenamiento procesal penal, aún con las reformas de Junio de 2008, es una clara acción representativa de un sistema autoritario, dado que el aplicar la fórmula primero te detengo y luego investigo, es un claro ejemplo de lo deficiente que es el nuevo sistema de justicia penal en México; a pesar de que las reformas de Junio de 2008 implican un cambio de paradigma entendido este, como una nueva forma de ver y aplicar el derecho por parte de los operadores jurídicos (juzgadores). Lo anterior nos dice que no se ha entendido esto, a pesar de que los Juzgadores están obligados por mandato constitucional y convencional a respetar los Derechos Humanos del imputado así como de la víctima u ofendido (art.20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), lo anterior en virtud de que el Estado Mexicano ha suscrito y ratificado diversos Tratados Internacionales que obligan a respetar y garantizar como ya se dijo anteriormente, los Derechos Humanos, lo que se traduce en una franca violación a los compromisos signados y ratificados por el Estado Mexicano.

Al respecto de las medidas cautelares, Fernando Silva García en la “**Revista de la Judicatura Federal**”, nos dice lo siguiente a saber:

“...Una primera posición interpretativa definiría al **arraigo** penal como una especie de medida cautelar metaconstitucional que autoriza “*primero detener a una persona para después investigarla*”, lo cual, por un lado, permite **desplazar y reemplazar al sistema ordinario de restricción a la libertad personal (urgencia, flagrancia, orden de aprehensión)**; por otro lado, permite hacer **inaplicables los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia y al debido proceso, principalmente.**

Una segunda postura interpretativa consiste en entender que el **arraigo** penal es una **medida cautelar excepcional** y supletoria, la cual, por un lado, sólo debe operar cuando el sistema ordinario de restricción a la libertad personal (urgencia, flagrancia, orden de aprehensión) resulta inviable para la

persecución del delito por razones fácticas extraordinarias; por otro lado, está sujeta a todos los derechos humanos del detenido.

De manera que, para algunos, el **arraigo** es una **medida cautelar** que permite *“primero detener a una persona para después investigarla”*, sin que sea necesario acreditar elemento alguno que relacione al sujeto con la comisión del delito; mientras que, para otros, el arraigo permite restringir los movimientos de una persona o hasta detenerla, *siempre y cuando exista una investigación e indicios que hagan probable su participación en la comisión del delito*; coincidiendo ambos puntos de vista en que es procedente tratándose de ilícitos graves o de delincuencia organizada y 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 método consistente en *“primero detener a la persona para después investigarla”* es una de las acciones representativas de los sistemas autoritarios, en razón a que implica que todas las personas sean tratadas eventualmente como presuntos culpables y presupone la inexistencia del derecho a la libertad personal, tomando en cuenta que el Estado estaría en posibilidad de disponer de la libertad de las personas en cualquier momento, sin investigación ni defensa alguna, bastando para ello la sola voluntad y el señalamiento unilateral proveniente de las autoridades ministeriales. Asimismo, el método consistente en *“primero detener a la persona para después investigarla”* pone en riesgo el derecho a la integridad personal del detenido, ya que su sola estancia en un centro de **arraigo** por hasta 40 u 80 días, serviría en sí mismo como **instrumento de coacción** y podría abrir la posibilidad de actos de intimidación y tortura para obtener una confesión artificial de los hechos respectivos. Es por ello que el arraigo penal ni siquiera podría ser definido como el método consistente en *“primero detener a la persona para después investigarla”*; pues

la propia definición, su objeto, sería contrario al sistema constitucional e internacional de los derechos humanos.”²⁵

Por lo que hace, a la otra vertiente de la que hace mención el Diccionario Jurídico Mexicano, merece citar lo dicho por la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su resolución 28/2014**, relacionado con la medida cautelar número 409-14, lo anterior en virtud de ser un claro ejemplo de cómo, debe entenderse y aplicarse dentro del Estado mexicano una medida cautelar en materia penal (arraigo), con el fin de **evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad** a saber:

“...8. La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “Corte IDH”) han establecido de manera reiterada que las **medidas cautelares** y provisionales tienen un **doble carácter**, uno **cautelar** y otro **tutelar**. Respecto del **carácter tutelar**, las medidas **buscan evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos humanos**. Con respecto al **carácter cautelar**, las medidas cautelares **tienen como propósito preservar una situación jurídica** mientras está siendo considerada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, El carácter cautelar **tiene por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo** hasta tanto se resuelva la petición que se encuentra bajo conocimiento en el sistema Interamericano. Su objeto y fin son los de **asegurar la Integridad y la efectividad de la decisión de fondo y, de esta manera, evitar que se lesionen los derechos alegados**, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil (*effet urde*) de la decisión final. En tal sentido, las medidas cautelares o provisionales permiten así que el Estado en cuestión pueda cumplir la decisión final y, de ser necesario, cumplir con las reparaciones ordenadas. Para los efectos de tomar una decisión, y de acuerdo con el artículo 25.2 de su Reglamento, la Comisión considera que:

²⁵ **SILVA GARCÍA, Fernando, “El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconvencionalidad” REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL pp.218-219.**

a) La “**gravedad de la situación**”, significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano;

b) La “**urgencia de la situación**” se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar; y

c) El “**daño irreparable**” significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.

9. En el presente asunto, la Comisión estima que el requisito de gravedad se encuentra cumplido, en vista que la información aportada sugiere que existen indicios que Daniel Ramos Alfaro se encuentra presuntamente desaparecido, y que según diversos testimonios, podría haber sido privado de su libertad por miembros del ejército mexicano. Según lo informado, varios miembros de la comunidad habrían proporcionado su testimonio, señalando que miembros de las fuerzas armadas mexicanas se encontraban realizando operativos de vigilancia en la zona. En tal sentido, la Comisión toma nota de la decisión del Comité contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas, de fecha 2 de diciembre de 2013. Por medio de dicha decisión, dicho Comité solicite al Estado Mexicano “adoptar de forma inmediata todas las **medidas** necesarias para aclarar la presunta desaparición forzada de Daniel Ramos Alfaro, y a investigar, procesar e Imponer las sanciones adecuadas a cualquier persona responsable de las violaciones alegadas”

10. Tomando en consideración las características específicas del presente asunto, el contexto en el cual se presenta y a la luz del criterio de

apreciación *prima facie* del mecanismo de medidas cautelares, la Comisión considera que los derechos a la vida e integridad personal de Daniel Ramos Alfaro se encuentran en grave riesgo, en la medida que no se conoce su destino o paradero hasta la fecha.

11. En cuanto al requisito de urgencia, la CIDH estima que se encuentra cumplido, a la luz de las necesidades inmediatas de protección, propias de la naturaleza del mecanismo de medidas cautelares. La información aportada sugiere que la falta de conocimiento sobre el paradero o destino de Daniel Ramos Alfaro se ha prolongado por más de 141 días, sin que se cuente con información sustancial sobre mayores acciones realizadas por las autoridades locales para dar con su paradero o destino, a pesar de las denuncias interpuestas. En tales circunstancias, la Comisión considera que el presente asunto requiere de acciones inmediatas de protección por parte de las autoridades estatales, con el propósito de que el transcurso del tiempo no genere una lesión a los derechos de Daniel Ramos Alfaro.

12. En cuanto al requisito de irreparabilidad, la Comisión estima que se encuentra cumplido, en la medida que la posible afectación al derecho a la vida e integridad personal constituye la máxima situación de irreparabilidad...”²⁶

2.6. Retos y Expectativas del Sistema Penal Acusatorio.

Por lo que hace a este apartado, los retos que implica tras las reformas al sistema penal mexicano de junio de 2008, representa primeramente, un “**cambio de paradigma**”, esto es, un cambio de actitud por parte de todos los involucrados, principalmente de las autoridades y sus auxiliares. Antes de continuar con el desarrollo del apartado que me ocupa, resulta conveniente aclarar más ampliamente, que debe entenderse por “**cambio de paradigma**”,

²⁶ **Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su resolución 28/2014, relacionado con la medida cautelar número 409-14.**

el cual puede verse desde **dos sentidos**: el primero, se refiere al **cambio de perspectiva** surgido en México a partir de las **reformas constitucionales y legales** en **materia penal**, de **Derechos Humanos** y no por ello menos importante la referente al juicio de amparo; un segundo sentido el cual desde mi punto de vista sería el más importante, se refiere al **cambio de pensamiento de los juristas**, **esto es, una nueva forma de ver, pensar y aplicar el Derecho en aras de una mejor procuración e impartición de justicia** en nuestro país; no obstante lo anterior, se corre el riesgo de sobrentender o confundir el sentido.

Al respecto Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero refieren lo siguiente: “sobredimensionar el nuevo paradigma podría llevar a los **Jueces** al peligroso terreno del **activismo judicial**; los jueces jamás deben olvidar que están sometidos también al **imperio de la Constitución** y de la **Ley**. En los casos difíciles o trágicos han de encontrar una solución que sea jurídica y no cualquier solución. Ello no significa otra cosa que **sus decisiones deben estar basadas en buenas razones, esto es, deben estar debidamente fundadas y motivadas o, dicho de otro modo, bien argumentadas.**”²⁷

Dicho de otra manera, lo anterior implica que el Estado Mexicano, las Instituciones públicas, los organismos gubernamentales así como, los operadores jurídicos y demás involucrados en el tema, se **capaciten** y **armonicen con el nuevo sistema de justicia penal**.

Ahora bien, es de destacar que dicho sistema incorporó constitucionalmente, principios como la oralidad y la presunción de inocencia siendo estos, la base del nuevo sistema de justicia, e incorporó además de manera transversal durante todo el proceso, el respeto a los derechos humanos del imputado, de la víctima u ofendido, lo que representa sin duda alguna un

²⁷ **Argumentación Jurisprudencial, Memorias del IV Congreso Internacional de Argumentación Jurídica**, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 339.

gran avance en materia de Derechos Humanos en México pero de igual manera, representa un reto y un compromiso para todos los involucrados.

Aunado a lo anterior, la citada reforma implica también un cambio al sistema penitenciario lo que de acuerdo al artículo 18 de la Constitución Política, transitará de un sistema hasta ahora, de **readaptación social** a uno de **reinserción social**, lo que representa sin duda alguna un reto importante para el Estado.

Artículo 18, párrafo segundo..."El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la **reinserción** del **sentenciado** a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto."

Párrafo reformado DOF 10-06-2011

Es con base en lo anterior, que las expectativas que se tienen del Nuevo Sistema de Justicia Penal en un mediano plazo, arrojarán resultados significativos y contundentes que demuestren que las reformas en materia penal implementadas por el Estado, satisfacen los requerimientos mínimos establecidos por los Organismos Internacionales, lo que dará certeza de que se está cumpliendo con lo pactado en los tratados de los que Estado México es parte.

Ahora bien, lo anterior implica voluntad para implementar políticas públicas por parte del Estado y de los operadores de justicia, así como crear los mecanismos y herramientas necesarias a fin de cumplir con los objetivos planteados, en los términos previstos en la reforma constitucional referida, lo que implica necesariamente la armonización de las leyes federales, estatales y

municipales, e incluso de ser necesario con la propia Constitución para con el Nuevo Sistema de Justicia Penal, así también las entidades federativas deberán realizar los cambios necesarios para la reestructuración total del sistema de justicia penal dentro del plazo constitucional dispuesto para tal efecto. En tal virtud, el legislador consideró al momento de aprobar el decreto, la enorme complejidad que representa armonizar las leyes federales, estatales y municipales así como, la necesidad de crear infraestructura, la creación de nuevas dependencias, espacios destinados para salas de juicios orales, la creación de nuevos jueces para cubrir de manera adecuada el proceso penal (juez de control, el juez de juicio oral y el juez de ejecución de sanciones), así como la capacitación de los operadores jurídicos y de los preventivos estos últimos en virtud de ser los encargados de realizar las detenciones en la mayoría de los casos, es con base en lo anterior, que fijaron en el presente Decreto de Reforma Constitucional de junio de 2008, una *vacatio legis*, esto es, un plazo de **ocho años** para que la Federación y las entidades federativas lleven a cabo las reformas legales correspondientes y los cambios necesarios en el ámbito de sus respectivas competencias, para la reestructuración e implementación total del sistema de justicia penal en México, por lo que se espera que en 2016, esté operando el Nuevo Sistema de Justicia Penal en todo el país.

Sin embargo, el presente decreto ha causado mucha confusión en lo que tiene que ver con lo dispuesto en el artículo décimo primero transitorio, en virtud de ser impreciso, es decir, presenta una laguna jurídica, lo anterior, en razón de permitir que se decrete una medida cautelar (arraigo) tratándose de delitos graves que como es sabido, el más Alto Tribunal del país ha declarado inconstitucional, en tal virtud, el Estado Mexicano deberá prestar especial atención sobre el particular en aras de no seguir violentando los derechos humanos del inculpado.

2.6.1. Su Implementación y Entrada en Vigor.

En lo que tiene que ver con la implementación y entrada en vigor del nuevo sistema de justicia penal en nuestro país, desde la promulgación de la reforma constitucional de Junio de 2008, el Estado se ha dado a la tarea de poner en marcha, diversas acciones, implementando mecanismos y medidas así como, la creación de una comisión encargada de acelerar su implementación (SETEC) en todo el territorio nacional, de la que hablaré más adelante. En tal virtud, diversas Instituciones públicas involucradas con el tema, han participado y puesto en marcha en el ámbito de sus respectivas competencias diversas acciones, en aras de dar cumplimiento con lo plasmado en la reforma constitucional aludida; en este orden de ideas, es de destacar la participación que el Poder Judicial de la Federación, ha tenido dentro de la implementación de la citada reforma, prueba de ello es que, fue designado para fungir como coordinador en virtud de ser, la Institución con mayores avances al respecto; así como también se le confirió al Consejo de la Judicatura Federal, el desarrollo de un plan maestro que contenga de manera general los lineamientos que en su caso, deberán seguir o ejecutar las distintas áreas encargadas, con el fin de cumplir dentro del plazo constitucionalmente conferido, esto es, a más tardar en Junio de 2016.

Aunado a lo anterior, “en diciembre de 2008, el Consejo de la Judicatura Federal, un órgano administrativo del Poder Judicial de la Federación, creó los **Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervenciones de Comunicaciones** (JFECAIC). Estos tribunales especializados se encargan de emitir las órdenes de arraigo solicitadas por el Ministerio Público.”²⁸

²⁸ **Arraigo Judicial: datos generales, contexto y temas de debate**, Carpeta de indicadores y tendencias sociales, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, Noviembre de 2011, p. 4.

Lo anterior permite apreciar que tanto el Estado como diversas Instituciones se han dado a la tarea de implementar y cumplir con los objetivos planteados en la reforma constitucional de Junio de 2008, a pesar de los enormes retos que ello implica.

2.6.2. Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

En lo que se refiere a este apartado, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de Marzo de 2014, entrando en vigor al día siguiente de su publicación (artículo único transitorio) del decreto por el que se publicó la citada ley, esta ha venido a tomar especial relevancia tras las reformas constitucionales en materia penal de Junio de 2008, en razón a la materia que regula, así como del contenido en sus artículo 1°, 2° y 12° lo anterior, en virtud de la figura en estudio que nos ocupa (**arraigo penal**).

Es por lo anterior que primeramente, resulta conveniente conceptualizar el término Delincuencia Organizada, para después pasar a revisar la legislación secundaria que regula a la Delincuencia Organizada, y de manera particular, el contenido en su **artículo 2°** que refiere el **catálogo de delitos** y, su **artículo 12°**, para finalmente pasar a revisar el trato en específico que la referida Ley da, a las personas que se encuentran bajo esta categoría.

En primera instancia, conceptualizaré el término “Delincuencia Organizada” basándome para tal efecto en el Diccionario de Derecho Procesal Constitucional así como en diversas fuentes a saber:

“En la Constitución mexicana el párrafo, **noveno** del **art. 16** expresa lo que significa delincuencia organizada: “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”; por lo tanto, en todo enunciado en que aparezca el término “delincuencia organizada” ese es el significado que deberá tener, además, por la jerarquía de la Carta Magna en cualquier **legislación secundaria** que se derive de ella se entenderá el mismo significado.”²⁹

Ahora bien, resulta oportuno destacar que de la redacción del primer concepto al que hace mención el Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, se desprenden los siguientes elementos que merece destacar puntualmente:

- 1) Es una figura contemplada en la Constitución Política,
- 2) Es una organización de hecho conformada por tres o más personas,
- 3) El fin que persigue ésta organización es, la comisión de delitos de manera permanente o reiterada,
- 4) La misma Constitución Política remite a una legislación secundaria en los términos de la Ley de la materia, en la que se describen y regulan los delitos considerados como de delincuencia organizada (Ley Federal contra la Delincuencia Organizada).

Por su parte Luis González Placencia y Ricardo A. Ortega Soriano en el libro “Excepciones Constitucionales a un Sistema de Derecho Penal de Orientación Democrática: Delincuencia Organizada y Arraigo”, refieren sobre el término que me ocupa lo siguiente a saber:

“...la reforma en cuestión incorporó en los párrafos 8o. y 9o. del artículo 16°. de la Constitución tanto las figuras de **arraigo** como de **delincuencia organizada**.

²⁹ **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Tomo I, México, 2014, pp. 95-96.**

Como se puede apreciar de la lectura de los párrafos referidos anteriormente, es posible desprender los siguientes elementos:

- La existencia de una **autorización** a la **autoridad judicial** para **decretar el arraigo** de una persona bajo dos condiciones: i) la existencia de una petición formulada por el **Ministerio Público** y ii) siempre que se trate de **delitos de delincuencia organizada**.

- La justificación de la orden de arraigo debe acreditar que la misma es necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando existiere el riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia.

- La necesidad de que la orden de arraigo dictada por un juez se sujete a las modalidades de lugar y tiempo que una ley señale, siempre que no exceda de 40 días,

Cfr, Silva García, Fernando, 'El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconvencional', Revista del Instituto de la Judicatura Federal, núm. 33, México, 2012, p. 219.

Párrafos, 8°. y 9° del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: 'La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de **delincuencia organizada**, podrá decretar el **arraigo** de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público

acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

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'. *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.

- La posibilidad de prorrogar el plazo máximo antes referido en aquellos casos en donde el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, hasta un máximo total de duración del arraigo de 80 días.

- La **definición** de Delincuencia Organizada reconoce: i) una organización de hecho de tres o más personas; b) que el objeto de tal organización sea el de cometer delitos de forma permanente o reiterada; y c) cuyas modalidades específicas son referidas a la **legislación secundaria**.

a. El régimen jurídico aplicable a la delincuencia organizada como expresión del derecho penal de autor

Las normas constitucionales dirigidas al combate de la delincuencia organizada parten, como hemos resaltado previamente, del presupuesto de que las herramientas ordinarias propias de un derecho penal de mínima intervención y de orientación democrática no son adecuadas para este tipo de delitos, y en consecuencia reconocen la necesidad de establecer un sistema excepcional dirigido en contra de un cierto tipo de personas consideradas “especialmente peligrosas” o enemigas del Estado.

A nuestro juicio, el régimen jurídico aplicable a la delincuencia organizada se inscribe en el enfoque antes apuntado y pone en duda a nivel estructural la vigencia de elementos esenciales para el funcionamiento de un Estado Constitucional de Derecho como lo son los principios de igualdad y no discriminación; los relacionados con el derecho penal mínimo y de orientación democrática antes apuntados, y en general, los límites excepcionales reconocidos internacionalmente y que autorizarían llevar a cabo una restricción a los derechos humanos.

En estos casos, la pena no se considera un reproche hacia la conducta de autor, sino que es un mecanismo de aseguramiento de sujetos especialmente peligrosos, por lo que “el derecho penal del enemigo no habla a sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos. Aguilar López, Miguel Presunción de inocencia: Principio Fundamental en el Sistema Acusatorio, *Colección Estudios de la Magistratura*, núm.6, IJF, México, 2009, p.219.”³⁰

Por lo que hace a esta definición tenemos que, en su primera parte al referirse a los elementos que se desprende del texto de los párrafos (8° y 9°) del artículo 16 Constitucional, el autor no hace énfasis en ningún momento, en lo que tiene que ver con la **autorización** o competencia tanto de la autoridad **ministerial** como de la autoridad **judicial**, lo anterior en virtud de quién es el Juez competente (Federal o del fuero común), para en su caso decretar a solicitud del Ministerio Público competente (Federal o del fuero común) la medida cautelar dentro de un caso en concreto, esto es, el arraigo de una persona que como bien señala el autor, solo es procedente tratándose de delitos de Delincuencia Organizada.

³⁰ **GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis, ORTEGA SORIANO, Ricardo A, “Excepciones Constitucionales a un Sistema de Derecho Penal de orientación democrática: delincuencia organizada y arraigo, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, pp. 1462-1463.**

En lo que tiene que ver con la segunda parte de la definición, coincido con lo expuesto por los autores en razón de que, el régimen jurídico que regula a la Delincuencia Organizada tras las reformas constitucionales de Junio de 2008, pone en duda el Estado de Derecho dentro de un estado democrático, además de ser violatorio de derechos humanos así como de principios reconocidos en la propia Constitución; tal es el caso de, el principio de igualdad y no discriminación. Dicho régimen, puede llevar al **extremo** como bien señalan los autores antes citados **“los límites excepcionales reconocidos internacionalmente y que autorizarían llevar a cabo una restricción a los derechos humanos.”**

Ahora bien, no se debe de perder de vista que el “fenómeno” de la delincuencia organizada ha penetrado y a su vez rebasado todas las esferas de poder con el afán de incrementar su poder y por ende, su capacidad tanto económica como delictiva; un sector muy afectado hoy en día por la delincuencia organizada es sin duda el sector empresarial y comercial el cual, se ha visto gravemente afectado; no es ajeno a lo anterior lo citado por el autor Jesús Zamora Pierce a saber:

“El estudio de la delincuencia organizada obliga a pensar en el ejercicio del comercio. En efecto, tanto los delincuentes organizados como los comerciantes, movidos con el afán de lucro, forman asociaciones estructuradas jerárquicamente, a fin de maximizar la productividad de sus recursos humanos y económicos, mediante la realización de su conducta profesional en forma masiva. La diferencia radical en este tipo de delincuencia y el comercio estriba en que la conducta del delincuente persigue finés ilícitos...”³¹

³¹ ZAMORA PIERCE, Jesús, **“La Procuración de Justicia; problemas, retos y expectativas”, Editorial, procuraduría General de la República, 1994, p. 412.**

Por lo que hace a la cita de Zamora Pierce puedo decir que, esta me parece adecuada en virtud de la comparación que de esta hace el autor respecto al comercio, así como, de la diferencia de la que hace referencia el autor la cual estriba respecto a la conducta del delincuente y los fines que este persigue; no así, en lo que se refiere al término en el que autor ubica a las **asociaciones estructuradas** jerárquicamente, pues se entiende que hace referencia a las asociaciones delictuosas las cuales, no se ubican en un mismo estatus respecto al de delincuencia organizada.

Ahora bien, al respecto de cómo la medida cautelar en estudio (arraigo penal) puede decretarse tratándose de delitos graves o de **Delincuencia Organizada**, resulta interesante lo dicho por Fernando Silva García en la revista del Instituto de la Judicatura Federal a saber:

“El arraigo debe entenderse como una **medida cautelar** dirigida a restringir la libertad de una persona cuando, entre otros requisitos, existe una investigación que reporta indicios razonables sobre su participación en la comisión de un delito grave o de **delincuencia organizada**; cuando es necesaria la restricción contemplada, pero por circunstancias excepcionales resulta imposible aplicar una de las figuras ordinarias contempladas en la Carta Magna, para realizar una detención. En ese orden de ideas, del propio concepto de arraigo se desprenden ya **tres** condiciones esenciales del arraigo en materia penal: la existencia del **delito grave** o de **delincuencia organizada**; una investigación e indicios razonables sobre la participación del sujeto en la comisión del ilícito. Sin esas tres condiciones esenciales el arraigo se ubicaría como una figura propia de los sistemas autoritarios y antidemocráticos, puesto que en un Estado de Derecho resulta inconcebible la posibilidad de privar de la libertad a personas en cuya contra, a esas alturas, no existen elementos que hagan probable su participación en algún ilícito.”³²

³²**SILVA GARCÍA, Fernando, REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, México, 2014, p. 220.**

Una vez que he conceptualizado la figura de la delincuencia organizada y dado una opinión personal sobre el particular, es conveniente revisar la legislación secundaria a la que hace mención la Constitución Política en su artículo 16, párrafo noveno (Ley Federal contra la Delincuencia Organizada), en especial, el contenido del artículo 12 de la referida Ley a saber:

Como ya mencioné con antelación, la Constitución Política nos remite a la legislación secundaria que regula en sus **términos** a la delincuencia organizada, es por ello que nos ocuparemos en citar sus dos primeros artículos en virtud de su contenido a saber:

Artículo 1o.- La presente Ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.

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

I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter, financiamiento al terrorismo previsto en los artículos 139 Quáter y 139 Quinquies y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; el previsto en la fracción IV del artículo 368 Quáter en materia de hidrocarburos; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración;

IV. Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud;

V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tiene capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y Robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal;

VI. Delitos en materia de trata de personas, previstos y sancionados en el Título Segundo de la Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas

de estos Delitos, excepto en el caso de los artículos 32, 33 y 34 y sus respectivas tentativas punibles.

VII. Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Una vez revisado lo anterior, citaré y daré una opinión del contenido del numeral que nos ocupa a saber:

CAPÍTULO SEGUNDO.

DE LA DETENCIÓN Y RETENCIÓN DE INDICIADOS

“Artículo 12.- 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, 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 inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días** y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el 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 la duración total de esta medida precautoria exceda de **ochenta días.**”

De lo anterior se desprende que la autoridad facultada para solicitar dicha medida cautelar (arraigo penal), es el Ministerio Público de la Federación,

lo anterior en virtud de la materia (**delincuencia organizada**) y de la competencia que la misma Ley le confiere, en los casos previstos en el numeral dos de la citada 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 inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

2.6.3. Instituciones Encargadas de su Implementación (SETEC).

Por lo que hace a las Instituciones encargadas de la implementación en nuestro país, del Nuevo Sistema de Justicia Penal, la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC), la referida Institución, es la principal encargada de llevarla a cabo dicha Institución, es un organismo administrativo desconcentrado dependiente de la Secretaría de Gobernación la cual participa en el diseño de reformas legales, cambios organizacionales, la creación y operación de infraestructura así como de la capacitación, administración y difusión en todo el país del Nuevo Sistema de Justicia Penal. Ahora bien, tras las reformas constitucionales de Junio de 2008 la referida secretaria en el ámbito de sus atribuciones, ha empleado un método con el fin de crear una clasificación y estratificación de las entidades federativas, en todo el territorio nacional, dicha metodología también permite determinar el otorgamiento del recurso federal destinado a las entidades como apoyo para llevar a cabo sus procesos de reforma.

Derivado de lo anterior es que se advierte lo siguiente a saber:

Que de acuerdo a datos actualizados a Enero de 2014, y a la metodología empleada para la clasificación y estratificación de las entidades federativas elaborada por la (SETEC), solo tres entidades han logrado implementar totalmente lo dispuesto en la reforma constitucional de Junio de 2008, estos Estados son: Chihuahua, Estado de México y Morelos, “es decir a la fecha, solo estos Estados del país cuentan con una instancia encargada de

coordinar, evaluar y dar seguimiento a la operación del nuevo sistema; tienen la normatividad básica e intermedia en vigencia, y se encuentran en operación total del nuevo sistema acusatorio penal en todo el territorio y en todos los tipos de delitos. Por tanto, a casi seis años de la reforma constitucional, únicamente en el 10% de las entidades federativas opera totalmente el sistema acusatorio.

Del resto, trece entidades se encuentran en *operación parcial*, once en *etapa de entrada en vigencia*, y finalmente, Nayarit, Colima, Jalisco, Hidalgo y Guerrero están aún en la *etapa de planeación*, al encontrarse, incipientemente, en los siguientes supuestos: tiene acuerdo político y órgano o instancia política; cuenta con organismo implementador nominal o con estructura administrativa y presupuesto; han realizado acciones primarias en los ejes de normatividad, capacitación, difusión y transparencia, y cuentan con proyectos de la normativa básica para la operación.”³³ Lo anterior demuestra, el lento avance en la implementación del Nuevo Sistema de Justicia dentro de las entidades federativas.

Como se puede apreciar la (SETEC), ha enfrentado diversos problemas en aras de implementar el Nuevo Sistema de Justicia Penal, tal es el caso del Estado de México: “Frente a las observaciones de la comunidad internacional respecto a la implementación del nuevo sistema de justicia penal, el 14 de marzo de 2014 el Estado Mexicano aceptó una serie de recomendaciones relativas al sistema judicial y sistema de justicia penal, realizadas durante el Mecanismo de Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos, en 2013.

Respecto al retraso en la implementación de la reforma penal, el Estado señaló que actualmente el Poder Judicial ejecuta el Plan Maestro para la Implementación de la Reforma Penal aprobado el 8 de mayo de 2013, con

³³ MAZA CALVIÑO, Emma, LÓPEZ VILLANUEVA, Juan, Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio, México, 2014, p.6.

miras a cumplir con el plazo constitucional. En diciembre de 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó el Informe sobre Prisión Preventiva en las Américas, el cual fue presentado en México por el Comisionado James L. Cavallardo el 10 de marzo de 2015 en el Senado donde especificó las recomendaciones más contundentes para la entidad. En el reporte se señala que México no le entregó información sobre prisión preventiva a la Comisión para la elaboración del informe. Esto implica un gran reto dado que es importante contar con datos públicos para medir el verdadero avance de la reforma en México. Otras de las recomendaciones aplicables es la derogación de las disposiciones sobre prisión preventiva oficiosa, ya que los dos únicos fines legítimos que reconoce el Sistema Interamericano para la prisión preventiva es el riesgo de sustracción y riesgo de obstaculización.”³⁴

Es claro que la (SETEC), tiene un enorme reto frente a la implementación en todo el país del Nuevo Sistema de Justicia Penal, pero considero que en el tiempo que resta se podrá concretar la presente reforma Constitucional.

Por lo que hace a las demás Instituciones encargadas de implementar en el ámbito de sus respectivas competencias la reforma aludida son, entre otras, las siguientes:

1) El poder Judicial de la Federación, este funge como coordinador en virtud de ser la Institución que mas avances presenta sobre el tema.

2) El Consejo de la Judicatura Federal, por lo que hace a esta Institución, ésta diseño un prototipo del Centro de Justicia Penal Federal además de desarrollar un plan maestro, que propone los lineamientos

³⁴ **150º PERIODO ORDINARIO DE SESIONES DE LA, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 27 de marzo de 2014, pp.**

generales para que las áreas geográficas ejecuten las acciones pertinentes con el fin de implementar el Nuevo Sistema de Justicia Penal.

3) La Secretaría de Educación Pública, en el caso de la presente secretaria en Junio de 2013 se le propuso implementar un programa actualizado de la Licenciatura en Derecho, para la asignatura de Derecho Procesal Penal o Sistema Procesal Penal Acusatorio, con el objetivo de establecer vínculos entre las Instituciones de Nivel Superior y las Instituciones y autoridades involucradas con el tema de la reforma.

4) La Subsecretaria de Estudios Superiores y Universidades Autónomas, en cuanto a estas Instituciones, se propuso que crearan o implementaran dentro de sus programas de estudio las novedades o actualizaciones que la presente reforma trae consigo con el fin de no quedar rezagadas ante el Nuevo Sistema de Justicia Penal.

CAPITULO III. EL ARRAIGO Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

3. Facultades del Ejecutivo para Celebrar Tratados Internacionales.

En lo que tiene que ver con este apartado el ejecutivo tiene de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, facultades para celebrar con otros Estados, Tratados Internacionales los cuales pueden versar sobre temas diversos pero, de interés mutuo. Dicha facultad conferida al ejecutivo, se encuentra inserta en el Artículo 89, fracción X constitucional que a la letra dice:

Artículo 89. “Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;”

Del texto anterior, se advierte lo siguiente; que el titular del poder ejecutivo está facultado para manejar la política exterior de nuestro país y por ende celebrar Tratados Internacionales con otros Estados previa aprobación del Senado de la República, así como modificar, suspender, terminar o renunciar a un tratado, dicha conducción por parte del ejecutivo deberá de regirse por principios normativos entre los que destacan la autodeterminación de los pueblos, la no intervención, la solución pacífica de controversias, la igualdad jurídica de los Estados, así como una cooperación internacional fincada en el respeto, promoción, protección y continuidad de los derechos humanos en aras de preservar la paz y la seguridad entre los Estados que forman parte de los mencionados tratados.

Esto es, permite al titular del ejecutivo, celebrar Tratados Internacionales encaminados a establecer políticas, mecanismos, herramientas e instituciones así como, celebrar convenios de colaboración en temas de interés para los Estados, dentro de esa diversidad de temas el Estado Mexicano ha celebrado múltiples Tratados en materia de seguridad, criminalidad, procuración e impartición de justicia con el objetivo de inhibir los delitos y ser mas eficaz en el combate al crimen organizado lo que dará como resultado un

bienestar social, en conclusión; la importancia que representa la celebración e implementación de Tratados Internacionales en especial los que versan sobre procuración e impartición de justicia así como en materia de derechos humanos, son sin duda alguna necesarios en virtud de regular, establecer criterios de interpretación así como protocolos y recomendaciones que permitan a los Estados cumplir con ese mandato Constitucional que es el dar una mayor seguridad así como, una procuración e impartición de justicia a sus gobernados. En este orden de ideas tenemos que, la figura del arraigo, tiene un papel importante en virtud de ser una figura de carácter preventivo o precautorio lo cual como ya mencioné, permite asegurar al inculcado en tanto se integra la averiguación previa, en este sentido un Tratado Internacional, en donde se haya celebrado un Tratado de Extradición permitiría en la mayoría de los casos hacer uso de la figura del arraigo en tanto, se solicita formalmente la extradición del inculcado, violentando los derechos humanos del inculcado por parte de los estados parte en el tratado. Pues sin estar plenamente demostrada la probable participación en la comisión de un delito por parte del inculcado, se le estaría privando de su libertad, pese a que en el citado numeral se menciona que, el titular del ejecutivo deberá de observar una cooperación internacional fincada en el desarrollo, el **respeto**, la **protección** y **promoción de los derechos humanos** y la lucha por la paz y la seguridad internacionales lo que en la práctica no se estaría cumpliendo, en tal situación, no es ajeno a lo anterior precisar que los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, tienen una mayor **jerarquía** frente a los demás tratados internacionales celebrados en donde México es parte, en virtud de tutelar derechos humanos fundamentales universales.

3.1. Reforma Constitucional del 6 y 10 de Junio de 2011.

Las reformas implementadas por el Estado Mexicano en Junio de 2011, han venido sin duda alguna a cambiar la forma de ver y aplicar el derecho dentro del sistema de justicia en México, este cambio de paradigma como lo

llaman diversos autores, involucra a los tres órdenes de gobierno, a las instituciones, a los operadores jurídicos y de más involucrados en el tema. Como es sabido el 6 de junio del 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, las reformas en la Ley de Amparo introduciendo figuras, recursos entre otros, frente a actos u omisiones de la autoridad así como, a impugnar leyes, en beneficio del inculpado, la víctima u ofendido.

En lo que tiene que ver con los derechos humanos, las reformas publicadas el 10 de junio del 2011, trajeron consigo sin duda alguna, un cambio en todo lo que tiene que ver con los derechos humanos haciéndose patente en el artículo primero de la Constitución Política, lo que obliga a revisar puntualmente su contenido, alcances y aportaciones de la citada reforma.

3.1.1. Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, tiene una gran trascendencia en nuestro país en virtud de su contenido, interpretación, alcance y trascendencia dentro del sistema jurídico mexicano. La mencionada reforma implica sin duda alguna un cambio de cultura por parte de las autoridades, instituciones, operadores jurídicos y demás involucrados en el tema.

Tras la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011, el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos quedó como sigue:

Art.1°. “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los **derechos humanos** reconocidos por 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 momento a las personas la protección más amplia.

Todas la autoridades en el ámbito de sus respectivas 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.”

De lo anterior se puede advertir los alcances y aportaciones de la presente reforma así como, de las obligaciones que el Estado y las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias deben de cumplir en virtud de ser un mandato constitucional y convencional.

- 1) Se le otorga rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.
- 2) Los tratados internacionales en materia de derechos humanos forman parte de nuestro derecho interno.
- 3) La Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos se encuentran en un mismo rango constitucional.
- 4) Los tratados en materia de derechos humanos son vinculantes y tiene aplicación inmediata y directa.
- 5) La celebración y ratificación de estos tratados implica una constitucionalización de las obligaciones internacionales.

6) Implica además un control de convencionalidad y constitucionalidad que toda autoridad jurisdiccional deberá de observar y cumplir.

7) Implica una interpretación conforme a los tratados internacionales.

De lo anterior puedo concluir que el artículo primero de la Constitución Política, tras la reforma de junio de 2011, ha venido a dar una **protección más amplia** a las personas en lo que tiene que ver con sus **derechos**, frente a los abusos u omisiones por parte de la autoridad en virtud estas últimas de estar obligadas por mandato constitucional y convencional en el ámbito de sus respectivas competencias a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Tal como lo establece el citado artículo en su párrafo tercero en consecuencia, el actuar del Estado deberá ser en el sentido de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos que en su momento hayan causado a las personas en los términos que la propia ley establece. En el caso que nos ocupa el arraigar a una persona por un plazo previamente establecido en la Constitución, con el fin de integrar exitosamente la averiguación previa por parte del Ministerio Público sin estar plenamente demostrada la participación en la comisión de un delito por parte del inculpado o indiciado, es claramente violatorio de los derechos humanos más aún, si se trata de un persona o ciudadano nacional o extranjero el cual se pretenda extraditar. Lo anterior pese a que el Estado Mexicano ha sido ya condenado por parte de organismos internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos) en casos en donde se ha decretado el arraigo de una persona, en aras de hacer frente a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado mexicano (Art. 1º, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.) sirva de ejemplo lo previsto en el (Art. 1º, de la Convención Americana de Derechos Humanos).

En el párrafo segundo del numeral citado en párrafos que anteceden se advierte otro principio no menos importante en virtud de establecer parámetros

de interpretación dentro del derecho interno en materia de derechos humanos me refiero, al **principio de interpretación conforme** que, en el caso que nos ocupa resulta necesario e irrestricto su aplicación para resolver casos en que se decreta aplicar el arraigo de una persona bajo circunstancias que además de violar derechos, ponen en clara desventaja al inculpado o indiciado. En atención a su contenido, el párrafo segundo debe aplicarse de acuerdo al criterio sustentado por el Pleno del máximo tribunal del país a saber:

1.- **Interpretación conforme en sentido amplio (lato sensu)**, lo que significa que todas las autoridades del país, incluidas las y los jueces, deberán interpretar el ordenamiento jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la CPEUM y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo momento a las personas la protección más amplia.

2.- **Interpretación conforme en sentido estricto (stricto sensu)**, que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, se debe preferir la que se encuentre acorde con los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para **evitar vulnerar** el contenido esencial de estos **derechos**.

3.- **Inaplicación de la ley** cuando las alternativas anteriores no son posibles, facultad que fortalece a quienes juzgan por ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Carta Magna y en los tratados internacionales de los que México es parte.³⁵

³⁵ **Tesis Aislada: P. LXVIII/201, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, p. 551. Registro IUS: 160526.**

3.1.2. Principio Pro Persona.

En lo que tiene que ver con este principio o también conocido como Pro Homine, tenemos que tras la reforma de junio de 2011, este se encuentra consagrado en el artículo 1° de la Constitución Política Federal, e implica todo un cambio de paradigma dentro del sistema de justicia en México lo que obliga, a revisar sus antecedentes y como este principio llegó a elevarse a rango constitucional a saber:

El principio en comento fue resultado de la sentencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **Radilla vs México** en su sentencia en el párrafo 27. Derivado de lo anterior la Suprema Corte de Justicia de la Nación, interpretó y en consecuencia estableció lo siguiente:

“Todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Norma Suprema, adoptando la **interpretación más favorable** al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como principio pro persona”, lo anterior implica que todas las autoridades de carácter (legislativo, ejecutivo o judicial), de los tres niveles de gobierno, están obligadas a brindar la protección más amplia a una persona. Es de destacar que el Poder Judicial de la Federación ha reconocido que dicho principio implica no solo recurrir a la interpretación más favorable sino que ésta debe de ser más extensiva cuando se trata de garantizar derechos y a la interpretación más restrictiva cuando se trata de imponer límites.”³⁶

³⁶ **Tesis Aislada: 1ª.XXXVI/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época; Libro V, febrero de 2012, Tomo I, p.659. Registro IUS: 2000263, y Tesis Aislada: I.40.C.12 C (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época; Libro XIII, Septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1945. Registro IUS: 2001658.**

En este sentido puedo decir que el principio **pro persona** se convierte en el **máximo principio interpretativo** en virtud de ser un mandato constitucional que obliga a las autoridades a adoptar la protección más favorable a las personas en todo tiempo, dicho principio rompe jerarquías entre las demás normas que conforman el bloque de constitucionalidad pues se debe de aplicar la norma que mejor proteja los derechos humanos de la persona es decir, ejerciendo un criterio de interpretación más extensivo y en su caso el mas restrictivo de sus limitaciones.

Cabe mencionar que el precitado principio, se encuentra implícito en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3.1.3. Ley de Amparo.

Previo a referirme a la ley que me ocupa en el presente apartado, resulta oportuno mencionar su denominación de origen desde el punto de vista gramatical a saber:

“Desde esta perspectiva su nombre deriva de la palabra amparar, que implica proteger, tutelar, salvaguardar o resguardar, teniendo este proceso como finalidad primaria la tutela, salvaguarda o resguardo de la pureza constitucional y, conjuntamente, de las garantías individuales o del gobernado, lográndose así el imperio de la Carta Magna Nacional sobre todos los cuerpos normativos y cualesquiera otro acto de autoridad que surja en México.”³⁷

La presente ley tuvo importantes reformas el 6 de junio de 2011, en tal virtud fueron reformados los artículos 94,103 y 107 de la Constitución. Entre las

³⁷ **DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, LEY DE AMPARO COMENTADA, Décima Tercera Edición, Ediciones Jurídicas Alma, México, 2010, introducción, XV.**

bondades de dicha reforma tenemos que ésta se actualiza, siendo ahora más ágil y accesible para quien lo promueve, lo que le permite mantener e incluso fortalecer su esencia, es decir, el juicio de amparo continúa siendo un medio de defensa y control constitucional en contra de los abusos de poder y a su vez garantiza el régimen de libertades.

En consecuencia el artículo primero de la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la constitución quedo como sigue:

Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

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

II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se **violen** los **derechos humanos** reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y

III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se **violen** los **derechos humanos** reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley.

De lo anterior se advierte en su primera fracción, que el objeto del juicio de amparo es resolver toda controversia que se suscite por normas generales actos u omisiones de la autoridad que violen los **Derechos Humanos** reconocidos por la **Constitución** así como por los **Tratados Internacionales** de los que el Estado Mexicano es parte, lo que nos remite a lo señalado en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en

consecuencia la fracción en comento del citado numeral, se encuentra relacionado con las reformas en materia penal y de derechos humanos. Por su parte, el segundo y tercer párrafo del precitado numeral, de igual manera se encuentran relacionados con dichas reformas (penal y de derechos humanos).

Es por lo anterior y en atención a su alcance y contenido que se insiste en que la reforma a la ley que nos ocupa en el presente apartado, no puede ser dissociado de las reformas constitucionales en materia penal y de derechos humanos en virtud de salvaguardar derechos humanos reconocidos en la Carta Magna.

Sirva como ejemplo lo siguiente:

El Artículo 6° de la Nueva Ley de Amparo en su segundo párrafo señala lo siguiente:

Artículo 6o. El juicio de amparo puede promoverse por la persona **física o moral** a quien afecte la norma general o el **acto reclamado** en términos de la fracción I del artículo 5o. de esta Ley. El quejoso podrá hacerlo por sí, por su representante legal o por su apoderado, o por cualquier persona en los casos previstos en esta Ley.

Cuando el **acto reclamado** derive de un **procedimiento penal**, podrá promoverlo, además, por conducto de su defensor o de cualquier persona en los casos en que esta Ley lo permita.

Ahora bien, las fracciones VIII y XIII del Artículo 173 de la Nueva Ley de Amparo disponen lo siguiente:

Artículo 173. En los juicios del **orden penal** se considerarán violadas las **leyes del procedimiento** con trascendencia a las defensas del quejoso, cuando:

VIII. No se respete al imputado el **derecho a declarar o guardar silencio**, la declaración del imputado se obtenga mediante incomunicación,

intimidación, tortura o **sin presencia de su defensor**, o cuando el ejercicio del derecho a guardar silencio se utilice en su perjuicio;

XIII. No se respete al imputado el derecho a contar con una **defensa adecuada por abogado que elija libremente desde el momento de su detención, o en caso de que no quiera o no pueda hacerlo, el juez no le nombre un defensor público**, o cuando se impida, restrinja o intervenga la comunicación con su defensor; cuando el imputado sea indígena no se le proporcione la asistencia de un defensor que tenga conocimiento de su lengua y cultura, así como cuando el defensor no comparezca a todos los actos del proceso;

Para mayor abundamiento, cito un caso en materia penal (**A.D.R. 2936/2013**) en donde se planteó violaciones a una **defensa adecuada** por parte de las autoridades, ministerial (Ministerio Público), la A Quo y la Ad Quem, prevista en la fracción IX del artículo 20 constitucional antes de la reforma en materia penal de dieciocho de junio de dos mil ocho. Es de destacar que en el presente caso se violaron derechos fundamentales de la quejosa al haber rendido su declaración ministerial solamente con la asistencia de persona de su confianza y no por un licenciado en derecho tal como lo establece la fracción IX del artículo 20 en vigor en el momento de los hechos. En virtud de lo anterior y pese a que el artículo 20 en su apartado A, vigente en ese momento contiene las garantías que se deben atender en un procedimiento penal a favor del indiciado, a fin de que se respete el principio de debido proceso penal, que permita a las partes defender sus derechos y garantías dentro de las que se encuentra el derecho a una **defensa adecuada**. Por último acorde a lo que establece el artículo 1° de la Constitución Política Federal, en su última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de Junio de dos mil once, vigente a partir del once siguiente; en términos de su tercer párrafo corresponde a los órganos de control de constitucionalidad, en el ámbito de su competencia, promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad. Gama e índole de **derechos** que es amplísima y de lo más beneficiosa al reconocimiento de los **derechos**

humanos a favor de las personas, los cuales no solo adquieren su reconocimiento constitucional expreso, sino que también que de los sentidos posibles que arroje el **principio pro persona**, se privilegie aquel que depare mayor beneficio a las personas, atendiendo al segundo párrafo, del precitado precepto, esto es atendiendo al **principio de interpretación conforme**.

Es por lo anterior y en atención a su alcance y contenido que se insiste en que la reforma a la ley que nos ocupa en el presente apartado, no puede ser disociado de las reformas constitucionales en materia penal y de derechos humanos en virtud de ser, como ya lo mencione anteriormente, un medio de defensa o de control constitucional previsto en por la Ley Suprema para su defensa o protección frente a actos de autoridad que conculcan los derechos y garantías de las personas reconocidos en la Norma Suprema y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano es parte.

3.2. El Derecho Internacional de Derechos Humanos Como Fuente del Derecho Interno.

Tras la reforma de 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, puedo afirmar que, se dio una integración del derecho internacional de los derechos humanos al orden jurídico mexicano, es decir, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos son constitución *lato sensu*, adoptando normas contenidas tanto en Tratados Internacionales así como, de Organismos Internacionales lo que originó, una constitucionalización del derecho internacional, lo anterior, en virtud de dar un rango jerárquico similar a la constitución a los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. Asimismo, la precitada reforma obliga en virtud de ser un mandato constitucional a ejercer un control “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y las normas internacionales por parte de los órganos jurisdiccionales en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales vigentes correspondientes. A una interpretación

conforme a los tratados internacionales así como, a una constitucionalización de las obligaciones internacionales en donde el Estado Mexicano puede o no ser parte.

Bajo esta perspectiva, la vigencia del régimen o derecho internacional de derechos humanos es vinculante para los estados que firman y ratifican un Tratado Internacional de Derechos Humanos, tal es el caso de las Convenciones de Derechos Humanos, en virtud de ser considerado derecho internacional, este es vinculante para todos los Estados sean o no parte, lo anterior puede entenderse como la Supremacía del Derechos Internacional de los Derechos Humanos del que hace referencia el artículo 1.1 y 1.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos así como lo referente a la obligación de adoptar con arreglo a sus procedimientos constituciones y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas y de otro carácter que sean necesarias para hacer efectivos lo derechos y libertades contenidos en la Convención, cuyo ejercicio no estuviere ya garantizado por sus propias disposiciones (art. 2), de la misma convención.

En ese tenor, la vinculación de las entidades federativas en un Estado Federal a los derechos humanos de fuente internacional, está sustentada con base en lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Arts. 27 Y 29), así como en las llamadas cláusulas federales. Al respecto el artículo 28 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, contempla la llamada cláusula federal, de la que deriva la obligación del Gobierno Federal de tomar las medidas pertinentes a fin de que las autoridades de los Estados, en el ámbito de sus respectivas competencias, puedan adoptar las disposiciones para el cumplimiento de dicho Tratado Internacional.

De lo anterior se puede advertir que las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia al formar parte del Estado, están sujetas al imperio de la ley, en consecuencia cuando un Estado ha ratificado un Tratado

Internacional está obligado a velar por las disposiciones de la convención así como a aplicar las normas de derecho internacional que mejor favorezcan a las personas, en virtud de que el derecho internacional forma parte de nuestro derecho interno.

3.3. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La presente Declaración Universal de los Derechos Humanos es el resultado de un proceso de codificación del Derecho Internacional que inició tras el término de la Segunda Guerra Mundial (1945), en donde los países que participaron en ella, buscaban restablecer principalmente sus economías, pero dentro de un marco de respeto recíproco evitando así un nuevo conflicto bélico. Así nace, la Organización de las Naciones Unidas, la propia carta de las Naciones Unidas establece en su preámbulo la intención de los países signatarios que era la de “crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”, lo que derivó en que el derecho internacional expandiera su *corpus juris* por todos los países signatarios regulando un gran número de materias, todas ellas del interés de la comunidad internacional.

Con el paso de los años y derivado de las necesidades de los países en determinadas regiones, crearon espacios con el fin de regular áreas que van desde el uso de la fuerza internacional, el terrorismo a nivel regional, el comercio internacional, la responsabilidad penal internacional, el aprovechamiento de los recursos naturales, etc, lo que motivó para que los Estados crearan una organización regional cimentada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el fin de dignificar a la persona humana, brindarle la protección internacional que fuera o resulte necesaria en aras de no seguir violentando sus derechos. Lo anterior dio como resultado que previo a la conclusión de tratados internacionales en materias que transformaron las obligaciones de los Estados miembros se creara y aprobara

en el año de 1948, dentro de la Novena Conferencia Internacional Americana la DADDH (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), antes de que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada y proclamada en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**.

La declaración en comento, creó un consenso entre los Estados signatarios en razón al alcance e importancia de los derechos humanos, estableciendo así que éstos son inherentes al ser humano, sin importar su nacionalidad, sexo, origen étnico, raza, religión, idioma o cualquier otro estatus; en donde toda persona está igualmente protegida por los derechos humanos sin discriminación alguna. Dichos derechos son universales e inalienables, están interrelacionados y son además interdependientes, el avance de uno facilita el avance de los demás, así mismo la privación de un derecho afecta negativamente a los demás.

En este sentido, cabe citar el **preámbulo** de la precitada declaración a saber:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias,

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión,

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones,

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre y,

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso.”

Asimismo, merece citar los dos primeros artículos de la citada declaración en razón a su contenido a saber:

Artículo 1°.- 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.

Artículo 2°.- Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Se puede advertir del texto anterior, que la presente Declaración Universal de los Derechos Humanos, está basada en una serie de consideraciones en donde los Estados se comprometen a reconocer, cumplir, respetar y garantizar los derechos humanos son el eje rector, y en donde los Estados han reafirmado y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Bajo esta perspectiva, los tratados internacionales de derechos humanos, presentan también la misma base fundamental que es, el brindar las condiciones mínimas necesarias para la realización y desarrollo del potencial humano, bajo el principio de universalidad siendo este último la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos, en virtud de que los Estados tienen el deber independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en sus constituciones así como, en los **tratados internacionales**, de ahí su importancia, ya que estos incluyen tanto derechos como obligaciones. Los Estados asumen las obligaciones y los deberes, de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de sus gobernados, lo que exige que los Estados deban abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, impidiendo abusos por parte de las autoridades.

Cabe mencionar que la Declaración Universal de Derechos Humanos forma parte de la **Carta Internacional de Derechos** de la cual, México es miembro en virtud de haber firmado y ratificado la precitada declaración, en consecuencia, al permitir por parte de alguna autoridad ministerial o jurisdiccional el arraigo de una persona sin estar plenamente demostrada su participación en la comisión de un delito de los calificados como graves o de delincuencia organizada está faltando al compromiso y obligaciones de los **tratados internacionales** de derechos humanos así como a la **declaración**

que nos ocupa en el presente apartado, así como, de las convenciones a nivel regional e internacional de las que el Estado mexicano es parte.

De lo anterior se puede concluir que la Declaración Universal de Derechos Humanos ha sido, el principal referente como **fuerza de derechos**. Todos los principios que anuncian derechos y libertades fundamentales, están contenidos en el texto de la Declaración. Toda referencia a la defensa y promoción de los derechos de las personas y sus libertades fundamentales como condición necesaria para la paz, la comprensión y el desarrollo, se inicia con la alusión del instrumento más importante de nuestra época, el cual ha sido fuente de diversos Tratados Internacionales de derechos humanos los cuales, son vinculantes en virtud de haber sido ratificados por los Estados parte.

3.4. Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio.

En lo que tiene que ver con el presente apartado, el respeto y protección irrestricto de los derechos humanos de las personas dentro de un sistema de procuración e impartición de justicia se hizo patente en nuestro país, tras las reformas constitucionales en materia penal de junio de dos mil ocho, con la implementación de un nuevo sistema de justicia penal, lo que constituye un cambio de paradigma para todos los actores involucrados en el tema, es decir, la reforma en comento representa sin duda alguna un cambio en la cultura jurídica tanto de las autoridades, instituciones, juzgadores y demás involucrados. En consecuencia, se implementará en todo el territorio nacional un nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio y oral, cimentado en los derechos humanos de las personas, con el fin de proteger y garantizar los derechos tanto del imputado así como de la víctima o del ofendido dentro de un proceso penal; con la presente reforma, los juzgadores al momento de juzgar deberán hacerlo con perspectiva de derechos humanos así como, con responsabilidad y compromiso.

Aunado a lo anterior, cabe mencionar que el actuar de las autoridades tanto ministeriales como jurisdiccionales dentro de un proceso penal se encuentra supeditado a lo que establece el artículo primero constitucional en sus párrafos primero y tercero en virtud, de ser un mandato constitucional. De lo anterior se deduce que éstas, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los **derechos humanos** de las personas dentro de un proceso penal de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Es en atención a lo anterior que, tiene fundamento lo señalado en el artículo 20 constitucional el cual advierte lo siguiente: el precitado numeral en sus diversos apartados hace mención a los derechos humanos de las personas que se encuentran inmersas dentro de un proceso penal los cuales resalto, para un mejor entendimiento a saber:

Artículo 20.- El proceso penal será **acusatorio y oral**. Se regirá por los principios de **publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación**.

Por su parte, en lo que tiene que ver con los **derechos** de toda persona **imputada**, estos se encuentran contenidos en el **apartado B** del citado artículo a saber:

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

II. A **declarar o a guardar silencio**. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La

confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los **hechos que se le imputan y los derechos que le asisten**. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en **reserva el nombre y datos del acusador**.

La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

IV. Se le recibirán los **testigos** y demás **pruebas** pertinentes que ofrezca, concediéndosele el **tiempo** que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. Será juzgado en **audiencia pública** por un **juez o tribunal**. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, **protección** de las **víctimas, testigos y menores**, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En Delincuencia Organizada, 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. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

VI. Le serán facilitados todos los **datos** que solicite para su **defensa** y que consten en el proceso.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VIII. Tendrá derecho a una **defensa adecuada** por **abogado**, al cual elegirá **libremente** incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un **defensor público**. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de

defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Finalmente, por lo que hace a los derechos de la víctima o del ofendido, estos se encuentran insertos en el **apartado C** del precitado numeral a saber:

I. Recibir **asesoría jurídica**; ser informado de los **derechos** que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, **atención médica y psicológica de urgencia**;

IV. Que se le **repare el daño**. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

Párrafo reformado DOF 14-07-2011

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las **medidas cautelares** y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Quiero destacar dentro de lo anterior lo siguiente: que los apartados **B** y **C** del precitado numeral en sus fracciones **III** y **V** respectivamente, se desprende un derecho humano de especial importancia dentro de cualquier proceso penal en virtud de su alcance, la naturaleza del asunto en que se actúe y tipo de delitos de que se trate, dicho derecho humano tiene que ver con la manifestación a la oposición de datos personales por parte de alguna de las personas parte dentro de un proceso penal, en donde las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias deberán de respetar en aras de tutelar los derechos de acceso a la información, a la privacidad y a la protección de

datos personales garantizados en el artículo 6° Constitucional, asimismo salvaguardar el derecho a la privacidad garantizado en los artículos 1°, párrafo primero, 6°, párrafo segundo, fracción II así como, en su ley reglamentaria (**Ley General de Transparencia y Acceso a la Información**) y en el 16°, párrafo segundo todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tal y como se puede apreciar en el **Juicio de Amparo Directo 36/2014**, en donde por escrito de la tercero interesada manifiesta su oposición a que se publiquen los datos personales de su representada, así como los datos personales de sus apoderados, representantes y autorizados en los acuerdos y las sentencias que se dicten en el juicio en que se actúa, asimismo, solicita en su escrito tomar las medidas para informar a los órganos jurisdiccionales que conocieron del asunto de tal cuestión, con fundamento en el artículo primero constitucional y de más correlativos y aplicables que obliga a todos los servidores públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas.

Ahora bien, el nuevo sistema penal acusatorio se compone de diversas etapas en donde las partes pueden llegar a sufrir violaciones a sus derechos humanos por parte de las autoridades tanto ministeriales como jurisdiccionales; en este sentido, merece citar cuáles son las etapas que componen el sistema penal acusatorio y qué derechos pueden verse conculcados dentro de cada una de ellas.

El nuevo sistema penal acusatorio se compone de cinco etapas que son: etapa preliminar o de investigación, etapa de preparación a juicio, etapa de juicio oral, etapa de apelación y finalmente la etapa de ejecución de sentencia. Sin embargo, me referiré solo a las tres primeras etapas en virtud de ser dentro de estas en donde se pueden dar las mayores violaciones a los derechos humanos de las partes dentro de un proceso penal a saber:

Derechos susceptibles de ser violados durante la etapa **preliminar o de investigación**:

“Derechos de las personas imputadas”:

- 1) Derecho a la igualdad ante la ley y ante los tribunales,
- 2) Derecho a un juez imparcial y objetivo,
- 3) Derecho a la presunción de inocencia (Art.20, apartado B, fracción 1),
- 4) Derecho a no declarar (a guardar silencio),
- 5) Derecho a un defensor de su elección o a nombrarle el juez uno de oficio,
- 6) Derecho a defenderse personalmente,
- 7) Derecho a la privacidad y a la intimidad,
- 8) Derecho a una defensa adecuada,
- 9) Derecho a conocer los cargos que se le imputan y quien lo acusa,
- 10) Derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial,
- 11) Derecho a contar con el tiempo y medidas necesarios para la defensa,
- 12) Derecho a presentar pruebas y examinar testigos,
- 13) Derecho a apelar las resoluciones y sentencias,
- 14) Derecho a un recurso efectivo,
- 15) Derecho a que se le proporcione un intérprete o asistencia migratoria cuando sea de otra nacionalidad, sobre todo en los casos en que exista celebrado un tratado internacional con otro Estado.

“Derechos de las víctimas”:

- 1) Derecho a la igualdad ante la ley,
- 2) Derecho a un juez imparcial y objetivo,
- 3) Derecho a un intérprete de ser necesario,

- 4) Derecho a un recurso efectivo,
- 5) Derecho a la investigación y castigo de graves violaciones a los Derechos humanos,
- 6) Derecho a la atención médica y psicológica de urgencia,
- 7) Derecho a la coadyuvancia esto es, a prestar datos y medios de prueba al Ministerio Público,
- 8) Derecho a asesoría jurídica,
- 9) Derecho a impugnar omisiones y resoluciones del Ministerio Público y de las resoluciones judiciales,
- 10) Derecho a solicitar al juez providencias precautorias para evitar intimidación, amenazas o se evada la acción de la justicia.

Derechos susceptibles de ser violados durante la etapa de **preparación a juicio**:

“Derechos de las personas imputadas”:

- 1) Derecho a la igualdad ante la ley y ante los tribunales,
- 2) Derecho a un juez imparcial y objetivo,
- 3) Derecho a la presunción de inocencia (Art.20, apartado B, fracción 1),
- 4) Derecho a ser informado de sus derechos que le asisten,
- 5) Derecho a no declarar o a guardar silencio,
- 6) Derecho a que no se prolongue la prisión por falta de pago a su defensor,
- 7) Derecho a un defensor de oficio,
- 8) Derecho a defenderse personalmente,
- 9) Derecho a la privacidad y a la intimidad,
- 10) Derecho a conocer a la persona y los cargos que se le imputan en su contra,
- 11) Derecho a hallarse presente en el proceso,

- 12) Derecho a ser juzgado sin dilación alguna o ser puesta en libertad,
- 13) Derecho a que no se admitan pruebas ilícitas en el juicio.

“Derechos de las víctimas”:

- 1) Derecho a la igualdad ante la ley y ante los tribunales,
- 2) Derecho a un juez imparcial y objetivo,
- 3) Derecho al respeto a la dignidad humana,
- 4) Derecho a solicitar la revisión de medidas cautelares,
- 5) Derecho a ofrecer pruebas y examinar testigos,
- 6) Derecho a la protección contra actos de intimidación para sí o sus familiares antes, durante y después del proceso penal,
- 7) Derecho a solicitar al juez que ordene, como medida provisional, la restitución de sus bienes, objetos, instrumentos o productos del delito, la reposición o restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes del hecho, siempre que haya suficientes elementos para decidirlo.

Derechos susceptibles de ser violados durante la etapa de **juicio oral**:

“Derechos de las personas acusadas”:

- 1) Derecho a la igualdad ante la ley y ante los tribunales,
- 2) Derecho a un juez imparcial y objetivo,
- 3) Derecho a la presunción de inocencia (Art.20, apartado B, fracción 1),
- 4) Derecho a ser informado de sus derechos que le asisten,
- 5) Derecho a no declarar o a guardar silencio,
- 6) Derecho a un intérprete de ser necesario,
- 7) Derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial,
- 8) Derecho a un juicio público,

- 9) Derecho a hallarse presente en el proceso,
- 10) Derecho a que no se admitan pruebas ilícitas en el juicio,
- 11) Derecho a la irretroactividad de la ley,
- 12) Derecho a la única persecución,
- 13) Derecho de apelación,
- 14) Derecho a un recurso efectivo.

“Derechos de las víctimas”:

- 1) Derecho a la igualdad ante la ley y ante los tribunales,
- 2) Derecho a un juez imparcial y objetivo,
- 3) Derecho a presentar pruebas y examinar testigos,
- 4) Derecho a que un juez explique la sentencia en audiencia pública,
- 5) Derecho a un recurso efectivo,
- 6) Derecho a la investigación y castigo de graves violaciones a los derechos humanos,
- 7) Derecho a ser informado sobre el desarrollo del proceso penal,
- 8) Derecho a impugnar omisiones y resoluciones del Ministerio Público y las resoluciones judiciales,
- 9) Derecho a la restricción de la publicidad de las audiencias por motivos de protección,
- 10) Derecho de la víctima a la reparación del daño,
- 11) Derecho a solicitar directamente la reparación del daño sin perjuicio de que lo solicite a su vez Ministerio Público para tal efecto.

De lo anterior puedo concluir que a pesar de que este nuevo sistema de justicia penal “**reformador**”, contempla diversos cambios dentro del proceso penal, resulta evidente también que, se pueden llegar a presentar violaciones de manera sistemática a los **derechos humanos** de las personas citados en párrafos anteriores dentro de las diversas etapas que componen el nuevo

sistema penal acusatorio, afectando sin duda alguna a las partes y trascendiendo al resultado del fallo. Por lo que resulta necesario capacitar tanto a las autoridades de primer contacto como son las ministeriales y sus auxiliares así como, a las autoridades jurisdiccionales para no incurrir en violaciones a los derechos humanos de las personas dentro de un proceso penal.

3.4.1. Obligaciones de México en Materia de Derechos Humanos.

Derivado de las reformas de diez de junio de dos mil once, todas las autoridades del Estado Mexicano, están **obligadas** en el ámbito de sus respectivas competencias a promover, respetar, proteger y garantizar de conformidad con los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, los **derechos humanos** reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en virtud de ser un mandato constitucional y convencional.

En este sentido, las obligaciones para el Estado Mexicano en materia de derechos humanos que tiene frente a los gobernados, así como, con los organismos internacionales de los que México es parte, son irrestrictas y vinculantes. Sin embargo, la reforma constitucional que nos ocupa representa un costo para su realización del cual resulta necesario revisar puntualmente, en virtud de su especial importancia.

Es un hecho, que el Estado Mexicano se encuentra resuelto a salvaguardar los derechos humanos de sus gobernados así como, a cumplir con las recomendaciones que los Organismos Internacionales le hagan a éste, en virtud de haber introducido tras la reforma referida un tercer párrafo al artículo primero de la Carta Magna, así como, haber ratificado numerosos tratados internacionales en dicha materia sin embargo, lo anterior implica una obligación así como, un enorme esfuerzo por parte de las autoridades de los distintos ordenes de gobierno pues dicho párrafo establece de manera precisa

la obligación por parte del Estado de “reparar” los daños por violaciones a los derechos humanos.

“No obstante, el desarrollo legislativo que presenta el citado párrafo tercero del artículo 1°. Constitucional no solo se encuentra disperso en diversos ordenamientos jurídicos, sino que, además, establece mecanismos de reparación que le otorgan un tratamiento indistinto a las víctimas de violaciones a sus derechos humanos(a las que se refiere concretamente este párrafo) y a las víctimas de delitos, cualquiera que estos sean.

Esto, evidentemente, da lugar a serios problemas, toda vez que en el primer caso, la responsabilidad de la conducta ilícita **recae** sobre el **Estado**, mientras que en el segundo, la comisión del delito puede ser llevada por particulares.

A pesar de esta diferencia sustancial entre la violación de derechos humanos y la comisión de cualquier delito, los mecanismos de reparación de las víctimas (directas e indirectas) son los mismos.”³⁸

En suma, el Estado Mexicano debe cumplir con las obligaciones contraídas tras la reforma en derechos humanos de junio de dos mil once, promoviendo, respetando, protegiendo y garantizando los derechos de las personas reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que México es parte, brindando una mayor protección a los derechos humanos.

3.5. Tratados Internacionales de los que México es Parte.

³⁸ **PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos, La Reforma Constitucional en Derechos Humanos: El Costo de su Realización Efectiva, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, p.p. 51- 52.**

Derivado de la imperiosa necesidad de establecer relaciones con otros Estados es que se celebraron tratados internacionales bilaterales o multilaterales en diversas áreas con el fin de intercambiar mercancías, tecnología, el fortalecimiento de relaciones, etc, sin embargo, dentro de esa diversidad, los tratados en materia de derechos humanos se encuentran dentro de los cuerpos normativos más importantes de nuestro tiempo. Dichos tratados fueron creados por acuerdos de los Estados que conforman los sistemas Universal y **Regionales** con un fin único que es el de proteger y garantizar los derechos humanos de las personas dentro de una determinada región.

En el caso del continente **americano**, se desarrollaron tratados internacionales para codificar de forma más específica algunos derechos, esto a través de instrumentos jurídicos vinculantes que estipulan las medidas que los Estados celebrantes convienen en adoptar en virtud de ser parte de ellos, tal es el caso de México.

En lo que tiene que ver con Organismos Regionales en el continente americano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es competente en los siguientes Estados: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, **México**, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

En el caso del Estado Mexicano, este ha celebrado y en su momento ratificado diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos los cuales son vinculantes en virtud de estar sometido al Sistema Interamericano de Derechos Humanos así como, a los Organismos que lo integran, algunos de estos tratados son:

- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación Racial,
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, “Convención de Belém do Pará” (1994)
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,
- Convención sobre los Derechos del Niño, Niñas y Adolescentes,
- Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas(1994)
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (1999).

Lo anterior, permite ver que México al haber signado y ratificado diversos tratados en materia de derechos humanos, se encuentra obligado a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales en virtud de ser parte de ellos.

3.5.1. Organismos Internacionales.

El tema que nos ocupa en el presente apartado, es sin duda alguna de especial importancia, me refiero a los Organismos Internacionales los cuales son el resultado de un camino largo y accidentado. Derivado de la Segunda Guerra Mundial, y como una inspiración común por parte de los Estados involucrados en aquel conflicto bélico, es que nace una Organización que agrupa a la mayoría de los países en el mundo con el propósito de crear conciencia y respeto de los derechos humanos, en tal virtud es que nace la Organización de las Naciones Unidas como una organización con facultades, reconocida y aceptada por la mayoría de los Estados en el mundo.

A continuación, cito lo siguiente a saber:

- “Organización internacional creada en 1945 con **tres propósitos** principales (Art. 1):
 - mantener **la paz y la seguridad** internacionales
 - fomentar entre las naciones **relaciones de amistad**
 - realizar la cooperación internacional en (...) el desarrollo y estímulo del respeto a los **derechos humanos**
- **Órganos** de las Naciones Unidas encargados de los **Derechos Humanos**:
 - el Consejo Económico y Social (Art. 61 – 72)
 - la Asamblea General (Art. 9 – 22)
 - el Consejo de Seguridad (Art. 23 – 32)
- **Consecuencia**: Casi todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos han sido **desarrollados por las Naciones Unidas**.

Para un mayor abundamiento sobre el tema cito lo siguiente a saber:

- Casi todas las regiones del mundo han desarrollado – **adicionalmente a los tratados de Derechos Humanos a nivel mundial** – tratados de Derechos Humanos a nivel regional.
- Para cada región existe **una organización regional** encargada de de los derechos humanos que desarrolla los tratados respectivos:
- Para el **continente europeo**: el Consejo de Europa“ (47 Estados miembros)
- Para el **continente americano**: la Organización de los Estados Americanos“ (OEA) (35 Estados miembros)
- Para el **continente africano**: la Unión Africana“ (UA) (53 Estados miembros)

- Para el **mundo árabe-musulmán**: la Liga de Estados Árabes“ (LEA) (22 Estados miembros)
- La única región que no tiene un sistema de derechos humanos propio es el **continente asiático**.

Asimismo, es conveniente mencionar lo siguiente a saber:

- Tres documentos forman la llamada “**Carta Internacional de Derechos Humanos**“

1. **Declaración Universal de Derechos Humanos**

- aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948.
- una resolución sin fuerza jurídica vinculante.
- Pero: Por primera vez en la historia de la humanidad, se establecen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos para todos los seres humanos.
- A lo largo de los años el contenido de la Declaración ha sido ampliamente aceptado como las normas fundamentales de derechos humanos aceptadas mundialmente.

2. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (con dos protocolos facultativos de 1966 y de 1989).

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

3. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (con un protocolo facultativo de 2008).

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

➤ Rasgos comunes:

- tratados de derechos humanos de carácter general
- desarrollados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (una comisión del Consejo Económico y Social)

- suscritos el 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor el 23 de marzo y el 3 de enero de 1976 respectivamente
- 168 y 162 Estados Partes respectivamente.”³⁹

3.5.2. Organismos Regionales.

En el caso del Continente Americano, este cuenta con un Sistema Interamericano de Derechos Humanos el cual está compuesto por dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos de los cuales México es parte; en el caso del primero (Comisión Interamericana) este es el órgano principal de la OEA encargado de proteger y promover los derechos humanos en el continente Americano, a través de diversos mecanismos previamente aprobados y adoptados por los países celebrantes a saber:

- Visitas en situ
- Informe por país y temáticos
- Celebración de audiencias
- Relatorías temáticas
- Denuncias Individuales

Por lo que hace, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos este es un **tribunal** Internacional que no asigna responsabilidad individual sobre violaciones a los derechos humanos, sino que la responsabilidad recae sobre el **Estado** parte de la Convención Americana.

3.6. La Protección Garantía de los Derechos Humanos.

³⁹ **ODENDAHL, Kerstin, Seminario sobre Estudios Avanzados en Derecho Internacional y Derecho Interno, Academia de Derecho Internacional de la Haya, México, 2014.**

Antes de entrar al tema que me ocupa en el presente apartado, resulta necesario precisar qué se entiende por garantía para luego, ubicarlo en el contexto de los derechos humanos a saber:

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española garantía tiene el siguiente significado:

Garantía: 1. “Acción y efecto de afianzar algo o responder de que se cumplirá o se realizará. **3.** Seguridad que se ofrece por un determinado período de tiempo del buen funcionamiento o resultado de algo y documento en que consta. **Sinónimos:** Palabra, certeza, salvaguarda, caución.”⁴⁰

Una vez precisado lo anterior, la “**garantía**” de los **derechos humanos** por parte del **Estado** puede entenderse de la siguiente manera: la obligación de garantía implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Gros Espiell establece que esta obligación “supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana; procurando, además, el restablecimiento, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. De esta forma: la

⁴⁰ **Diccionario Esencial Santillana de la Lengua Española, España, 1991, p. 561.**

obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para “remover” los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de los derechos que la Convención Americana reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye un incumplimiento a lo dispuesto en el **artículo 1.1** del propio **Pacto de San José**.

Aunado a lo anterior, algunos estudiosos del tema coinciden en que: “...De la obligación general de garantía, asimismo, se derivan otra serie de obligaciones específicas (o formas de cumplimiento) que se han venido desarrollando en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde sus inicios...”⁴¹

3.7. El Parámetro de Regularidad Constitucional.

Respecto, de cómo quedó plasmada la figura del arraigo a la que hace referencia la fracción octava del artículo 16 Constitucional, tras las reformas Constitucionales en materia penal de junio de 2008, y cómo esta medida cautelar o precautoria hablando en materia penal (**arraigo**), debe de cumplir o ajustarse a una serie de condiciones generales de **validez** mínimas para su

⁴¹ **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada, México, 2014, p. 49.**

constitucionalidad y **convencionalidad**, aplicando el **parámetro de regularidad constitucional** que en México tiene que darse tomando en cuenta el nuevo parámetro de validez surgido a partir de la reforma constitucional del año 2011 en materia de **derechos humanos**, en aras de no seguir violentando los derechos humanos de las personas contra las que se les **decrete** el arraigo penal por parte de la autoridad jurisdiccional. Resulta necesario revisar y precisar que debe entenderse por “**Parámetro de Regularidad Constitucional**” y como este, debe operar dentro de nuestro sistema jurídico mexicano por parte de los Juzgadores y Órganos Jurisdiccionales. Es por lo anterior y para un mejor entendimiento, que daré a continuación una definición basada en la interpretación que de ésta hace ejerciendo su facultad originaria, la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

El parámetro en cita, derivó de la interpretación que para tal efecto hizo el órgano facultado para ello (**Suprema Corte de Justicia de la Nación**) del **artículo 1 Constitucional**, la cual se basa en **tres decisiones fundamentales** de las cuales ha desarrollado el **concepto** del Nuevo “**Parámetro de Regularidad Constitucional**”, la cual dicho seas de paso coincide con la de “**Bloque de Constitucionalidad**”. Por tanto, se puede decir que el **Bloque de Constitucionalidad** se denomina, “**Parámetro de Regularidad Constitucional**”

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que cuando **se ejerza el control de constitucionalidad/convencionalidad en materia de derechos humanos**, **los parámetros** o puntos de partida en los que se debe de apoyar son los **tres cuerpos normativos** que cito a continuación:

1) Todos los **Derechos Humanos contenidos** en la **Constitución** así como, la **jurisprudencia** emitida por el **Poder Judicial** de la Federación,

2) Todos los Derechos Humanos **contenidos** en los **Tratados Internacionales** de los que Estado Mexicano sea parte y,

3) **Criterios vinculantes** de la **Corte Interamericana** de los Derechos Humanos, establecidos en las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte y, **criterios orientadores** de la **jurisprudencia** sin precedentes de la citada Corte Interamericana aún cuando, el Estado Mexicano no haya sido parte.

Definición: “Un **conjunto de normas** a partir del cual se determina la **regularidad** o la validez de las normas que integran el ordenamiento jurídico mexicano. Adicionalmente, este parámetro constituye un **catálogo normativo** que permite a los juzgadores determinar cual de ellos resulta **más favorable** para las personas, a fin de ser tomados en cuenta para las circunstancias particulares a la que se enfrenten.”

Para tal efecto debe de actualizarse lo siguiente; en cada caso se debe primeramente confirmar la existencia de un “**Parámetro de Control de Regularidad Constitucional**”, dicho parámetro se tendrá que **construir** con los **tres órdenes normativos** citados con antelación y, finalmente cabe señalar que el parámetro de referencia se construye **caso por caso**.

La evolución que tuvo el Nuevo parámetro al que se hace referencia en México, derivó de los casos que cito a continuación:

A) El Expediente **varios 912/2011**, resuelto el 14 de julio de 2011, el cual constituyó la **pedra angular** para la construcción del parámetro citado con antelación.

B) La **Acción de Inconstitucionalidad 155/2007**, resuelto el 7 de febrero de 2012, esta acción **constituyó la confirmación y aplicación** del parámetro citado dentro del sistema jurídico mexicano,

C) La **Contradicción de Tesis 293/2011**, resuelto el 3 de septiembre de 2013, con lo que se **consolidó** dentro de nuestro **sistema jurídico** el nuevo “**Parámetro de Regularidad Constitucional**.”

Es por lo anterior, que **con base** en este “**Parámetro de Regularidad Constitucional**” el **juzgador debe de emitir su resolución** en un caso en **concreto**, sin embargo, en el caso de que un **Juez obsequie** a petición de la autoridad Ministerial la **medida cautelar o precautoria** a la que se refiere la **fracción octava del artículo 16 Constitucional**, este debe de **ceñirse al conjunto de normas que conforman dicho parámetro de regularidad** y en consecuencia, **no decretarla por ser incompatible e inconvenional con los parámetro mínimos establecidos en materia de derechos humanos** y por ser claramente una medida violatoria de los derechos del inculgado o indiciado.

Finalmente, para un mejor entendimiento cito la siguiente tesis **1ª. CCCXLIV/2015 (10ª.)**:

“PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA NACIONAL O INTERNACIONAL”

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

3.8. El Control Difuso de Convencionalidad.

En atención al tema del presente apartado, resulta conveniente citar lo siguiente a saber:

“Control de convencionalidad” (sede interna)

“Uno de los más recientes y efectivos esfuerzos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para incrementar el **nivel de cumplimiento** de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a nivel nacional es la creación de la **doctrina** del “**control de convencionalidad**”. La Corte la ha entendido como “**una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional**”, principalmente “**el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia**” de dicho Tribunal.

Esta **doctrina** establece una **obligación** internacional a cargo de todas las **autoridades** de los Estados parte del Pacto de San José de **interpretar** cualquier “**norma nacional**” (**Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etcétera**) de **conformidad** con la **Convención Americana** y, en general, con el **corpus juris interamericano**; en caso de que exista una **manifiesta incompatibilidad** entre la **norma nacional** y el **corpus iuris interamericano**, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer **de oficio** el **control de convencionalidad**, pero siempre actuando dentro de sus **respectivas competencias** y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno.

En este orden de ideas, resulta oportuno citar lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo cual dicho sea de paso es **vinculante** al Estado Mexicano en razón de pertenecer este al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (**Tesis Aislada, Primera Sala, registro 2010426**) a saber:

“**Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que “los órganos del poder judicial deben de ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana.”**

En el mismo sentido, se ha pronunciado al respecto el Pleno del Máximo Tribunal del País (**Suprema Corte de Justicia de la Nación**) tal como se aprecia al resolver la **Contradicción de Tesis 21/2011** la cual cito a continuación, incluso va más haya en el sentido de señalar que este principio no es una cuestión de subsidiariedad, por lo que debe llevarse a cabo **ex officio** aun cuando el **derecho humano** de que se trate esté **contenido** en la **Constitución Política Federal**, tal como se aprecia en la Jurisprudencia emitida por la Primera Sala del Tribunal citado con antelación **1a. / J. 38/2015 (10ª)** saber:

CONTRADICCIÓN DE TESIS 21/2011...“el control de convencionalidad es un control de constitucionalidad desde el punto de vista sustantivo, dada la interpretación material que se hace del artículo 1° Constitucional.”

“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO, NO ES UNA CUESTIÓN DE SUNSIDIARIEDAD, POR LO QUE DEBE LLEVARSE A CABO AUN CUANDO EL DERECHO HUMANO DE QUE SE TRATE ESTÉ CONTENIDO EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”

La **doctrina** se estableció por la **Corte Interamericana** en el caso ***Almonacid Arellano y otros vs. Chile, en 2006***. Este caso trata, entre otras cuestiones, sobre la responsabilidad internacional del estado chileno por la adopción y aplicación del Decreto-ley 2.191 de 1978, el cual concedía una amnistía general a todos los responsables de hechos delictivos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. La aplicación de este decreto por parte del Poder Judicial tuvo como efecto inmediato el cese de investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Luis Alfredo Al234 **Control de convencionalidad (sede interna) monacid Arellano**, quien fue ejecutado por la policía en el contexto de graves violaciones

a derechos humanos que siguieron al golpe de Estado presidido por el general Augusto Pinochet, en 1973, lo cual constituyó una violación a los arts. **1.1, 8o. y 25** de la **Convención Americana**. Siguiendo su jurisprudencia en materia de justicia transicional, la Corte Interamericana declaró la nulidad *ab initio* del referido Decreto-ley, estableciendo que en casos donde el Poder Legislativo falle en su tarea de suprimir leyes contrarias al Pacto de San José, el Poder Judicial permanece obligado a respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y, por lo tanto, debe realizar un control de convencionalidad, de forma tal que los jueces velen porque los efectos de las disposiciones de la Convención Americana no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

El *fundamento normativo* de la doctrina se encuentra principalmente en los arts. **1.1, 2o. y 29 de la Convención Americana**, y en los arts. **26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados**. De los arts. 1.1 y 2o. del Pacto de San José se desprende la obligación de desarrollar prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, por lo que es necesario que la interpretación de las leyes domésticas se encuentre ajustada a cumplir con la obligación de respeto y garantía. Del art. 29 de la Convención se desprende la obligación de las autoridades de permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos establecidos en el Pacto de San José o en otros instrumentos nacionales o internacionales. Finalmente, de manera subsidiaria, los principios de buena fe, efecto útil y *pacta sunt servanda*, y la **prohibición de invocar el derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado**, de conformidad con los arts. **26 y 27 de la Convención de Viena**, complementan el deber de las autoridades estatales de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado conforme a la Convención Americana. Estos elementos, tomados en conjunto, sustentan la existencia del control de convencionalidad.

Los **elementos** que componen el **control de convencionalidad** pueden clasificarse de acuerdo con **a)** las autoridades a las que obliga; **b)** la intensidad con la que las autoridades deben efectuar el control, y **c)** el parámetro con el cual se efectúa dicho **Control de Convencionalidad** (sede interna). En relación con el *primer elemento*, es posible afirmar que se trata de un control extenso que alcanza a todas las autoridades del Estado, sin importar si pertenecen al Poder Ejecutivo, al Legislativo o Judicial, puesto que la obligación de respetar y garantizar los derechos conforme a los arts. 1.1 y 2o. de la Convención Americana le corresponde al Estado como un todo y, por lo tanto, no puede estar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno. Sin embargo, el cumplimiento de esta obligación **recae** especialmente en el **poder judicial y/o tribunales, cortes y salas constitucionales**, al tener un rol central en la **salvaguarda de los derechos fundamentales (nacionales y convencionales) en el orden jurídico interno** de conformidad con los arts. **25 (protección judicial) y 1.1 de la Convención Americana (deber de respeto y garantía)**; por lo que los jueces nacionales, sin importar su jerarquía, grado de competencia o materia de especialización, deben actuar como el primer y auténtico guardián de los derechos previstos en la Convención Americana.”⁴²

Especial atención merecen los criterios establecidos por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en razón de cómo debe ejercerse dicho **Control Difuso de Convencionalidad** por parte de **las autoridades** de cualquier Estado, a saber:

“Lo anterior no significa que todas las autoridades deban ejercer el control con la misma intensidad, pues la manera en que es realizado está condicionada por el derecho nacional. Sobre este *segundo elemento*, la Corte estableció este criterio en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*

⁴² **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Tomo I, México, 2014, p.p. 233-234.**

(2006), en donde determinó que las autoridades (los jueces, en este caso) debían realizar el control de convencionalidad “de oficio”, pero “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”; de esta forma, por ejemplo, en los **sistemas de control difuso**, donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, **el grado de control de convencionalidad resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional**. En cambio, el grado de intensidad disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el control difuso de la constitucionalidad, estando obligados en todo caso a realizar una interpretación conforme a la Convención. Por supuesto, el hecho de que existan estas graduaciones en la intensidad del control es independiente de la obligación de las autoridades de ejercerlo **ex-officio**, conforme a sus **competencias y regulaciones procesales** correspondientes.

En relación con el *tercer elemento*, relativo al parámetro de control, las normas que sirven como base para su ejercicio son aquellas contenidas en el **corpus juris interamericano**, el cual se integra, en general, por los tratados internacionales de derechos humanos creados en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) y su interpretación por la Corte Interamericana. De esta forma, el catálogo de normas que sirve de parámetro al control (dependiendo de la firma, ratificación o adhesión de cada Estado, así como en consideración a las reservas que no sean contrarias al objeto y fin del tratado) son las establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus dos protocolos adicionales relativos a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), y sobre la Abolición de la Pena de Muerte; y otros tratados, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de

Discriminación contra las Personas con Discapacidad. De esta manera, es posible afirmar que el parámetro de control puede llegar a formar un auténtico “bloque de convencionalidad” (que eventualmente puede quedar comprendido dentro del “bloque de constitucionalidad” en el ámbito nacional).⁴³

Una vez citado lo anterior, puede concluirse que derivado de las reformas constitucionales de 10 de junio de 2011, dicha institución se encuentra inserta en el **párrafo tercero del artículo primero constitucional** el cual vino a cambiar la forma de aplicar el derecho por parte de los operadores jurídicos dentro del sistema jurídico en México, en virtud de ser un mandato **constitucional** y **convencional** el cual quedo como sigue:

Artículo 1, Constitucional, párrafo tercero: “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.”

Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

La referida institución o principio, debe de entenderse como una especie de control difuso de constitucionalidad el cual debe de aplicarse de **manera conjunta** con lo que establece la **ultima parte del artículo 133 de la Carta Magna** el cual cito a continuación.

Artículo 133 Constitucional...“**Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.**”

⁴³ **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional**, Tomo I, México, 2014, p.p. 235-236.

CAPITULO IV. ESTUDIO DEL ARRAIGO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

4. El Artículo 16, Párrafo Octavo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4.1. Transición de un Procedimiento Penal Semi-inquisitorio al Acusatorio Oral.

El sistema de justicia penal en México, sufrió importantes reformas en junio de 2008, me refiero al decreto constitucional que reformó diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales cito a continuación; **16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; 73, fracciones XXI y XXIII, 115, fracción VII y el 123, apartado B, fracción XIII**, lo que representó sin duda alguna, un cambio en la cultura jurídica por parte de todos los involucrados en el tema; pues el transitar, de un sistema que durante muchos años prevaleció en nuestro país, me refiero al sistema semi-inquisitorio a uno nuevo como lo es el “nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio y oral”, implica sin duda, un enorme reto que pone en movimiento todo el sistema jurídico mexicano, a las instituciones, jueces, ministerios públicos así como de sus auxiliares. El legislador, tomando en cuenta estos aspectos y la complejidad que ello representa, insertó una *vacatio legis* de **ocho años** a partir de la entrada en vigor del decreto constitucional citado en líneas que anteceden, así como **artículos transitorios** encaminados a establecer las directrices en tanto entra en vigor en todo el país, el sistema citado al inicio del presente acápite; los cuales, dicho sea de paso, han dado origen a confusiones al momento de interpretarlos y aplicarlos tanto por las legislaturas de los estados así como, por las autoridades ministeriales y judiciales de algunas entidades federativas, lo anterior en el sentido de que los artículos transitorios contenidos en el decreto

ya citado con anterioridad, obedece a una **validez temporal**, es decir, este plazo fenece el **18 de junio de 2016**. Es de desatacar, que los **principios y objetivos** que rigen el “nuevo sistema de justicia penal” se encuentran insertos en el **artículo 20 Constitucional** en su primera parte; privilegiando en todo momento la **oralidad** y la **presunción de inocencia** este último, contenido en el apartado B, primer párrafo del citado numeral. Por lo que hace, a los **principios** que rigen el proceso penal estos son los siguientes: **publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación**; los cuales tienen como objetivo, **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 (la reparación del daño)**; este último, podrá ser exigido tanto por la víctima u ofendido así como, por el inculpado o indiciado; por lo que hace al primero de estos, esta la podrá exigir al juez de control para la reparación del daño el cual será proporcional al daño sufrido por la víctima u ofendido; en el segundo caso, procederá en el supuesto en que no se demuestre su culpabilidad y se le absuelva de toda culpa; lo anterior deja ver algunas de las bondades que este nuevo sistema presenta pero también los contras, tal es el caso de la figura del **arraigo** constitucionalizada en el **artículo 16, párrafo octavo**.

La consolidación del nuevo sistema de justicia penal, representa sin duda alguna un parteaguas en la **procuración e impartición de justicia en México** pero también, un enorme esfuerzo y compromiso para el Estado mexicano y sus instituciones en aras de no seguir violentando los derechos humanos de las personas (**inculpado o indiciado, víctima u ofendido**), lo que hasta ahora sigue sucediendo; por lo que resulta necesario, revisar y subsanar de manera prioritaria las ambigüedades y lagunas legales que el nuevo sistema presenta.

4.1.1. Facultades Constitucionales del Ministerio Público.

En lo que tiene que ver, con las facultades que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos confiere a la autoridad ministerial (entiéndase Ministerio Público), como único órgano del Estado competente para formular e impulsar una acusación penal ya sea a nivel de averiguación previa o dentro de un proceso penal tenemos que:⁴⁴

Rubro: MINISTERIO PÚBLICO. ES EL ÚNICO ÓRGANO DEL ESTADO COMPETENTE PARA FORMULAR E IMPULSAR LA ACUSACIÓN PENAL.

Texto: Conforme a los artículos **21** y **102** de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el **Ministerio Público** tiene a su cargo la **persecución e investigación de los delitos**, lo que significa que es el **único órgano estatal competente para formular e impulsar la acusación o imputación delictiva**. Así, la persecución e investigación de los delitos es una labor de carácter administrativo que por definición excluye a la judicial. Esto es, los artículos constitucionales aludidos deben leerse en el sentido de que establecen obligaciones a cargo del Ministerio Público, de manera que la investigación y persecución de los delitos no constituyen una prerrogativa a su cargo y, por tanto, no puede renunciar a su ejercicio, el cual es revisable en sede constitucional. Por otra parte, la posesión del monopolio no debe entenderse en el sentido de que la Constitución General de la República prohíbe la intervención de la víctima o del ofendido en el proceso penal como partes del mismo, en términos del artículo 20, apartado B, constitucional, pues el reconocimiento de este derecho coexiste con el indicado mandato constitucional a cargo del Ministerio Público. Así, a nivel constitucional también se dispone que deben existir medios de defensa que posibiliten la intervención

⁴⁴ **Registro IUS: 165954, Localización: Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Noviembre de 2009, p. 409, aislada, Constitucional, Penal.**

Número de tesis: 1a. CXCIII/2009.

de la víctima o del ofendido para efectos de impugnar, por ejemplo, el no ejercicio de la acción penal. Es decir, la división competencial es clara en el sentido de que el único órgano del Estado facultado para intervenir como parte acusadora en un proceso penal es el Ministerio Público, en su carácter de representante social, y -de manera concomitante, aunque no necesaria- con la propia sociedad (cuando se trate de la víctima o el ofendido), en los términos que establece la propia Constitución Federal.

Precedentes: Amparo directo 9/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Derivado de lo anterior, tenemos que el **ejercicio de la acción penal** por parte del representante social encuentra **fundamento** en lo dispuesto en los artículos citados a continuación:

Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

Artículo 102. Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que

acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

En este sentido, tenemos que el Ministerio Público, es la institución facultada constitucionalmente para iniciar o realizar la investigación de hechos constitutivos de un delito, así como de la posible intervención de quien los cometió. Asimismo, la institución aludida en párrafos anteriores, dentro de esa actividad investigadora se encuentra facultada para, en su caso, solicitar si así lo estima necesario al Juez de Control que esté conociendo del asunto, el arraigo de una persona, misma que deviene de la misma constitución en su artículo 16, párrafo octavo; así como, en la legislación secundaria:

a) Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Art. 12.- El Juez podrá dictar el arraigo, a **solicitud del Ministerio Público de la Federación**, en los casos previstos en el artículo 20 de esta Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud, 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 inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el 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 la duración total de esta medida precautoria exceda de ochenta días.

b) Código Penal Federal

Art. 178, párrafo segundo: Al que desobedeciere el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, dictados por autoridad judicial competente, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de diez a doscientos días multa.

c) Código Federal de Procedimientos Penales, en sus artículos 2, fracción tercera, 133, bis, 205, 256, 367, fracción VII:

Artículo 2.- Compete al **Ministerio Público Federal** llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales. En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público: [...] IJl.- Solicitar a la **autoridad jurisdiccional** las **medidas precautorias de arraigo**, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan.

Sobre el artículo que antecede, merece puntualizar que a nivel de averiguación previa el numeral en cita **no señala expresamente la autoridad jurisdiccional competente** para que en su caso decrete las medidas precautorias de **arraigo**, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las **órdenes de cateo**. Por lo que merece citar el **Acuerdo General 75/2008** aprobado por el pleno del Consejo de la Judicatura Federal en el año de 2008 por el que se crearon **Juzgados Especializados en Arraigo, Cateos e Intervención de Comunicaciones** que dicho sea de paso entraron en funciones a partir del año 2009 los cuales se les dio **competencia** para conocer y en su caso **decretar** como bien señala el artículo en comento a solicitud del Ministerio Público Federal una ordene de arraigo.

Ahora bien, continuando con el análisis de los numerales en cita es de especial **atención** el artículo que a continuación cito, en virtud de ser este declarado recientemente “**constitucional**” por el Pleno del más Alto Tribunal del País al resolver el **Amparo Directo en Revisión 1250/2012** tras una decisión de seis votos a favor y cinco en contra y, del cual hablaré en la parte final del presente trabajo de tesis.

Art. 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.

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

Art. 256.- 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 fué [SIC] 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.

Art. 367.- Son apelables en el efecto devolutivo: fracción [...] VII VI.- Los autos que nieguen el cateo, las medidas precautorias de carácter patrimonial, el arraigo del indiciado o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica;

Es de destacar que una vez realizada la solicitud de merito por parte de la representación social, y el órgano jurisdiccional la estime procedente, la institución en comento se convierte en el **ejecutor** de la **medida cautelar o precautoria (arraigo)**, actividad en la que indudablemente se apoya de sus auxiliares entendiéndose elementos de policía quienes se encargarán de vigilar se cumplan con las medidas de seguridad indicadas por el juez en su orden, lo que no asegura en ninguna forma, que dentro de ese periodo de tiempo en que el inculpado se encuentre arraigado éste sufra algún tipo de maltrato, intimidación, amenaza u otros tratos crueles y degradantes, lo que constituye sin duda alguna violaciones a los derechos humanos; es por lo anterior que se debe legislar en este sentido en virtud de que la medida cautelar (arraigo), tema central de esta investigación es a todas luces inconstitucional e incompatible con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, en aras de no seguir violentando los derechos humanos del indiciado o inculpado.

4.1.2. La Petición del Ministerio Público al Juez Para que Éste Obsequie la Orden de Arraigo.

Dentro del presente apartado, abundaré en la función que desempeña la autoridad ministerial a nivel de averiguación previa y como está, ejerce sus facultades conferidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dentro de la etapa preliminar o de investigación así como, de la exigencias que deben darse para que en su caso éste, pueda solicitar al Juez de Control la medida cautelar o precautoria (**arraigo**) bajo su más estricta responsabilidad y este último en caso de ser procedente la obsequie.

El representante social dentro de sus funciones está, la persecución e investigación de los delitos, apoyado este de sus auxiliares (policía) así como, el ejercicio de la acción penal, en este sentido, tenemos que el actuar de la autoridad citada en párrafos que anteceden, debe de estar fundada y motivada tal como lo refiere el artículo 16, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en aras de no violar los derechos humanos del inculgado o indiciado, así como el debido proceso.

En este orden de ideas, la solicitud o petición del arraigo al juez de control por parte del Ministerio Público debe motivarse haciéndose alusión a las causas, condiciones y exigencias propias del caso en particular, manejándose además los planteamientos y consideraciones en forma desglosada, pormenorizada y concatenada con el desglose de la averiguación previa, que se está integrando al o los probables responsables según sea el caso. Tal promoción debe manejar considerandos expuestos debidamente razonados, lógicos y de trascendencia legal, pues en razón de ello dependerá la eficacia para la aceptación, admisión o rechazo de su petición (**arraigo**) por parte del Juez de Control que esté conociendo del asunto, ya que este último tiene la amplia facultad de que si no se reúnen los requisitos elementales para obsequiar la petición de la medida cautelar (**arraigo**) éste último, **no debe** en ningún caso emitir dicha medida cautelar en contra de una persona cuando esta no se encuentra debidamente fundada y motivada, expresando fehacientemente su rechazo, ya que de conceder esta, sin contar con los

elementos y datos necesarios para en su caso decretarla en contra de una persona (**indiciado o inculpado**), se estaría violando como ya lo mencioné en capítulos que anteceden, sus derechos más elementales.

En tal virtud, debe de fundamentarse por parte de la representación social la solicitud de la medida citada con antelación, pues es requisito indispensable, que quedará sujeto a los ordenamientos Constitucionales, federal y local; así como, de las leyes orgánicas de la procuraduría federal y local que conforman la acción peticionaria por la formalidad del caso, respecto del ordenamiento procedimental penal; ya que de lo contrario, dicha acción es nula por carecer de la técnica legal de su promoción, ya que como órgano especializado, la **fundamentación** es el requisito más trascendental que le da sustento a su petición.

En conclusión, debe imperiosamente indicarse en tal solicitud por parte del Ministerio Público al Juez de Control que esté conociendo del asunto, el señalamiento descriptivo al manejar el desglose de la citada averiguación previa, los datos deben de ser bastantes y suficientes para **acreditar** los elementos del tipo penal (**cuerpo del delito**) y por consiguiente todos los datos relacionados con la acreditación de la **probable responsabilidad** del indiciado o inculpado, figuras de las que hablaré en el siguiente apartado; lo anterior en atención a la vinculación de su conducta o de su actuación en la comisión de un delito de los cuales directa o indirectamente lo están relacionando en el desglose de la averiguación previa, asimismo, debe indicarse mínimamente el tiempo en que dicho órgano acusador (Ministerio Público), debe integrar la respectiva averiguación previa, acordar las diligencias necesarias o elementales que estén desahogándose o estén pendientes de desahogarse y que siendo casi imposible, concluir con ellas en el tiempo que marca la ley a nivel de averiguación previa (48hrs. o 96hrs.), se está, por ese motivo solicitando el arraigo penal en contra de una persona.

4.1.3. Cuerpo del Delito.

Dentro de la etapa de averiguación previa, le corresponde a la Autoridad Ministerial (Ministerio Público), investigar los hechos que le permitan acreditar los elementos del tipo penal. En el caso que nos ocupa en el presente apartado el **cuerpo del delito** es uno de los dos elementos indispensables para en su caso, se pueda dar la acreditación por parte de la autoridad referida con antelación de la probable responsabilidad en la comisión de un delito a una persona; resulta conveniente conceptualizar la figura en comento para así, poder entender su importancia a nivel de averiguación previa.

ACTOS PREJUDICIALES O PREPARATORIOS.

A. En materia penal para que se inicie el proceso propiamente dicho a través de la consignación, es decir, el ejercicio de la acción penal ante el juez de la causa por parte del Ministerio Público, es preciso que con anterioridad se realice la etapa calificada como averiguación previa por nuestros códigos procesales penales, y que atribuyen de manera exclusiva al propio Ministerio Público, de quien depende la policía judicial (ya que en nuestro sistema jurídico no existe juez de instrucción, según el modelo francés), a fin de reunir los elementos necesarios para demostrar la existencia del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado, según lo establecido por los artículos 263 a 287 del Código Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 113 a 133 del Código Federal de Procedimientos Penales.

A este respecto, coincido con la definición que da el Diccionario Jurídico Mexicano en razón de que dentro de nuestro sistema procedimental penal, debe de darse una investigación de los hechos que permitan acreditar los dos elementos necesario para que en su caso, pueda la representación social consignar ante un Juez de Control al presunto responsable e incluso, de estimarlo necesario solicitar a este último la medida cautelar o precautoria de

mérito (**arraigo**) bajo su más estricta responsabilidad, lo anterior en razón de ser este el único facultado por la Constitución para **investigar y ejercer acción penal** en contra de una persona acusada de cometer un delito.

Así mismo, para un mayor abundamiento sobre la figura en estudio en el presente apartado y sin ánimo de ser exhaustivos sobre el particular, merece citar lo siguiente a saber:

CUERPO DEL DELITO. I. Se ha utilizado en distintas legislaciones y épocas en tres sentidos distintos: **a)** para designar los efectos permanentes del delito. En tales casos se clasifican en *delicti facti permanentis* (delitos de hechos permanentes) o *delicti facti transcurrentis* (delitos de hechos momentáneos). Como es lógico, sólo los primeros consienten hablar de cuerpo del delito; **b)** para corregir las limitaciones de la anterior aceptación, se siguió hablando de “elementos materiales permanentes”, clasificándose en tres grupos. El primero siguió comprendiendo lo que anteriormente era el cuerpo del delito y que, como se ha dicho, sólo cabe en ciertos hechos delictuosos. Así, las heridas en las lesiones, el cadáver en el homicidio o la cosa dañada en el daño, por ejemplo El segundo comprendía huellas del delitos, pero en un sentido más amplio que en el primer grupo, puesto que los *delicti transeuntis* también las admiten. Así, las huellas dejadas por el delincuente frente a la puerta de la casa, pueden servir tanto para comprobar el homicidio, como también el allanamiento de morada. El tercer grupo comprendía todo aquello que hubiera servido, de medio para la realización del delito y que también, como en el segundo grupo, podría referirse a un delito de hecho momentáneo como a uno de hecho permanente, por ejemplo el objeto obsceno utilizado para ofender el pudor público o el arma utilizada en el homicidio, y **c)** en una tercera acepción, cuerpo del delito es definido con el hecho considerado en sí mismo, es decir como la “materialidad de la infracción”. Esta es por ejemplo, la posición de Ortolán; “... cuando se dice el cuerpo del delito, se emplea una metáfora; se supone que el delito, considerado físicamente tiene un conjunto de elementos materiales, más

o menos unidos entre sí, que lo constituyen y lo forman como un cuerpo. Es cierto que no hay delito fuera del orden moral, como no hay hombre sin alma, lo que no obsta a que el hombre tenga un cuerpo. Se dice cuerpo del delito, como se dice cuerpo del hombre, haciendo abstracción de su naturaleza moral, empleando esta expresión para designar el conjunto completo de los elementos materiales que forman el delito". En esta tercera acepción, el concepto es distinguible de otros tales como el de huellas, vestigios o instrumentos del delito.

II. La razón de ser del concepto se encuentra en el llamado "principio de la mejor prueba", estrechamente vinculado al sistema de la tasación legal de la misma, aunque todavía operante en el sistema de la sana crítica en donde, tal como lo indica Sauchelli, "...el juez debe tener presente el principio de la mejor prueba". Al mismo tiempo, el concepto de cuerpo del delito evolucionó, tal como se expuso en I, hasta constituirse en esquema conceptual del propio hecho delictivo, considerado en sí mismo, esto es, con total prescindencia de la culpabilidad del agente. Suministra de tal manera el *thema probandum* que guía la actividad del órgano encargado de integrar los elementos de la acusación. Es aquí precisamente, donde se conecta el concepto "cuerpo del delito" con el de "tipo delictivo", cuya familiaridad ha sido señalada por numerosos autores, entre otros Jiménez de Asúa, Jiménez Huerta, Franco Sodi, etcétera Pero debe tenerse en cuenta que el concepto que nos ocupa precede al segundo y que los puntos de contacto no deben ocultar lo que los separa y especifica. El concepto de tipo cumple su función en la teoría del delito y la mayor o menor amplitud de su contenido depende de consideraciones procesales tales como las condiciones necesarias y suficientes para que proceda válidamente dictar un "auto de procesamiento ajenas por completo a consideración", por ejemplo sí el concepto "cuerpo del delito" dependiera de la extensión del "tipo", el primero estaría sujeto a los vaivenes que cada teoría del delito produce en cuanto a los "elementos" integrantes del segundo. Y no es posible desconocer que el tipo del causalismo es sustancialmente distinto al del finalismo e incluso que para las teorías unitarias del delito el concepto de tipo puede, legítimamente en su campo, abarcar la totalidad del delito. Si lo que "debe ser

comprobado” para dictar un auto de formal prisión coincide con el “tipo” de alguna teoría del delito, ello es útil para demostrar la génesis del concepto del tipo; de ahí no se sigue, sin embargo, que el concepto de “tipo” no pueda evolucionar hasta independizarse de su origen. Mejor que decir que el concepto de “tipo” cumple una función procesal (Jiménez de Asúa), sería decir que el concepto de “cuerpo del delito” cumplió una función sistemática en el derecho penal sustantivo.

III. En el derecho mexicano, el concepto de “cuerpo del delito” tiene importancia capital. En la Constitución (artículo 19) se exige su comprobación como condición para justificar la detención por un plazo mayor de tres días (en realidad 72 horas, véase artículo 107 fracción XVIII de la Constitución). Al mismo tiempo, tal exigencia aparece receptada en los códigos de procedimientos penales: artículos 94 y siguientes, 297 fracción IV, etcétera del vigente en el Distrito Federal para el orden común y 168 y siguientes, 161 fracción I, etcétera del federal. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha mantenido esta exigencia en diversos fallos y ha definido al **cuerpo del delito** como **“el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”**.

Sistematizando la regulación de la materia en nuestra legislación, García Ramírez distingue entre normas generales y normas especiales referidas a los modos de comprobación del cuerpo del delito. Es fácil ver cómo ello demuestra el origen del concepto en el principio de la mejor prueba. Al mismo tiempo, es clara la tendencia de los códigos citados, aunque con menor intensidad en el federal, hacia la tasación probatoria. Dicha tasación se refiere tanto a los medios como a la eficacia de los mismos, pero cabe señalar que, así como cuerpo del delito y tipo coinciden en algún momento de su evolución sin que ello permita su confusión, tampoco el sistema de la prueba legal o tasada es necesaria, siempre que el concepto de cuerpo del delito aparezca como contenido de normas jurídicas. La propia evolución de la jurisprudencia en relación al tema que nos ocupa así lo demuestra: “El juez goza de las más amplias facultades para comprobarlo, aunque se aparte de los medios

específicamente señalados por la ley, con tal de que los empleados no pugnen con la propia ley, con la moral o con las buenas costumbres”. De todos modos, la fundamentación siempre es necesaria junto a la motivación: “La autoridad judicial goza de amplio criterio para la comprobación del hecho, pero ésta no puede hacerse con razonamientos desvinculados de las normas legales”.

IV. Finalmente, y a modo de conclusión, diremos que el concepto estudiado no debe nunca desvincularse del contiguo a saber, la “responsabilidad”. Si bien el primero debe ser “comprobado” y el segundo sólo establecido en grado de “probabilidad” (y a nuestro juicio probabilidad positiva) a los fines de la procedencia del auto de formal prisión, no debe olvidarse que ambos extremos deben estar comprobados en tanto proceda sentencia condenatoria y ambos conjuntamente deben ser exhaustivos respecto a las condiciones que el derecho sustantivo establece para imponer la sanción penal. En el fondo de la discusión acerca del dominio del concepto, esto es, su mayor o menor amplitud, está presente el problema de la certeza necesaria y de la duda mínima que es exigible al juez para que disponga del procesamiento e imponga la prisión preventiva en su caso. El cuerpo del delito puede ser definido entonces, como aquel concepto cuyo contenido comprende todos aquellos extremos que el juzgador debe comprobar plenamente como condición de la procedencia del auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Ello no significa que el juez, durante el periodo instructorio no valore, como afirma Jiménez de Asúa. Esto, que tal vez fuera justo respecto al proceso penal español, no lo es en nuestro derecho. Es en cambio aceptable decir, como nosotros, que la valoración que el juzgador realiza durante el periodo instructorio respecto a los elementos o condiciones del delito, está distribuida con distinta intensidad respecto a cada uno de esos elementos.

De lo anterior, se puede concluir que la figura que me ocupa en el presente apartado es de una especial importancia dentro de la etapa de investigación de los hechos (averiguación previa), la definición que antecede permite ver como ésta ha venido evolucionando con el paso del tiempo así

como, aspectos que algunos autores y estudiosos del tema han venido aportando por último, la definición que de ella hace el más Alto Tribunal de nuestro país me parece acertada la cual transcribo a continuación:

Por cuerpo del delito se entiende:

“el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”.⁴⁵

4.1.4. La Probable Responsabilidad.

En el apartado que me ocupa, he de referirme al segundo elemento que imperiosamente debe darse para que el Ministerio Público pueda en su caso dentro de la averiguación previa, acreditar plenamente la participación de una persona en la comisión de un delito sancionado por las leyes penales, me refiero claro a la **probable responsabilidad**; para tal efecto me remitiré a la definición que de ella hace el Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional así como, a la jurisprudencia emitida por el órgano jurisdiccional facultado para ello:

“Después de la reforma del 18 de junio de 2008, solo se requiere que el Ministerio Público aporte datos que establezcan que se ha cometido un hecho delictivo y que exista la **probabilidad** de que el **indiciado** lo cometió o participó en su comisión para que el juez libre la orden de aprehensión y, en su caso, el auto de vinculación a proceso. Lo anterior no debería implicar forzosamente la prisión preventiva, pues esta solo se debería ordenar cuando el probable responsable pueda sustraerse de la acción de la justicia, haya posibilidad de que entorpezca la investigación o su libertad represente peligro para la víctima o testigos, tal como lo contempla el párrafo segundo del art. 19 de nuestra carta

⁴⁵ **Diccionario Jurídico Mexicano, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1994, p.p. 118-121.**

magna. Sin embargo, en ese mismo párrafo se establece que “el juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley, en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud” con lo cual no sólo contraviene principios fundamentales del proceso penal acusatorio sino también garantías y derechos humanos, pues la reducción de grado probatorio a “datos que establezcan la comisión del delito y la **probable responsabilidad**” sólo tiene sentido cuando se aplican preferentemente las diferentes medidas cautelares distintas a la prisión preventiva (garantía económica suficiente, localizadores electrónicos, prohibición de salir del país o ir a lugar determinado, someterse al cuidado o vigilancia de persona o institución, **arraigo domiciliario**, etcétera) pues si se **priva de la libertad** al probable responsable mientras se investiga **¿dónde quedaría la protección de la libertad como máxima garantía individual?**, ¿qué alcance tendría la presunción de inocencia que implica tratar como inocente a quien todavía no se le ha demostrado plenamente la comisión o participación en el delito? y, retomando el tema de la figura del Ministerio Público, ¿cómo justificar su actuación como institución de buena fe y representante de la sociedad guiado por la lealtad y la objetividad? cuando con frecuencia se dan a conocer casos de personas que estuvieron privadas de su libertad y al final fueron absueltas porque eran inocentes o no se pudo probar su responsabilidad penal. A lo antes dicho se debe sumar su cuestionada independencia y actuación, debido a que es facultad del Poder Ejecutivo el nombramiento de los funcionarios del Ministerio Público, comenzando por su titular (art. 102 Constitucional). Por ello consideramos que la institución se encuentra en una encrucijada dado que el reciente reconocimiento de los derechos humanos en la carta magna le obligan no sólo a iniciar averiguaciones y perseguir a los probables delincuentes, sino sobre todo a dirigir de manera profesional y científica sus investigaciones para acusar con todos los **elementos de prueba** necesarios que **demuestren la responsabilidad penal**

del acusado con el fin de que la autoridad judicial condene a los delincuentes conforme a la pretensión punitiva del Estado, solo así se conseguirá cumplir con el *desiderátum* que ya había planteado el constituyente de Querétaro al referirse a una “revolución procesal” siendo la correcta actuación del Ministerio Público la pieza fundamental para materializar la justicia penal propia del Estado social y de derecho.”⁴⁶

En este sentido, de la lectura anterior se desprenden varios elementos que resulta necesario destacar, en un primer plano la importancia que esta figura tiene dentro de la averiguación previa y que de ella deriva que el Ministerio Público pueda aportar datos que hasta antes de la reforma de 18 de junio de 2008, deberían de ser bastantes y suficientes para acreditar la probable participación por parte del indiciado o inculpado en la comisión o participación de un delito, me refiero a la probable responsabilidad. En un segundo plano no por ello menos importante, la función que el representante social tiene en aras de investigar, perseguir y proteger los derechos humanos de los presuntos responsables en virtud de ser esta institución una pieza fundamental que como bien lo dice el autor en su cita “...materializar la justicia penal propia del Estado social y de derecho.” Asimismo, en lo que tiene que ver con las medidas cautelares a las que el autor hace referencia en su cita, concretamente con la figura del “**arraigo domiciliario**”, figura central de la investigación que me ocupa, coincido con el autor solo en parte en razón de que si bien es cierto es violatoria de derechos humanos pues el arraigar a una persona llámese (indiciado o inculpado) **aplicando la formula primero te detengo y luego investigo** rompe con lo establecido en la reforma de 10 de junio de 2011 así como, con los principios establecidos y que rigen el nuevo sistema de justicia penal, consagrados en el artículo 20 Constitucional en su parte de principios generales.

⁴⁶ **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Tomo II, México, 2014, p.p. 913,914.**

4.1.5. La Duplicidad del Término Constitucional.

Por lo que hace, a los términos que constitucionalmente tiene el órgano investigador (Ministerio Público) para retener o justificar en su caso, la privación de la libertad del indiciado o inculpado, estos pueden variar en atención a la gravedad de o los delitos que se presume fueron cometidos por parte de la persona retenida; el **plazo constitucional** que tiene la **autoridad ministerial** para consignar las **diligencias de averiguación previa** ante la autoridad jurisdiccional no podrá exceder de **48 horas**, sin embargo, este plazo podrá **duplicarse** en aquellos **casos** en que la ley prevea como **delincuencia organizada**, es decir, se podrá extender dicho término hasta por **96 horas**, esto con la finalidad de **integrar exitosamente la averiguación previa** tal como, lo establece el artículo 16 Constitucional en su décimo párrafo el cual, cito a continuación:

Artículo 16 Constitucional, décimo párrafo:

“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de **cuarenta y ocho horas**, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial, este plazo **podrá duplicarse** en aquellos casos que la ley prevea como **delincuencia organizada**. Todo abuso será sancionado por la ley penal.”

Ahora bien, la praxis a demostrado que en muchos de los casos en donde se solicita la duplicidad de dicho término el indiciado o inculpado esta expuesto a sufrir algún tipo de abuso por parte de quienes tienen a cargo su vigilancia y seguridad; es decir, la persona retenida se encuentra vulnerable y expuesta a que sufra algún tipo de maltrato psicológico, moral o físico durante el tiempo que esté a disposición del Ministerio Público, lo que constituye en sí mismo una violación a sus derechos fundamentales. No obstante lo anterior, puede **solicitar** dentro del término referido en párrafos que anteceden la

representación social si así lo estima necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia, el **arraigo** de una persona (art. 16, párrafo octavo); este **régimen excepcional** en el que se encuentra la **delincuencia organizada** es a todas luces **inconstitucional e inconvencional** pues pareciera que con el arraigo, el Ministerio Público justifica su efectividad en el tiempo de privación de libertad, como si en estos casos la máxima fuera “a mayor privación de la libertad, mayor efectividad en la investigación”, lo que deja ver de manera innegable la realidad o el actuar de la actividad investigadora en México, pues la figura a la que hace alusión el artículo 16 constitucional octavo párrafo, constituye una **detención anticipada** privativa de uno de los derechos más fundamentales después de la vida.

A mayor abundamiento, sirva la tesis (**XVI.2º.2 P**) que a continuación cito:

“CONSIGNACIÓN ANTE LOS TRIBUNALES, DUPLICIDAD DEL TÉRMINO PARA LA”...corresponde al Ministerio Público, al momento de realizar su función de persecución e investigación de los delitos, en la averiguación previa que realiza y de acuerdo a los datos que hubiere recabado, estimar **si es procedente o no la duplicidad del término** para efectuar la consignación de los indiciados, por reunirse al menos de forma presuntiva los requisitos que establece el artículo 194 bis del citado Código Federal de Procedimientos Penales; facultad que **no debe de ser ejercida en forma arbitraria y con menoscabo de los derechos constitucionales de los detenidos...**

4.2. Reforma al Artículo 73, Fracción XXI, Inciso C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como ya lo he comentado en capítulos que anteceden, las reformas al sistema de justicia penal de junio de 2008, reformaron diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre ellos, el artículo que me ocupa en el presente apartado; es de destacar, el contenido del inciso **b** y en particular el inciso **c** del citado numeral, que tras la referida reforma quedó como sigue:

Sección III

De las Facultades del Congreso

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXI. Para expedir:

b) La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como **legislar** en materia de **delincuencia organizada**;

c) La **legislación única** en materia **procedimental penal**, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Sin embargo, no debe perderse de vista lo siguiente: que en tanto entra en vigor en todo el país el nuevo sistema de justicia penal, los Estados que **cuenten** ya con una **legislación** en donde se contemple la figura del **arraigo**, podrán seguir aplicando ésta, en tanto el Congreso de la Unión ejerza sus facultades conferidas para tal efecto. A este respecto, el sexto transitorio del decreto de 18 de junio de 2008, señala lo siguiente:

“**Sexto.** Las legislaciones en materia de delincuencia organizada de las entidades federativas, continuarán en vigor hasta en tanto el Congreso de la

Unión ejerza la facultad conferida en el artículo **73, fracción XXI**, de esta Constitución. Los procesos penales **iniciados** con fundamento en dichas legislaciones, así como las sentencias emitidas con base en las mismas, no serán afectados por la entrada en vigor de la legislación federal. Por lo tanto, deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, conforme a las disposiciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta última.”

En este sentido, de la lectura del artículo transitorio citado con antelación se desprende lo siguiente:

El mismo artículo sexto transitorio **autoriza** a las entidades que cuentan ya con legislaciones en la materia (**arraigo**), a seguir aplicando la figura en los términos que disponen esos ordenamientos, a los que se refiere en todo momento como "legislaciones", pudiéndose interpretar dicho término no como un conjunto de normas dispersas sino como, el conjunto de normas que regulan determinada materia o el conjunto de materias que conforman el ordenamiento jurídico nacional, por lo que habría en ello una fuente de discusión sobre si deberían considerarse como vigentes las normas contra delincuencia organizada que están contempladas en los códigos penales locales, lo que debería descartarse bajo una lectura textual del precepto de mérito.

Ahora bien, es de advertir que el citado numeral en su inciso c, hace referencia a una **legislación única** en materia **procedimental penal** que regirá en todo el territorio nacional, la cual deberá expedir el Congreso de la Unión en virtud de ser este, el único facultado por la Constitución, y del cual abundare en el siguiente apartado.

4.2.1. Código Nacional de Procedimientos Penales.

En relación, al precepto constitucional citado en el capítulo que antecede en su inciso c, éste mandata y faculta al Congreso de la Unión a

legislar y expedir una ley **única** en materia penal, que regule el procedimiento en todo el país; en consecuencia, el 5 de marzo del año 2014, se publicó un decreto en el Diario Oficial de la Federación por el que se expidió el Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual consta de un artículo único, 490 artículos y 13 transitorios. A mayor abundamiento, resulta oportuno revisar los primeros artículos del ordenamiento citado en el acápite que me ocupa, para así; destacar algunas cuestiones que desde mi punto de vista me parecen importantes. Por lo que hace al primero de sus artículos, el Código de referencia, hace alusión a su ámbito de aplicación, a las disposiciones que éste establece las cuales, son de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana así como, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales tanto federales como locales dentro de un **marco de respeto** a los **principios y derechos** consagrados en la **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales** de los que el Estado mexicano sea parte. En lo que respecta al segundo numeral, este refiere los **objetivos** que persigue, dentro de los cuales se encuentran, el **establecer** las **normas** que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para **esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño**, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un **marco de respeto** a los **derechos humanos reconocidos** en la **Constitución** y en los **Tratados Internacionales** de los que el Estado mexicano sea parte; mientras que el artículo 4º, del multicitado código se refiere a las características y principios rectores, pese a que éste es mas extensivo en virtud de que contempla aquellos **previstos en la Constitución, Tratados y demás leyes.**

De los tres artículos citados en párrafos que anteceden, destaco lo siguiente: los **dos primeros** artículos del citado ordenamiento, hacen referencia a conducirse dentro de un **marco de respeto a los derechos humanos**

reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; mientras que el último de estos, hace mención a los **principios rectores que rigen el procedimiento.** Es de destacar que, tanto el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio y el Código Nacional de Procedimientos Penales se rigen bajo los **mismos principios,** tal como se puede apreciar en el artículo 20 Constitucional en su primer párrafo, así como, en el artículo cuarto del multicitado Código Nacional de Procedimientos Penales, los que cito a continuación:

Artículo 20. Constitucional: El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los **principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.**

Artículo 4o. del Código Nacional de Procedimientos Penales: Características y principios rectores

El proceso penal será acusatorio y oral, en él se observarán los **principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación** y aquellos previstos en la Constitución, Tratados y demás leyes.

De lo anterior, también se advierte que ambos persiguen el mismo **objetivo** tal como se aprecia en el apartado A, fracción primera del artículo 20 Constitucional en relación al artículo 2 del Código que nos ocupa los cuales transcribo a continuación:

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;**

Artículo 2o. Objeto del Código

Este Código tiene por **objeto** establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos,

para **esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño**, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Es por lo anterior que se colige lo siguiente; que tanto el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio y el Código Nacional de Procedimientos Penales presentan coincidencias, sin embargo, no están en total armonía con la Carta Magna, lo anterior en virtud que esta última por mandato expreso en su artículo primero remite a un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que México es parte; no obstante que, como ya lo destaqué en su oportunidad, ambos persiguen los mismos principios y objetivos, en tal virtud, la propuesta de la cual hablaré más adelante, esta encaminada a establecer una **medida integral** que cumpla con los **principios** y **objetivos** que persiguen los ordenamientos legales citados con antelación dentro de un marco de respeto a los derechos tanto del inculpado o indiciado así como, de la víctima u ofendido.

Resulta oportuno señalar lo siguiente, del ordenamiento citado al rubro del presente acápite, han sido impugnado diversos numerales por parte de la **Comisión Nacional de los Derechos Humanos**, por estimarlos transgresores de los derechos humanos los cuales cito a continuación:

“...Derivado de lo anterior, el pasado cinco de marzo de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por el cual se expidió el **Código Nacional de Procedimientos Penales**, en el que se incluyeron los **artículos 132, 147, 148, 153, 155, 242, 249, 251, 266, 268, 303, 355 y 434**, los cuales se advierten como transgresores de derechos humanos, en tanto que

vulneran el texto constitucional y los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano...”⁴⁷

4.2.1.1. Artículo 155, Fracción XIII.

En alusión al tema que nos ocupa en la presente investigación, “Derogación de la Figura del Arraigo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (**arraigo**), es que me ocuparé en el presente apartado de citar una medida cautelar similar a la referida en líneas que anteceden, la cual se encuentra contemplada dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales visible en su artículo 155, fracción XIII, que desde mi punto de vista, es igualmente violatoria de derechos del inculcado o indiciado, con respecto a la medida contemplada en mi tema de investigación; destacando o advirtiendo, aspectos importantes que han dado pauta a que organismos como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, estimen que la medida contenida en el artículo en cita, conculca los derechos humanos del indiciado o inculcado; tal es el caso de la demanda de **Acción de Inconstitucionalidad 20/2014**. El **Ombúdsman** Nacional dentro de sus facultades está, presentar acciones de inconstitucionalidad tal como se desprende del artículo 15 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el cual cito:

“Dicha representación y **facultades** se encuentran previstas en el **artículo 15, fracciones I y XI, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos** y en el diverso 18, del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los cuales no requieren acuerdo o formalidad especial para que pueda llevar a cabo tal representación; preceptos que por su relevancia, a continuación se citan:

⁴⁷ **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 20/2014**, promoverte, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, foja, 17.

“Artículo 15. *El Presidente de la Comisión Nacional tendrá las siguientes facultades y obligaciones:*

I. Ejercer la representación legal de la Comisión Nacional;

(...)

XI. Promover las acciones de inconstitucionalidad, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal y aprobados por el senado de la República, que vulneren los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, y...)⁴⁸

Por lo que respecta al artículo que nos ocupa en el presente apartado, este quedó como sigue:

“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**:

...XIII. El resguardo en su propio **domicilio** con las modalidades que el juez disponga, o...”

Al desentrañar el contenido de la fracción del numeral citado con antelación, tenemos que la citada medida (**arraigo**), no solo puede ser solicitada a la autoridad jurisdiccional por el representante social (**Ministerio Público**) sino que también, la puede solicitar la **víctima u ofendido**, esto es, la referida fracción permite o faculta que dentro de la etapa de investigación o de averiguación previa, el indiciado o inculpado, pueda ser arraigado a solicitud ya no solo de la autoridad ministerial sino también, a solicitud de la víctima u ofendido, lo que constituye una clara violación a los derechos del arraigado, además de que contraviene a los **objetivos y principios** que persigue tanto el

⁴⁸ **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 20/2014, promoverte, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, foja, 15.**

Código Procedimental del cual deriva el numeral que me ocupa en el presente acápite así como, los establecidos en el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio.

De lo anterior, se deduce que la medida cautelar contenida en la fracción en cita, es claramente violatoria de los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que México es parte.

Aunado a lo anterior, resulta oportuno recordar que el **único** facultado para **investigar y perseguir** los delitos así como, **ejercitar acción penal** es el **Ministerio Público**, tal como se aprecia en los artículos 21 y 102 de la Carta Magna, de lo cual me ocupé en capítulos que le preceden.

4.3. Resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 29/2012.

La presente Acción de Inconstitucionalidad promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, es una de las últimas resoluciones que el más Alto Tribunal del País ha dictado con respecto a la figura del arraigo, esta aborda diversos aspectos relevantes y de suma importancia, en tal virtud, es conveniente revisar primeramente sus antecedentes para un mejor entendimiento y ver en perspectiva, la problemática que ésta figura representa dentro de nuestro sistema jurídico mexicano, concretamente en nuestro reformado sistema penal acusatorio para lo cual, citaré los antecedentes del caso que me ocupa en el presente capítulo:

Por oficio presentado el nueve de abril de dos mil doce, en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, Raúl Plascencia Villanueva, en su carácter de Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y en ejercicio de sus facultades, promovió acción de inconstitucionalidad **impugnando el artículo 291 de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes**, reformado mediante

Decreto 179, por el que se reforman y adicionan diversos artículos de la Legislación Penal del Estado de Aguascalientes, asimismo, señaló como autoridades emisora y promulgadora de las normas controvertidas al Congreso y al Gobernador, ambos de dicho Estado.

Los preceptos constitucionales invocados, que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos estima violados y concepto de invalidez son los siguientes **(fojas 2 y 7 a 15 del expediente principal)**. La parte **promoviente** estimó violados los artículos 11, **16, 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, e hizo valer como conceptos de invalidez, en síntesis, los siguientes:

- El artículo 291, párrafo segundo, de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes, es violatorio del artículo 16, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al permitir la imposición del arraigo por delitos que no son de delincuencia organizada, vinculado al diverso numeral 73, fracción XXI, del recién citado ordenamiento, que faculta en exclusiva, al Congreso, a legislar en materia de delincuencia organizada.
- El citado artículo 291, faculta al Ministerio Público para solicitar a la autoridad judicial, el arraigo de un indiciado, por la comisión de figuras típicas calificadas como graves; cuando exista riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, y para la protección de personas o bienes jurídicos, lo que en opinión de esa Comisión Nacional de los Derechos Humanos, resulta inconstitucional, ya que el artículo 16, párrafo octavo, de la Carta Magna, establece que el arraigo únicamente se podrá ordenar por delitos en materia de delincuencia organizada.
- Por tanto, sin mayor interpretación, salvo la literal, debe convenirse que el Constituyente dispuso que el arraigo sólo procederá cuando se

persigan delitos de delincuencia organizada, condicionando a que esa medida sea indispensable para la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

- Es evidente que esa singularidad torna inconstitucional la norma impugnada, pues amplía los casos de autorización del arraigo, mismo que se encuentran calificados como graves en el artículo 481 de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes, dentro de los cuales está la figura típica de atentados a la Estética Urbana, respecto de la cual se podrá conceder el beneficio de la libertad provisional bajo caución, si el inculpado repara el daño causado, dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que haya sido puesto a disposición de la autoridad judicial; lo que indica la gravedad de la norma impugnada, pues incluye, para decretar el arraigo, toda suerte de delitos, como Atentados al Pudor, Lesiones Culposas, Atentados a la Estética Urbana, o incluso el Aborto Culposos, conductas que de ninguna manera se encuentran relacionadas con la delincuencia organizada, lo que resulta totalmente alejado de la razonabilidad, lo que por sí solo, torna inconstitucional ese precepto.
- Es importante mencionar, que ese Alto Tribunal se ha pronunciado en anteriores ocasiones sobre la figura del arraigo, calificándola como violatoria del derecho a la libertad personal y la libertad de tránsito, como se indica en las siguientes tesis: “ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA LIBERTAD DE TRÁNSITO CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.” y “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”.

- Tomando en cuenta los criterios arriba plasmados, en conjunto con el marco constitucional antes analizado en torno a la figura del arraigo, es menester que el legislador secundario aborde esta figura bajo el enfoque del principio de ultima ratio, pues al ser una medida cautelar, per se, atentatoria de la libertad de tránsito y libertad personal, debe permitirse únicamente en situaciones extremas, en la especie, por delitos de delincuencia organizada, lo que no acontece en el caso de la norma impugnada.
- Acto seguido, hace un análisis internacional sobre la figura del arraigo y concluye en que el Legislador de Aguascalientes, al permitir que aplique el arraigo para todos los delitos graves, se aparta de lo dispuesto por el constituyente, aunado a que de conformidad con el precepto 73, fracción XXI constitucional, compete en exclusiva al Congreso legislar en materia de Delincuencia Organizada.”

Por lo que hace a los **argumentos esgrimidos** por parte del **Poder Legislativo del Estado de Aguascalientes** al momento de rendir su informe son los siguientes (fojas 93 a 137 del expediente principal):

El Poder Legislativo al rendir su informe, argumentó, en síntesis lo siguiente:

- El Congreso del Estado de Aguascalientes cuenta con la facultad de legislar en materia penal para adaptar a la realidad la figura del arraigo, donde la finalidad última es fijar los casos de su procedencia, la autoridad que lo solicita y quien lo autoriza, la temporalidad por la que

puede ser otorgado, la opción de que a petición del Ministerio Público y el Juez determine el lugar y demás condiciones de ejecutarlo, no solamente como una medida cautelar, para evitar que una persona se ausente del lugar donde se está integrando una Averiguación Previa o un juicio y así evitar que entorpezca la dinámica procesal y enfrente el resultado final

- El incremento de la seguridad por los índices de violencia que afectan la sociedad, obliga a adecuar a la realidad que impera en Aguascalientes respecto de su **artículo 291**, en el que se complementa la figura del arraigo como **herramienta auxiliar**, con el **fin de reducir las posibilidades de impunidad porque el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia provocando la falta de juicio y de sanción por el delito cometido**, por lo que es de gran utilidad y pertinencia pues se aplicará en conductas ilícitas, lo anterior se encuentra plasmado en el artículo 16, párrafo sexto de la Ley Suprema
- El arraigo constituye pues, una medida cautelar de cuya **finalidad** es la de **asegurar la averiguación de la verdad**, el desarrollo del proceso y la aplicación de la Ley. Procederá cuando exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento, el Ministerio Público o Juez mediante resolución fundamentada, podrá disponer la aplicación de la medida cautelar ordenando el arraigo. Por lo que el Ministerio Público o Juez que conozca del asunto debe declarar la rebeldía y disponer el arraigo, previa constatación de la incomparecencia, evasión, incumplimiento o ausencia del imputado declarará su rebeldía mediante resolución fundamentada, expidiendo mandamiento de aprehensión o ratificando el expedido.
- En cuanto a los delitos que menciona la parte quejosa como Atentados al Pudor, Lesiones Culposas, Atentados a las Estética Urbana y el Aborto Culposo quedan sometidas a la **estricta responsabilidad del Ministerio**

Público fundado y motivado por el párrafo sexto del artículo 16 de la Norma Suprema.

- Cabe advertir que, siendo potestad exclusiva del Ministerio Público o Juez dichas autoridades valoraran la solicitud, así como los antecedentes para determinar si concurren los criterios básicos de razonabilidad, bajo el principio de última ratio como medida cautelar, en el supuesto de que exista el peligro de fuga; atente contra la institución de la familia; las instituciones legalmente constituidas y a la sociedad en general, bajo la premisa de los valores supremos como ideales que una comunidad decide constituir como sus máximos objetivos a desarrollar por el ordenamiento jurídico, es decir, los fines a los cuales pretenden llegar, esto es el esclarecimiento de la verdad y no obstaculizar el procedimiento sin transgredir lo establecido en la Norma Suprema.
- De las líneas anteriores se observa que no se está transgrediendo los derechos fundamentales toda vez que en términos del artículo 16 de la Norma Suprema, se deriva que la figura del arraigo **no es una decisión unilateral, ni transgrede las garantías individuales puesto que se está fundando y motivando la causa legal del procedimiento, para el esclarecimiento de la verdad**; por éste razonamiento se aplica sólo a los delitos calificados como graves.
- De conformidad a lo establecido en el artículo **Décimo Primero Transitorio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, respecto a que los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al Juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, en tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, el párrafo segundo del artículo 291 de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes, señalado como violatorio, es

totalmente constitucional, pues **tiene sustento en lo que la propia Norma Suprema.**

- En cuanto a la competencia del artículo 73 fracción XXI constitucional, éste Congreso no está en ningún momento legislando en materia de delincuencia organizada, sólo a los delitos del fuero común calificados como graves, según lo previsto en el artículo 481 de la Legislación Penal Vigente para el Estado de Aguascalientes, fundando lo anterior en el hecho de que las mismas fueron discutidas y aprobadas con estricto apego a derecho cumpliendo con los requisitos que marcan los artículos 30 al 35 de la Constitución Política del Estado de Aguascalientes.
- Por reforma al texto del artículo 16 de la Constitución Federal, publicada en fecha de 18 de junio de 2008, ahora se autoriza al Ministerio Público a solicitar el arraigo tratándose de delitos de delincuencia organizada; y **se tomó en cuenta, además, el artículo transitorio Décimo Primero**, que fue considerada necesaria en el dictamen emitido en fecha 13 de diciembre de 2007, por las comisiones unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública juntamente con la opinión de la Comisión de la Defensa Nacional del Senado de la República, al argumentar que la **desaparición inmediata de la figura del arraigo domiciliario tendría por consecuencia que las autoridades de procuración de justicia tanto federal como locales, estuvieran privadas de una herramienta contemplada en la mayoría de las leyes adjetivas, por lo que puede aplicarse hasta antes de que sea vigente el sistema procesal acusatorio**; de lo que resulta que es evidente que a las legislaturas locales les está permitiendo aplicar la figura del arraigo en sus legislaciones procesales hasta que tenga vigencia el sistema procesal acusatorio, y en el caso particular del Estado de Aguascalientes, aún no se encuentra vigente el sistema procesal mencionado, por lo tanto se demuestra la validez del artículo

291 de la Legislación Penal, al que si bien no se incluyó el término 'domiciliario', más con esto no se puede hablar de violación a la Constitución Federal por creerse que se va más allá de lo permitido por la Norma Suprema.

- En apoyo a sus argumentos cita las tesis aisladas, de rubros 'ARRAIGO DOMICILIARIO DE NATURALEZA PENAL, ARRESTO CIVIL, COMO MEDIDA DE APREMIO Y ARRAIGO CIVIL. DIFERENCIAS Y EFECTOS' y 'ARRAIGO DOMICILIARIO PREVISTO EN EL NUMERAL 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD, DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LIBERTAD PERSONAL PREVISTAS EN LOS PRECEPTOS 14, 16, Y 18 A 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL'. Acto seguido, expone que el término 'arraigo' y 'arraigo domiciliario' son tomados como términos homólogos, por lo que su inclusión en el artículo 291 de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes como arraigo simplemente no hace presumir que se haya trasgredido y violado lo dispuesto en la Norma Suprema.”

Por su parte, el Poder Ejecutivo del Estado de Aguascalientes, al rendir su informe, sostuvo la validez de la norma impugnada, de conformidad con los argumentos que se citan a continuación **(fojas 138 a 193 del expediente principal)**:

- La promulgación de la reforma al artículo 291 de la Legislación Penal del Estado de Aguascalientes, se realizó en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 46, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Aguascalientes.
- La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, hizo valer como único concepto de invalidez, de la norma general impugnada, el artículo 291 párrafo segundo, de la Legislación Penal para el Estado de

Aguascalientes, el cual resulta infundado, en virtud de que su reforma se realizó con base en los ordenamientos establecidos en nuestra Carta Magna, con el objeto de poder decretar el arraigo en contra de una persona determinada, atendiendo a los lineamientos señalados en la reforma constitucional de fecha 18 de junio de 2008, que fuera publicada en el Diario Oficial de la Federación, en la que se integra la figura del arraigo, previsto formalmente en su artículo 16, párrafo octavo.

- De su artículo transitorio Décimo Primero, se deducen diversos supuestos, de procedencia para que se decrete el arraigo, como lo son: a) Que hasta en tanto entre en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al Juez el arraigo domiciliario del indiciado; b) Que se trate de delitos graves; c) Que el término por el que se pueda solicitar es de cuarenta días; d) Que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos; e) Que exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Extremos que se ajustan al citado artículo 16 constitucional, pues en el caso en el Estado de Aguascalientes no ha entrado en vigor el Sistema Acusatorio.

En tanto, la Procuraduría del Estado formuló la siguiente opinión respecto del caso en cuestión:

Opinión de la Procuradora General de la República. **(fojas 202 a 240 del expediente principal)** Al formular su opinión manifestó, en lo medular, que **era infundado que sea inconstitucional** el impedirle a través de una orden de arraigo a una persona que salga de un inmueble; asimismo, es constitucional que a un ciudadano se le obligue a estar bajo la custodia o vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora de delitos, ya que el artículo transitorio Décimo Primero del Decreto de Reforma a diversos artículos de la Constitución Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008,

autoriza a las legislaturas locales para legislar en materia de arraigo en los casos relacionados con delitos graves, siempre y cuando en dichas entidades federativas no se haya transitado el nuevo sistema penal acusatorio.

Ahora bien, resulta necesario advertir la interpretación literal que se hizo tanto del artículo impugnado así como, del nuevo artículo para lo cual, cito lo siguiente:

”... se tiene que en la presente acción de inconstitucionalidad se impugnó la figura del arraigo contenida en el impugnado artículo 291 de la **Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes** -reformado mediante Decreto 179, publicado en el Periódico Oficial de la Entidad el cinco de marzo de dos mil doce-, la cual si bien efectivamente fue derogada junto con la ley misma -en el invocado Decreto 331, publicado en dicho periódico el veinte de mayo de dos mil trece-, lo cierto es que el legislador local **sólo la trasladó en forma íntegra al Código de Procedimientos Penales con vigencia temporal, específicamente en su artículo 129.**

En efecto, el artículo 291 impugnado de la Legislación Penal derogada, establecía:

“Artículo 291. El arraigo es la medida cautelar, autorizada por la autoridad judicial, para que el indiciado permanezca a su disposición en el lugar, bajo la forma y los medios de realización solicitados por el Ministerio Público, con la vigilancia de éste y sus órganos auxiliares; que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable probado para culminar la investigación del hecho, y que en ningún caso y bajo ningún concepto podrá exceder de cuarenta días.

A petición del Ministerio Público, la autoridad judicial deberá pronunciarse dentro de un plazo no mayor a doce horas contadas a partir del

momento de la recepción de la solicitud de arraigo del indiciado, de manera fundada y motivada, siempre que se trate de hechos punibles que puedan ser adecuados en figuras típicas calificadas como graves y cuando exista riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia o para la protección de personas o bienes jurídicos, a fin de lograr el éxito de la investigación”.

Por su parte, el referido precepto 129 del Código de Procedimientos Penales temporal, dispone:

“Artículo 129. Arraigo. El arraigo es la medida cautelar, autorizada por la autoridad judicial, para que el indiciado permanezca a su disposición en el lugar, bajo la forma y los medios de realización solicitados por el Ministerio Público, con la vigilancia de éste y sus órganos auxiliares; que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable probado para culminar la investigación del hecho, y que en ningún caso y bajo ningún concepto podrá exceder de cuarenta días.

A petición del Ministerio Público, la autoridad judicial deberá pronunciarse dentro de un plazo no mayor a doce horas contadas a partir del momento de la recepción de la solicitud de arraigo del indiciado, de manera fundada y motivada, siempre que se trate de hechos punibles que puedan ser adecuados en figuras típicas calificadas como graves y cuando exista riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia o para la protección de personas o bienes jurídicos, a fin de lograr el éxito de la investigación”.

De lo hasta aquí transcrito, resulta evidente que el artículo impugnado, si bien fue derogado, se erige como una disposición de la materia penal, ya que contempla la figura del arraigo.

Al respecto, debe señalarse que este Tribunal Pleno, al resolver la diversa acción de inconstitucionalidad 33/2011, en sesión de doce de febrero de dos mil trece, por mayoría de ocho votos⁴⁹, sostuvo que si bien cuando se reforma una norma impugnada en una acción de inconstitucionalidad, de manera general, lo procedente es sobreseer por cesación de efectos, lo cierto es que tratándose de normas de la materia penal, el artículo 45 de la Ley Reglamentaria establece, de manera específica, que la sentencia relativa tendrá efectos retroactivos; por tanto, aun cuando una norma de naturaleza penal sea reformada o derogada, no procede sobreseer en la acción respectiva, pues los efectos de la sentencia se pueden aplicar a aquellas personas que hayan sido juzgadas durante su vigencia.

Así lo ha sustentado el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el siguiente criterio de jurisprudencia:

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SUPUESTO EN EL QUE SE ACTUALIZA LA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA POR CESACIÓN DE EFECTOS DE LA NORMA GENERAL IMPUGNADA. Los artículos 59 y 65, primer párrafo, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen, respectivamente, que en las acciones de inconstitucionalidad se aplicarán, en lo conducente y en todo aquello que no se encuentre previsto en el título III de dicho ordenamiento que regula el procedimiento de esas acciones, las disposiciones relativas a las controversias constitucionales contenidas en el título II de la ley citada, y que en las mencionadas acciones se aplicarán las causales de improcedencia consignadas en el artículo 19 de la indicada ley reglamentaria, con excepción de la señalada en su fracción II. Por tanto, la

⁴⁹ Los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Luna Ramos, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Pérez Dayán y Presidente Silva Meza, aprobaron la determinación contenida en el considerando cuarto de la sentencia, relativo a la procedencia de la acción de inconstitucionalidad 33/2011. Los señores Ministros Cossío Díaz, Franco González Salas y Zaldívar Lelo de Larrea votaron en contra y reservaron su respectivo derecho para formular voto particular.

causal de improcedencia establecida en la fracción V del mencionado artículo 19, en materia de acciones de inconstitucionalidad, se actualiza cuando simplemente dejen de producirse los efectos de la norma general que la motivaron, en tanto que ésta constituye el único objeto de análisis en ellas, además de que la declaración de invalidez de las sentencias que en dichos juicios se pronuncie no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal, según lo dispuesto por los artículos 105, penúltimo párrafo, de la Constitución Federal y artículo 45 de su ley reglamentaria”

Aclarado lo anterior, debo decir que la reforma a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; 73, fracciones XXI y XXIII; artículo 115, fracción VII y la fracción XIII, del Apartado B, del numeral 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el dieciocho de junio de dos mil ocho, fue trascendente para el sistema de procuración e impartición de justicia en materia penal, pues establece un nuevo modelo de justicia penal para pasar del llamado sistema mixto al acusatorio u oral. Además, introduce la figura del arraigo a través de la cual se permite limitar la libertad personal bajo ciertos requisitos que la propia Constitución señala.

En efecto, el actual texto del artículo 16, párrafo octavo, dispone:

‘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’.

Como puede advertirse, en el artículo 16, ahora se establece constitucionalmente la procedencia del arraigo única y exclusivamente para delitos de delincuencia organizada, y dispone que la orden deberá ser emitida por la autoridad judicial y a solicitud del Ministerio Público.

Aunado a lo anterior, por lo que hace al Artículo Décimo Primero Transitorio del decreto ya mencionado en párrafos que anteceden, el Pleno lo interpretó como sigue:

“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 justicia”.

De la lectura del artículo transitorio en estudio *-origen de la confusión del legislador de Aguascalientes-* se advierte que modifica temporalmente el alcance del arraigo hasta la entrada en vigor del sistema penal acusatorio federal, posibilitando la emisión de órdenes de arraigo en casos distintos a los de delincuencia organizada, en un lugar específico y por un término más limitado, para permitirlo en delitos graves, en el domicilio del indiciado y hasta por un máximo de cuarenta días.

Sin embargo, en concepto de este Alto Tribunal, el transitorio en ningún momento modifica la competencia federal para emitir esa orden de arraigo, ni permite interpretar que los ministerios públicos o jueces locales puedan participar de tal decisión.

Así, la competencia para emitir órdenes de arraigo no existía sino hasta la modificación en comento al artículo 16 de la Constitución, y se reservó sólo para delitos de delincuencia organizada, ahora exclusiva a nivel federal. De este modo puede entenderse que el transitorio permita una mayor extensión de la facultad de emisión de órdenes de arraigo por razón de materia, pero nunca por razón de competencia, máxime que el transitorio nunca lo dice de manera expresa.”

Finalmente, con base en lo anterior el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió lo siguiente:

“SEXTO.- Decisión. Se declara la invalidez del artículo 291 de la Legislación Penal de Aguascalientes, reformado mediante el Decreto 179, publicado en el Periódico Oficial de la entidad el cinco de marzo de dos mil doce, y adquiere efectos generales retroactivos por tratarse de una disposición general emitida por el Congreso local, debiendo corresponder en cada caso al juzgador determinar qué pruebas carecen de valor probatorio por encontrarse directa e inmediatamente vinculadas con el arraigo, dado que dicho valor no se pierde en automático por la referida declaración de invalidez.

Esta ejecutoria producirá efectos a partir del seis de marzo de dos mil doce, fecha en que entró en vigor la norma cuya invalidez fue declarada, conforme al artículo único Transitorio del Decreto número 179, emitido por el Congreso del Estado de Aguascalientes y publicado en el Periódico Oficial de la entidad el cinco del citado mes y año.

Lo anterior es así, toda vez que el precepto legal declarado inválido versa sobre la materia penal, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Reglamentaria de la materia, aplicado en términos del artículo 73 del mismo ordenamiento legal, tratándose de estos casos, la sentencia tiene efectos retroactivos.

Por lo expuesto y fundado se resuelve:

PRIMERO. Es procedente y fundada la acción de inconstitucionalidad promovida por el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

SEGUNDO. Se declara la invalidez del artículo 291 de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes, cuya adición se contiene en el decreto número 179, publicado en el Periódico Oficial de la entidad el cinco de marzo de dos mil doce, en los términos y para los efectos precisados en el último considerando de esta ejecutoria, en la inteligencia de que dichos efectos se surtirán con motivo de la notificación de este fallo al Congreso del Estado de Aguascalientes.

TERCERO. Publíquese esta resolución en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Diario Oficial de la Federación y en el Periódico Oficial del Estado de Aguascalientes.

4.3.1. Análisis Jurídico de la Resolución de la S.C.J.N.

El análisis que hago de la resolución que cito en el capítulo que antecede, me permite destacar entre los argumentos vertidos por parte del **promovente** (Comisión Nacional de los Derechos Humanos), **la autoridad emisora** (Poder Legislativo del Estado de Aguascalientes) **la autoridad promulgadora** (El Poder Ejecutivo del Estado de Aguascalientes) así como, de la opinión de la **Procuraduría** de aquél Estado, aspectos importantes que permiten dilucidar la problemática que se esta presentando a partir de las reformas en materia penal de junio de 2008, en lo que toca a la **aplicación** de la figura del **arraigo** en tanto entra en vigor en todo el país, el nuevos sistema

penal acusatorio, es decir, la interpretación que cada congreso de las entidades federativas le da al artículo **Décimo Primero Transitorio** del citado decreto (18 de junio de 2008), que en el caso en cita, fue **el origen** de la confusión por parte de las autoridades ya señaladas en párrafos que anteceden, asimismo, se advierte que en el presente caso se **legisló** sobre una figura cuya **competencia es exclusiva del Congreso de la Unión** (artículo 73, fracción XXI, apartado b) es decir, el numeral en cita, debe entenderse como una mayor extensión de la facultad para emitir órdenes de arraigo **por razón de materia** (Delincuencia Organizada) pero **nunca**, por **razón de competencia**, ya que el dispositivo no lo contempla así. Asimismo, la presente resolución habla de la retroactividad de la ley en materia penal, tal como lo dispone el artículo 45 de la Ley Reglamentaria de la materia, aplicado en términos del artículo 73 del mismo ordenamiento legal, tratándose de estos casos, la sentencia tiene efectos retroactivos lo que implica que en su caso en concreto el juzgador deberá determinar qué pruebas carecen de valor probatorio por encontrarse directa e inmediatamente vinculadas con el arraigo, dado que dicho valor no se pierde en automático por la referida declaración de invalidez en aras de no seguir violando los derechos humanos del inculpado o indiciado. Es por lo anterior que coincido con la interpretación que al respecto hace, el más Alto Tribunal del país respecto al artículo impugnado, la retroactividad de la ley así como, del artículo transitorio en comento, no así, en el sentido de seguir decretando en contra de una persona el arraigo sin estar plenamente demostrada su participación en la comisión de un delito de los contemplados dentro de la Delincuencia Organizada en virtud de ser una figura violatoria de los derechos humanos.

Resulta oportuno señalar que la presente resolución presenta dos votos concurrentes y dos votos particulares formulados por los Señores Ministros en razón de no compartir el sentido del proyecto, lo que deja ver que existen discrepancias en torno a la interpretación del artículo transitorio en comento, la

constitucionalidad de la figura del arraigo así como, en lo que toca al ámbito de competencia y la materia que la regula.

4.4. Propuesta.

4.4.1. Artículo 16, Párrafo Octavo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4.4.1.1. Precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Torno a la Figura del Arraigo.

En lo que tiene que ver, con los precedentes que sobre el arraigo, el más Alto Tribunal del País ha resuelto, tenemos los siguientes: la **Acción de Inconstitucionalidad 29/2012** de la cual me ocupé en capítulos que anteceden, el **amparo en revisión 546/2012**, el cual se resolvió en el sentido de que la figura en comento era **inconstitucional** por violar los derechos a la libertad personal, la **Acción de Inconstitucionalidad 20/2014** pendiente de resolver, y más **recientemente**, el **amparo directo en revisión 1250/2012** el cual se encuentra actualmente en engrose, dicho recurso, se resolvió en el sentido de **declarar constitucional** la figura del arraigo contenida en el **artículo 133-bis del Código Federal de Procedimientos Penales**, lo que constituye sin duda alguna, un revés en la procuración e impartición de justicia así como, en la protección a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que México es parte en virtud de no salvaguardar los derechos del inculcado o indiciado. Asimismo, en lo que tiene que ver con la confusión que ha generado al momento de interpretar y aplicar por parte de las autoridades el **artículo décimo primero transitorio del decreto de reforma de 18 de junio de 2008** el tribunal metaconstitucional ya se ha pronunciado en fechas recientes sobre el aludido dispositivo transitorio tal es el caso de lo sustentado en las tesis **1ª./J. 4/2015** y **1ª./J. 5/2015** que en el caso de la **primera** en esencia habla sobre la **racionabilidad del transitorio**

en comento en razón de que el diverso artículo solo **se refiere a la entrada en vigor del sistema acusatorio a nivel federal, modificando las circunstancias de tiempo, modo y lugar para emitir la orden de arraigo, pero no modifica la competencia federal para hacer competentes a las autoridades locales.** Por ello, una orden emanada de una autoridad distinta a la federal esta **viciada de inconstitucionalidad**, ya que ni el juez es autoridad para emitirla ni el Ministerio Público es autoridad para solicitarla. Por lo que hace a la segunda, esta habla de los **efectos de la inconstitucionalidad de la medida emitida por el juez así como, la exclusión de las pruebas directa e indirectamente relacionadas con la emisión de la aludida medida las cuales se deberán de desechar por estar viciadas de inconstitucionalidad** en virtud de provenir de una figura emitida por una autoridad no facultada por la ley.

4.4.1.2. Resolución de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Antes de ocuparme del tema al que hace referencia el presente apartado, resulta conveniente remitirnos brevemente a los antecedentes históricos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el ánimo de entender su esencia y destacar la influencia que ésta ha tenido dentro de los Estados parte; de manera particular, la **jurisprudencia** emitida por la Corte en cita dentro del derecho interno de los Estados Latinoamericanos, lo anterior en virtud de su carácter vinculatorio.

La Corte en comento, tiene sus orígenes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, abierta a firma, ratificación y adhesión en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en donde se previó con amplitud y precisión los derechos humanos, se confió su promoción y control a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y su **protección jurisdiccional** a la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Entre las funciones que tiene, la Convención Americana de Derechos Humanos también conocido como el

“Pacto de San José” esta, determinar si admite o no una petición o comunicación, para posteriormente realizar un examen sobre el asunto, y si es el caso, realizar una investigación. Con base en el examen, investigación e informe del Estado interesado, buscará darle una solución amistosa del asunto **fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en la convención** asimismo, esta preparará un informe en el que expondrá los hechos, sus conclusiones y recomendaciones que hará llegar al Estado en cuestión; que en el caso de que el Estado no acepte las recomendaciones que le haga la **Convención citada** en párrafos que anteceden, esta **facultada** para turnarlo a la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, para que esta decida, lo anterior con **fundamento** en los siguientes artículos; **41, inciso f, 45, 46, 47 y 48** de la Convención Americana de los Derechos Humanos; es importante destacar que la referida Corte Internacional es competente en forma consultiva así como contenciosa; tal como lo dispone el artículo 2 de los estatutos del Tribunal Supranacional en cita, lo anterior en el entendido de que ésta tiene una función de carácter **jurisdiccional** sustentada en los artículos 61, 62 y 63 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos mientras que la de carácter **consultivo** esta fundamentada en el artículo 64 de la misma Convención.

Antes de citar algunas resoluciones dictadas por la Corte Internacional de referencia, resulta conveniente citar lo dicho por ésta, respecto al **derecho a la libertad personal**, así como a la **privación** de este derecho, para lo cual cito lo siguiente:

77. “...Tradicionalmente, el derecho a la libertad personal ha sido entendido desde la perspectiva de la **libertad física** (libertad de movimiento). Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, le ha dado un contenido amplio, que se asocia también a la posibilidad de autodeterminación.

Este Tribunal ha señalado, que con la protección de la libertad se pueden salvaguardar “**tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal**, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal”.

Considerando lo anterior, cito algunos casos resueltos en el mismo sentido: ***Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala***. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 642; ***Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury Vs. Perú***. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 823; ***Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay***. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 2234; ***Caso Tibi Vs. Ecuador***. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 975; ***Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador***. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 566; ***Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú***. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 1047; ***Caso López Álvarez Vs. Honduras***. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 598.

Ahora bien, dentro de la **jurisprudencia** que la Corte Interamericana encontramos que ésta, se ha **pronunciado** respecto del momento en que una persona es **arrestada, aprehendida o retenida**, por la razón o motivo que fuere, por **autoridades estatales o terceras personas vinculadas al Estado**, esto es, a los **criterios que aplica el Tribunal** a las situaciones previstas por el artículo 7 de la Convención; dentro de los cuales destaco algunos aspectos:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

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

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

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

4. Toda persona detenida o retenida **debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.**

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

6. Toda persona privada de libertad **tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente**, a fin analizará la **jurisprudencia emitida en aplicación del artículo 5 de la Convención, es decir, lo relativo a las condiciones de detención.**

Por lo que hace, desde el momento de su **detención** los cuales resalto a continuación:

1.1. Momento de la detención/salvaguardias durante la custodia: Generalidades; A criterio de la **Corte Interamericana**, el **artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones** bien diferenciadas entre sí: **una general y otra específica.** La **general** se encuentra en el primer numeral: **“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.** Mientras que la **específica** está compuesta por una **serie de garantías** que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o **arbitrariamente (artículo 7.3)**, a conocer las **razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido** (artículo 7.4), al **control judicial** de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5), a **impugnar la legalidad de la detención** (artículo 7.6) y a no ser detenido por deudas (artículo 7.7), de que éste **decida, sin demora**, sobre la

legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

A continuación, cito dos casos resueltos por el Tribuna Supranacional al que hago referencia al inicio de este capítulo, relacionados con lo señalado en líneas que anteceden:

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, párr. 51, y **Caso Yvon Neptune Vs. Haití.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 89.

Una vez visto lo anterior, resulta imperante revisar el actuar de las autoridades respecto al cómo se ha venido aplicando en México la **figura del arraigo** desde su implementación en **1983**, así como, éste se encuentra regulado dentro de los distintos códigos de procedimientos penales que rigen en el país. Asimismo, resulta necesario considerar lo dicho por los diversos Organismos Internacionales que se han venido pronunciado respecto a la aplicación de la medida cautelar o precautoria en comento; especialmente las **resoluciones** que sobre el particular ha dictado la **Corte Interamericana de los Derechos Humanos**, en donde desafortunadamente en diversas ocasiones ha dictado recomendaciones al Estado Mexicano condenado a reparar las violaciones a los derechos humanos de las personas sujetas al arraigo; asimismo, se ha pronunciado respecto al abuso que de esta figura se ha hecho

por parte de las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia en México.

Finalmente y aunado a lo anterior, cito algunos de los órganos y mecanismos internacionales que han instado de manera urgente a México para que derogue tal figura:

Informe del **Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria** en su visita a México, de 17 de diciembre de 2002. Doc. ONU E/CN.4/2003/8/Add.3, párrs. 48 y 50; Conclusiones y recomendaciones del **Comité contra la Tortura**, de 6 de febrero de 2007. Doc. ONU CAT/C/MEX/CO/4, párr. 15; Informe sobre la visita a México del **Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de la Organización de las Naciones Unidas**, de 27 de mayo de 2009. Doc. ONU CAT/OP/MEX/R.1, párrs. 215 a 238; **Comité de Derechos Humanos**. Observaciones finales (México), de 7 de abril de 2010. Doc. ONU CCPR/C/MEX/CO/5, párr. 15; Informe de la **Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados** (Misión a México), de 18 de abril de 2011. Doc. ONU A/HRC/17/30/Add.3., párrs. 92 y 94; Informe del **Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzada o Involuntarias** (Misión a México), de 20 de diciembre de 2011. Doc. ONU A/HRC/19/58/Add.2, párrs. 30 y 88; **Comité Contra la Tortura**. Observaciones finales de los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, de 23 de noviembre 2012. Doc. ONU CAT/C/MEX/CO/5--6, párr. 11.; CIDH. **CIDH concluye visita a México. Comunicado de prensa 105/11, de 30 de septiembre de 2011**. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/105.asp> En el marco de los dos mecanismos de “**Examen Periódico Universal**” (EPU) respecto de México, varios países han hecho recomendaciones relacionadas con la eliminación de la figura: en 2009 fueron Nueva Zelanda, Irlanda y Suiza (México no las aceptó), mientras que en 2013 fueron Bélgica, Austria, Alemania y

Francia. (Salvo lo relacionado con la CIDH, todos esos documentos pueden ser consultados en: <http://recomendacionesdh.mx/inicio/informes>).

4.4.1.3. Examen de Compatibilidad con el Marco Internacional de Protección a los Derechos Humanos.

Tras las reformas al sistema de justicia penal de junio de 2008, resulta necesario analizar diversos conceptos que se incorporaron a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales, en virtud de su naturaleza representan obstáculos y crean incertidumbre dentro de un sistema de justicia penal de orientación democrática, de corte acusatorio y oral. Tal es el caso, del **régimen especial** aplicable a la **delincuencia organizada** así como, a una de las herramientas más controvertidas, el **arraigo**; la cual se **constitucionalizó** en el artículo **16, párrafo octavo de nuestra Carta Magna**, tras la reforma citada al inicio del presente apartado.

En tal virtud, me parece oportuno exponer la figura en comento (**arraigo**), a un **examen de compatibilidad con perspectiva de derechos humanos**, lo anterior, en atención a la remisión que hace la propia Constitución en su artículo primero (**principio pro-persona**), con el fin de analizarla y hacer una **valoración integral** de las **normas** que integran el bloque de constitucionalidad vigente en México; es decir, **aplicando el Parámetro de Control de Regularidad Constitucional** el cual, es vinculante para los juzgadores tras las reformas de junio de 2011, del cual hice referencia en capítulos que anteceden.

Dicho examen tiene como finalidad, hacer una distinción entre las restricciones o limitaciones que impone el derecho penal vigente en México, concretamente a la **libertad personal** que resulten **compatibles** con el **marco de protección a los derechos humanos** tanto en sede interna así como, en sede externa, de aquellas que no lo son; para lo cual, se debe revisar

primeramente el marco general interno de protección de los derechos a la **integridad y libertad personales** así como, a las garantías al **debido proceso**. Pues el hecho, de que el nuevo sistema de justicia penal incorporó en lo que interesa una **medida** cautelar o precautoria aplicable a un **régimen especial** como es el caso de la delincuencia organizada (**art. 16, párrafo octavo Constitucional**), no significa que sea una medida compatible y respetuosa de derechos humanos, por lo que obliga necesariamente a revisarla y someterla al examen de referencia, lo anterior sin dejar de lado que al respecto existe ya una figura similar a la antes referida la cual, se encuentra materializada en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales (art. 155) el cual desde mi punto de vista es más violatoria de derechos, lo anterior en virtud de las partes que pueden solicitarla al juez; ya que el numeral en comento, contempla una serie de **medida excepcionales** la cual parte de acuerdo a la exposición de motivos, de la alegación de hacer frente a circunstancias actuales y de especial gravedad, me refiero al actuar y afectación que causa a la sociedad la delincuencia organizada, las cuales no se justifican por el solo hecho de estar en la ley, por lo que resulta necesario analizarlas, de manera particular, la contenida en el artículo 16 Constitucional, octavo párrafo para ver si, esta es compatible con los **estándares internacionales en materia de derechos humanos**.

Una vez hecho el examen de referencia, se puede advertir lo siguiente: que el establecimiento de un **régimen diferenciado** cuyo objetivo es, investigar, perseguir y sancionar conductas ilícitas en donde la propia ley faculta a la autoridad ministerial para solicitar ante un juez el **arraigo** de una persona, en función de su probable participación o participación efectiva en actividades relacionadas con la **delincuencia organizada** o **delitos graves**, resulta **incompatible e inconvencional** con la **Constitución** así como con los **parámetros mínimos** establecido por los **Órganos Internacionales** especializados en la materia, ya que en la mayoría de los casos la autoridad ministerial solo cuenta con **indicios** que desde mi punto de vista **no son suficientes** para que el juez obsequie la medida a la que se hace alusión en

párrafos anteriores; aunado a que, en sede interna no se estaría juzgando bajo una **perspectiva de derechos humanos**, tal como lo demuestran las diversas recomendaciones que al respecto ha hecho en sede interna la Comisión Nacional de Derechos Humanos, así como, en sede externa, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos condenando al Estado Mexicano a revisar el actuar por parte de las autoridades; así como, regirse por la jurisprudencia que al respecto ha emitido el Tribunal Supranacional en cita, asimismo, guiarse en los protocolos tanto internos como externos especializados en la materia con el fin de no seguir violentando los derechos humanos del inculpado o indiciado. Finalmente, por lo que respecta al artículo **décimo primero transitorio**, el más Alto Tribunal del país ya se ha pronunciado al respecto y resolvió que el **arraigo es inconstitucional**, cuando las legislaturas de los Estados que ya hayan contemplado previamente en sus códigos la figura del arraigo pretendan legislar nuevamente sobre esta figura en virtud de estar éstas, viciadas de inconstitucionalidad, ya que dicha facultad le fue conferida al Congreso Federal. Lo anterior deja ver entre otras cosas, la problemática que se ha presentado tras el decreto de reforma constitucional de junio de 2008 y la **incompatibilidad** de esta figura, con lo establecido en la propia Carta Magna y los parámetros internacionales en materia de derechos humanos, por lo que resulta necesario legislar de manera particular sobre la figura a la que hace referencia el numeral en cita en líneas que anteceden (artículo 16, párrafo octavo), en aras de encontrar una medida alternativa que cumpla **integralmente** con los **objetivos** que persigue el nuevo sistema de justicia penal acusatorio, sin violentar los derechos humanos del inculpado o indiciado, además de que, se estaría dando cabal cumplimiento con los **principios** establecidos en el artículo primero Constitucional.

Además, resulta oportuno señalar que al respecto existen **protocolos de actuación** que permiten a las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia **actuar conforme a criterios y estándares establecidos por Organismos Internacionales especializados en la materia** así como, ha

los criterios establecidos por los Tribunales Constitucionales y Organismos especializados en la materia, que en el caso de la figura que me ocupa, resulta necesario revisar en atención a su contenido. Ejemplo de lo anterior es lo establecido en la **“CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES”** así como, su **“PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES”**, lo establecido en el **NUEVO PROTOCOLO PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS**.

Sobre la figura que nos ocupa en la presente investigación (Derogación de la Figura del Arraigo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) resulta oportuno señalar lo siguiente; que desde el momento en que se decreta a una persona por parte de un Juez a solicitud de la autoridad ministerial la medida aludida, se pueden dar diversas violaciones a los derechos humanos del indiciado o inculpado materializados en malos tratos, crueles e inhumanos o degradantes por parte de las autoridades encargadas de vigilar a la persona mientras está arraigada, en este sentido existe ya un protocolo al respecto, tal es el caso del **“Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos”**, publicado por el Máximo Tribunal del País del cual cito lo siguiente:

“Este Protocolo representa un esfuerzo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por ofrecer **herramientas e instrumentos de actuación** a las **autoridades judiciales del país**, para facilitar el **cumplimiento** de sus **obligaciones constitucionales y convencionales** de **promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos** y en específico las **obligaciones** de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los

derechos humanos derivadas del grave flagelo de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.”⁵⁰

Asimismo, este protocolo hace referencia a lo siguiente:

B. Garantizar el Derecho a la Integridad personal. Obligación positiva, i. Prevenir violaciones del derecho a la integridad personal, ii. Investigar violaciones del derecho a la integridad personal, iii. Sancionar las violaciones del derecho a la integridad personal, iv. Reparar violaciones del derecho a la integridad personal. Lo anterior, permite ver la obligación que por mandato constitucional y convencional el Estado Mexicano tiene respecto a la protección de los derechos humanos.

Asimismo, existen otros protocolos de actuación que están especializados en temas que tiene que ver con:

1) Personas migrantes y sujetas a protección internacional (**Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas a protección internacional**),

2) Con el respeto al derecho a la igualdad (**Protocolo para juzgar con perspectiva de género**),

3) La protección a las niñas, niños y adolescentes (**Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes**),

⁵⁰ **“Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos”**, p.p. 2-3.

4) La protección de derechos de personas con discapacidad (**Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad**),

5) En casos de orientación sexual o la identidad de género (**Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género**),

6) Derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas (**Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas**), lo que permite ver que existen las herramientas necesarias para poder resolver casos sin violar los derechos humanos de las personas.

De los protocolos citados con antelación, permite ver el enorme avance que existe en México para crear y adoptar herramientas o mecanismos basados en instrumentos y protocolos internacionales sobre temas en específico, encaminados a dar una mayor protección a las personas en atención a su especial situación frente a las demás personas esto, en virtud del grado de vulnerabilidad que estas presentan frente a la sociedad.

Ahora bien, por lo que hace al protocolo referente a la tortura y malos tratos citado en párrafos que anteceden este, deja ver que la medida que me ocupa en la presente investigación es inconstitucional e inconvencional en el sentido de que supuestamente, el arraigo ha sido utilizado como un medio para investigar a **presuntos culpables**, pero en la práctica permite ver que dicha medida tiene como finalidad, la vigilancia permanente del ministerio público sobre **personas sospechosas** de cometer algún delito o que tengan información relacionada a éste con la posibilidad incluso de incrementar el tiempo constitucionalmente establecido (duplicidad del término constitucional) con el que cuenta la autoridad para reunir pruebas contra la persona bajo

arraigo que puede ser hasta de 80 días. El objetivo del arraigo no se puede entender como bien lo refiere el octavo párrafo del artículo 16 Constitucional para el éxito de la investigación, pues simplemente se decreta sin haberse determinado previamente; es decir dentro de la averiguación previa, si una persona es inocente o culpable, sino que simplemente se **priva a la persona de su libertad** con el fin de obtener información que pudiera ser utilizada con posterioridad para la etapa de juicio, la cual en muchas ocasiones es **obtenida bajo tortura**. Ello se traduce en que la investigación no se lleva a cabo para detener a una persona, sino que la persona es detenida arbitrariamente para ser investigada y en la gran mayoría de los casos obtener una confesión inculpatoria. La persona afectada queda así sin garantías ni situación jurídica clara, ya que no es ni indiciada ni inculpada. Lo que es más, ni siquiera está vinculada a proceso penal alguno, simplemente se le ha privado de su libertad para ponerla a plena disposición de la autoridad investigadora, negando con ello la **presunción de inocencia** consagrado en el artículo 20 Constitucional apartado B, en su primer párrafo.

4.4.2. Propuesta.

Derivado del presente trabajo de investigación, en relación con la **controvertida** y muy **estudiada** figura del arraigo inserta en el artículo 16, párrafo octavo de la Constitución Política Federal, presento una propuesta de la siguiente manera:

La propuesta que a continuación expongo, busca en primera instancia derogar el contenido del octavo párrafo del artículo 16 Constitucional, en virtud de ser una medida cautelar o precautoria **violatoria** de **derechos y principios** reconocidos en la **Constitución Política** así como, en diversos **Tratados Internacionales** de los que el Estado Mexicano es parte además, de que resulta **incompatible e inconvencional** ya que no cumple con los **parámetros mínimos** establecidos por los Organismos Internacionales especializados en la

materia (**Derechos Humanos**); asimismo, la medida de la que hace alusión el párrafo en comento, excede el **límite material** impuesto al Estado para limitar o restringir la libertad personal.

En una segunda instancia, se propone modificar el numeral en cita e insertar una **medida extraordinaria cautelar e integral (MECI)** la cual, deberá de decretarse en su caso por la autoridad jurisdiccional competente a solicitud de la autoridad ministerial la cual deberá apoyarse, en los parámetros establecidos que para tal efecto establece el Protocolo para quienes imparten justicia en casos que involucren a personas que se presume hayan cometido o participado en la comisión de un delito de los calificados como de Delincuencia Organizada el cual, deberá estar en total **armonía** con la propia **Constitución** en relación con lo que ésta dispone en su artículo primero, lo anterior derivado de las reformas constitucionales de 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, así como, con los **objetivos** y **principios** que persigue el **Nuevo Sistema de Justicia Penal de Corte Acusatorio y Oral** a la par de ser **compatible** y **convencional** con lo dispuesto en los diversos **Tratados Internacionales** de los que México es parte es decir, que la medida que se propone, cumpla con los **estándares internacionales** mínimos establecidos en la materia, con el ánimo de **maximizar los derechos** y **minimizar sus posibles restricciones o limitaciones**. Esta medida (**MECI**), busca ser lo **menos restrictiva** al ejercicio de un derecho como es a la **libertad personal**.

Pues no puede entenderse, que dentro de un Estado democrático y de derecho, y dadas las diversas resoluciones que sobre esta figura ha venido pronunciando el Tribunal metaconstitucional al que se ha hecho referencia, se siga contemplando tanto a nivel constitucional como a nivel local entendiéndose, entidades federativas, la figura del arraigo que como se ha visto, constituye una violación sistemática a los derechos y principios consagrados tanto en la Carta Magna así como, en los diversos Tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte.

Ahora bien, la presente propuesta tiene como bases las resoluciones que sobre esta figura ha dictado el Máximo Tribunal del País, tal es el caso de, la **Acción de Inconstitucionalidad 20/2003** resuelta por el Pleno de este Tribunal Constitucional, el cual declarando en su momento la **Inconstitucionalidad** de esta figura que había sido incorporada en la legislación local del Estado de Chihuahua, en el **artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua**, que de acuerdo a cómo estaba redactada, debería de cumplirse en un **lugar distinto a las cárceles o establecimientos de corporaciones policíacas** y su duración no podría excederse de **treinta días naturales**, dicha medida entonces, era procedente en casos de **delitos graves** y cuando existiera riesgo fundado de que el **indiciado** se pudiera sustraer a la acción de la justicia, por lo que lo considero violatorio del artículo 16 de la Constitución Política Federal, toda vez que este último, **no permite dicha figura** que afecta indebidamente la **libertad personal**, además de ser violatorio de derechos fundamentales. Para un mayor abundamiento, resulta conveniente revisar lo resuelto por este mismo Tribunal Constitucional, en fechas más recientes, para lo cual cito la **Acción de Inconstitucionalidad 29/2012** promovida entonces por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en donde nuevamente el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, declaró nuevamente **Inconstitucional** la medida en estudio que en este caso, versó sobre el **artículo 291 de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes** el cual, **faculta al Ministerio Público** para solicitar a la autoridad judicial el **arraigo de un indiciado** por la comisión de figuras típicas calificadas como **graves; cuando exista riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, y para la protección de personas o bienes jurídicos**, el cual fue **reformado** mediante decreto, estimando que, hago énfasis en lo siguiente: el **artículo 291, párrafo segundo, de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes, es violatorio del artículo 16, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, al permitir la imposición del **arraigo por delitos que no**

son de delincuencia organizada, vinculado al diverso numeral 73, fracción XXI, del recién citado ordenamiento, que faculta en exclusiva, al Congreso de la Unión, a legislar en materia de delincuencia organizada, aunado a lo anterior, el tribunal de referencia hizo alusión a lo siguiente:

“Es importante mencionar, que ese Alto Tribunal se ha pronunciado en anteriores ocasiones sobre la figura del **arraigo**, calificándola como **violatoria del derecho a la libertad personal y la libertad de tránsito**, como se indica en las siguientes tesis: **“ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA LIBERTAD DE TRÁNSITO CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.”** y **“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”**, (fojas 2 y 7 a 15 del expediente principal).

Resulta necesario precisar, antes de referirme a la decisión que sobre este precepto dictó el Tribunal en cita lo siguiente: que la **litis** en la presente **Acción de Inconstitucionalidad 29/2012**, no tuvo por objeto, analizar la figura del arraigo en los términos previstos en la legislación del Estado de Aguascalientes inserta en este, hasta antes de la reformas constitucionales de junio de dos mil ocho, como lo hizo en su momento al resolver la ya citada Acción de Inconstitucionalidad 20/2003, en torno al Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, sino que solo se circunscribe a determinar la **validez o invalidez** del artículo 291 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Aguascalientes, que como ya mencioné, fue reformado mediante decreto. En este sentido, el objeto de estudio en la presente acción, se **centra** en el **acto legislativo** que dio **origen** a la creación del aludido **precepto 291** contenido en el **Código de Procedimientos Penales de Aguascalientes**.

Lo anterior, permite ver la **problemática** que se ha presentado al momento de interpretar por parte de las legislaturas de los Estados, el **artículo décimo primero transitorio** contenido en el decreto de 18 de junio de 2008, por lo que, en la presente Acción de Inconstitucionalidad, el Tribunal metaconstitucional lo estudió e hizo una interpretación sobre el precepto aludido, en donde resolvió en los siguientes términos: dicho **régimen de transitoriedad** debe de entenderse como **una mayor extensión de la facultad de emisión de órdenes de arraigo por razón de materia, pero nunca por razón de competencia, máxime que el transitorio nunca lo dice de manera expresa;** lo que lleva a los Estados que ya habían contemplado la medida caucional o precautoria dentro de sus códigos de procedimientos penales antes de la reforma aludida en líneas que anteceden (18 de junio de 2008), a continuar aplicándola hasta en tanto entrara en vigor en todo el país el nuevo sistema penal acusatorio, para lo cual el legislador permanente inserto una *vacatio legis* de 8 años, sin embargo, no es razón jurídicamente válida para que en este caso, el Congreso de Aguascalientes **legislara** sobre el **arraigo** en el referido artículo 291, pues se reitera, la permisión operó **sólo** para que continuara con la vigencia de la disposición relativa, es decir, hasta la **entrada en vigor** del sistema penal acusatorio o adversarial, pues el mismo decreto en su artículo **sexto transitorio** señala de manera expresa que esta facultad es conferida al Congreso de la Unión (**art. 73, fracción XXI de la Carta Magna**), lo que lleva a la conclusión de que las legislaturas de los Estados reitera ese Tribunal Constitucional, están **viciadas de inconstitucionalidad** por las **razones expuestas** en la **Acción de Inconstitucionalidad 20/2003**. Con base en los criterios arriba plasmados, y en conjunto con el marco constitucional antes analizado en torno a la facultad para legislar sobre la figura del arraigo, el Pleno del Tribunal en cita resolvió lo siguiente; cito textualmente:

“Decisión. Se declara la invalidez del artículo 291 de la Legislación Penal de Aguascalientes, reformado mediante el Decreto 179, publicado en el

Periódico Oficial de la entidad el cinco de marzo de dos mil doce, y **adquiere efectos generales retroactivos** por tratarse de una disposición general emitida por el Congreso local, debiendo corresponder en cada caso al juzgador determinar qué **pruebas “carecen” de valor probatorio** por encontrarse directa e inmediatamente vinculadas con el arraigo, dado que dicho valor no se pierde en automático por la referida declaración de invalidez.”

De lo hasta aquí visto, me permite precisar lo siguiente: que hasta **antes de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008**, la medida en comento (**arraigo**), no era contemplada en la Constitución Política Federal por ende, resultaba **inconstitucional** es decir, por no encontrarse de manera **expresa** en la **Carta Magna**, lo que resulta entendible. Lo anterior es así, ya que no fue sino hasta la citada reforma de 18 de junio de 2008 que, se **insertó** de manera **expresa** en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la figura del **arraigo** por lo que, puedo afirmar, que hasta entonces se **constitucionalizó** dicha figura; sin embargo, existen otros precedentes como el **amparo en revisión 546/2012** que en conjunto con las acciones anteriormente citadas, me permiten afirmar que la figura del arraigo antes y después de la reforma constitucional ya citada con antelación, es **Inconstitucional**, esto con base en las consideraciones lógico jurídicas de las resoluciones expuestas con anterioridad.

Finalmente, resulta necesario revisar los criterios en los cuales se basó el Pleno de la Suprema Corte del País al momento de resolver en fechas recientes, el **amparo directo en revisión 1250/2012** en virtud de su importancia y trascendencia dado que, el tema toral del recurso citado en líneas que anteceden, versa sobre la **constitucionalidad de la figura del arraigo** inserta en el **diverso 133-bis del Código Federal de Procedimientos Penales**.

Sin embargo, antes de referirme al recurso de revisión citado en el párrafo que antecede, resulta oportuno señalar que sobre este último artículo

(133-bis del Código Federal de Procedimientos Penales), **ya existe un precedente** es decir, un pronunciamiento previo por parte de la **Primera Sala** del Tribunal Metaconstitucional, me refiero claro al que se publicó **tras las reformas en materia penal de 1999**, el cual cito a continuación:

“...tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado bajo el número 1a./J. 78/99, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Novena Época, noviembre de mil novecientos noventa y nueve, página cincuenta y cinco, del rubro y texto siguientes:

“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.”⁵¹*

Una vez citado lo anterior, merece mencionar que en el **amparo directo en revisión 1250/2012**, se vuelven a retomar y ha considerar, aspectos que en su momento sirvieron de base para resolver las acciones de inconstitucionalidad y el recurso de revisión citado en párrafos que anteceden.

⁵¹ **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 20/2014**, promoverte, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, fojas 143,144.

Lo que me lleva a citar aspectos importantes que sirvieron para fundamentar y dictar en su momento el fallo en el presente asunto.

El **amparo directo en revisión 1250/2012**, dada su complejidad se discutió y en su momento se votó y aprobó en tres sesiones (**9, 13 y 14 de abril de 2015**) del cual se advierte lo siguiente: es de destacar que en el proyecto de sentencia que se puso a consideración del Pleno, se propuso someter la figura del arraigo contenida en el **artículo 133-bis del Código Federal de Procedimientos Penales** a una “**interpretación conforme**” (**art. 1 Constitucional, segundo párrafo**) sin embargo, se estimó innecesario por la mayoría del Pleno (6 votos) lo anterior, por considerarlo contrario a lo que establece la propia Constitución Política Federal en su artículo primero Constitucional párrafo primero que a la letra dice:

Artículo 1, párrafo primero, parte final “...cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta misma establece”, esto vinculado a lo que establece el **artículo 7** de la **Convención Americana de los Derechos Humanos** que a la letra dice:

Artículo 7.2.- “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados parte o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

De igual manera, se abordó lo referente al **artículo décimo primero transitorio** en razón a los **alcances** que este artículo transitorio puede tener, el cual se estimo que dicho precepto, no era una **cláusula habilitante** para legislar sobre la medida preexistente en las legislaciones locales, pues dicho artículo, no configura un espacio de competencia local, solo regula la disposición normativa hasta en tanto, se consolide un nuevo modelo en el país; entiéndase, nuevo Sistema Penal Acusatorio y Oral; que dicho sea de paso,

esta problemática se superó con la tesis **P.J. 32/2014 “...Solo el Congreso de la Unión puede legislar tratándose de delitos de Delincuencia Organizada”**.

Sin embargo, los que en su momento votaron en contra de la constitucionalidad del numeral en discusión, lo consideraron inconstitucional e inconvencional por **exceder los límites** establecidos en el **artículo séptimo de la Convención Americana** así como, el **artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, por no **agotar** entre otras cosas, los **principios de razonabilidad, idoneidad, excepcionalidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, debido proceso, notificación al interesado, y de manera particular a un control y oficiosa revisión judicial** citando el caso (**Tivi vs Ecuador**) del cual hago referencia en apartados que anteceden. Lo anterior es así ya que, estimaron necesario hacer una **ponderación** de los derechos del justiciable **caso por caso**, tal como lo establece el **Parámetro de Control de Regularidad Constitucional** el cual se consolidó en la tesis **293/2011**, que dicho sea de paso, la gran mayoría de los Ministros que integran el Pleno lo invocaron lo que **fortalece mi postura** en el sentido de que se debe dejar de contemplar y por ende dejar de aplicar la figura del arraigo inserta en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las legislaciones del los Estados que conforman la Federación y en su lugar, optar por una **medida extraordinaria cautelar e integral** que esté en **armonía** tanto con la **Constitución Política Federal** así como, con los parámetros establecidos en los diversos **Tratados Internacionales** de los que el Estado Mexicano es parte esto es, una **medida** que se aplique de manera **extraordinaria** y de manera **cautelar** al caso en concreto es decir, **caso por caso** pero que a la vez, sea **integral** esto es que satisfaga y garantice la protección de los **derechos** al inocente, la **reparación del daño** a la víctima u ofendido tal como se aprecia en los objetivos y principios a los que hace alusión tanto la Constitución en su artículo 20, apartado A, fracción primera así como, en los artículos primero y segundo del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales que regirá en breve en todo el país.

Finalmente, concluyó que con base en los antecedentes y razonamientos lógico-jurídicos que sobre esta figura he expuesto en la presente investigación, la considero **inconstitucional** por las razones que anteriormente expuse; pero también, es claro que las resoluciones que el Máximo Tribunal del País ha dictado al respecto, permean en la vida diaria de todos los gobernados por lo que es necesario revisar el contenido actual de las normas que en materia penal rigen y regulan la figura en estudio para no seguir violentando más los derechos humanos de los gobernados atendiendo así, a los compromisos y recomendaciones que sobre la materia han venido haciendo los Organismos Internacionales especializados en derechos humanos tal es el caso de los criterios en los cuales se ha basado para dictar sus recomendaciones al Estado Mexicano la Corte Interamericana de los Derechos Humanos las cuales dicho sea de paso, son vinculantes para México.

Lo anterior, sin dejar de lado que la resolución citada y analizada en párrafos que anteceden en fecha reciente por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (**amparo directo en revisión 1250/2012**), no es vinculante para los jueces del país al momento de dictar sus resoluciones es decir, la tesis a la que se hace referencia **no es obligatoria** en virtud de que no fue en su momento aprobada por la mayoría de ocho votos de los miembros del pleno para que en su caso, se declarara obligatoria, por lo que queda a criterio del juzgador el decretar o no a solicitud del Ministerio Público la figura del arraigo lo que permite ver, la problemática que presenta hoy en día la aplicación de esta medida dentro del sistema jurídico en México. En consecuencia, se debe de derogar esta figura de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 16, fracción octava) y optar por una **medida extraordinaria cautelar e integral** que satisfaga y garantice en todo momento los derechos humanos del inculpado o imputado así como, de la víctima u ofendido en acatamiento a lo dispuesto por mandato constitucional y convencional en el artículo primero de la Carta Magna párrafos primero y segundo así como, en los

diversos Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano es parte y en cumplimiento a las recomendaciones que sobre el particular han venido haciendo Organismos Internacionales como es la Corte Interamericana de Derechos humanos, es decir, dicha medida deberá de ser la excepción y no la regla.

4.4.2.1. Modificación al Artículo 16 Constitucional, Párrafo Octavo.

La iniciativa de reforma que se propone, se presenta de la siguiente manera:

La presente medida excepcional cautelar e integral (MECI) será **procedente** únicamente en los casos en que existan **indicios suficientes** que hagan presumir que el inculpado haya cometido o participado en la comisión de un delito de los calificados como de **delincuencia organizada** bajo las condiciones que a continuación se señalan:

a) La deberá solicitar el Ministerio Público Federal a la autoridad jurisdiccional competente especializada en la citada medida,

b) Se deberá **fundamentar y justificar** la solicitud de la medida por parte del Ministerio Público Federal,

c) Se dará a conocer al inculpado, los delitos que se le imputan desde el momento de su detención privilegiando en todo momento el **principio de presunción de inocencia**,

d) Acto seguido, se le dará a conocer al inculpado sus derechos y podrá nombrar a su defensor particular o en su caso, se le asignará uno de oficio,

e) El Ministerio Público Federal dentro del **plazo constitucional** deberá integrar el **legajo de pruebas suficientes** para que el juez especializado competente de encontrarlo necesario decreta en su oportunidad la medida aludida sin estar totalmente integrada la averiguación previa,

f) De decretarse la medida se optará por dispositivos electrónicos de localización, se le fijará al inculpado una **fianza suficiente** acorde al delito y

posible daño causado a la víctima u ofendido, la cual deberá exhibir para poder seguir el proceso en libertad con las limitaciones que el juez estime pertinente al caso en concreto,

g) De decretarse la medida por parte de la autoridad jurisdiccional competente al inculpado está, deberá estar acompañada por un **Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a personas acusadas de cometer delitos calificados como de Delincuencia Organizada**, durante el tiempo que dure la medida de mérito.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Derivado de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, la figura del arraigo se incorporó de manera expresa en el artículo 16, párrafo octavo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por lo que se puede decir que tras dicha reforma esta figura se elevó a rango constitucional es decir, se **constitucionalizó**.

SEGUNDA.- En cuanto hace al contenido de la disposición normativa contenida en el párrafo octavo del artículo en estudio, este lo encuentro lo suficientemente claro en el sentido de señalar de **manera categórica** que el arraigo solo es **procedente** en los casos de **delitos** calificados como de **Delincuencia Organizada**.

TERCERA.- La hipótesis normativa a la que se hace referencia establece un plazo de **40 días** el cual se puede **duplicar** de encontrarlo necesario para el éxito de la investigación lo que es claramente **violatorio** de **derechos fundamentales**, en virtud de que se decreta el arraigo en contra de una persona pese a que no ha finalizado la indagatoria ni se cuenta con datos suficientes que hagan presumir la probable participación del inculpado o indiciado en la comisión de un delito de los calificados como graves o de

Delincuencia Organizada es decir, **no se encuentra integrada** en su totalidad la **averiguación previa** por parte de la autoridad ministerial y por ende no puede hacer esta una acusación formal del imputado ante el juez.

CUARTA.- La medida aludida deteriora el **derecho penal democrático** frente al **derecho penal de excepción** dando así, un **trato diferenciado** a las personas que se encuentran dentro de esta hipótesis normativa.

QUINTA.- En virtud de ser una medida cautelar o precautoria privativa de libertad esta debe en consecuencia, **derogarse** a pesar de estar prevista en la Carta Magna pues a mi juicio, el hecho de encontrarse en la Constitución Política no significa necesariamente que esté en **armonía** con los **principios** establecidos en la misma **constitución** (**presunción de inocencia, debido proceso, etc.**) y con los diversos **tratados internacionales** en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado Mexicano.

SEXTA.- La presente medida es **inconstitucional e inconvencional** esto en razón de no satisfacer los **parámetro mínimos** establecidos por los organismos internacionales especializados en derechos humanos que dicho sea de paso el Estado mexicano esta obligado a cumplir en virtud de pertenecer al **Sistema Interamericano de Derechos Humanos** así como haber ratificado diversos tratados internacionales en dicha materia.

SÉPTIMA.- En lo que tiene que ver con lo dispuesto en el **artículo décimo primero transitorio** del decreto de reforma de 18 de junio de 2008, el cual dispone que procede decretar el **arraigo** de una persona a solicitud del Ministerio Público tratándose de **delitos** de los calificados como **graves**, este es claramente **inconstitucional** en virtud de que una **disposición transitoria** contenida en un **decreto** que reforma la Constitución como es el caso, **no forma parte de la constitución**, esto en razón de que las únicas limitaciones

válidas a los derechos fundamentales deben de emanar de fuente constitucional y no de una disposición transitoria.

OCTAVA.- Se ha hecho una mala interpretación del artículo décimo primero transitorio por parte de la representación social, los jueces e incluso de las legislaturas de los estados esto en razón de que, el aludido artículo transitorio, debe de interpretarse como **una mayor extensión de la facultad de emisión de órdenes de arraigo por razón de materia (Delincuencia Organizada), pero nunca por razón de competencia, máxime que el transitorio nunca lo dice de manera expresa** sirve de sustento a lo anterior los criterios jurisprudenciales sostenidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación las cuales cito a continuación **1a./J. 4/2015 y 1ª./J. 5/2015.**

NOVENA.- Que tras las reformas de 10 de junio de 2011, los operadores jurídicos están obligados por **mandato constitucional y convencional a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas bajo los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad** en el ámbito de sus respectivas competencias aplicando en todo momento el **principio pro-persona** así como, el **control difuso de convencionalidad ex officio** en materia de derechos humanos a cargo del poder judicial tal como lo señala el diverso 133 de la Carta Magna, lo que deja a criterio del juzgador aplicar o no lo dispuesto en el párrafo octavo del artículo en comento.

DÉCIMA.- La citada medida debe de someterse necesariamente a un **examen de compatibilidad con perspectiva de derechos humanos**, lo anterior, en atención a la remisión que hace la propia Constitución en su artículo primero (**principio pro-persona**), con el fin de analizarla y hacer una **valoración integral** de las **normas** que integran el **bloque** de

constitucionalidad vigente en México; es decir, **aplicando el Parámetro de Control de Regularidad Constitucional**.

DÉCIMA PRIMERA.- La aplicación de la mencionada medida debe de ser **acompañada** en todo momento de un **Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren Personas que sean Acusadas de Cometer Delitos Calificados como de Delincuencia Organizada** con el ánimo de **maximizar los derechos y minimizar sus posibles restricciones o limitaciones** del inculpado o indiciado, así como de la víctima u ofendido.

DÉCIMA SEGUNDA.- Por las razones esgrimidas en la presente tesis en relación a la figura que nos ocupa esta, no debe de seguirse contemplando tanto a nivel constitucional como a nivel local entiéndase, entidades federativas, pues como ya se demostró, su aplicación por parte de las autoridades ministeriales y jurisdiccionales constituye una **violación sistemática a los derechos y principios** consagrados en la Carta Magna, los Tratados Internacionales especializados en la materia así como, a la jurisprudencia que sobre ésta ha venido dictando la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DÉCIMA TERCERA.- La aplicación de la figura del arraigo inserta tanto en la Constitución Política como en los diversos Códigos Procesales de los Estados contraviene con los objetivos y principios que persigue el nuevo sistema penal acusatorio, consagrados en el artículo 20 Constitucional en su primera parte.

BIBLIOGRAFÍA

- **150° PERIODO ORDINARIO DE SESIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 27 de marzo de 2014.**
- **Argumentación Jurisprudencial, Memorias del IV Congreso Internacional de Argumentación Jurídica, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.**
- **Arraigo Judicial: datos generales, contexto y temas de debate, Carpeta de indicadores y tendencias sociales, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, Noviembre de 2011.**
- **CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, Una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana, Suprema Corte de Justicia de la Nación: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2014.**
- **CASTILLO GARCÍA, Gustavo, Mas vigilancia en el centro de arraigo, en la Jornada, 31 de Mayo de 2009.**
- **COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, vigésima edición, Porrúa, México, 2010.**
- **Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su resolución 28/2014, relacionado con la medida cautelar número 409-14.**
- **Coordinación y Sistematización de Tesis, La Constitución y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de**

Justicia de la Nación, México, 2013.

➤ **DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, vigésima tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1996.**

➤ **Declaración Universal de los Derechos Humanos.**

➤ **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Tomo II, México, 2014.**

➤ **Diccionario Esencial Santillana de la Lengua Española; Editorial Santillana, España, 1991.**

➤ **Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, Décima Edición, México, 1997.**

➤ **Diccionario Jurídico Mexicano, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1994.**

➤ **EMBRIS VÁZQUEZ, José Luis, Arraigo y Prisión Preventiva, Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Formularios, Flores Editor y Distribuidor, S.A de C.V., Copy Right, 2010.**

➤ **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Tomo I, México, 2014.**

➤ **Fundación Konrad Adenauer, Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014.**

➤ **GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Prontuario del Proceso Penal Mexicano,**

Décimo primera edición, Porrúa, México, 2004.

➤ **GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis, ORTEGA SORIANO, Ricardo A, Excepciones Constitucionales a un Sistema de Derecho Penal de orientación democrática: delincuencia organizada y arraigo, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013.**

➤ **GORDILLO MONTESINOS, Roberto Héctor, Derecho Privado Romano, Porrúa, México, 2004.**

➤ **MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, La Investigación Ministerial Previa, Editorial Porrúa, 4º Edición, México, 2000.**

➤ **MAZA CALVIÑO, Emma, LÓPEZ VILLANUEVA, Juan, Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio, México, 2014.**

➤ **ORTEGA ROSADO, Ana Paulina, Guía de apoyo para el estudio y aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014.**

➤ **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

➤ **POMAR-ZURITA, Relaciones de Texcoco y de la Nueva España, México.**

➤ **SILVA GARCÍA, Fernando, El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconvencionalidad, REVISTA DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL, México, 2014.**

➤ **Unidad de Igualdad de Género, La reforma Constitucional en**

Derechos Humanos: el costo de su realización efectiva, Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014.

➤ **ZAMORA PIERCE, Jesús, La Procuración de Justicia; problemas, retos y expectativas, Editorial, procuraduría General de la República, 1994.**

➤ **ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal, 6° Edición, Porrúa, México, 1993.**

LEGISLACIÓN

➤ **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

➤ **Código Federal de Procedimientos Penales.**

➤ **Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.**

➤ **Código Nacional de Procedimientos Penales.**

➤ **Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.**

➤ **Ley de Amparo.**

JURISPRUDENCIA

➤ **Registro IUS: 165954, Localización: Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Noviembre de 2009, p. 409, aislada, Constitucional, Penal.**

Número de tesis: 1a. CXCIII/2009.

- **Precedentes: Amparo directo 9/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.**