

Excepciones  
constitucionales a un  
Sistema de Derecho  
Penal de orientación  
democrática: delincuencia  
organizada y arraigo

Luis GONZÁLEZ PLACENCIA\*  
y Ricardo A. ORTEGA SORIANO\*\*

\* Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

\*\* Director Ejecutivo del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos (CIADH) de la CDHDF.

**SUMARIO:** I. *Introducción*. II. *Una reflexión preliminar: las dimensiones democrática y antidemocrática de la reforma de justicia en materia penal del año 2008*. III. *Conclusiones*.

## I. Introducción

El presente escrito tiene como finalidad desarrollar el análisis de algunos conceptos que desde su incorporación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución") en el año 2008 han planteado una serie de obstáculos y preocupaciones para la consolidación de un sistema de derecho penal de orientación democrática como lo son el régimen especial aplicable a la delincuencia organizada, y su materialización en una de sus herramientas más controvertidas: el arraigo.

Aunque en principio la denominación del presente artículo pareciera circunscribirse sólo al análisis de dichas figuras, en realidad el propósito de este estudio es, de alguna manera, mucho más amplio. En efecto, estamos convencidos que a partir de un análisis con perspectiva de derechos que sea capaz de realizar una valoración integral de las normas que integran el bloque de constitucionalidad vigente en México a partir de la reforma constitucional del año 2011<sup>1</sup> será posible desarrollar una distinción entre aquellas limitaciones que impone

<sup>1</sup> En otras palabras, nos referimos a las normas constitucionales de fuente interna así como aquellas de fuente internacional. Recuperamos la expresión del Dr. Rodrigo Uprimny en donde señala que: "las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite", *Cfr.* Uprimny, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, 2a. ed., Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura

el derecho penal, particularmente a la libertad personal, que resultan compatibles con el marco de protección de derechos humanos y distinguirlas de aquellas que no lo son.

Por ello, a lo largo del presente desarrollo someteremos los elementos asociados con el régimen aplicable a la delincuencia organizada así como con el arraigo a un examen de compatibilidad con el marco internacional de protección de los derechos humanos con la finalidad de poner en evidencia aquellos aspectos por los cuales tales figuras imponen restricciones indebidas a los derechos de las personas, y de paso llevar a cabo un contraste con aquellas figuras que bajo ciertos criterios restrictivos y excepcionales, podrían resultar compatibles con éste (detención en flagrancia o urgencia y orden de aprehensión).

Para alcanzar dicho propósito, en primer término presentaremos el marco general de protección de los derechos a la libertad e integridad personales<sup>2</sup> así como a las garantías del debido proceso legal<sup>3</sup> como punto de referencia, para posteriormente analizar las condiciones que autorizarían una restricción a los mismos. Estamos convencidos que los criterios analíticos que proporciona la teoría de los derechos humanos, impulsada de manera relevante y principalmente por tribunales internacionales, nos permitirá identificar con claridad aquellas limitaciones a los derechos que resultan válidas en una democracia, y distinguirlas de aquellas que conservan reductos de visiones de tipo autoritarias.

## II. Una reflexión preliminar: las dimensiones democrática y antidemocrática de la reforma de justicia en materia penal del año 2008

Antes de iniciar con el estudio mencionado, presentaremos una breve reflexión sobre aquellos elementos que han condicionado la reciente reforma en materia de justicia penal y que, de algún modo, resultan determinantes para comprender el sentido y alcance que se ha pretendido otorgar al análisis constitucional que es objeto de nuestra reflexión.<sup>4</sup> Tal reflexión constituye un elemento que es necesario tener presente de manera transversal a lo largo de nuestro análisis.

/ Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 25, así como, Rodríguez Manzo, Graciela... , *et. al.*, "Bloque de Constitucionalidad en México", *Colección ReformaDH*, SCJN / OACNUDH / CDHDF, México, 2013, p. 17.

<sup>2</sup> Reconocidos fundamentalmente en los artículos 7 (Derecho a la Libertad Personal) y 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Estado Mexicano el día 24 de marzo de 1981, así como en los artículos 7 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por México el 23 de marzo de 1981.

<sup>3</sup> Reconocidas esencialmente en el artículo 8 (Garantías Judiciales) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Estado Mexicano el día 24 de marzo de 1981

<sup>4</sup> *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Primera Sección.* Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008. pp. 3- 11.

En alguna otra ocasión hemos recuperado una idea expuesta por el Dr. Sergio García Ramírez, quien ha sostenido que la reforma en materia de justicia penal forma parte de la categoría denominada "reformas ambiguas" ya que en el fondo la misma plantea, por una parte, un sistema penal de carácter regular u ordinario "en donde desembocan las mejores corrientes democráticas y garantistas", y por otra parte, "un sistema nominalmente excepcional o extraordinario" con procedimientos ajustados y garantías limitadas",<sup>5</sup> y que a nuestro juicio más bien se ubica en una vertiente de disposiciones de carácter autoritario.<sup>6</sup>

Lo anterior es así, ya que por una parte la reforma constitucional de junio de 2008 surgió a partir de la necesidad de modificar el sistema de justicia penal mexicano, buscando -de acuerdo con los propios legisladores- establecer un sistema garantista que respetara tanto los derechos de la víctima u ofendido como los del imputado, incluyendo la presunción de inocencia y en donde el proceso se rigiera por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, en el marco de un sistema de corte acusatorio y oral.<sup>7</sup>

No obstante lo anterior, uno de los grandes problemas que ahora debe enfrentar la justicia mexicana se relaciona con el hecho de que la reforma en materia de justicia penal no sólo representó la incorporación de los esquemas relatados anteriormente y a los que el Dr. García Ramírez se refiere como parte de las mejores corrientes democráticas y garantistas, sino que introdujo en la misma oportunidad, una serie "de figuras de excepción en el plano constitucional a partir de la alegación según la cual es necesario hacer frente a una circunstancia de especial gravedad, desencadenada particularmente por la actuación de la delincuencia organizada".<sup>8</sup>

Sin tener la intención de profundizar más en relación con los propósitos de la reforma anteriormente referidos, es importante tenerlos presentes al momento de analizar las figuras que nos proponemos estudiar a continuación, ya que es necesario recordar que un derecho penal moderno con orientación democrática se encuentra regido por los principios de subsidiariedad, el cual refiere que el derecho penal sólo debería utilizarse cuando los otros remedios

<sup>5</sup> García Ramírez, Sergio, "La reforma penal Constitucional de 2007", en García Ramírez, Sergio e Islas, Olga, *La reforma constitucional en materia penal, Jornadas de Justicia Penal. Temas Selectos*, México, INACIPE / IJ - UNAM, 2009, p. 188.

<sup>6</sup> Cfr. González Placencia, Luis y Ortega Soriano, Ricardo, "La reforma constitucional en derechos humanos: Una necesaria reinterpretación de la reforma penal constitucional en clave garantista", *Revista Anual*, núm. 3, Cultura Constitucional / Cultura de Libertades / SEGOB, México, p. 401.

<sup>7</sup> Cfr. *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la constitución política de los estados unidos mexicanos*, 19 de febrero de 2008, aprobado por el pleno de la Cámara de Diputados el día 26 de febrero de 2008. p. 1.

<sup>8</sup> González Placencia y Ortega Ricardo. . . , *op. cit.*, p. 402.

procesales y legales no funcionen, así como el *principio de ultima ratio*, el cuál sólo justificaría la actuación del sistema penal como último recurso.<sup>9</sup>

Precisamente por ello, es útil recordar que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") ha reconocido que en una sociedad democrática "el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro", resaltando el propio tribunal la relevancia de garantizar el principio de intervención mínima y *ultima ratio* a los que nos hemos referido ya aquí.<sup>10</sup>

Una vez expuesto lo anterior, quisiéramos apuntar que el tratamiento de los temas que se desarrollarán en el presente análisis junto con las obligaciones asociadas a los estándares para la protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, se realizará teniendo presentes los elementos relacionados con los parámetros apuntados con antelación y asociados a la idea del derecho penal mínimo, compatible con un régimen democrático.

## 1. Libertad e integridad personales y debido proceso como reglas generales

La Corte Interamericana ha definido el concepto de libertad personal, refiriendo que la misma "sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido", y que esencialmente constituye el derecho de "toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su propia vida individual conforme a sus propias opciones y convicciones".<sup>11</sup>

De acuerdo con la lectura que ha desarrollado la Corte IDH del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana"), el mismo contiene dos tipos de regulaciones diferenciadas entre sí, en donde esencialmente existiría por una parte: a) una determinación de carácter general que reconoce plenamente la amplitud y pleno ejercicio de este derecho; mientras que por otro lado, b) se plantea una regulación de carácter específico que establece una serie de garantías que tienen como finalidad evitar que una persona sea privada de la libertad de manera ilegal, por lo que cualquier

<sup>9</sup> Peritaje de Carlos Tiffer Sotomayor, propuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o "Comisión Interamericana") y por las presuntas víctimas, Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107 p. 22.

<sup>10</sup> Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, p. 76.

<sup>11</sup> Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170 párr. 52.

violación a este tipo de garantías necesariamente acarreará una violación a la regulación general antes establecida.<sup>12</sup>

En cuanto a la primera regulación que esencialmente reconoce a la libertad como regla general, debe resaltarse que de acuerdo con la propia Corte Interamericana, la protección contenida en el artículo 7 de la CADH anteriormente señalado "protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico", en donde también reconoce la propia Corte Interamericana que, sería imposible pretender regular la totalidad de manifestaciones en las que este derecho puede expresarse.<sup>13</sup>

A la par del derecho a la libertad personal, el numeral 7.1 de la Convención Americana reconoce expresamente también el concepto de seguridad personal, el cual de acuerdo con el propio tribunal interamericano "debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal y arbitraria de la libertad física",<sup>14</sup> de tal manera que se garantice "la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable".<sup>15</sup>

En el caso de este derecho, se ha reconocido que a partir de una protección adecuada a la libertad personal se impide que la ausencia de garantías pueda traducirse en "la subversión de la regla de derecho" que a su vez se traduzca en la privación "a los detenidos de las formas mínimas de protección legal".<sup>16</sup>

Por otra parte, el artículo 5 de la Convención Americana reconoce de manera general el derecho a la integridad personal, el cual supone una serie de garantías amplias a favor de las

<sup>12</sup> A este respecto, la propia corte interamericana ha enunciado estas garantías en los siguientes términos: "el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2.); de manera arbitraria (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). Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 143. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 79; Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 51, y Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 89.

<sup>13</sup> *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití...*, *supra* nota 12, párr. 90.

<sup>14</sup> *Cfr.* TEDH. *Caso de Engel y otros v. Holanda*. (App. No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72). 8 de junio de 1976. párr. 57. Citado en: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 53.

<sup>15</sup> Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 52.

<sup>16</sup> Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México...*, *supra* nota 12, párr. 80; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 56, y Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 104.

personas que, en palabras de la Corte Interamericana se traduce entre otras cuestiones, y en su dimensión más severa, en la "prohibición absoluta de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" y que tal prohibición constituye el día de hoy una norma de jus cogens, además de que el mismo no puede ser suspendido bajo condición alguna.<sup>17</sup>

Adicionalmente, y particularmente en los casos en donde las personas se encuentren detenidas por parte del Estado, existen una serie de obligaciones reforzadas de protección a cargo de éste último que requieren asegurar el "derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal".<sup>18</sup>

Así las cosas, la Corte IDH ha sostenido que como responsable de los centros de detención, el Estado debe garantizar a las personas la existencia de condiciones que respeten sus derechos humanos así como una vida digna.<sup>19</sup> De la misma forma el propio tribunal interamericano enfatizó el carácter, por si mismos, como tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de las personas, tanto el aislamiento prolongado como la incomunicación coactiva.<sup>20</sup>

Por otra parte, es importante tener presente el contenido de aquellas reglas, que de manera genérica se relacionan con el llamado "debido proceso legal" y que constituyen uno de los fundamentos básicos de cualquier sistema de derecho penal de orientación democrática. Podría decirse que "el estado debe combatir el delito y proteger a la sociedad, pero debe hacer con estricta observancia de los principios y las normas del Estado de Derecho y con respeto a los derechos humanos".<sup>21</sup>

Se ha planteado por la Corte IDH que las garantías del debido proceso legal "deben ser observadas en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias

<sup>17</sup> Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 97.

<sup>18</sup> Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 170.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> La Corte IDH reconoció que la incomunicación sólo debería ser utilizada de manera excepcional, tomando en consideración los graves efectos que genera, ya que el aislamiento del mundo exterior provoca tanto sufrimientos morales como perturbaciones psíquicas, aspectos que ubican a las personas en una situación de particular vulnerabilidad. *Cfr.* Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 171; Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 87. Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, 150, y Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 84.

<sup>21</sup> García Ramírez, Sergio, *El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponible en: < <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf> > (10 de julio de 2013).

garantías judiciales". Además, sostuvo que las mismas sirven para "proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho, y son condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos derechos y obligaciones que están bajo consideración judicial".<sup>22</sup>

Por otra parte, debe recordarse que la propia jurisprudencia interamericana ha referido que la presunción de inocencia constituye el fundamento de las garantías judiciales, por lo que el acusado no tendría una obligación de probar que no ha cometido el delito, sino que el *onus probandi* corresponde al responsable de la acusación, aspecto por el cual la "demostración fehaciente de culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado".<sup>23</sup>

Se ha expuesto que el debido proceso legal, de alguna forma es

...la piedra de toque para el acceso a la justicia- formal, material y cautelar [en un] ámbito crítico para la vigencia de los derechos, como lo es el procedimiento penal, donde entran en riesgo los bienes más relevantes –vida, integridad y libertad– y se elevan los más severos alegatos del autoritarismo para la reducción, la relativización o la supresión de los derechos y libertades.<sup>24</sup>

Ahora bien, teniendo presente el marco general anterior, uno de los aspectos más relevantes que deben ser tenidos en consideración por los Estados, se relaciona con los requisitos establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que reconocerían como reglas generales a los derechos y que por otro lado, sólo autorizarían una restricción excepcional de los mismos.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 118.

<sup>23</sup> Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233, párr. 128; Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 154; Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. . . , *supra* nota 12, párr. 182. La propia Corte Interamericana recupera una cita del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante Comité CCPR) que señala: "Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado." Naciones Unidas. *Cfr. Comité CCPR. Observación general No. 32, (Artículo 14). El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*. CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 30.

<sup>24</sup> Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en relación con la sentencia Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. . . , *supra* nota 11.

<sup>25</sup> "De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción." Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. . . , *supra* nota 11, párr. 53.

A partir de lo anterior, estudiaremos ahora la limitación a los derechos relacionados con los conceptos que son objeto de este estudio, para ello partiremos de la distinción entre lo que se ha considerado como el "sistema ordinario de restricción de la libertad personal" que incluye los conceptos de urgencia, flagrancia y orden de aprehensión, así como del denominado "sistema excepcional de restricción de la libertad", que incluye los conceptos de arraigo y delincuencia organizada, concentrándonos en este último.<sup>26</sup>

## 2. Restricciones incompatibles con la libertad personal: régimen jurídico aplicable a la delincuencia organizada y arraigo en México

La reforma constitucional del 18 de junio de 2008 incorporó, como se señaló con anterioridad, además de los aspectos que comúnmente son referidos como juicios orales, elementos relacionados con el combate contra el denominado crimen organizado. Así, la reforma en cuestión incorporó en los párrafos 8o. y 9o. del artículo 16o. de la Constitución tanto las figuras de arraigo como de delincuencia organizada.<sup>27</sup>

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 inculcado 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.

<sup>26</sup> Cfr. Silva García, Fernando, "El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconveniente", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 33, México, 2012, p. 219.

<sup>27</sup> Párrafos 8o. y 9o. 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 inculcado 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 un cierto tipo de personas consideradas "especialmente peligrosas" o enemigas del Estado.<sup>28</sup>

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.

- El régimen constitucional aplicado a la delincuencia organizada frente al principio de igualdad y no discriminación

Como se apuntó anteriormente, a partir del año 2008 se establecieron diversas normas jurídicas que de alguna manera elevaron a rango constitucional al denominado derecho de autor o derecho penal del enemigo, con lo que se estableció una suerte de "régimen de excepción constitucionalizado".<sup>29</sup>

<sup>28</sup> En estos casos, la pena no se considera un reproche hacia la conducta del 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.

<sup>29</sup> González Placencia, Luis y Ortega Soriano, Ricardo... , *op. cit.*, p. 401.

Así las cosas, el marco constitucional establecido a partir de la reforma en materia de justicia penal proporciona un tratamiento diferenciado a las personas en la persecución, investigación y sanción de los delitos, en función de que las mismas pertenezcan o "se presuma" que pertenezcan a la delincuencia organizada o no, aplicando en función de dicha distinción un sistema ordinario o excepcional para la persecución de los delitos.<sup>30</sup>

Un análisis con enfoque de derechos humanos<sup>31</sup> es capaz de dar cuenta sobre aquellas distinciones de tratamiento que son permisibles en un Estado democrático, y cuáles son incompatibles con el mismo.<sup>32</sup> La propia Corte Interamericana ha sostenido en múltiples ocasiones que no todo tratamiento diferenciado es *per se* discriminatorio, siempre que la distinción descansa en elementos objetivos, razonables y proporcionales.<sup>33</sup>

Es por ello, que el reconocimiento diferenciado que se dirige a las personas, además de ser establecido en las leyes, debe superar la aplicación del llamado "test de igualdad", el cual nos permitirá advertir si la diferenciación de tratamiento realizada cumple con los criterios antes señalados. En este sentido, el mencionado "test de igualdad" requiere advertir si la distinción "es idónea para alcanzar un fin constitucional o convencionalmente aceptable"; si es necesaria, es decir, "que no exista otro medio alternativo menos lesivo"; y si es "proporcional en sentido estricto", lo cual requiere un ejercicio de ponderación entre "aquello que se logra a través de la restricción y la afectación al derecho a la igualdad en el caso concreto".<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Cfr. Silva García, Fernando..., *op. cit.*, p. 219.

<sup>31</sup> Las características que impone un enfoque de derechos pueden resumirse en términos generales en las siguientes: a) La personas son titulares de derechos; b) se reconoce la necesidad de identificar las causas estructurales de los problemas; d) Se parte del hecho que la obligaciones del Estado deben garantizarse en el marco del principio de igualdad; d) Los derechos son exigibles; e) Debe asegurarse el principio de transparencia y rendición de cuentas. Sánchez Moreno, Manuel, "Enfoque de derecho humanos en el desarrollo. Aspectos teóricos y metodológicos", *Revista de Formento Social*, enero-marzo 2011, núm. 261, vol. 66, p. 50.

<sup>32</sup> "...no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana". [...] Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran". Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 89; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46; y Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 56.

<sup>33</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados...*, *supra* nota 32, párr. 89. La propia Corte Interamericana advierte que tales criterios provienen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cfr. TEDH. *Caso def Willis v. Reino Unido de la Gran Bretaña*. (App. No. 36042/97). 11 de junio de 2002, párr. 39; TEDH. *Caso de Wessels- Bergervoet v. Holanda*. (App. No. 34462/97). 4 de junio de 2002, párr. 46; TEDH. *Caso de Petrovic v. Austria*. (App. No. 20458/92). 27 de marzo de 1998, párr. 30; TEDH. *Caso sobre ciertos aspectos de las leyes de idiomas en la educación en Bélgica v. Bélgica*. (Application No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64). 23 de julio de 1968, párr. 10.

<sup>34</sup> Cfr. González Le Saux, Marianne y Parra Vera, Óscar, "Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 47, San José, Enero- junio 2008, p. 130.

Así las cosas, el establecimiento de un régimen jurídico diferenciado para la investigación, persecución y sanción de conductas penalmente ilícitas aplicado a las personas en función de su participación efectiva o presunta en actividades relacionadas con la delincuencia organizada, desde una óptica o perspectiva de derechos, no puede simplemente ser justificada en función de la existencia de normas constitucionales que lo autorizan, sino que de manera adicional, tal diferenciación debería superar, por lo menos, los criterios de objetividad y razonabilidad así como superar la aplicación del test de igualdad antes referido.

A nuestro juicio, la incorporación de un marco jurídico diferenciado para el combate a la delincuencia organizada no supera dicho test ya que la distinción del tratamiento que se plantea en este caso se encuentra basada en elementos subjetivos e irracionales, y en donde además las afectaciones que produce no resultan proporcionales con los fines que se pretenden alcanzar.

Lo anterior es así, ya que como ya apuntamos anteriormente, la orientación del régimen jurídico aplicable a la delincuencia organizada plantea como elemento central de la diferenciación de tratamiento al régimen aplicable en el resto de los delitos a las características de sus autores o supuestos autores. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") ha reconocido la distinción entre aquella orientación de las reglas penales basada en las características de las personas (derecho penal de autor) y las ha contrapuesto con aquellas que se basan en las conductas que el Estado puede sancionar penalmente (derecho penal de acto).<sup>35</sup>

En efecto, las normas asociadas al denominado derecho penal de autor parten de las características personales del inculpado como un factor relevante para la imposición de las penas, ya sea para reducirla o agravarlas, y reconociendo al mismo como una persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante. Por ello, la pena en realidad busca corregir al individuo "peligroso" o "patológico" a partir de tratamientos que buscan sanar, rehabilitar, reeducar, normalizar o modificar coactivamente la identidad del sujeto.<sup>36</sup>

Para la Primera Sala de la Suprema Corte en México, en realidad se parte de una

...falaz premisa [en donde] existe una asociación lógico necesaria entre el "delincuente" y el delito para asumir que quien ha delinquirido probablemente lo

<sup>35</sup> Tesis: 1a. CCXXXVII/2011 (9a.), DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 198. Reg. IUS. 160693.

<sup>36</sup> Cfr. *Ibidem*.

hará en el futuro, como si la personalidad "peligrosa" o "conflictiva" fuera conatural a quien ha cometido un acto contrario a la ley.<sup>37</sup>

Precisamente por ello, la modificación constitucional introducida en el artículo 18 que eliminó el concepto de "readaptación" para sustituirlo por el de "reinserción", no sólo constituye una mera transformación semántica, sino que, de acuerdo con la propia Primera Sala "el abandono del término "delincuente" también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un "derecho penal de autor", permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito".<sup>38</sup>

En estas condiciones, puede afirmarse que el elemento central que distingue la aplicación de un régimen ordinario de orientación democrática aplicable a la investigación y a la persecución de los delitos, de uno extraordinario aplicable a la delincuencia organizada y que restringe una cantidad importante de derechos –como se verá más adelante– se basa en la presuposición de ciertas características asociadas a las personas que las cometen o se presume que las cometen, aspecto que en realidad supone la incorporación de un elemento de carácter subjetivo como base de tal distinción, el cual estigmatiza a las personas, generando con ello un marco discriminatorio de actuación por parte de la autoridad, el cual además es incompatible con las obligaciones nacionales e internacionales relacionadas con el principio de igualdad.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>38</sup> Tesis: 1a. CCXXIV/2011 (9a.), DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 10., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 197.

<sup>39</sup> La Corte Interamericana reconoció diversos instrumentos internacionales que han consagrado el principio de igualdad entre los cuáles se encuentran: Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta de la Organización de Estados Americanos (artículo 3.1); Convención Americana (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (artículo 3); Carta de la Organización de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artículos 19 a 24; II.B.2, artículos 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (artículo 3); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio

- La delincuencia organizada frente a los principios de un derecho penal mínimo y de orientación democrática

Además de la debilidad de origen relacionada con la razonabilidad de la distinción que inspira el régimen aplicable a la delincuencia organizada, y que como observamos, le confronta de manera directa con el principio de igualdad, puede afirmarse que la propia definición de esta noción encierra una cantidad importante de complicaciones técnicas y conceptuales que afectan la delimitación de los casos a los cuales resulta aplicable este régimen excepcional para la investigación y la persecución de ilícitos.<sup>40</sup>

Sobre este particular, puede advertirse que la definición de delincuencia organizada fue uno de los elementos, que como ya referimos, se incorporó en el artículo 16 de la Constitución Federal en el marco de la reforma de 2008, pero que cuenta con una definición más precisa en el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.<sup>41</sup> Sin pretender desarrollar un análisis dogmático sobre el tipo penal de delincuencia organizada, nos parece importante advertir al menos algunos problemas en dicha definición que eventualmente generan una afectación a derechos humanos, particularmente en lo relativo a los requisitos que debería contener un sistema penal de orientación democrática. Tales complicaciones parecen localizarse en distintos ámbitos:

---

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 1 y 14); Carta Social Europea (artículo 19.4, 19.5 y 19.7); Protocolo No. 12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1). Cfr. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados...*, *supra* nota 32, párr. 86.

<sup>40</sup> De acuerdo con Gustavo Fondevilla, en la reforma constitucional en materia de justicia penal de 2008, los delitos ordinarios se relacionan con una cuestión de seguridad pública, es decir, con la protección que tienen las personas, mientras que la delincuencia organizada plantea problemas que ponen en peligro la permanencia misma del Estado. Fondevilla, Gustavo y Mejía Vargas, Alberto, "Reforma procesal penal: Sistema acusatorio y delincuencia organizada", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 15 y 16, enero-diciembre de 2010, IJ – UNAM / AMJ, México, 2011, p. 20.

<sup>41</sup> 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 "Ley Federal contra la delincuencia organizada, publicada el día 7 de noviembre de 1996, Última reforma publicada el día 14 de junio de 2012. La reforma al artículo 2o. en relación con la definición de delincuencia organizada fue publicada el día 23 de enero de 2009.

| Problema  | Derechos humanos afectados  | Observaciones   |
|---|---|---|
| La incorporación de este concepto es la base de un régimen excepcional que restringe derechos   | Se afectan fundamentalmente los derechos a la igualdad y no discriminación, debido proceso legal, libertad e integridad   | Se recurre a la decisión de restringir derechos más que la profesionalización y mejora de estrategias y técnicas de investigación policial, o políticas públicas basadas en la prevención y participación ciudadana.  |
| Comprobación de la existencia de hecho de una organización y no sólo que algunas personas se hubieran organizado para cometer un ilícito. | Debido proceso relacionado con el estándar de la prueba y presunción de inocencia.  | Es relevante el estándar probatorio que demuestre el establecimiento de una cadena de mando, puesto y responsabilidad en la organización.   |
| Proporcionalidad de las sanciones en relación con las funciones y jerarquía dentro de la organización                                     | Proporcionalidad de la pena y aplicación de sanciones en función a una categoría personal (pertenecer a la delincuencia organizada) y no en relación con las conductas desplegadas y el nivel de participación. | La Convención de Palermo (artículo 2. a. y c.) reconoce una distinción entre figuras de grupo delictivo organizado y grupo estructurado, que se dirigen a determinar una proporcionalidad en la pena. La definición constitucional de delincuencia organizada no establece parámetros de proporcionalidad |
| Confusión entre delincuencia organizada y asociación delictiva  | Falta de especificidad de los tipos penales que permiten el sometimiento de las personas a un régimen excepcional y afectación a la proporcionalidad de la sanción en función de criterios arbitrarios.         | La identificación típica de ambas figuras las confunde entre sí, resultando como elemento relevante para determinar una u otra, un listado arbitrario de delitos, en cuyo caso se impone un agravamiento de la pena.  |
| Elaboración propia a partir de Fondevila, Gustavo y Mejía Vargas, Alberto. . . , <i>op. cit.</i>  |   |   |

Adicionalmente a todo lo planteado, uno de los aspectos que resultan particularmente sorprendentes se relaciona con la decisión de incorporar dentro del texto constitucional la tipificación de conductas, aspecto sumamente inusual para una ley fundamental.<sup>42</sup> La razón para incorporar dicha tipificación a nivel constitucional parece descansar en un reconocimiento del propio legislador constitucional sobre la contradicción normativa que genera dicho régimen especial en relación con los derechos humanos que serían propios de un modelo garantista y de cuño democrático.<sup>43</sup> Ahora bien, de manera adicional a los problemas que se han descrito en este apartado, a continuación se exponen brevemente algunas de las restricciones que se generan a diversos derechos, a través de las diversas disposiciones constitucionales que configuran dicho régimen.

- La delincuencia organizada frente a los límites reconocidos internacionalmente para la restricción de derechos

Como hemos señalado a lo largo del presente análisis, el régimen jurídico aplicable a la delincuencia organizada establecido por la reforma del año 2008 ha optado por "endurecer el régimen de excepción" bajo la premisa de que "la gravedad del problema reclama mayores restricciones de garantías".<sup>44</sup>

Más allá de los problemas técnicos y conceptuales asociados a la definición y que se han señalado con antelación, es necesario reflexionar sobre el impacto que generan las restricciones que se han establecido en diversas normas constitucionales a los derechos de las personas y si tales restricciones son compatibles o no con un marco de protección a los derechos humanos.

Debe resaltarse que el establecimiento del régimen jurídico aplicable a la denominada delincuencia o criminalidad organizada impactó de manera directa diversas normas constitucionales, además de la relacionada con su propia definición constitucional, y que esencialmente se encuentran vinculadas a reglas vinculadas con:

<sup>42</sup> Fondevila, Gustavo y Mejía Vargas, Alberto. . . , *op. cit.*, p. 20.

<sup>43</sup> La propia iniciativa de reforma constitucional en materia de justicia penal presentada por el Ejecutivo Federal reconoce expresamente que al haber pocas medidas de cautela en el derecho penal resulta indispensable ampliarlas, "y dado su carácter de restricción de derechos fundamentales, deben ser incorporadas a nivel constitucional". Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Presentada por la Subsecretaría de Enlace Legislativo de la Secretaría de Gobernación, el día 13 de marzo de 2007 ante la Cámara de Senadores, Oficio No. SEL/300/1153/07, p. 4.

<sup>44</sup> Fondevila, Gustavo y Mejía Vargas, Alberto. . . , *op. cit.*, p. 20.

| Contenido   | Aspecto relevante  |
|---|--|
| a) la obligación del juez de ordenar oficiosamente prisión preventiva en casos relacionados con delincuencia organizada; <sup>45</sup>  | Prisión preventiva oficiosa  |
| b) la posibilidad de que el juez mantenga bajo reserva el nombre así como los datos del acusador <sup>46</sup> o bien el derecho de las víctimas al resguardo de su identidad y protección de sus datos personales; | Reserva de datos de acusador y víctimas  |
| c) beneficios para aquel inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos relacionados con delincuencia organizada <sup>47</sup> ;                         | Beneficios para la colaboración con la investigación y persecución de la delincuencia organizada |
| d) que tales personas sean sujetas de prisión preventiva en establecimientos especiales destinados para tal efecto; <sup>48</sup>   | Prisión preventiva en centros especiales.  |
| e) impedir que las personas acusadas de este tipo de delitos puedan cumplir sus penas en centros de reclusión cercanos a su domicilio; <sup>49</sup>  | Restricción de derechos en la cumplimiento de penas  |

<sup>45</sup> "...El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, 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." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Publicada el día 5 de febrero de 1917* en el Diario Oficial de la Federación. Última reforma publicada *el 26 de febrero de 2013* en el Diario Oficial de la Federación, art. 19, segundo párrafo.

<sup>46</sup> "Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917* en el Diario Oficial de la Federación. Última reforma publicada *el 26 de febrero de 2013* en el Diario Oficial de la Federación, art. 20, inciso A, numeral III.

<sup>47</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917* en el Diario Oficial de la Federación. Última reforma publicada *el 26 de febrero de 2013* en el Diario Oficial de la Federación, art. 20, inciso A, numeral III.

<sup>48</sup> "Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917* en el Diario Oficial de la Federación. Última reforma publicada *el 26 de febrero de 2013* en el Diario Oficial de la Federación, art. 18, último párrafo.

<sup>49</sup> "Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán cumplir sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917* en el Diario Oficial de la Federación. Última reforma publicada *el 26 de febrero de 2013* en el Diario Oficial de la Federación, art. 18, penúltimo párrafo.

|   |  |
|---|--|
| f) que las autoridades puedan restringir sus comunicaciones con terceros, excepto con su defensor así como la imposición de medidas especiales de vigilancia; <sup>50</sup>   | Restricción de comunicaciones  |
| g) la suspensión de los plazos de prescripción en aquellos casos en que habiéndose dictado el auto de sujeción a proceso la persona se evada de la acción de la justicia o bien sea puesto a disposición de otro juez en el extranjero; <sup>51</sup> | Suspensión de plazos de prescripción de delitos                                |
| h) la validez de actuaciones practicadas en fase de investigación cuando las mismas no puedan ser reproducidas en juicio o existan riesgos para testigos o víctimas aunque conserven su derecho a objetarlas; <sup>52</sup>                           | Vulneración del principio del contradictorio y de unidad procesal de la prueba |
| i) Aplicación de las reglas relacionadas con la extinción de dominio. <sup>53</sup>   | Aplicación del régimen excepcional de extinción de dominio                     |
| j) Autorización a las y los juzgadores para aplicar la medida de arraigo  | Aplicación del arraigo penal   |

Desde luego, el conjunto de reglas que se han descrito anteriormente se basan en una concepción excepcional y restrictiva asociada a una idea de supuesta mayor eficacia del sistema, y así hacer frente a los reclamos sociales que cuestionan la ineficacia de las autoridades para combatir la problemática asociada con la criminalidad organizada.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> "Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917 en el Diario Oficial de la Federación*. Última reforma publicada *el 26 de febrero de 2013 en el Diario Oficial de la Federación*, art. 18, último párrafo.

<sup>51</sup> "Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpadado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917 en el Diario Oficial de la Federación*. Última reforma publicada *el 26 de febrero de 2013 en el Diario Oficial de la Federación*, art. 19, penúltimo párrafo.

<sup>52</sup> "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." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917 en el Diario Oficial de la Federación*. Última reforma publicada *el 26 de febrero de 2013 en el Diario Oficial de la Federación*, art. 20, inciso A, fracción V.

<sup>53</sup> "...En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas: II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas...". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917 en el Diario Oficial de la Federación*. Última reforma publicada *el 26 de febrero de 2013 en el Diario Oficial de la Federación*, art. 22, *frac. II*.

<sup>54</sup> Fondevila, Gustavo y Mejía Vargas, Alberto. . . , *op. cit.*, p. 19.

Precisamente tomando en consideración lo anterior, es necesario recordar que tanto en los ámbitos del derecho constitucional como en los del derecho internacional se han considerado como legítimas ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos.<sup>55</sup> Por una parte, frente a escenarios de normalidad institucional la restricción a los derechos puede establecerse a partir de un criterio o test de proporcionalidad, siempre teniendo en consideración el carácter excepcional que entrañan las restricciones a los derechos en una democracia.<sup>56</sup>

Por otra parte, y en situaciones de "anormalidad institucional", se plantea el polémico supuesto de los llamados estados de excepción o emergencia, "bajo los cuales los gobiernos están autorizados para restringir o suspender temporalmente, por el lapso más breve posible que permita superar la situación de anormalidad, el ejercicio de ciertos derechos humanos".<sup>57</sup>

Lo interesante de la reflexión apuntada con anterioridad, es que el marco jurídico aplicable a la delincuencia organizada se inscribe en un esquema de normalidad constitucional, razón por la cual, las limitaciones establecidas por el mismo a los derechos de las personas, deberían sujetarse al marco de excepcionalidad y proporcionalidad antes relatado.

En efecto, es necesario recordar que desde una perspectiva de derechos humanos no basta con el hecho de que una restricción sea establecida por la ley para que por este simple hecho se considere como una restricción válida, sino que es fundamental que la misma logre rebasar la aplicación del ya referido test de proporcionalidad. Pensar de manera contraria a ello, es decir, suponer que el establecimiento de una restricción puede llevarse a cabo con el simple hecho de establecerla en una ley "conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido".<sup>58</sup>

La propia Corte Interamericana ha señalado que "cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley tanto en el sentido formal como material", añadiendo que "si la restric-

<sup>55</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2003, p. 141.

<sup>56</sup> A este respecto: "...debe regir un principio de proporcionalidad que otorgue racionalidad a la aplicación de la medida excepcional. Esto significa que las medidas aplicadas deben ser estrictamente necesarias para obtener los resultados perseguidos y que estos últimos deben encontrarse suficientemente justificados. Esta exigencia adquiere una especial relevancia cuando lo que está en juego es la suspensión o restricción –aunque sea temporal– de los derechos humanos o fundamentales de las personas, que –desde la perspectiva de la teoría liberal que sostiene al constitucionalismo moderno– constituyen el la fuente de legitimidad del Estado y de sus poderes y, al mismo tiempo, son el fin último que todo Estado constitucional debe garantizar." Salazar, Pedro, "Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la Constitución Mexicana", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de los Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ – UNAM, 2011, p. 259.

<sup>57</sup> Nogueira Alcalá, Humberto..., *op. cit.*, p. 141.

<sup>58</sup> Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 26.

ción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad".<sup>59</sup>

De igual manera, se ha resaltado que "el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita", por lo que "en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro". En este sentido, la Corte IDH ha alertado de que un esquema contrario a ello, "conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado".<sup>60</sup>

Como se puede apreciar, la incorporación de un régimen jurídico aplicable a la delincuencia organizada plantea una suerte de "generalización" en la aplicación de un marco jurídico que restringe una serie de derechos a las personas que son procesadas con base en el mismo. En virtud de lo anterior, difícilmente podría decirse que la aplicación de las medidas restrictivas antes relatadas pudiera superar la aplicación de un test o análisis de proporcionalidad.

En virtud de las limitaciones propias del presente análisis, no nos detendremos a analizar de manera puntual a cada una de las restricciones que establece a los derechos de las personas la imposición del régimen jurídico aplicable a la delincuencia organizada, ya que ello supone la realización de un estudio más minucioso que el que aquí nos proponemos alcanzar. En cambio, y en virtud de la extensión y propósitos de los conceptos que nos proponemos analizar aquí, sólo analizaremos de manera particular las restricciones a los derechos de las personas que se generan con la imposición de figuras como el arraigo.

#### **b. Análisis del arraigo a la luz de las limitaciones permitidas internacionalmente**

La incorporación de la figura del arraigo no puede considerarse como un hecho aislado en la normatividad penal establecida por virtud de la reforma del año 2008, sino que se inscribe en una serie de reglas que normalizan diversas excepciones asociadas con la delincuencia organizada, y que desde luego suponen una importante cantidad de restricciones a derechos humanos, por lo que desde luego se "compromete el Estado de Derecho".<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina...*, *supra* nota 10, párr. 63.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Silva García, Fernando. ..., *op. cit.*

Asimismo, se ha señalado que la constitucionalización del arraigo de alguna manera ha llevado al texto fundamental, el "muy vernáculo principio de "detener para investigar" cuando en la mayoría de los países democráticos del mundo sucede lo contrario: primero se investiga a la persona, y cuando se reúnen los elementos suficientes se les detiene".<sup>62</sup>

De ahí que resulta muy importante recordar que si bien, como señala la Corte IDH, cualquier detención debe llevarse a cabo de conformidad con los procedimientos establecidos en la ley del Estado, resulta fundamental que el procedimiento que se aplica, así como los principios expresos o tácitos que sustentan el actuar de la autoridad, sean compatibles con el marco internacional de protección de los derechos humanos.<sup>63</sup>

De esta manera, podemos afirmar que el objetivo del arraigo consiste en privar a una persona de su libertad con el fin de obtener información que pudiera ser utilizada en la etapa de juicio. Podría afirmarse entonces, que la investigación no se lleva a cabo de manera previa a la detención de una persona, sino que las personas son detenidas de manera arbitraria para ser investigadas.<sup>64</sup>

Como se expuso con anterioridad, la autorización que otorga la Constitución a las y los jueces para decretar una medida de arraigo, siempre que exista una petición del Ministerio Público y que se trate de delitos de delincuencia organizada, exige la existencia de una justificación asociada al a) éxito de la investigación; b) la protección de personas o bienes jurídicos; c) cuando existiere el riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia.<sup>65</sup> La imposición de esta medida que restringe, entre otros derechos, la libertad de las personas, por un período de 40 días con la posibilidad de extenderse hasta un máximo de 80.<sup>66</sup>

Como puede observarse, la configuración de la figura del arraigo se encuentra asociada a dos aspectos fundamentales relacionados con el marco de protección de los derechos hu-

<sup>62</sup> Carbonell, Miguel, "Sobre el nuevo artículo 16 constitucional", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 15 y 16. . . , *op. cit.*, p. 142.

<sup>63</sup> Corte IDH. *Caso Fleury y otros Vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236.

<sup>64</sup> Gutiérrez, Juan Carlos. . . , *op. cit.*, p. 87.

<sup>65</sup> *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.

<sup>66</sup> Es importante tener presente que el artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional del año 2008, estableció que: En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días. Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. *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.

manos: a) el impacto de esta figura en los derechos a la libertad e integridad personal, en tanto supone una restricción de tales derechos; y b) las implicaciones que la fórmula "detener para investigar" generan en las reglas del debido proceso legal, en el contexto de un sistema de derecho penal de intervención mínima y de orientación democrática.

- Impacto del arraigo en los derechos a la libertad e integridad personales

La Corte Interamericana ha sostenido que el artículo 7 de la Convención Americana contempla dos regulaciones, una general y otra específica. La primera de ellas, reconoce el amplio alcance de la libertad personal, mientras que la segunda, establece una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado ilegalmente de ella. En este sentido, puede afirmarse que es "la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción."<sup>67</sup>

Precisamente por ello, la Corte IDH ha reconocido que "no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley", sino que es necesario que esa ley cumpla con determinados requisitos de excepcionalidad, para considerar que esa medida no resulta arbitraria.<sup>68</sup>

De igual manera, se ha resaltado que la CADH prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables o carentes de proporcionalidad.<sup>69</sup> Lo anterior en buena medida ha sido reconocido por la Corte IDH, el cual ha constatado a lo largo de su jurisprudencia, que las medidas cautelares que afectan aspectos como la libertad personal deberían revestir un carácter excepcional, ya que las mismas se encuentran también limitadas por el derecho a la presunción de inocencia, y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.<sup>70</sup>

En este sentido, los requisitos de excepcionalidad que autorizarían la restricción de los derechos de las personas han sido establecidos por la Corte Interamericana a través del llamado test o análisis de proporcionalidad. Dicho test requiere que:

<sup>67</sup> Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párrs. 51 y 53.

<sup>68</sup> *Ibid.*, párr. 93.

<sup>69</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, *supra* nota 17, párr. 90; Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 66; Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú...*, *supra* nota 16, párr. 105; y Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 215; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador...*, *supra* nota 16, párr. 57; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 98; y Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 83.

<sup>70</sup> Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile...*, *supra* nota 69, párr. 197.

- La finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención Americana. La Corte Interamericana ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.<sup>71</sup>
- Que las medidas adoptadas sean idóneas para cumplir con el fin perseguido;
- Que las medidas sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto.
- Que se trate de medidas que resulten estrictamente proporcionales, en el sentido de que el sacrificio inherente a la restricción de la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y cumplimiento de la finalidad perseguida.<sup>72</sup>

Antes de analizar si en el marco de la figura de arraigo es posible superar el test de proporcionalidad antes señalado, es preciso recordar que en el año 2005, previo a la constitucionalización del arraigo en México, el Pleno de la Suprema Corte se pronunció en relación con la figura del arraigo y determinó la inconstitucionalidad de la medida a partir de dos consideraciones:

- La amplitud del tiempo en que una persona es sujeta a detención por virtud del arraigo, tomando en consideración los plazos breves establecidos en el sistema ordinario de restricción de la libertad en donde los plazos se cuentan incluso en horas;<sup>73</sup>
- La ausencia de un estándar probatorio adecuado, así como la imposibilidad de ejercer un contradictorio que permita ejercer el derecho a una defensa adecuada.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, supra nota 11, párr. 93, Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, supra nota 17, párr.90; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador...*, supra nota 16, párr. 111.

<sup>72</sup> Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, supra nota 11, párr. 93.

<sup>73</sup> "En toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica". Tesis: P. XXII/2006 (9a.), 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, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Febrero de 2006, p. 1170, Reg. IUS. 176030.

<sup>74</sup> El Pleno de la SCJN sostuvo que: "aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola

- Sistema ordinario de restricción de la libertad

Precisamente en este contexto, en primer término resulta útil recordar aquellos casos propios del denominado "sistema ordinario de la restricción de la libertad" en donde, justo como ha sostenido la SCJN, reconoce aspectos excepcionales y con una temporalidad reducida para restringir la libertad de las personas.

En este sentido, el mismo artículo 16 de la Constitución contempla el día de hoy por una parte este "sistema extraordinario" que incorporó el régimen aplicable a la delincuencia organizada, por otro lado, mantiene la regulación asociada al régimen ordinario antes referido y que autorizaría la privación de la libertad de las personas, bajo supuestos acotados y claramente definidos. Dicho sistema ordinario de restricción de la libertad personal incorpora aspectos tales como:

- **Un principio básico de legalidad** el cual impide que las personas puedan ser molestados en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de la existencia de un mandamiento escrito que funde y motive la causa del procedimiento.<sup>75</sup>

Sin embargo, si bien resulta imprescindible que cualquier restricción de la libertad se sujete plenamente a los requisitos establecidos por la ley, la sola autorización de ésta no resulta suficiente para justificar una detención, sino que es preciso que además tal restricción a la libertad de las personas, cumpla con los criterios de proporcionalidad que se han relatado con antelación.<sup>76</sup> De alguna manera nos encontramos frente a una legalidad convencionalizada o sustancial y no de carácter meramente formal que se sustente sólo en la validez que le da el procedimiento que la da origen de las leyes.

- **Orden de aprehensión.** Una manera en que la Constitución autoriza a restringir la libertad de las personas, se verifica a través del libramiento de una orden de aprehensión, bajo la exigencia de que la misma sea dictada por una autoridad judicial com-

---

la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" En el razonamiento expuesto por la Suprema Corte para llegar a la anterior conclusión, es posible advertir que tal medida es violatoria de derechos ya que: "no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se den los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad". *Ibidem*.

<sup>75</sup> 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, art. 16. 1er. párrafo.

<sup>76</sup> Cfr. *Supra*, nota 69.

petente; previa denuncia o querrela y "respecto a un hecho calificado por la ley como delito y siempre que existan datos que establezcan que se ha cometido ese hecho, y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión".<sup>77</sup>

En relación con esta figura, es importante destacar que a partir de la reforma constitucional del año 2008, se han vertido importantes críticas a partir de lo que se ha considerado una disminución en el estándar exigido para la procedencia de este tipo de medidas.<sup>78</sup> En este sentido, se ha resaltado que la reforma en cuestión resulta "cuestionable y riesgosa" ya que tanto el "Ministerio Público y jueces de control pueden volver tan laxa la exigencia para emitir la orden de aprehensión que faciliten atentados contra la libertad y los derechos humanos, amén de que las expresiones cuerpo del delito y probable responsabilidad tenían un significado semejante al que ahora se utiliza en la reforma constitucional."<sup>79</sup>

Si sumamos la reducción del estándar relacionado con el libramiento de una orden de aprehensión con el carácter no excepcional que aún reviste la prisión preventiva en México,<sup>80</sup> entonces es posible advertir un riesgo de generar un espacio desproporcionado para la restricción excepcional de la libertad que resultaría incompatible con estándares internacionales de protección de los derechos humanos.

En este sentido, se ha sostenido la afirmación relativa a que tendría sentido el rebajar los requisitos para librar una orden de aprehensión cuando un proceso penal se encuentra guiado férreamente por el principio de presunción de inocencia y cuando la existencia de la prisión preventiva es en verdad excepcional", ya que en este caso "la orden de aprehensión librada con requisitos "laxos" no tendría más efecto que presentar a una persona ante un juez, a efecto de informarle de la acusación en su contra y darle una oportunidad completa de defensa ante la autoridad judicial". A nuestro juicio, más allá de que la reforma del año 2008 hubiese rebajado los estándares para el libramiento de una orden de aprehensión, una interpretación compatible con las obligaciones internacionales de México en materia de derechos humanos, requeriría

<sup>77</sup> 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, art. 16o., 3er. y 4to. párrafo.

<sup>78</sup> De acuerdo con Miguel Carbonell, la redacción que ahora requiere que "existan 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" de alguna manera "rebaja los requisitos para librar la orden". Cfr. Carbonell, Miguel, "Sobre el...", *op. cit.*, p. 140.

<sup>79</sup> Valencia Carmona, Salvador, "Constitución y proceso penal", *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, núm. 13..., *op. cit.*, p. 52.

<sup>80</sup> Cfr. Carbonell, Miguel, "Sobre el...", *op. cit.*, p. 141.

que la aplicación de tales medidas se sujetara a las condiciones restrictivas y de excepcionalidad ya relatadas.

Otro aspecto que es preciso tener presente es el que señala la Corte Interamericana, la cual ha reconocido que el artículo 7.4 de la Convención Americana requiere que la autoridad informe a la persona afectada los "motivos y razones" de la detención "cuando ésta se produce", aspecto que constituye un "mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo en que ocurre una privación de la libertad."<sup>81</sup>

En conclusión, resulta fundamental que toda orden de aprehensión cumpla con los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad que justifiquen la medida restrictiva que se autoriza a través de ésta, ya que de lo contrario nos encontraríamos frente a una detención ilegal e incluso arbitraria.<sup>82</sup>

- **Detención preventiva en casos de urgencia y flagrancia.** El multireferido artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce la posibilidad excepcional para detener a una persona:
  - **En casos de flagrancia**, en donde "cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención".<sup>83</sup>
  - **En casos de urgencia**, "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".<sup>84</sup>

<sup>81</sup> De igual manera el tribunal interamericano ha señalado que. "el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención". Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México...*, *supra* nota 12, párr. 105.

<sup>82</sup> Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 152.

<sup>83</sup> *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, art. 16, 5o. párrafo.

<sup>84</sup> *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, art. 16, 6o. párrafo.

En ambos casos, "el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley".<sup>85</sup>

En relación con lo anterior, se ha sostenido que la reforma constitucional, tuvo como uno de sus propósitos el modificar la concepción de la flagrancia, con el objetivo de "reducir los casos de detención sin orden judicial a sólo ciertos supuestos", y con ello evitar el "uso abusivo de la misma".<sup>86</sup>

En este sentido, uno de los objetivos de la reforma se relaciona con hacer frente a una extensión indebida por parte del legislador ordinario que había extendido el concepto de flagrancia a la denominada "cuasi-flagrancia" o "flagrancia equiparada", la cuál se traducía en una ampliación de los supuestos excepcionales de restricción de la libertad, y que abría la puerta para que se practicaran detenciones "cuando habían transcurrido 24 o incluso 48 horas de la comisión del delito".<sup>87</sup>

Ahora bien, justamente por lo anterior es necesario tener presente que el marco de protección de los derechos humanos, como ya se ha señalado, contempla la necesidad de establecer interpretaciones restrictivas en todas aquellas cláusulas que autorizarían una limitación de un derecho. Es importante tener presente que las fórmulas que ahora se analizan, en realidad se basan en autorizaciones excepcionales en las cuales se podría restringir la libertad de una persona sin contar con una autorización judicial.

Precisamente por ello, es fundamental tener en cuenta un aspecto básico que ha tenido en cuenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se relaciona con asegurar que cualquier acto que involucre la detención de una persona debería producirse "siempre que existan indicios racionales" sobre la posible culpabilidad de la persona detenida, aspecto que obligaría a las autoridades "a aportar hecho o informaciones que permitan al órgano jurisdiccional valorar si existen indicios suficientes para acordar la detención".<sup>88</sup>

<sup>85</sup> 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, art. 16, 7o. párrafo.

<sup>86</sup> Quintero, Ma. Eloisa y Martínez Álvarez, Isabel Claudia. "Flagrancia. Confusiones e imprecisiones conceptuales". Disponible en: < [http://www.inacipe.gob.mx/investigacion/INACIPE\\_opina/memorias\\_inacipe/memorias\\_eloisa\\_quintero/Flagrancia.%20Confusiones%20e%20imprecisiones%20conceptuales.php](http://www.inacipe.gob.mx/investigacion/INACIPE_opina/memorias_inacipe/memorias_eloisa_quintero/Flagrancia.%20Confusiones%20e%20imprecisiones%20conceptuales.php)> (10 de julio de 2013).

<sup>87</sup> Cfr. Carbonell, Miguel, Sobre el nuevo artículo 16 constitucional, Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia. Número 15-16 Enero- Diciembre, Año 2010, ISSN 18070-0586, p. 141.

<sup>88</sup> Fox, Campbell y Hartley c. Reino Unido, de 30 de agosto de 1990, Murray c. Reino Unido, de 28 de octubre de 1994 y Elcí c. Turquía, de 13 de noviembre de 2003, citados en Sarmiento, Daniel, *et. al., Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Thompson/Cívitas, 2007, p. 16.

Asimismo, es importante resaltar la importancia de la labor de las y los juzgado-res, para quienes no debería bastar el señalamiento de que existe urgencia o flagrancia en la detención de una persona, sino las razones que demuestran que efectivamente existe tal urgencia así como elementos que demuestren la detención en flagrancia, según sea el caso.

Precisamente por lo anterior, la jurisprudencia interamericana ha reconocido que toda persona que es privada de la libertad sin orden judicial debe ser liberada o puesta a disposición de un juez.<sup>89</sup> En igual forma, se ha sostenido que toda persona que es detenida debe ser sometida sin demora a una revisión judicial, lo cual constituye el elemento idóneo para combatir detenciones arbitrarias e ilegales.<sup>90</sup>

- Incompatibilidad de la figura del arraigo con los parámetros de proporcionalidad que se derivan de un Estado Constitucional de Derecho

Teniendo presente el marco ordinario de restricción de la libertad personal así como los elementos referidos por la Suprema Corte en el año 2005, analizaremos ahora la figura del arraigo, aplicando para ello los elementos del test de proporcionalidad, que revelarán incompatibilidad de dicha medida en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho.

En primer término es posible advertir que la autorización que confiere la Constitución a las y los jueces para dictar una medida de arraigo, se actualiza sólo cuando existe una solicitud por parte del Ministerio Público y se relaciona con un delito asociado a la delincuencia organizada.

En cuanto a este primer aspecto, es importante resaltar que en términos del marco internacional de protección de los derechos humanos resulta desproporcionado el basar la restricción a la libertad de una persona sólo en función de un delito, por grave que sea el mismo.

<sup>89</sup> Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú...*, supra nota 69, párr. 95; Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala...*, supra nota 20, párr. 73; Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 129; Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 84; Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala...*, supra nota 20, párr. 140; Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 108. La propia Corte Interamericana utiliza como fundamento de este análisis criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: TEDH. *Caso de Kurt vs Turquía*. (App. No. 24276/94). Sentencia del 25 de mayo de 1998; TEDH. *Caso de Aksoy v. Turquía*. (App. No. 21987/93). 18 de diciembre de 1996.

<sup>90</sup> Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú...*, supra nota 69, párr. 95; Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala...*, supra nota 20, párr. 73; Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina...*, supra nota 89, párr. 129; Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras...*, supra nota 89, párr. 84; Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala...*, supra nota 20, párr. 140; Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 135.

La Corte Interamericana ha referido en el caso relacionado con la prisión preventiva que "las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente" toda vez, que dicha medida es de tipo "cautelar y no punitiva".<sup>91</sup>

Si consideramos que la figura del arraigo ha sido identificada como una medida de tipo cautelar asociada con la libertad de las personas y si advertimos lo expuesto por la Corte Interamericana en relación con la figura de la prisión preventiva, que también constituye un medida cautelar de carácter excepcional, y con mayores controles que el propio arraigo, resulta entonces "insuficiente que la orden de arraigo se fundamente exclusivamente en el tipo de delito cometido (grave o delincuencia organizada), toda vez que en todo caso, resultaría preciso expresar una motivación ceñida al caso concreto", la cual desde luego debería entonces atender a la posible participación de la persona a la que se pretende dictar una medida restrictiva de la libertad, en la comisión de un ilícito.<sup>92</sup>

En virtud de lo anterior, la fórmula utilizada por la Constitución para introducir el arraigo, ya plantea desde su configuración inicial una asociación con un tipo particular de delitos (los asociados con la delincuencia organizada), y por ello, una primer sospecha de compatibilidad con la normativa internacional al establecer un vínculo, para la aplicación de esta figura, con las características de una persona (en función de los elementos del derecho penal de autor analizados previamente), y no basar tal restricción en una justificación asociada estrictamente a los límites necesarios basados en un análisis o test de proporcionalidad.

Ahora bien, la Constitución establece que además de la solicitud formulada por el agente del Ministerio Público y de la relación de tal solicitud con delitos de delincuencia organizada, que dicha solicitud se funde en una justificación vinculada con: a) el éxito de la investigación; b) la protección de personas o bienes jurídicos o; c) cuando existiere el riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia.

Al respecto, es necesario recordar que el análisis de proporcionalidad que autorizaría de manera excepcional la restricción de derechos humanos exige como uno de sus fundamentos que la misma se base en un fin legítimo. De esta manera es importante señalar que no basta con el hecho de que la Constitución incorpore una finalidad determinada para restringir un

<sup>91</sup> Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. . . , *supra* nota 69, párr. 69; Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. . . *supra* nota 16, párr. 106; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. . . , *supra* nota 16, párr. 75; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. . . , *supra* nota 69, párr. 180.

<sup>92</sup> Silva García, Fernando. . . , *op. cit.*, p. 226.

derecho, sino que tal finalidad debería ser acorde con el marco de protección de los derechos humanos.

Si revisamos la jurisprudencia interamericana, es posible advertir que la Corte Interamericana "ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia".<sup>93</sup>

A este respecto, y de acuerdo con el propio tribunal interamericano, "para que se cumplan con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia".<sup>94</sup>

Debemos recordar que la propia Corte Interamericana nos ha referido de manera muy clara que "el Estado no debe detener para investigar" y que "por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio", que precisamente, la privación de la libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena", sino sólo en un fin legítimo.<sup>95</sup>

Así, la justificación que establece la Constitución y que se encuentra asociada con el dictado de una medida cautelar "cuando existiere el riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia" podría enmarcarse dentro de una de las finalidades legítimas reconocidas por la Convención para restringir la libertad personal. Sin embargo, las otras dos finalidades referidas por el artículo 16, a saber, el éxito de la investigación o la protección de personas o bienes jurídicos, no parecerían encuadrarse en esta misma circunstancia.

Cuando la Constitución reconoce que una de las finalidades para dictar una medida de arraigo lo es asegurar el éxito de la investigación (que es distinto a evitar que una persona impida el desarrollo de la misma), en realidad pareciera que de facto existiría un reconocimiento a la utilización del arraigo, a partir de la rudimentaria y antidemocrática figura de "detener para

<sup>93</sup> Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, supra nota 11, párr. 91; Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, supra nota 17, párr. 90; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador...*, supra nota 16, párr. 111.

<sup>94</sup> Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, supra nota 17, párr. 90.

<sup>95</sup> Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, supra nota 11, párr. 103.

investigar", aspecto que no podría encuadrarse en una finalidad legítima en términos convencionales; y finalmente, y en cuanto a la justificación asociada con la protección de personas o incluso, bienes jurídicos, tal finalidad parecería enmarcarse en una serie de obligaciones del Estado, o en una finalidad preventivo general o preventivo especial, que ni siquiera guarda relación con el delito o la pena, más que en una finalidad que razonablemente pudiera estar relacionada con la restricción de la libertad de las personas.

Ahora bien, teniendo presente lo anterior, cuando analizamos tanto la necesidad y proporcionalidad de la medida, nos encontramos ante problemas todavía más evidentes. Podríamos decir que la medida de arraigo podría ser idónea para alcanzar la finalidad perseguida, en tanto es posible que la misma permita alcanzar los objetivos para las que se han planteado, sin embargo, el costo que plantea en términos del sacrificio a los derechos que supone en relación con la relevancia de los objetivos que pretende alcanzar parece innecesario e incluso, sumamente desproporcionado.

Así las cosas, uno de los aspectos fundamentales que hay que tener presentes para evaluar la necesidad de la medida de arraigo en el marco de una sociedad democrática, justamente se asocia con si la misma es absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y si no existe una medida menos gravosa respecto a la afectación a la libertad e integridad personales entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto.<sup>96</sup>

Al respecto, sería importante evaluar si la detención de una persona por 40 días, con la opción de extenderse hasta alcanzar los 80 días, constituye una medida estrictamente necesaria para alcanzar los fines que persigue el Estado, es decir, en este caso, el cumplimiento de su obligación de garantizar la seguridad ciudadana.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> Corte IDH. *Caso Chaparero Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 93.

<sup>97</sup> Este concepto refiere particularmente un tipo de seguridad propio de los regímenes democráticos en oposición a la comprensión de la seguridad desde la óptica de los Estados autoritarios. De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el propósito de su Informe sobre Seguridad Ciudadana se relaciona con: "la interpretación de las obligaciones negativas y positivas de los Estados miembros con respecto a los derechos humanos vinculados con la seguridad ciudadana de todas las personas bajo su jurisdicción, atendiendo particularmente los derechos de las víctimas de delitos, frente al Estado y a las acciones violentas de los actores estatales y no estatales (organizados y no organizados), e incluyendo el análisis de programas de prevención, así como las medidas de disuasión y represión legítimas bajo la competencia de las instituciones públicas" y reconoce que: "en el ámbito de la seguridad ciudadana se encuentran aquellos derechos de los que son titulares todos los miembros de una sociedad, de forma tal que puedan desenvolver su vida cotidiana con el menor nivel posible de amenazas a su integridad personal, sus derechos cívicos y el goce de sus bienes, a la vez que los problemas de seguridad ciudadana, se refieren a la generalización de una situación en la cual el Estado no cumple, total o parcialmente, con su función de brindar protección ante el crimen y la violencia social, lo que significa una grave interrupción de la relación básica entre gobernantes y gobernados. CIDH. *Informe sobre Seguridad Ciudadana*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 57, 31 diciembre 2009, Marco Conceptual, párr. 20, p. 7.

Si recordamos el criterio expuesto por la Suprema Corte, cuando en el año 2005 determinó la inconstitucionalidad del arraigo, uno de los argumentos expuestos por el máximo tribunal de este país se relaciona con una referencia asociada con la amplitud de tiempo que permitiría la legislación de arraigo vigente entonces en Chihuahua, tomando en consideración los plazos breves establecidos en el sistema ordinario de restricción de la libertad en donde los plazos se cuentan incluso en horas.<sup>98</sup>

Así las cosas, pensar en medidas que tuviesen una igual o mayor idoneidad para asegurar el cumplimiento de la finalidad del Estado para cumplir adecuadamente con su obligación relativa al marco de seguridad ciudadana, de alguna manera, también se inscribe con una perspectiva o visión sobre el papel del derecho penal en una democracia.

Mientras que una perspectiva de análisis vinculada con el paradigma democrático de la seguridad ciudadana, basado en el respeto a los derechos humanos y al establecimiento de un derecho penal de orientación democrática, adoptaría medidas estructurales encaminadas a la prevención y control de la violencia y el delito como parte del ejercicio de una gobernabilidad democrática;<sup>99</sup> o bien a la adopción de políticas públicas que involucren la participación ciudadana a nivel local o comunitario,<sup>100</sup> un sistema de corte autoritario observaría la restricción de los derechos como la única alternativa posible. En este sentido, desde una perspectiva democrática, no es sencillo entender cómo la restricción de los derechos puede ser visibilizada como la única alternativa posible desde la perspectiva de necesidad de la medida.

Ahora bien, es preciso complementar a lo anterior que la restricción a la libertad de una persona por períodos que alcanzan los 40 u 80 días, difícilmente pueden ser justificados a partir de un análisis estricto de proporcionalidad.

Si tomamos como ejemplos asociados con la temporalidad de las medidas restrictivas de la libertad los casos del combate al terrorismo o la delincuencia organizada en algunos países europeos, podríamos dar cuenta de diversos aspectos que, desde una óptica de derechos, comprometerían a la legislación mexicana. No debe dejarse de lado el hecho de que no obstante que los tiempos de detención son más reducidos y los rigores asociados al control

<sup>98</sup> "En toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica". Tesis: P. XXII/2006 (9a.). ..., *supra* nota 73.

<sup>99</sup> Cfr. CIDH. *Informe sobre Seguridad Ciudadana...*, *supra* nota 97, párr. 207, p. 96.

<sup>100</sup> Cfr. *Ibidem.*, p. 96.

judicial de la detención en países como Inglaterra, España o Francia son más amplios que los reconocidos en la Constitución, los mismos han sido cuestionados por organizaciones de protección de los derechos humanos.<sup>101</sup>

Por ejemplo, si analizamos el caso de la legislación de España (artículos 509 y 520 del Código de procedimientos penales), podemos observar cómo una legislación restrictiva en esta materia, si bien por una parte autorizaría a un juez la posibilidad de una detención o prisión incluso con incomunicación, la misma "sólo se practica por el tiempo estrictamente necesario para adoptar medidas urgentes con miras a evitar que la persona huya de la justicia, lesione los derechos de la víctima, oculte, altere o destruya pruebas, o cometa nuevos delitos". En estos casos, la legislación española autoriza como máximo que la detención se mantenga por un máximo de 5 días (en custodia policial), o bien que por orden judicial en los casos de terrorismo y delincuencia organizada pueda ampliarse a otros 5 días más, y sólo en casos de terrorismo, se autorizaría una extensión de 3 días adicionales (un total de 13 días), así como la práctica de un examen médico.<sup>102</sup>

Por otro lado, "la Ley de Terrorismo del Reino Unido, enmendada e 2006, permite por ejemplo un máximo de 28 días de detención" sujeta a diferentes controles. Por ejemplo, se plantea que la policía puede detener a una personas hasta por 48 horas, con una "revisión de custodia cada 12 horas por parte de un oficial superior quien debe reunirse con el detenido y preparar un informe escrito sobre las razones para la detención", y señalándose que después de 48 horas, "cualquier solicitud de custodia continuada requiere de la autorización de un juez de un Tribunal Superior".<sup>103</sup> Sin embargo, es importante resaltar que de acuerdo con el Gobierno de Reino Unido, entre los años 2006 y junio de 2009 sólo se aplicaron detenciones de más de 14 días en 3 casos.<sup>104</sup>

Por otra parte, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado por ejemplo, en relación con una norma establecida en el artículo 28 de la Constitución de 1886 que otorgaba poderes amplios al Poder Ejecutivo para retener hasta por 10 días a aquellas personas contra quienes hubiera indicios que atentaban contra la paz pública, equiparándola inclusive con procedimientos del tipo "lettres de cachet" que autorizaban al monarca francés a detener por tiempo indeterminado a cualquier súbdito.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> UNDOC. *Compendio de casos relativos a la lucha contra el terrorismo*, ONU, Viena, 2010, p. 96.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> Cfr. Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia No. C-024/94*, Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero, Sentencia de 27 de enero de mil novecientos noventa y cuatro. Aprobado por Acta No. 5 de la Sala Plena, p. 22.

En el caso colombiano, se ha reconocido a la figura de la detención preventiva como un instrumento que "permite aprehender por un tiempo máximo estrictamente determinado [36 horas] a un ciudadano para verificar ciertos hechos"; y se ha sostenido que el mismo "existe en la mayoría de las constituciones democráticas de postguerra puesto que se considera como un instrumento necesario para que las autoridades policiales cumplan con su papel pre-cautelivo y su deber constitucional de mantener el orden público".<sup>106</sup>

Dicho tribunal constitucional ha reconocido que dicha medida debe ser necesaria, lo que significa que "debe operar en situaciones de apremio en las cuales no pueda exigirse la orden judicial, porque si la autoridad policial tuviera que esperar a ella para actuar, ya probablemente la orden resultaría ineficaz" y que se estaría frente "a una detención arbitraria si no se dan estas situaciones de urgencia o de evidente peligro, y las autoridades policiales deciden detener preventivamente".<sup>107</sup>

Ahora bien, es necesario tener presente que a partir de la Sentencia del Caso Brogan contra el Reino Unido se ha planteado, en términos de carácter teórico, una disputa en donde se plantea que aquellas leyes que prevén períodos de detención policial de 6, 13 o 28 días, violan o no de manera automática las normas internacionales de derechos humanos.<sup>108</sup>

Como se puede observar, diversas experiencias legislativas relacionadas con las denominadas detenciones preventivas, que en algunos casos son equiparadas (Colombia) a los casos de detención policial en casos de urgencia y flagrancia, o bien, a los sistemas excepcionales aplicados a la delincuencia organizada o al terrorismo, han sido evaluados por los tribunales tanto nacionales como internacionales en función de la proporcionalidad de los plazos así como de los mecanismos de control y supervisión judicial con los que cuentan. En tales experiencias, tenemos que, incluso con estándares más elevados de control y menor duración en tiempo, tales mecanismos plantean un severo conflicto que cuestiona la proporcionalidad de tales medidas.

En este sentido, a juicio de la Corte Interamericana "se infringe la Convención cuando se priva de libertad [a las personas], durante un período excesivamente prolongado y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena.

<sup>106</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 23.

<sup>107</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>108</sup> UNDOC. *Compendio...*, *op. cit.*, p. 97.

Si tomamos como base todo lo anterior, y en término de los estándares de razonabilidad exigidos por la normativa internacional de los derechos humanos, el caso mexicano parece mucho más desproporcionado que los demás ejemplos planteados. En este sentido, la aplicación del régimen excepcional en materia de arraigo, parece reconocer la aplicación restrictiva de la libertad personal, más como regla que como excepción.<sup>109</sup>

Finalmente, es importante no perder de vista, a partir de lo anterior, que la arbitrariedad que comporta la afectación de la libertad personal, afecta de manera directa también el ejercicio del derecho a la integridad personal. Así las cosas, la Corte Interamericana ha reconocido que una persona "ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad".<sup>110</sup>

En otra ocasión, la Corte IDH sostuvo que frente al caso de una detención, bastaría que la misma se reconociera como ilegal, para que la misma aunque se haya dado por un breve tiempo para que se actualice una conculcación a "la integridad psíquica y moral".<sup>111</sup> Esto da cuenta de la particular relación que existe entre la afectación de los derechos a la libertad e integridad personal.

Por ello, la jurisprudencia interamericana ha resaltado que cuando se afecta el derecho a la libertad personal, en realidad se genera un riesgo de que se produzcan afectaciones a otros derechos que incluyen aquellas asociadas a la integridad personal.<sup>112</sup>

- Impacto del arraigo en la presunción de inocencia y las reglas del debido proceso legal

La aplicación de la figura del arraigo tiene a su vez afectaciones fundamentales a las reglas del debido proceso legal, y particularmente en lo relacionado con la presunción de inocencia.

<sup>109</sup> En un sentido similar se pronunció la Corte Interamericana en relación con la legislación chilena asociada a la prisión preventiva. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile...*, *supra* nota 69, párr. 212.

<sup>110</sup> Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras...*, *supra* nota 69, párr. 104; Corte IDH. *Caso Tíbi Vs. Ecuador...*, *supra* nota 69, párr. 147; Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú...*, *supra* nota 69, párr. 108, y Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala...*, *supra* nota 20, párr. 87.

<sup>111</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras...*, *supra* nota 100, párr. 98; Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala...*, *supra* nota 20, párr. 128; Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú...*, *supra* nota 20, párrs. 82-83; y Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala...*, *supra* nota 90, párrs. 162-163.

<sup>112</sup> Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, *supra* nota 17, párr. 87, Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras...*, *supra* nota 69, párr. 104.

Es necesario tener en cuenta que la detención de una persona se ajustará al marco normativo internacional en la medida que cumpla con las exigencia de excepcionalidad que hemos relatado, a partir de la aplicación del análisis o test de proporcionalidad y respete el principio de presunción de inocencia.<sup>113</sup>

En otras palabras, es posible afirmar que la aplicación de la fórmula "detener para investigar" en realidad descansa sobre un criterio que necesariamente presumiría la culpabilidad de una persona a la que es necesario investigar, y no a la existencia de elementos objetivos de convicción que permitan suponer razonablemente la probable responsabilidad de ésta.

En realidad, la aplicación de medidas de carácter restrictivo que afecten aspectos tan relevantes como la libertad de las personas para ser compatibles con la presunción de inocencia, requerirían fundamentar y acreditar la existencia en el caso concreto, razones que justifiquen la necesidad de tales medidas.<sup>114</sup>

Precisamente por ello, privar a la personas de la libertad por un plazo desproporcionado a aquellos cuya "responsabilidad criminal no ha sido establecida, comprometería gravemente los derechos de las personas, ya que lo anterior equivaldría a una anticipación de la pena.<sup>115</sup>

En este sentido, la SCJN ha establecido en alguna ocasión que la "presunción de inocencia impone una carga de la prueba a quien acusa" por lo que sólo "las pruebas de cargo pueden desvirtuarla" y esto únicamente podrá darse "cuando se dicta una sentencia que tenga ese carácter".<sup>116</sup>

Por otra parte, se ha planteado que en la aplicación del arraigo "los agentes del ministerio público, en vez de pedir que las personas sean perseguidas por el delito en flagrancia, prefieren pedir que éstas sean arraigadas" con la finalidad de que las mismas queden a su disposición para luego interrogarlas sin que las mismas sean puestas a disposición de un juez.<sup>117</sup>

Además de la presunción de inocencia, y como ya se apuntó anteriormente, existen otros elementos asociados al estándar de prueba que exige la aplicación de esta medida así como

<sup>113</sup> Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, supra nota 17, párr. 88, Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras...*, supra nota 69, párr. 67; Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú...* supra nota 16, párr. 106; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile...*, supra nota 69, párr. 197.

<sup>114</sup> Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile...*, supra nota 69, párr. 198.

<sup>115</sup> Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, supra nota 11, párr. 145.

<sup>116</sup> Amparo en Revisión 89/2007. Sentencia definitiva de 21 de marzo de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=89024>> (10 de julio de 2013).

<sup>117</sup> *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Gabriela Knaul, 24 de mayo de 2013, A/HRC/23/43/Add.1, p. 62.

la afectación al principio del contradictorio que también se traducen en importantes afectaciones al debido proceso legal.

Por todo ello, algunos actores internacionales incluso han considerado que la figura del arraigo "es intrínsecamente contraria al modelo oral acusatorio" que al principio de este estudio se reveló como la dimensión de orientación democrática de la reforma del año 2008.<sup>118</sup>

### III. A manera de conclusión

El establecimiento de figuras como la delincuencia organizada y el arraigo tornan evidente los límites que se imponen a los derechos de las personas. En este sentido, permiten observar distintos elementos que deben ser considerados cuando se trazan dichas limitantes.

A lo largo de estas páginas, y a partir del estudio de dos figuras que se ubican como el corazón del régimen excepcional de persecución a la criminalidad organizada instituido por la reforma constitucional del año 2008, es posible comprender las razones democráticas que impedirían aceptar la compatibilidad de las mismas con un régimen constitucional y democrático.

Las reglas aplicables al denominado "sistema ordinario de restricción de la libertad personal" son, desde una óptica de derechos la única alternativa viable por la configuración de un derecho penal de orientación democrática, por lo que la introducción de un régimen agravado de restricciones a los derechos, debería contar con un importante sustento racional que fuese capaz de justificar la pertinencia de tales acciones y la imposibilidad de llevar a cabo acciones menos invasoras a los derechos de las personas.

De esta manera, la incorporación de un sistema excepcional de restricciones a distintos derechos, y con especial énfasis a la libertad de las personas, se instala como parte de los legados de un sistema de corte autoritario que no parece, al menos en las condiciones en las que hoy se encuentra, poder compatibilizarse con el amplio espectro de normas nacionales e internacionales en materia de derechos humanos

---

<sup>118</sup> *Ibid.*, párr. 63.

Desde luego, el presente análisis no es todo lo exhaustivo que debería ser, sin embargo, la decisión de concentrarse en aquellos aspectos en donde tales conceptos plantean un contraste con el enfoque de derechos humanos, parece capaz de advertir aquellos criterios que deben ser tomados en cuenta por la judicatura para establecer parámetros racionales cuando se decidan a limitar algún derecho.

## Criterios jurisprudenciales

### 1. Nacionales

- Amparo en Revisión 89/2007. Sentencia definitiva de 21 de marzo de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=89024>> (10 de julio de 2013).
- Tesis: P. XXII/2006 (9a.), 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, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Febrero de 2006, p. 1170, Reg. IUS. 176030.
- Tesis: 1a. CCXXXVII/2011 (9a.), DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 198. Reg. IUS. 160693.
- Tesis: 1a. CCXXIV/2011 (9a.), DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 10., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 197.

### 2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.
- Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

- Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.
- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.
- Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.
- Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
- Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.
- Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.
- Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.
- Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, 150.
- Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
- Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
- Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.
- Corte IDH. *Caso Fleury y otros Vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.
- Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

- Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- CIDH. *Informe sobre Seguridad Ciudadana*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 57, 31 diciembre 2009, Marco Conceptual.
- *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Gabriela Knaul, 24 de mayo de 2013, A/HRC/23/43/Add.1.
- Comité CCPR. *Observación general N° 32, (Artículo 14). El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*. CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.
- TEDH. *Caso de Engel y otros v. Holanda*. (App. No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72). 8 de junio de 1976.
- TEDH. *Caso def Willis v. Reino Unido de la Gran Bretaña*. (App. No. 36042/97). 11 de junio de 2002.
- TEDH. *Caso de Wessels- Bergervoet v. Holanda*. (App. No. 34462/97). 4 de junio de 2002.
- TEDH. *Caso de Petrovic v. Austria*. (App. No. 20458/92). 27 de marzo de 1998.
- TEDH. *Caso sobre ciertos aspectos de las leyes de idiomas en la educación en Bélgica v, Bélgica*. (Application No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64). 23 de julio de 1968.
- TEDH. *Caso de Kurt vs Turquía*. (App. No. 24276/94). Sentencia del 25 de mayo de 1998.
- TEDH. *Caso de Aksoy v. Turquía*. (App. No. 21987/93). 18 de diciembre de 1996.