



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA

Título

**“ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA FIGURA DEL ARRAIGO
EN MEXICO Y SU INCONVENCIONALIDAD A LA LUZ DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN EL PROCEDIMIENTO
PENAL ACUSATORIO”**

PROGRAMA EDUCATIVO

MAESTRIA INTERINSTITUCIONAL EN DERECHOS HUMANOS

PRESENTA:

Lic. Jesús Abimael Herrera Hernández

ASESOR

Dr. Omar Vázquez Sánchez

TLAXCALA, TLAXCALA, MÉXICO

FECHA SEPTIEMBRE 2020

Contenido

Contenido.....	ii
Índice de tablas.....	iv
Introducción	i
Capítulo I El arraigo Judicial en México.	1
1.1 Antecedentes históricos del arraigo en México	1
1.2 Concepto de arraigo	6
1.3 Restricciones ilegítimas y legítimas a la libertad personal	8
1.4 Cifras estadísticas de efectividad del arraigo en México	14
1.5 Recomendaciones hechas al Estado Mexicano en el tema del arraigo.....	18
1.6 Idoneidad y efectividad de los recursos internos para proteger a los justiciables contra la figura del arraigo.....	21
1.7 Análisis del amparo indirecto frente a la figura del arraigo.....	24
1.8 La implementación de la figura del arraigo en Latinoamérica	24
Capítulo II El Arraigo Judicial en el sistema Interamericano de derechos humanos	28
2.1 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	28
2.2 México en el Sistema Interamericano de derechos humanos.....	34
2.3 El Control de la Constitucionalidad y Convencionalidad de los Derechos Humanos en México	36
2.4 El Derecho a la Libertad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	49
2.4.1 Parámetros de la Detención para la convención Americana de Derechos Humanos ...	53
2.4.2 Tratos crueles e inhumanos y la Tortura para la Convención Americana de Derechos Humanos.	65
2.5 El arraigo a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por México	69
2.5.1 El arraigo Judicial en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	74
Capítulo 3 La Investigación Penal en México dentro del parámetro del respecto a los Derechos Humanos	77

3.1 El nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio en México	77
3.1.1. Las Partes en el Proceso Penal.....	80
3.2 La Investigación Penal en México	83
3.3 Las Técnicas de Investigación establecidos en la Constitución Mexicana y el Código Nacional de Procedimientos Penales	87
3.3.1 El arraigo como acto de investigación penal.....	90
3.4 Los derechos humanos en los actos de investigación de delitos	91
3.5 Propuesta de actos de investigación en respeto a los Derechos Humanos en México	93
Conclusiones	95
Referencias bibliográficas	97

Índice de tablas

Tabla 1. 1 Órdenes de arraigo que se le han llevado a cabo (solicitudes autorizadas). 16

Introducción

El Sistema Jurídico Mexicano en los últimos años ha realizado múltiples modificaciones y reformas en sus pilares, esencialmente, en la implementación de un nuevo sistema de justicia penal (acusatorio), reforma de derechos humanos y la reforma en la figura del Juicio de Amparo, por ende, existe un punto antes y después para la protección de los derechos de las personas en México.

La libertad es sin duda, un derecho humano protegido en nuestro país México, así como en diversas Convenciones internaciones de las cuales el Estado Mexicano se encuentra adherido y por ende forma parte del sistema jurídico con todas las consecuencias pertinentes, en virtud de esto, es que se realiza el presente trabajo de investigación, con el objetivo de analizar una figura Constitucional como lo es el “Arraigo” judicial, el cual se encuentra previsto en el artículo 16 párrafo octavo de la Carta Maga, el cual desde su implementación ha causado diversas opiniones tanto en el plano doctrinal y académico, hasta el ámbito legal y jurisprudencial en la práctica profesional por parte de los operadores jurídicos, existiendo puntos a favor y otros en contra de la continuación de esta figura tan cuestionable.

Es por lo cual, este trabajo de investigación derivado de haber cursado el programa académico en nivel de Posgrado en Derechos Humanos, pretende realizar un análisis descriptivo, de tres puntos especialmente, el primero de ellos, lo será, la naturaleza jurídica y fáctica del Arraigo judicial, en donde precisamente se detallara el origen, la ontología, la legalidad respecto a esta figura que se encuentra constitucionalizada en nuestro país; en segundo término se analizara de manera detallada la participación de México en el denominado “Sistema Interamericano de derechos humanos”, al igual que la composición de esté, las autoridades que lo conforman, así como los medios de protección de los derechos humanos en dicho Sistema Internacional, como lo es de manera elemental los controles de constitucionalidad y convencionalidad, pero también se analizara el arraigo visto desde este sistema regional de protección a los derechos fundamentales. Finalmente en el capítulo tercero, se realizara un análisis respecto al nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio el cual fue adherido a la Constitución Federal desde el año 2008 pero finalmente en el año 2016 resulta de obligatoriedad a partir del 2016 en todo el territorio nacional y es precisamente en el cual el arraigo judicial tendrá aplicación y deber estar en armonio con las

reglas de actuación, así como también se detallara los actos de investigación que la ley procesal en la materia prevé como aquellos autorizados por la legislación nacional al igual que las propuestas que se establecen para que los agentes estatales puedan efectuar con existo sus obligaciones previamente encomendadas desde la Constitución sin la necesidad de realizar violaciones a derechos humanos de los sujetos intervinientes en el proceso penal.

Capítulo I

El arraigo Judicial en México.

1.1 Antecedentes históricos del arraigo en México

Las limitaciones impuestas por el Estado a la libertad personal son medidas necesarias que se han adoptado por el poder público en beneficio de la colectividad, es decir, el sacrificio de unos cuantos, por el beneficio de la mayoría, con el fin de asegurar la marcha normal del procedimiento. Sin embargo, esta limitación excusada en el beneficio de la mayoría, ha ocasionado grandes laceraciones a la dignidad humana de las personas sometidas a la figura del arraigo, atropellando sin titubeos a sus Derechos Humanos.

Hablar del arraigo penal obliga a no pasar inadvertida una reflexión en torno a que, en la sociedad mexicana, “el crimen organizado ha alcanzado tasas cada vez más altas y formas insospechadas al rebasar las medidas políticas tendientes a buscar frenarlo, siendo el tema de seguridad pública, uno de los más preocupantes en la actualidad” (Embris Vasquez, 2016, pág. 8).

Ante singular realidad, el Estado en el afán de encontrar mecanismos para dar solución a la problemática derivada de conductas delictivas, tiene como principal herramienta la justicia penal, que evidentemente debe asumir un protagonismo de tal manera que combata exitosamente el también papel central de la delincuencia.

Dentro de las medidas que ha adoptado el Estado de Mexicano para hacer frente a la complicada situación de inseguridad que aqueja a la sociedad, se encuentra precisamente la implementación del arraigo, que es nada más y nada menos que una copia mal hecha del arraigo en España, donde se introdujo desde 1931, pero a nivel procesal y no de investigación. En esta misma línea, la figura del arraigo ha resultado sumamente polémica desde su inclusión en el procedimiento penal, por ser precisamente una medida cautelar que, si bien

trata de asegurar el éxito de la actividad indagadora relacionada con un delito, afecta directamente el derecho a la libertad de la persona.

La figura del arraigo se introdujo por primera vez en nuestro país en 1984 dentro de nuestra legislación penal como “medida precautoria para asegurar la disponibilidad del inculpaado en la investigación previa o durante el proceso penal” (CMDPDH, 2017); se configuraría a petición del Ministerio Público y no podía exceder a los 60 días.

Durante esa época, la reforma del Código Procesal Penal del Distrito Federal el 4 de enero de 1984, el artículo 270 bis establecía textualmente que:

Cuando con motivo de una averiguación previa, el Fiscal estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirán al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia a la autoridad, que ejercerán el Fiscal y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Fiscal (CPPDF, 1984).

Posteriormente y durante el sexenio de Ernesto Zedillo bajo el contexto de casos de corrupción, lavado de dinero y de infiltración del narcotráfico, el gobierno mexicano publicó la Ley Contra la Delincuencia Organizada, que incluía la utilización de arraigo para perseguir a las personas que estuvieran involucradas con estos grupos delictivos. En esta ley, se proponía que, a los casos de delincuencia organizada, la persona pudiera estar bajo arraigo por un periodo de 90 días y se establecían mayores facultades al Ministerio Público para determinar el lugar, forma y medios de realización de dicha medida sin la intervención de un juez, sin embargo, después de una serie de oposiciones y modificaciones, el arraigo domiciliario tuvo una duración de 30 días naturales y la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Paralelamente, se propuso reformar el artículo 178 del Código Penal del Distrito Federal para establecer como un nuevo tipo penal del desacato del arraigo, al que se le considera como delito grave y que sería castigado con una pena de seis meses a dos años de prisión y de 10 a 200 días de multa. Durante el debate legislativo, por primera vez los legisladores se refirieron al arraigo como “una violación tanto al derecho a la libertad como al de presunción de inocencia para en su lugar, dar carta abierta a las autoridades de detener para investigar” (Toledo Escobar, 2014., pág. 7).

Sin embargo, pese los pronunciamientos, las reformas se aprobaron en el Pleno, esto montó las bases para hacer operativo el régimen de excepción a los sospechosos de estar vinculados con la delincuencia organizada.

Por lo cual pese a los pronunciamientos sobre la vulneración de los Derechos a los que conllevan su aplicación, las reformas continuaron su marcha y fueron aprobados. Cabe destacar que, durante el mandato de Zedillo, aún teníamos vigente el sistema penal inquisitivo, es decir, un sistema en el que la facultad de acusar y juzgar estaban en una misma persona, es decir, que se contaba con menos protección procesal hacia las personas, a comparación con la que se cuenta hoy en día.

Con la reforma de justicia penal del 18 de junio de 2008 consistente de dos partes incompatibles entre sí: la primera implica un avance innegable en materia de reconocimiento de derechos de los sujetos procesales y un funcionamiento más efectivo del sistema de justicia penal, lo cual se condensa en la constitucionalización de los principios del sistema acusatorio, el fortalecimiento del debido proceso legal y la presunción de inocencia, entre otras medidas inscritas en el ámbito de todo Estado democrático de derecho; la segunda ha establecido un sistema de excepción que flexibiliza los derechos del acusado, privilegia los esquemas pre-condenatorios o cautelares del proceso penal, incluyendo formas de privación de la libertad que implican la imposición de penas sin condena, “facultando al Estado a ampliar su poder de castigar a discreción, lo cual se identifica con la incorporación a la Constitución de figuras como el arraigo o la prisión preventiva automática” (Cantu Martinez, 2016, pág. 11).

Ahora bien, cabe destacar que la última reforma referente a esa figura se realizó durante el mandato de Felipe Calderón pues este, estableció como una de las primeras funciones la adopción de la Estrategia Integral de Prevención del Delito y Combate a la Delincuencia, a fin de modernizar las leyes e instituciones a materia de seguridad, procuración y administración de justicia y de combatir frontalmente las amenazas de la delincuencia organizada penal que presentó Calderón planteaba modificaciones a diversos artículos de la Constitución para “establecer reglas específicas para el proceso penal en los casos de crimen organizado y reglas para el dictado de órdenes de arraigo en los casos de delitos graves y delincuencia organizada” (Toledo Escobar, 2014., pág. 8). El texto justificaba la incorporación del arraigo en el párrafo octavo del artículo 16 constitucional al tratarse de una excepción cuya aplicación requería de reglas específicas sobre los casos de procedencia, las autoridades, la temporalidad, el lugar y demás condiciones de ejecución.

El uso del arraigo se consolidó como una medida de excepción para perseguir y combatir la delincuencia organizada y los delitos graves por lo menos hasta el 2016. Precisamente, el ejercicio de reconstrucción legislativa permitió identificar la tendencia autoridad del Estado mexicano para garantizar la seguridad, manifestada por el endurecimiento de las leyes penales que fortalecen el poder punitivo del Estado frente a los derechos y garantías de las personas. En esta discusión, el Congreso no actuó necesariamente como un contrapeso del Poder Ejecutivo ni como garantía de los intereses de la sociedad a la que representa. Las iniciativas presentadas por Zedillo se aprobaron en un contexto favorable, de mayoría absoluta del Partido Revolucionario Constitucional (PRI) que ocupaba 300 diputaciones y 95 senadurías, por lo que, a pesar de las discusiones de la oposición, la aprobación de dichas iniciativas a la legislación secundaria fue eminente. En el caso de Felipe Calderón, el PAN tenía mayoría partidista en ambas Cámaras, esto es 206 y 52 respectivamente. No obstante, no contaba con los votos necesarios para aprobar la reforma constitucional de seguridad y justicia penal que contemplaba el arraigo. En ese sentido, fueron los votos del PRI los que coadyuvaron con la aprobación de esta reforma al atender una lógica partidista.

Con base a lo anterior, fue en 2008 con la reforma en materia penal que la figura del arraigo empezó a cobrar más importancia y controversia, pues para poder aplicarla conforme a “derecho” esta figura fue elevada finalmente a rango constitucional, inicialmente para aplicarse en delitos de delincuencia organizada y delitos graves, de acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece que;

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

De lo anterior puede deducirse que aun cuando en 1984, ni siquiera se tenía un distante acercamiento con el concepto de los derechos humanos, el primer concepto de arraigo es más benevolente que el que se ha incluido en nuestra carta magna a partir de la reforma constitucional de seguridad y justicia de 2008, pues dentro de la descripción de éste, el plazo que establecían como máximo en aquella época era de hasta 60 días, y en el concepto que hoy se emplean son 40 días, prorrogables hasta 80, además de que en el primero de ellos, se instauraban premisas tales como la permisión de oír al indiciado, y que para dictar el arraigo debían tomarse en consideración las características del delito y las circunstancias personales del indiciado, lo que hoy en día no sucede, pues basta únicamente con que el fiscal (antes Ministerio Público) sin fundamentación razonada y motivada, lo solicite al juez, para que éste lo dicte, es decir, con el conocimiento en materia de Derechos Humanos con el que se debe contar hoy en día, basta únicamente contar con indicios para que esta figura sea autorizada.

Bajo esta tesitura en este último concepto, se provoca que se deje a la persona arraigada en limbo jurídico, pues no se le da el beneficio de disfrutar de las garantías mínimas a las que

inclusive una persona sujeta a proceso y, a la que se le ha demostrado su culpabilidad tiene acceso, con mayor razón debería existir un catálogo de derechos aún más amplios para aquellas personas que solo son personas sujetas a investigación, pues no se tiene la sospecha de su posible participación en la comisión de un delito, ahí es donde cabría preguntarse; ¿no resulta contradictorio que el principio básico de nuestro nuevo sistema penal se base en la presunción de inocencia, cuando en la instauración y aplicación de arraigo, vulnera per se esta garantía?

Es precisamente por ello, y por la vulneración de una serie de derechos adicionales, que la implementación de esta figura resulta contradictoria tanto a nuestro ordenamiento nacional como el internacional.

1.2 Concepto de arraigo

El arraigo es una medida cautelar que permite restringir los movimientos de una persona, siempre y cuando exista una investigación e indicios que hagan probable su participación en la comisión del delito, y es procedente tratándose de ilícitos graves o de delincuencia organizada y con el fin de garantizar el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el arraigado se sustraiga a la acción de la justicia.

El artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada establece que:

El juez podrá dictar el arraigo, a la solicitud del Fiscal de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2° de esta Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el ministerio público de la Federación y la Política que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato de la investigación.

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

Es decir, el arraigo es una institución que forma parte del proceso penal mexicano y es sustanciada mediante solicitud del Fiscal ante un Juez Penal. Esta figura fue establecida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde el 18 de Junio de 2008, sin embargo, a pesar de su inclusión en el texto constitucional, establece una forma de detención arbitraria, a la luz de los estándares internacionales de protección de los Derechos Humanos.

El arraigo presenta severas consecuencias en la esfera de los derechos de las personas sujetas a una investigación penal, pues ésta se realiza en todos los casos, con la persona detenida, no obstante, en la etapa de procedimiento penal, aún no se ha establecido un objeto consistente en la investigación material, sustento aprobatorio alguno y tampoco, la vinculación de la persona arraigada con el probable hecho delictivo. En este sentido, el arraigo implica una detención prolongada con fines de investigación.

A la luz de los estándares internacionales protectores de derechos humanos, la finalidad del arraigo no es determinar la culpabilidad o inocencia de una persona, sino privar de la libertad a un sujeto con la finalidad de obtener información que pudiera ser empleada posteriormente a la etapa del juicio, esto es, la investigación no se lleva a cabo previa a la detención de una persona, sino que ésta es detenida arbitrariamente para ser investigada, contraviniendo los principios básicos de justicia. Así, la persona afectada queda sin garantías ni situación jurídica clara, ya que no es ni indiciada ni inculpada y ni siquiera está vinculada a proceso penal alguno; simplemente se le ha privado de la libertad para ponerla a plena disposición de la autoridad investigadora. Es decir, “la persona arraigada vive en un universo paralelo al democrático, donde rigen las excepciones y no las reglas” (Gutierrez, 2016, pág. 1).

Es precisamente por ello, que el arraigo tanto en su regulación, como en su tramitación, nulifica los derechos de audiencia, defensa, tutela judicial efectiva y presunción de inocencia de las personas sujetas a estas medidas.

Con base en lo anterior puede determinarse, que aunque la figura de arraigo ha sido instituida para evitar que una persona se sustraiga de la acción de la ley y garantizar el éxito de una investigación, ha sido utilizada indiscriminadamente como una figura que ofrece comodidad a la autoridad investigadora, a costa de la vulneración de derechos del individuo al que se le aplica, quebrantando las hipótesis sobre las que es válida la restricción de la libertad de las personas sujetas a la jurisdicción de un país.

El arraigo ha buscado su sustento en la criminalización de las personas para poder legitimar el uso desmedido de esta figura, pues justifica su actuar en el nivel de criminalidad del supuesto indiciado para poder privarlo de su libertad, sin tomar en consideración que de no ser por la incompetencia que tiene nuestro sistema de justicia y autoridades, se tendría certeza en la investigación e impartición de justicia sin la necesidad de improvisar medidas que por sí mismas vulneran lo establecido por las normas internacionales protectoras de Derechos Humanos, y que resultan de suma importancia desde su inclusión en el ordenamiento mexicano desde la reforma de 2011.

1.3 Restricciones ilegítimas y legítimas a la libertad personal

Una de las investigaciones estatales relacionadas con la afectación a la libertad personal es el arraigo, que como medida cautelar en el sistema jurídico mexicano, ha resultado sumamente polémica desde su inclusión, por ser una “medida que si bien trata de asegurar el éxito en la actividad indagadora relacionada con un delito, el medio utilizado es la privación de la libertad del sujeto a investigación” (Embris Vasquez, 2016, pág. 11) sin que existan indicios suficientes para relacionarlo con un hecho es decir, se anula el derecho de la presunción de inocencia y pilar de los procesos penales en un Estado democrático.

El derecho a la libertad personal constituye uno de los atributos principales y más preciados de cada individuo, y que debe ser interpretado en forma amplia para comprender la capacidad

de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.

La libertad, definida así, es un derecho humano básico propio de los atributos de la persona. Individualmente, “debe tutelarse la libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” (Caso Atala Riffo vs Chile, 2012).

Sin embargo, aun los Derechos Humanos no son absolutos y admiten restricciones, ejemplo de ello es la libertad personal, contemplada en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que si bien establece que nadie puede ser privado de su libertad, también instituye las causas por las que una persona puede ser restringida de su libertad y los estrictos supuestos bajo los que es válido hacerlo, el artículo 7.2 de la CADH establece textualmente que: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”, lo que admitiría a simple vista el caso del arraigo, pues después al haber sido elevado a rango constitucional cabría en esta hipótesis aparentemente legitimada para ejercerse, ya que es una figura permitida por nuestra carta magna, sin embargo, los métodos y medios con los que se lleva a cabo el arraigo de una persona, no se acerca ni medianamente a la garantía del respeto de los derechos mínimos que deben garantizársele a la persona cuando es restringido de su libertad.

Es decir, una restricción a la libertad personal debe contar de acuerdo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con los siguientes supuestos; a) a ser informada de las causas de su detención, b) a ser llevada mediante la autoridad correspondiente y sin demora, c) a ser investigada en el caso del arraigo en un plazo razonable, y d) a interponer el recurso adecuado que permita su protección, todo ello para no ser calificada de arbitraria, lo que no sucede en el caso de arraigo.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció en su informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas que:

El hecho de que las personas en custodia del Estado se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, aunado a la frecuencia falta de políticas públicas al respecto, ha significado frecuentemente que las condiciones en las que se mantiene a estas personas se caractericen por la violación sistemática de sus derechos humanos. Por lo tanto, para los sistemas penitenciarios, y en definitiva la privación de libertad como respuesta al delito, cumplan con su finalidad esencial, es imprescindible que los Estados adopten medidas concretas orientadas a hacer frente a estas deficiencias estructurales.

Con respecto a las detenciones ilegítimas o arbitrarias, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

“nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que aún calificados de legales pueden reputarse como incompatibles con el respecto a los derechos fundamentales de individuo por ser, entre otras cosas irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad” (Caso Mendoza y otros vs Argentina, 2013).

Es decir, una detención no sólo debe ser legal sin también legítima, de lo contrario se interpreta como arbitraria, lo que define correctamente lo que sucede con la figura del arraigo, al contrario de los argumentos que han utilizado para defender irracionalmente esta figura, dentro de su descripción legal no engloba ninguno de los supuestos establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, en primer lugar esta figura se define de manera muy general, y no establece los lineamientos contemplados por el ordenamiento internacional, que de acuerdo a nuestra normativa, debería encontrarse en armonía con nuestras leyes nacionales, y aún más, con la falta de especificidad en la descripción se da un margen ilimitado para que la autoridad aplique esta figura de manera más conveniente para ellos, pues entre otras cosas; no les informa de las causas por las que se le detiene, el plazo

que se cumple es mayor a lo permitido legalmente en muchos de los casos, las condiciones en las que se lleva a cabo son en condiciones denigrantes, y por si fuera poco, no existe un recurso con el que puedan defenderse, en otras palabras se encuentran en un estado de indefensión frente al actuar del Estado.

De acuerdo con el informe sobre seguridad ciudadana y Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que respecto a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad no está en conflicto con los fines de la seguridad ciudadana, sino que por el contrario es un elemento esencial para su realización. A juicio de la Comisión, las políticas públicas sobre seguridad ciudadana que implementen los Estados de la región deben contemplar, de manera prioritaria, acciones de prevención de la violencia y el delito en las tres dimensiones clásicamente reconocidas:

(1) prevención primaria, referida a aquellas medidas dirigidas a toda la población, que tienen que ver con los programas de salud pública, educación, empleo y formación para el respeto a los derechos humanos y construcción de ciudadanía democrática; (2) prevención secundaria, que incorpora medidas destinadas a personas o grupos en situación de mayor vulnerabilidad frente a la violencia y el delito, procurando, mediante programas focalizados disminuir los factores de riesgo y generar oportunidades sociales; y (3) prevención terciaria: relacionadas con acciones individualizadas dirigidas a personas ya involucradas en conductas delictivas, que se encuentran cumpliendo una sanción penal, o que han culminado de cumplirla recientemente (CIDH, 2009).

En estos casos adquieren especial relevancia los programas destinados a las personas que cumplen sanciones penales privados de libertad.

En esta misma línea y de conformidad de los criterios de los máximos Órganos protectores de Derechos Humanos del Sistema Interamericano, el uso de la figura del arraigo ha probado ampliar las posibilidades de que una persona sea torturada debido a los limitados controles legales y la nula revisión judicial de su aplicación, así como a la discrecionalidad en su

aplicación. “En el informe sobre la visita a México del Subcomité de las Naciones Unidas sobre la prevención de la Tortura, el Subcomité señaló que cerca del 50% de los casos de personas bajo arraigo, los exámenes médicos mostraban signos de violencia reciente” (ONU, 2010).

Bajo esta tesis, el arraigo abreva claramente de la doctrina del llamado “derecho penal del enemigo” (Zaffaroni, 2015, pág. 13) en el que confluyen los siguientes elementos:

- Se anticipan las barreras de la punición (alcanzando a la investigación ministerial).
- Se adoptan penas desproporcionadas incluido pre-penas (vistas como medidas de contención), que no corresponden con la lesión realmente inferida.
- Se muestra un marcado debilitamiento de las garantías procesales del acusado.
- Se identifican destinatarios específicos de las normas.

Este régimen de excepción para todos aquellos sospechosos de haber cometido un delito grave, es incompatible con un sistema democrático, de derechos y libertades. No se trata solamente de “tecnicismos”, los derechos procesales son indispensables para el control del poder punitivo. Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, que convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que el fin justifica los medios y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. En un Estado garantista, la fórmula se invierte: la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado. Es decir, sólo es posible arribar a una sentencia justa, cuando han sido legítimos los medios procesales utilizados para dictarla.

Finalmente, la fortaleza moral y política de la sociedad democrática se mide por su capacidad de atender puntualmente los derechos de los individuos y al mismo tiempo servir a los objetivos de seguridad y justicia que demanda la sociedad y constituye razón de ser del orden jurídico.

Con base expuesto anteriormente es posible evidenciar la arbitrariedad que constituye la aplicación de esta medida, pues de acuerdo con las definiciones entre una restricción legítima e ilegítima de la libertad de los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, el arraigo no se fundamenta de manera convincente para su aplicación, es decir, que constituiría de manera fehaciente ilegítima de la libertad, por los supuestos en los que se lleva a cabo, toda vez que se requiere un ínfimo nivel probatorio para que una persona sea puesta bajo la custodia de la autoridad investigadora sin que pueda aportar pruebas que permitan acelerar la investigación y deslindarse de su supuesta participación en la comisión de un ilícito.

Es preciso enfatizar que, la reforma constitucional al sistema de justicia penal fue más allá de constitucionalizar la figura del arraigo para el combate a la delincuencia organizada, pues mediante un artículo transitorio, permitió la aplicación del arraigo a todos los delitos graves de la legislación penal hasta 2016, facultando a las autoridades a aplicar el arraigo en delitos que por estar considerados dentro de estas categoría, caen en lo irracional citando como ejemplo de lo absurdo, el Art. 424 Bis del Código Penal Federal, conducente a regular delitos en, materia de derechos de autor, permite a la autoridad que cualquier persona que tenga por oficio sacar fotocopias y que al momento de desempeñar su oficio tenga que fotocopiar un libro protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor, sea un sujeto que actualice los requisitos para ser arraigado, por la simple razón de estar considerado en la legislación penal como un delito grave.

Es decir, estamos de acuerdo que esta acción, evidencia que el objetivo inicial de la implementación de la figura del arraigo desde ha ido viciando, para otorgar una medida que genera comodidad a la autoridad, pues una decapitación, o extorsión, no está ni medianamente cercano al acto de incurrir en el delito vinculado con el delito antes señalado, debemos ser conscientes que la gravedad del delito citado no actualiza la necesidad de privar la libertad a una persona, con la justificación de que se sustraiga de la acción de la justicia, u obstaculice el éxito de una investigación.

Por ello resulta evidente que el arraigo carece de una justificación que dé cuenta de su necesidad y contraviene el propósito mismo de la reforma constitucional, denotando así la excepcionalidad de la medida.

1.4 Cifras estadísticas de efectividad del arraigo en México

En concordancia con el subcomité para la prevención de la tortura en su visita a México estableció que en el primer año de operación constitucional de la figura del arraigo no fue empleada de modo excepcional, sino que su uso es para todo tipo de delitos graves, incluso los que no están relacionados con delincuencia organizada, por demás un exceso. “Con más de ocho mil personas arraigadas desde 2008 solo en el ámbito federal, únicamente el 3.2% alcanzó una sentencia condenatoria” (Méndez, 2014, pág. 5).

Por otra parte, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de la ONU pudo documentar en su visita a México en 2011, que el arraigo no solo se asocia a detenciones arbitrarias e ilegales, sino también a desaparición forzada por breves plazos e incomunicación, lo que conlleva que esta figura no sólo restrinja personal de los sujetos, sino que abre espacios para que se concreten actos que pueden ser calificados como tortura, y en definición acorde con el derecho internacional de los Derechos Humanos, la vulneración al derecho a la integridad personal.

Cabe recalcar que pese a que la figura del arraigo en un inicio se contemplaba únicamente para delitos de delincuencia organizada, su aplicación fue ampliada de manera arbitraria a aquellos delitos considerados como grave por la legislación penal federal, ampliando las facultades de aplicación y colocando a los ciudadanos en una situación de especial vulnerabilidad, puesto que ahora esta figura contempla un catálogo más extenso para poder arraigar a cualquier persona que actualice cualquiera de estas hipótesis.

En esta sección demostraré mediante estadísticas de diferentes años y emitidas por diversas instituciones que el arraigo, desde su implementación ha funcionado como una medida inútil, afectada para la comodidad de la autoridad investigadora, que ha dado más problemas que resultados en su aplicación, y que ha colocado a nuestro país como un Estado señalado

principalmente por la vulneración de los Derechos humanos de las personas privadas de la libertad, y que en lugar de que el Estado haga caso de las recomendaciones hechas en este tema, ha decidido no tomar en consideración las recomendaciones de derogar esta disposición de sus ordenamientos legales.

Según cifras rastreadas por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH), un promedio de 1.82 personas son puestas bajo arraigo cada día a nivel federal y 1.12 a nivel local. Esto llevó a que fueran presentadas ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) al menos 120 quejas por violaciones de derechos humanos en situación de arraigo entre 2008 y 2010, de las cuales 38% estaban relacionadas con una detención arbitraria, 41% debido a casos de tortura u otros crueles o inhumanos, y 26% reclamaban tanto una detención arbitraria como tortura.

En esta misma línea, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) informó que entre 2008 y 2011 se presentaron 405 quejas por violaciones de derechos humanos relacionadas al arraigo. Asimismo, esta dependencia ha mostrado un incremento sostenido en el número de quejas relacionadas al uso del arraigo, pasando de 45 quejas en 2008 a 148 en 2011.

Del total de quejas registradas en que las personas señalaron haber sido sometidas bajo arraigo, 38 % se refieren a una detención arbitraria y el 41% a causa de tratos crueles, inhumanos o degradantes ya sea antes de ser arrestados y detenidos o durante la detención.

Del total de los casos, el 26 % refirieron quejas a ambas violaciones. Entre los casos de tortura y tratos crueles, las quejas especifican golpes, lesiones y fracturas, así como el uso de descargas eléctricas en los genitales y otras partes del cuerpo. También se registraron largos periodos de aislamiento que entorpecieron la defensa.

Las víctimas que presentaron quejas por violaciones de derechos humanos durante la aplicación del arraigo señalaron como responsable a la Procuraduría General de la República en el 70% de los casos, mientras que en el 40% de los casos estuvieron involucrada la

Secretaría de Seguridad Pública Federal y la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA) resultó señalada en el 34% de los casos.

Resulta un dato preocupante que las instituciones encargadas de velar por la seguridad de la población, se encuentren involucradas en situaciones que vulneran Derechos Humanos, pues son las primeras que deben contar con capacitación adecuada para evitar incurrir en acciones que vulneren los derechos de las personas. En este mismo sentido, resulta alarmante el hecho que la mayor parte de casos de tortura se den en situaciones de arraigo, pues el uso de la figura del arraigo ha probado ampliar las posibilidades de que una persona sea torturada debido a los limitados controles legales y la nula revisión jurídica de su aplicación, así como a la discrecionalidad en su aplicación. En el informe sobre la visita a México del Subcomité de las Naciones Unidas sobre la Prevención a Tortura, el Subcomité señaló que cerca del 50% de los casos analizados de personas bajo arraigo, los exámenes médicos mostraban signos de violencia reciente.

La Procuraduría General de la República (en adelante PGR), informó el porcentaje de órdenes de arraigo que se llevaron a cabo de 2008 a 2016;

Tabla 1. 1 Órdenes de arraigo que se le han llevado a cabo (solicitudes autorizadas).

Año	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Número de órdenes de arraigo	269	426	502	549	307	165	89	22	9

De lo anterior podemos determinar que, si bien es cierto que durante los años 2013 a 2016 se observó una disminución considerable en las órdenes autorizadas para la ejecución de las órdenes del arraigo, también lo es que durante los primeros años de su implementación, el número que se solicitó fue elevado, es más, durante el 2011, se establecieron el mayor número de órdenes de arraigo, aun cuando fue en ese mismo año que se aprobó la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

Asimismo, y de conformidad con el informe sobre la situación de Derechos humanos en México, emitido por la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, estableció que, de conformidad con cifras de la Procuraduría General de la República, “en 2012 hubo 1,287 personas arraigadas a nivel federal, en 2013 se tuvo un registro de 630; en 2014 se registraron 286 personas arraigados, y entre enero y agosto de 2015, se habría arraigado a 81 personas” (CIDH, 2015: 149).

Situación que puede terminarse de comparar de conformidad con datos informados a través de la Policía Ministerial Adscrita a la Agencia de Investigación Criminal, se proporcionó el número de personas que han cumplido arraigo en el centro de Arraigos durante los años 2008 a 2016.

Derivado de lo anterior, podríamos establecer que el número de personas sujetas a la medida del arraigo y el número de órdenes autorizadas no coinciden, pues para poder arraigar a una persona, previamente tuvo que haber sido autorizada, ahora bien, contrario a los datos proporcionados por la PGR, en los que a medida en que pasaban los años, fueron disminuyendo las solicitudes autorizadas en el caso de personas sujetas a esta medida fue en aumento.

Por lo que respecta al año en el que más personas fueron arraigadas, coincide con la reforma en materia de derechos humanos al igual que en el caso de la tabla anterior. De ahí que se pueda asegurar que, durante los primeros años, esta medida fue utilizada indiscriminadamente por la autoridad investigadora.

Recapitulando toda la información estadística que se ha señalado a lo largo de este apartado, podemos no solo evidenciar que la figura del arraigo no resulta eficaz ni eficiente en su aplicación, puesto que el porcentaje de casos que alcanzaron una sentencia condenatoria gracias a las investigaciones que arrojó el uso de esta figura fue extremadamente bajo, sino que también podemos afirmar que es una medida que ha permitido la vulneración sistemática de Derechos Humanos, escudada en la criminalización y deshumanización de las personas,

justificando la aplicación de medidas como la tortura y el aislamiento en la peligrosidad del sujeto sometido a investigación para comprobar su supuesta participación en un hecho ilícito.

1.5 Recomendaciones hechas al Estado Mexicano en el tema del arraigo.

Como he señalado anteriormente, la figura del arraigo ha causado polémica desde su inclusión, puesto que los métodos, lugares y procedimiento en que se lleva a cabo vulnera por sí mismo una serie de derechos fundamentales, lo que hace que dicha figura resulte contradictoria con los estándares internacionales de protección en materia de Derechos Humanos. A partir de su inclusión en nuestra carta magna se han hecho lucir las recomendaciones hechas por diferentes organismos a nivel nacional e internacional de protección de los Derechos Humanos en toda América y de reconocimiento internacional, así como la interposición de diferentes acciones para la eliminación de esta figura de nuestro máximo ordenamiento.

En años recientes se ha construido a nivel nacional un consenso por la eliminación del arraigo, como evidenció la eliminación del arraigo en Chiapas, el 28 de julio de 2011, cuando el Congreso de ese Estado removió la figura de su legislación local e incluyó en su Constitución la prohibición expresa de su uso. Del mismo modo, los estados de Oaxaca y Yucatán han eliminado al arraigo de sus códigos procesales sobre su nuevo Código de Procedimientos Penales, desistió en la inclusión de la figura. Es importante señalar también que la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal emitió una recomendación el 29 de abril de 2011 en la que instó a la Procuraduría local a promover la eliminación del arraigo ante el Congreso local, y que en fechas más recientes se han presentado numerosas iniciativas para eliminar o al menos reducir el arraigo.

También debe destacarse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, declaró inconstitucional el arraigo penal previsto en una legislación local, por:

Implicar la detención de una persona cuando la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que el ilícito tenga probable responsabilidad penal, sin

que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad. (SCJN, 2006: 1170)

Por otra puerta existen organismos que se han pronunciado respecto de la inclusión de esta figura en nuestro máximo ordenamiento, puesto que por sí mismo la figura del arraigo vulnera los derechos a la libertad personal y de tránsito; el derecho a la presunción de inocencia; al debido proceso; al honor y la reputación, y a la integridad física y mental de las personas.

Por ello, el Comité contra la tortura de la ONU señaló y recomendó lo siguiente en su informe de Conclusiones y Recomendaciones a México el 7 de febrero de 2007.

Al Comité le preocupa la figura del arraigo penal que, según la información recibida, se habría convertido en una forma de detención preventiva con el uso de casas de seguridad (casas de arraigo) custodiadas por policías judiciales y agentes del Ministerio Público, donde se pueden detener indiciados durante 30 días prorrogables hasta 90 días en algunos Estados, mientras se lleva a cabo la investigación para recabar evidencia, incluyendo interrogatorios. Aun cuando el Comité toma nota con satisfacción de la decisión adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en septiembre de 2005 en la que se declara inconstitucional la figura del arraigo penal, le preocupa sin embargo que la decisión judicial se refiere para los tribunales de otros Estados. El Estado Parte debe, a la luz de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, garantizar que la figura del arraigo desaparezca tanto en la legislación como en la práctica, a nivel federal, así como a nivel estatal.

Asimismo, el Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, observó y recomendó lo siguiente en el párrafo 238 del informe sobre su visita a México.

El SPT considera que la figura jurídica del arraigo puede llegar a propiciar la práctica de la tortura al generar espacios de poca vigilancia y vulnerabilidad de los arraigados, quienes no tienen ninguna condición jurídica claramente definida para

poder ejercer su derecho de defensa. El SPT recomienda la adopción de medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza para evitar que la práctica del arraigo genere situaciones que puedan incluir en casos de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En 2011, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Fortalezas o Involuntarias señaló en su informe sobre su visita a México que varias personas enfrentan desapariciones transitorias o de corto plazo, quienes fueron posteriormente presentadas a las autoridades y puestas bajo arraigo. En ese sentido, el Grupo de Trabajo recomendó “la abolición de la figura del arraigo de la legislación y su práctica, tanto a nivel federal como estatal” (GTDFI, 2016: 6).

A su vez, la Relatora Espacial de la ONU sobre la Independencia de Jueces y Abogados señaló en el informe al Consejo de Derechos Humanos de la ONU en torno a su misión oficial a México entre el 1 y el 15 de octubre de 2010: El arraigo es una figura jurídica arbitraria e incompatible con el principio de presunción de inocencia y con el derecho a la libertad personal. Además, es intrínsecamente contraria al modelo oral acusatorio que México ha adoptado en sustituciones del sistema inquisitivo-mixto.

Por otro lado, en 2013 algunos Estados cuestionaron la práctica del arraigo en México durante el Examen Periódico Universal. Austria, Bélgica y Uzbekistán, recomendaron tomar medidas eficaces tan pronto le fuera posible para que las condiciones de detención sean acordes a la normales internacionales, particularmente con la finalidad de reducir el hacinamiento y la eliminación del arraigo, eliminar la figura del arraigo y asegurar que las detenciones se lleven acorde al marco legal, la implementación de organismos especialización en la investigación de denuncias por violaciones de Derechos humanos cometidas en el marco arraigo.

Estos solo son algunos ejemplos de los comentarios y recomendaciones de reprobación por cuanto hace a la implementación de la medida a los que se ha enfrentado nuestro país, defendiendo fehaciente esta figura, con el mero argumento de que al ser una ley contemplada por nuestro máximo ordenamiento, no puede ser contraria a las normas internacionales en materia de Derechos Humanos, sin embargo como estableció la Corte IDH en el caso Gelman

VS. Uruguay, “el hecho de que una norma haya sido aprobada por un régimen democrático y ratificada por la ciudadanía, no le garantiza su legitimidad ante el derecho internacional y tampoco garantiza que respete los Derechos Humanos de las personas” (Caso Gelman vs Uruguay, 2011:69), es por ello que resulta más que evidente las razones por las que dicha figura deba derogarse de nuestra Constitución Federal.

1.6 Idoneidad y efectividad de los recursos internos para proteger a los justiciables contra la figura del arraigo

El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establecen el derecho de toda persona a una garantía judicial específica, destinada a protegerla de manera efectiva frente a la violación de los derechos humanos reconocidos por los respectivos instrumentos (*no se omite que en el capítulo II se analizara de manera detallada la protección internacional de los derechos humanos).

Es decir, reconocer una garantía secundaria o jurisdiccional que más allá de su función jurídica ha recibido diferentes denominaciones como “acceso a la justicia” “Derecho de la jurisdicción” o “Derecho a la protección judicial”, entre otros, la Corte IDH ha entendido que sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho.

Es decir, consiste básicamente en la posibilidad de toda persona de ser oída y peticionar ante las autoridades judiciales exigiendo el respeto de otros derechos que consideran afectados o en peligro y la obtención de una respuesta adecuada. El derecho a la jurisdicción es un derecho que funciona como llave, ya que permite al menos formalmente, habilitar los mecanismos institucionales del sistema jurídico para la protección de los demás derechos.

En esta misma línea, la corte IDH, ha establecido que los Estados tienen como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía respecto de los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello implica la necesidad de un rol activo por parte del Estado y supone adoptar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pueden existir para que los individuos pueden disfrutar de los derechos previstos en la Convención. En consecuencia,

se ha considerado que la tolerancia del Estado a circunstancias que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al analizar el citado artículo de Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva del Estado de conocer a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.

La corte IDH ha señalado, en reiteradas, que la garantía de un recurso efectivo constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención, y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido.

“Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana” (Caso Cantos vs Argentina, 2002: 28).

Es decir, el alcance de este derecho implica que los Estados tienen la obligación de proveer un recurso sencillo, eficaz y efectivo a las personas frente a situaciones jurídicas diversas, pues de lo contrario se estaría colocando a la persona en un estado de indefensión frente acciones ejercidas por agentes estatales, lo que constituye una violación grave de Derechos Humanos, pues el Estado que es el responsable de velar por el bienestar de las personas dentro de su jurisdicción y sería él quien provocaría directamente esta vulneración.

En el caso específico de la figura de arraigo, el Estado mexicano ha provocado deliberadamente la vulneración de diversos derechos humanos con su aplicación, pues además de todas las afectaciones que implica su ejecución, no ha legislado de la manera

adecuada para que el recurso que se ha asignado para la defensa de la persona frente a esta figura se aplique de manera adecuada, la corte IDH ha establecido en su jurisprudencia constante que no solo basta con que el recurso exista dentro de la legislación del Estado, sino que debe ser efectivo en su aplicación, lo que no ocurre con el “amparo” que es una figura del arraigo por diversas razones que expondré más adelante.

Con base en lo anterior, para que la figura del arraigo no vulnerara específicamente el derecho a un recurso efectivo, deberá contar con un recurso efectivo y expedido, con el que las personas privadas de su libertad, tuvieran la posibilidad de defenderse, y estar así, es igualdad de oportunidades con respecto de la figura aplicada, sin embargo, se ha optado por desamparar a las personas arraigadas para poder ocultar la falta de efectividad en nuestro sistema de justicia penal.

Así mismo, este tribunal también ha establecido que para que un recurso exista, no basta con que estén previstos por la Constitución o la ley, o con que sean formalmente admisibles, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación de los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarlo.

Otro de los conceptos establecidos por el sistema intermediario con respeto a los recursos internos de cada Estado parte es la efectividad de éstos al momento de su aplicación, esto es, que para que un recurso sea efectivo es necesario que sea capaz de producir el resultado para el que han sido concebidos. Según la Corte, los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas; pero la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten su decisión o sentencia, pues se requiere que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas.

1.7 Análisis del amparo indirecto frente a la figura del arraigo

Con base en lo anterior, debemos analizar el recurso designado para proteger a las personas frente a la figura del arraigo, el amparo.

De acuerdo con los criterios utilizados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el recurso que procede frente al arraigo es el amparo directo, sin embargo, no es un recurso idóneo.

Es necesario reiterar que el arraigo es una medida cautelar precautoria que se aplica bajo el temor de que una persona sospechosa de haber cometido un ilícito se sustraiga de la acción de justicia, sin embargo, no es ni parte de un proceso ni mucho menos una sentencia definitiva, es apenas una investigación para la recolección de pruebas que permitan a la autoridad establecer la conexidad de una persona si la comisión de un ilícito. Entonces, ¿por qué interponer una figura que se utiliza para combatir últimas resoluciones cuando no resulta por sí misma adecuada para el caso en que se aplica?

De acuerdo a los criterios establecidos por la corte IDH, no resultaría de acuerdo la aplicación del amparo indirecto frente a la defensa en contra de la aplicación del arraigo, toda vez que ni siquiera existe conexidad entre los que se pretende defender y el objetivo del recurso que se pretende interponer, pues mientras el mecanismo actúa únicamente frente a sentencia o actos definitivos, el arraigo no es más que la premisa que antecede un procedimiento penal, es decir no se englobaría en los supuestos que defiende el amparo.

1.8 La implementación de la figura del arraigo en Latinoamérica

Existen 3 países en Latinoamérica que implementan la figura del arraigo además de México, sin embargo, la manera de aplicación varía dentro de sus ordenamientos jurídicos. Los países que implementan el arraigo son los siguientes:

- **Bolivia** implementa el arraigo de la siguiente manera:

- **Garantías constitucionales relacionadas con el arraigo:** Libertad de tránsito: (artículo 7, inciso h). Garantía de audiencia: (artículo 16, fracción II); Garantía de legalidad: (artículo 9).
- **Medios de defensa contra actos que vulneren las garantías:** El Habeas Corpus y el recurso de amparo constitucional, previsto en los artículos 129 y 130 constitucional.
- **Clases de arraigo:** a) Detención domiciliaria, que puede llevarse a cabo en su propio domicilio o en el de otras personas, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga; b) prohibición de salir del país, de la localidad en la que reside o del ámbito territorial que fije el juez o el tribunal.
- **Recurso legal procedente contra la determinación del arraigo:** se prevé en el artículo 251 del Código del procedimiento Penal de Bolivia.
- **Chile** implementa el arraigo de la siguiente manera:
 - **Garantías constitucionales relacionadas con el arraigo:** Libertad de Tránsito: (art 19, apartado 7, inciso a); Libertad de Audiencia: (art 19, apartado 3); Libertad de Legalidad: (art 19, apartado 3, incisos b), c) y d).
 - **Medios de defensa contra actos que vulneren las Garantías:** El recurso de amparo, establecido en el artículo 21 constitucional. Clases de arraigo: a) la privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale, si aquella se encontrare fuera de la ciudad a la cual residieron o del ámbito territorial que fijare el tribunal.
 - El artículo 21 de la Constitución Política de la República de Chile establece lo siguiente:

Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para establecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargos de las cárceles o lugares

de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

- El mismo recurso, y en la igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.
- Es decir, a diferencia de nuestro país, el amparo chileno establece taxativamente que procederá en casos específicos de la privativa de libertad y establece el procedimiento en caso de que se actualice alguno de estos puestos, caso contrario con el amparo de la legislación mexicana.

- **Recurso legal procedente contra la determinación del arraigo:** dicho recurso se establece en el artículo 158 del Código Procesal Penal Chileno.

Debido al sistema de oralidad que se lleva a cabo en el proceso penal del estado chileno, en la misma audiencia que se celebra con el motivo de la interposición del recurso de apelación contra la determinación del arraigo, es posible resolver sobre su legalidad.

Con base en lo anterior, Chile pese a que implementa la figura del arraigo hasta nuestros días, ha tutelado la defensa de los derechos mediante la implementación de un recurso efectivo e idóneo para que la persona arraigada esté en una situación de igualdad frente al Estado.

- **Venezuela** implementa el arraigo de la siguiente manera
 - **Garantías constitucionales relacionadas con el arraigo:** Libertad de tránsito: (art 50); Libertad de Audiencia: (art 49, apartado 3), Libertad de legalidad: (art 44).
 - **Medios de defensa contra actos que vulneren las Garantías:** La acción de amparo, inserta en el artículo 27 constitucional. Clases de arraigo: a) detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia

alguna o con la que el tribunal ordene; b) la prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.

El citado artículo establece lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellas inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida a la situación que más se asemeje a ella. Tofo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto. La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

- **Recurso legal procedente contra la determinación del arraigo:** se reglamenta por el art 439 del Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela.

Al igual que en las otras naciones, el arraigo en Venezuela cuenta con un medio de defensa que permite impugnar las resoluciones que determinan cualquiera de las medidas de arraigo.

En este sentido, pese a que existe la figura del arraigo en los países antes mencionados, cabe destacar que el medio implementado para la defensa de las personas frente a la figura del arraigo contempla taxativamente los conceptos referentes a privativas de libertad, el tiempo y el procedimiento en el que la autoridad debe dar respuesta, caso contrario al caso del Estado Mexicano, en el que se ofrece un concepto generalizado, y no se hace hincapié en las restricciones al derecho de libertad personal.

Capítulo II

El Arraigo Judicial en el sistema Interamericano de derechos humanos

2.1 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En la segunda mitad del siglo XX se inició a nivel global la creación de diversos sistemas protectores de los Derechos Humanos, sistemas los cuales fueron diseñados dependiendo la región del planeta, tal fue el caso, que en el Continente Europeo se desarrolló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o también conocido como “Corte Europea de Derechos Humanos” la cual originalmente vio su luz en los últimos años de la década de los 50’s, tribunal el cual funda y legitima sus funciones en el *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Órgano Jurisdiccional el cual tiene precisamente una aplicación para los Estados parte que se encuentran voluntariamente sometidos a su jurisdicción tratándose de violaciones a derechos humanos. Bajo el mismo tenor se encuentra la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la cual fuera creada a finales de la década de los 90’s mediante la emisión del Protocolo a la carta africana y de los pueblos, tribunal el cual tiene competencia en la regional del continente africano en donde los Estados partes se someten a su jurisdiccional en caso de violación a derechos humanos en dicha región del Globo.

En estas consideraciones, arribamos a la región del Continente Americano, donde el 22 de noviembre del año 1969 fue emitido el Tratado Internacional en materia de Derechos Humanos, llamado “Convención Americana sobre Derechos Humanos” – también llamado Pacto de San José – en el cual diversos países lo han adoptado, para formar parte de su ordenamiento jurídico interno, lo cual trae como consecuencia el también aceptar la competencia de un Tribunal Internacional cuya materia de estudio y trabajo lo serán las violaciones de derechos humanos contenidos en la Convención Americana y que sean cometidas a las personas de cada país miembro, estos en virtud que dentro de la misma Convención se establece en la Parte II Los Medios de Protección, siendo que a letra se establece lo siguiente:

CAPITULO VI DE LOS ORGANOS COMPETENTES

Artículo 33.

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

- a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y*
- b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.*

En virtud de lo expuesto por el propio contenido del Tratado, se advierte que el mismo documento genera dos órganos a fin de vigilar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros, las cuales en primer lugar desarrolla a la denominada “Comisión Interamericana de Derechos humanos” la cual de acuerdo al artículo 34 de dicha Convención se integrara de siete miembros de alta moral y conocedores de derechos humanos y sus funciones elementales de conformidad con el artículo 41 de la Convención Americana, lo serán:

a) Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;*
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;*
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;*
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;*

e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;

f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y

g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Es decir, las funciones que le son encomendadas a la Comisión son esencialmente de iniciar un procedimiento con similitudes a la de una investigación con el objeto de verificar si existe violaciones a derechos previstos en el Tratado en favor de alguna persona perteneciente a un Estado Parte, procedimiento el cual inicia a petición de la persona o grupo solicitante quien consideran que fueron violados sus derechos humanos por parte de agentes estatales, para lo cual dicha Comisión emitirá una Recomendación en donde se establezcan lineamientos hacia los Estados con el objeto que existan medidas progresivas para la protección de los Derechos Humanos.

La segunda de las Instituciones desarrolladas por la Comisión Americana, lo es la “Corte Interamericana de Derechos Humanos”, la cual se compondrá de siete jueces los cuales deben contar con una alta autoridad moral y ser juristas con reconocida competencia en materia de derechos humanos (artículo 52 CADH), los cuales serán propuestos por los Estados miembros ante la Asamblea general de la Organización de los Estados Americanos quienes mediante una votación secreta y con mayoría absoluta serán elegidos por los mismos Estados partes (artículo 53 CADH), su duración en el cargo de cada juez lo será por un plazo de seis años con posibilidad de reelegirse una sola vez (artículo 54 CADH). Ahora bien, por cuanto hace a la función que deberá ejercer la Corte Interamericana de Derechos humanos, se encuentra previsto en sus numerales 62, 63 y 64 de la CADH, siendo esencialmente las siguientes actividades:

- *Competencia contenciosa para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos;*
- *Cuando se decida por la Corte que existió una violación a un derecho o libertad que sea protegido por la CADH, este Órgano jurisdiccional dispondrá que se garantice a la víctima en el goce de su derecho o libertad que haya sido violentado, incluso en caso de ser procedente podrá, ordenar que se le repare las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la violación de esos derechos, así como el pago de una indemnización a la parte lesionada;*
- *La Corte podrá a solicitud de un Estado miembro, emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre sus leyes internas y los Instrumentos Internacionales.*

En este orden de ideas, resulta claro que con la existencia de un documento en calidad de Tratado Internacional el cual emite diversas disposiciones consagrando derechos humanos en favor de los habitantes del Continente Americano, se han recocado en esta región del Globo, la importancia que los derechos fundamentales de índole *Civiles y Políticos* (Capítulo II CADH) y *Económicos, Sociales y Culturales* (Capítulo III CADH) los cuales se encuentren consagrados en un texto de nivel multinacional, sin embargo cobra mayor importancia, ya que no solo se trata de un documento de carácter enunciativo de normas sustantivas, sino que también gesta instituciones las cuales resultaran ser protectoras del cumplimiento de tales derechos humanos, el cual como ya se ha visto, lo es en primer momento una *Comisión* misma que es un órgano de protección y promoción de los derechos humanos establecidos en la CADH a lo largo y ancho del continente americano, siendo diversas las funciones que son encomendadas, desde la función política, llegando hasta el conocimiento de casos concretos de posibles violaciones a los derechos fundamentales mediante peticiones que se realización por los habitantes del continente y conocer de las solicitudes de medidas cautelares de gravedad y urgencia (Pelayo Moller, 2015, pág. 17). La función más conocida y la más ejercida por la Comisión lo es la recepción de denuncia de violaciones de derechos, procedimiento el cual se inicia precisamente con la puesta del conocimiento (mediante cualquier medio -presencial o tecnológico-) por parte de un sujeto hacia la comisión,

situación la cual no requiere de mayores formalismos o requisitos más que informar mediante una narrativa de hechos cual fue la conducta que considera agraviada en su esfera y que constituye una violación a derecho o derechos fundamentales por parte de agentes del Estado, y en caso de ser cumplido con lo establecido por el Reglamento de la Comisión, se tendrá por admitida la petición, turnando a las partes para las correspondientes contestaciones, y una vez culminado dicho procedimiento, la Comisión emitirá una Recomendación al Estado miembro donde se establezca las actividades a realizar con el objeto de reparar en la medida de lo posible dichas violaciones a derechos fundamentales, no sobra mencionar, que de acuerdo al artículo 48 del Reglamento de la Comisión la posibilidad de someterse las partes una “Solución amistosa” es decir, sin la necesidad de existir un futuro proceso contencioso y las partes acuerda los arreglos correspondientes, sin embargo en el supuesto en el cual no se acepten las recomendaciones emitidas por la Comisión, entonces existe la posibilidad de remitir el asunto ante la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado haya aceptado someterse a la jurisdicción contenciosa de la Corte (artículo 43 del Reglamento de la Comisión IDH).

La Corte IDH como ya se ha precisado ejerce diversas funciones, sin embargo, la principal y de mayor relevancia lo es, su función jurisdiccional, es decir, de aquellos “asunto” que le son puestos del conocimiento directamente por la Comisión, ya que no sobra decir, que los “asuntos” no pueden llegar ante la competencia de la Corte sino es por medio de la Comisión, puesto que los justiciables no pueden acceder directamente, sino es mediante el procedimiento ya descrito previamente, y es únicamente la Comisión quien tiene la facultad de llevar el caso ante su competencia. Una vez que sea remitido el asunto ante la Corte, se iniciara el procedimiento jurisdiccional en donde la Corte determinara si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de un derecho o diversos derechos que se encuentran previstos en la Convención Americana o incluso en otros tratados en materia de derechos humanos aplicables para el Sistema Interamericana, por haber incumplido con sus obligaciones de respetar y garantizar tales derechos, pero incluso la Corte en el caso de emitir la correspondiente Sentencia condenatoria hacia el Estado miembro, esta tiene la facultad de supervisar el cumplimiento de las medidas que fueron dictadas y

ordenadas en su resolución con el fin de reparar el daño causado a la víctima de violaciones a derechos humanos (Pelayo Moller, 2015, pág. 54).

Bajo este orden de ideas, se ha establecido las bases para la creación y desarrollo del denominado “Sistema Interamericano de Derechos humanos” el cual nace precisamente con el ya multicitado Instrumento internacional en materia de derechos humanos para la región de América, sin embargo no debe pasarse por alto el mencionar, que este no es el único instrumento, ya que si bien podría decirse que es la base para el desarrollo de protección de derechos fundamentales, existen otros instrumentos supranacionales los cuales hacen una gama extensa de reconocimiento y protección de derechos fundamentales, podría afirmarse que el catálogo se encuentra ampliado en razón de especialidad respecto a tales derechos pues si bien la Convención se reconocen y enuncian los derechos humanos en materia de civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales, pero no se entra a fondo en cada derecho, por lo cual se han dado a la luz diversos tratados internaciones en donde se especializan (http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp), por lo que hace mención de los siguientes:

- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura;
- “Protocolo de San Salvador”: Protocolo adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- “Convención de Belém do Pará”; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer;
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas;
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad;
- Convención Interamericana contra el Racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia;
- Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia;
- Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores;
- Carta Democrática Interamericana;

- Carta Social de las Américas;
- Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas;
- Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión;
- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas privadas de Libertad en las Américas;
- Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas.

Por lo cual, con estos Instrumentos Internacionales, se desarrolla una red de diversos Tratados, Convenciones, Declaraciones, Protocolos, los cuales reconocen diversos Derechos Humanos en favor de los habitantes del Continente Americano, sirviendo de guía para los Estados que conforman esta Región del Planeta, por lo que con estos documentos (siendo los principales) junto con las instituciones internaciones protectoras de los Derechos (Comisión y Corte IDH) se regula el denominado “Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en el cual México se encuentra adherido.

2.2 México en el Sistema Interamericano de derechos humanos

El Estado Mexicano por propio mandamiento Constitucional (artículo 133 CPEUM) establece que las disposiciones contenidas en la Constitución Federal, las leyes emanadas por el Congreso de la Unión y los Tratados Internaciones que sean celebrados por el Presidente de la Republica con aprobación del Senado, serán en su conjunto la “Ley Suprema” de toda la Nación, incluso prevalecerá si una entidad federativa impusiera los contrario en su constitución o leyes, por ende el Ordenamiento jurídico vigente en México, se compondrá de una Legislación interna (Constitución y Leyes) y una Legislación externa (Tratados Internacionales), sin embargo no se tiene por automático que todos los tratados internacionales tienen vigencia en nuestro país, sino únicamente aquellos que fueran llevados al procedimiento previsto en la propia Constitución, relativo a la celebración del Jefe del Ejecutivo federal con la respectiva aprobación del Congreso de la Unión (diputados y senadores).

Bajo esta tesis, tenemos que asimilar que el Sistema Jurídico mexicano resulta ser amplio, el catálogo es extenso, pues no podemos seguir con la idea arcaica y conservadora bajo el estandarte de la “soberanía nacional” que únicamente en México se debe privilegiar y tomar como derecho vigente, las leyes internas, es decir, las leyes emanadas por el congreso de la Unión, pues ya quedo definido que también se debe privilegiar como un iguales, las normas que pertenezcan al derecho internacional cuando fueran ratificadas y adoptadas por el Estado Mexicano, por lo cual en tratándose de Derechos Humanos nuestro País México en últimos diez años ha realizado diversas modificaciones a la Constitución Federal con el objeto de ampliar la protección de los D.H., principalmente como piedra angular se encuentra en la Reforma al Artículo Primero Constitucional de fecha 10 de junio de 2011 en donde se establece la Universalidad de goce de derechos humanos en favor de todas las personas que se encuentren dentro de los Estados Unidos Mexicanos, derechos los cuales textualmente refiere:

“...reconocidos en esta Constitución y en los Tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección...”,

por lo cual, siguiendo lo antes expuesto así como los parámetros Constitucionales, se tiene la firmeza que el artículo primero constitucional pone al mismo nivel a los derechos que se encuentran plasmados en la Constitución y los establecidos en los tratados internacionales, por lo cual el derecho constitucional mexicano, por lo que respecto a todo lo relativo a los derechos cuando menos, se abre de forma clara y contundente al derecho internacional de los derechos humanos, demostrando de esta manera una visión cosmopolita del derecho en la actualidad (Carbonell, 2016, pág. 36).

Ante ello, México sigue la idea que persiste en el derecho internacional de los derechos humanos, donde se establece que los tratados internacionales son un motor esencial para el desarrollo reciente de la protección de los derechos fundamentales en todo el mundo, pero también la interpretación que se realiza de ellos en diversas sedes, tanto a nivel global como a nivel regional (como ya se ha establecido previamente) ya que en dichos tratados se pueden encontrar derechos que no están previstos en la constitución o en las leyes nacionales, por lo

que resultan ser perspectivas complementarias a las que ofrece nuestra Carta Magna (Carbonell, 2016, pág. 38). El Estado Mexicano se ha adherido a tratados de derechos humanos de carácter general así como de carácter sectorial, tal es el caso por ejemplo, que México adopto sujetarse al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los cuales son de nivel global pero a nivel regional también se encuentra adherido a la Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, también se ha sujetado a tratados internacionales de carácter sectorial (especialización) como lo son la Convención del Niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer y en el ámbito de América también existen tratados sectoriales como lo son la Convención Americana para prevenir y sancionar la tortura – remitirse a los ya expuestos-, por ende es correcto afirmar, que México se encuentra inmerso dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no solo por el reconocimiento de los derechos que se encuentran contenidos en los tratados internacionales de los cuales ha suscrito y ratificado, sino porque también se ha sometido a la competencia contenciosa de la Corte IDH desde el año de 1998, siendo obligatoria su reconocimiento de las Sentencias que sean emitidas por esta en contra del Estado Mexicano como responsable de violaciones a derechos humanos así como su correspondiente cumplimiento de las reparaciones del daño que le sean impuestos.

2.3 El Control de la Constitucionalidad y Convencionalidad de los Derechos Humanos en México

Dentro de los Sistemas Jurídicos es de vital importancia la existencia de medios para garantizar el cumplimiento de las normas sustantivas, pues en caso de no existir ningún medio para defender el respeto de tales derechos estos no tendrían razón de ser, pues como diversos autores lo han referido, serian “*derechos de papel*” sin que tuvieran una efectividad o una materialidad real en las sociedades, concatenado con ello, en la actualidad no encontramos ante la presencia de una nueva tendencia en el área del Derecho Constitucional en donde se proyectan nuevas “construcciones constituciones” a nivel nacional que, desde su interior, plantean “clausulas” de apertura a lo internacional (Becerra Ramírez, 2016, pág. 19).

Es por lo cual, en el ámbito de los Derechos humanos, también existen diversos medios para cumplirlos, dentro de estos podemos encontrar como principal y más recurrente medio, la vía contenciosa, en donde el sujeto que considera ha sufrido violaciones a sus derechos humanos acude ante una autoridad quien dentro del marco de sus funciones y facultades, iniciara un procedimiento a fin de verificar si efectivamente agentes estatales han violentado algún derecho humano en contra del peticionario, y si fuera el caso, emitirá una decisión en donde se contenga no solo la responsabilidad por parte del Estado sino también posibles formas para subsanar en la medida de lo posibles dichas afectaciones, dentro de estos métodos de protección a D.H. se pueden catalogar en sede Nacional o Interna y en Sede Internacional o externa según sea el caso.

Por cuanto hace a la sede Nacional se puede citar, por ejemplo, el “Juicio de Amparo” el cual *a grosso modo* se debe mencionar que es un procedimiento reconocido en la Constitución Federal y reglamentado en la Ley de Amparo, en el cual, a instancia de parte agraviada acude ante el Poder Judicial Federal con el fin de demandar la protección de sus derechos humanos establecidos en la CPEUM así como en los Tratados internacionales de conformidad con el artículo primero de la Carta Magna, como ya se ha señalado, este procedimiento es totalmente jurisdiccional, conlleva una serie de etapas, y su resolución es emitida por un Juez quien tendrá facultad para obligar a la autoridad en caso de ser condenada a la Reparación del daño a la víctima de la violación de derechos, existiendo también como regla procesal, derechos de impugnación el cual resolverá una segunda Instancia.

En sede internación también existe medios de protección de los derechos humanos de tipo contencioso, los cuales como ya se ha analizado con mayor detalle encontraremos principalmente a la Corte Interamericana de Derechos humanos, en donde una corte propiamente dicha, compuesta por siete jueces, decidirán previo un proceso con etapas delimitadas, la responsabilidad del Estado miembro demandando y en su caso se le condenara a la Reparación de la violación del derecho humano en cuestión.

Resulta necesario mencionar en este momento, que la protección de los Derechos humanos en sede internacional o basada de mecanismos internacionales, no ha sido una situación

“fácil” de ser aceptada por México, ya que esto se visto reflejada en la mayoría de los Estados alrededor del globo, pues como se ha analizado por el Jurista Gustavo Zagreblesky el cual expone que esto es un problema del derecho constitucional general, esto en virtud del desacuerdo existente que se presenta al momento de hacer uso, por parte de los jueces nacionales, de materiales normativos y jurisprudenciales internacionales, pues existen dos ideas opuestas, siendo uno de ellos en el cual se caracteriza por la interpretación de los D.H. en el que los tribunales nacionales asumen el compromiso con los contenidos del derecho internacional y consideran sin mayor problema el derecho extranjero, mientras que la otra ideología o criterio a seguir, es en el sentido de rechazar la apertura, al defender los planteamientos constitucionales originarios, en el cual se rechaza la apertura al derecho extranjero en el nacional (Zagrebelsky, 2014, pág. 338). Por lo cual, el proceso de apertura de las constituciones de los países ha ido a paso lento, precisamente justificada en la ideología de una postura cerrada, bajo la justificación de la “Soberanía nacional”, por lo que generalmente la aplicación del derecho internacional se realiza en conformidad a los términos fijados por la Constitución, pues la tendencia de los Estados se presentó como fortaleza cerrada protegida por el principio de la no injerencia que existe sobre la ase de la igualdad con la relación a los demás Estados y con la idea de qué medida que el Estado se encuentre subordinado a un ente externo, dicha Soberanía tiende a desaparecer (Becerra Ramírez, 2016, pág. 22).

Sin embargo, al a par de estos, medios de protección de los derechos humanos, la propia Constitución Federal Mexicana, también prevé la existencia de “Controles” para regular la protección de los Derechos fundamentales, los cuales en primer lugar se diferenciara por el tipo de ordenamiento que vigilara y controlara, ya que encontraremos un denominado “Control de la Constitucionalidad” la cual protegerá esencialmente el cumplimiento de las normas establecidas en la Constitución Federal, es decir, la sede interna o nacional, pero también encontramos el llamado “Control de la Convencionalidad” la cual se diferencia por ser la reguladora del ordenamiento Supranacional o de los tratados internacional en materia de derechos humanos, por parte de las autoridades nacionales.

En este orden de ideas y por cuanto hace al “Control de la Constitucionalidad”, encontramos su primer origen en la propia Constitución Federal en el artículo primero en su segundo párrafo al mencionar textualmente lo siguiente:

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

Por lo cual, el Control de Constitucionalidad, no resulta ser “nuevo” en la cultura jurídica, ya que ha sido analizado por grandes juristas en nuestro país, y esencialmente por el destacado profesor Ignacio Burgoa, el cual ha planteado que existen dos formas de control de la constitución por el órgano jurisdiccional, uno de ellos es el denominado “vía de acción” y el otro por “vía de excepción”, donde, para el tema que nos atañe, resulta encontrarse en la segunda de las vías mencionadas, es decir, la vía de excepción, en el cual la impugnación de la ley o acto violatorio no se hace directamente ante una autoridad judicial distinta, sino que opera a título de defensa en un juicio previo en el que uno de los litigantes invoca la ley que se reputa inconstitucional, por lo que esta vía no asume la forma de un juicio (propiamente dicho), sino más bien se traduce, en una mera defensa alegada por uno de los litigantes en un proceso cualquiera, siendo, por ende, la misma autoridad judicial la que puede conocer de la inconstitucionalidad de la ley o del acto aplicativo correspondiente y en la cual una de las partes apoya sus pretensiones por lo que cualquier juez, independientemente de su categoría, debe optar, en los casos concretos que se someten a su conocimiento, por aplicar la constitución o por ceñir sus resoluciones a la ley secuencia, previo examen lógico-jurídico que haga acerca de la cuestión de inconstitucionalidad que le plantean las partes (Burgoa, 2013, págs. 156-157).

Bajo este tenor, con meridiana claridad podemos afirmar que el llamado Control de Constitucionalidad, es aquel que se realiza por parte de los propios jueces (poder judicial) el cual viene resolviendo una controversia que le ponen en su conocimiento las partes, sin embargo dichos jueces “de origen” al encontrar algún tipo de “norma” que tuviera que aplicar, y la cual se encuentra en contra de lo que la normatividad Constitucional refiere, esta

autoridad judicial deberá “anular” o “dejar sin efecto” por llamarlo de alguna manera, dicha norma legislativa (secundaria) a fin de privilegiar lo que se encuentra estampado en la Constitución Federal. Por aludir a un ejemplo, podríamos referir que dentro de una resolución del orden civil, el juez de lo familiar al momento de emitir su resolución o Sentencia se encuentra con que un artículo del Código de lo familiar, establece que sobre los derechos de los menores prevalecerá los derechos de los padres, en esta situación, el Juez conocedor del asunto, deberá inaplicar dicha norma secundaria, en virtud que en la Constitución Federal se encuentra establecido el Derecho humano del Intereses Superior del Menor, pues evidentemente la norma secundaria va en contra de un derecho humano establecido en la Constitución Federal, por lo que ante este Control de Constitucionalidad por vía de “excepción” la autoridad judicial podría por si misma realizar una análisis lógico-jurídico acerca de la Inconstitucionalidad de la norma, sin la necesidad de acudir ante otra autoridad judicial para que esta realice el “examen “ ya que la autoridad de origen está legitimada para realizar dicha función, brindando de mayor certeza y respecto a los derechos humanos al momento de emitir alguna resolución o decisión judicial.

Ahora bien, ya se ha mencionado que existe una forma de “controlar” las normas que vayan en contra de una disposición del orden Constitucional, principalmente cuando se trate de ir en contra de un Derecho Humano que se encuentre plasmado en la Carta Magna, pero como ya se ha mencionado anteriormente, la normatividad internacional también forma parte del orden jurídico nacional por propia disposición Constitucional, claro, siempre y cuando hayan llevado el proceso para el efecto se requiere, y si así fuera el caso, entonces si forma parte del universo jurídico imperante en nuestro país México, por lo que, al formar parte los tratados internacionales en materia de derechos humanos de la normatividad mexicana, entonces también de ser regulado al momento de encontrarse en la práctica por los operadores jurídicos, para lo cual se ha instaurado el denominado “Control de la Convencionalidad”.

En este orden de ideas, México se ha visto envuelto por múltiples transformaciones jurídicas en los últimos años, una de ellas tiene que ver con la incorporación jurídica legislativa de la obligación de la protección de los derechos humanos, dicha transformación jurídica abarca por ahora al poder legislativo, al poder constituyente, al poder judicial y en menor medida a

los demás poderes y órganos del Estado, en donde la incorporación del control de convencionalidad constituyó un gran avance en la protección de los derechos, por ello los derechos humanos son el eje que justifica y legitima un control especial entre el ordenamiento interno y el ordenamiento jurídico externo internacional, que antes no se había podido lograr (Cabral Lucio, 2016, págs. 224-225).

Por lo que en primer lugar debemos establecer y lograr diferenciar lo que ya ha expresado previamente, pero que tiene íntima relación con el control de convencionalidad, me refiero a que en sede internacional también existe un control concentrado de la convencionalidad, el cual es precisamente el ejercido por la Corte IDH, cuando revisa subsidiariamente los actos internos de los Estados (actos de autoridad o disposiciones normativas) por su posible violación a la Convención Americana, mismo que resulta de naturaleza concentrada por estar ubicado dicho control en un solo órgano la potestad de controlar con efectos jurídicos vinculantes la regularidad de los actos jurídicos internos respecto al parámetro de control internacional (Cabral Lucio, 2016, pág. 226). Pero a su vez también existe un *Control difuso de la Convencionalidad* el cual en términos generales lo realizarían todos los Estados de manera directa los cuales se encuentren integrados dentro del Sistema Interamericano, evidentemente en el marco de sus respectivos territorios y jurisdicciones, cobrando su característica principal, el que no solo un órgano puede realizar dicho control, sino una pluralidad de entes son los facultados e incluso “obligados” a llevarlo a cabo por lo que podría decirse, que los jueces ordinarios cobran el rol de jueces interamericanos.

Adentrándonos en materia, el Control de Convencionalidad como se suele conocer, es una figura jurídica de protección a los Derechos Humanos, el cual claramente puede afirmarse tuvo su origen en el Sistema Interamericano de D.H., en virtud que los estudiosos del derecho internacional, afirman que el Control de Convencionalidad tiene su punto de inicio con el voto emitido por el entonces Juez mexicano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio García Ramírez (Carbonell, 2016, pág. 9), en el caso “ Myrna Mack Chang vs Guatemala” en donde el jurista en el párrafo 27 de su voto concurrente expreso lo siguiente:

“... No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el Juicio -sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su Conjunto- y sustraer a otros de ese régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional...” (Sentencia emitida el día 25 de noviembre del año 2003)

Este criterio emitido por el destacado jurista mexicano, se vio nuevamente reflejado al momento de emitir su voto concurrente en la Sentencia del caso “Tibi vs Ecuador” de fecha 07 de septiembre del año 2004, lo cual, causa un fuerte impacto en la Corte IDH, a tal punto, que la propia Corte en su integridad adopto dicho punto de vista, al momento de emitir la Sentencia del caso “Almonacid Arellano vs Chile” en el año 2006, y siendo precisos la adopción del Control de Convencionalidad, cuando la Corte entro al estudio para emitir la Sentencia del caso “Trabajadores cesados del Congreso” (*Aguado Alfaro y otros contra Perú*) el 24 de noviembre del año 2006 (Carbonell, 2016, pág. 11), donde en el párrafo 128 de dicha Sentencia expreso en su literalidad lo siguiente:

“... Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitado exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control debe ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencias de este tipo de acciones...”

Este criterio emanado por la propia Corte IDH resulta ser de vital importancia, ya que en primer lugar, se advierte una de las mayores características de este “control”, es decir, la “oficiosidad” que les recae a los jueces pues estos se encuentran “obligados” a llevar a cabo dicho control de convencionalidad en todos los asuntos que le son puestos de su conocimiento, ya sea de índole privada o público, y haciendo eficaz el contenido de los tratados internacionales (materia de D.H.) al momento de resolver.

Por lo antes mencionado, se logra entender, que el Control de Convencionalidad, es una función que deben ejercer todos los jueces Mexicanos, el cual consiste precisamente en el “examen” de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), pero también con sus protocolos adicionales e incluso la Jurisprudencia que sea emitida por la Corte IDH (el cual es el único órgano jurisdiccional que tiene la facultad de interpretar de manera “última” y “definitiva” dicha convención), control el cual fue creado por ese mismo tribunal internacional para formar parte del Corpus iuris del Sistema Interamericano de Derechos humanos y por ende de los estados miembros entre ellos México (Ferrer Macgregor, 2013, pág. 340).

No sobra mencionar, que aún existe dentro de los operadores jurídicos, la “inquietud” o “duda” respecto a si se debe llevar a cabo o incluso si están facultados los órganos jurisdiccionales mexicanos del orden común, un control de convencionalidad, sin embargo, esta cuestión, no solo es una decisión optativa, sino obligatoria, pues el ejercicio del Control de Convencionalidad, encuentra su obligatoriedad en los siguientes apartados (Ferrer Macgregor, 2013, págs. 341-342):

- A las cuatro sentencias condenatorias al Estado Mexicano (2009-2010), donde expresamente refieren a este “deber” por parte de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, para ejercerlo (las Sentencias emitidas por la Corte son el *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs México*, el caso *Fernández Ortega y otros vs México*, el caso *Rosendo Canto y otra vs México*, el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*);

- A lo dispuesto en los artículos 1° (*obligación de respetar los derechos*), 2° (*deber de adoptar disposiciones de derecho interno*), 29 (*normas de interpretación más favorable*) todos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente en México desde el 24 de marzo de 1981;
- A lo dispuesto en los artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y 27 (*no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado*) del Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el cual se encuentra vigente en México desde el 27 de enero de 1980;
- La **Reforma Constitucional** mexicana en materia de derechos humanos, vigente desde el 11 de junio de 2011, esencialmente al contenido reformado de los conceptos agregados al artículo Primero de la Constitución;
- A la aceptación “*expresa*” de este tipo de “*control*” por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como parte importante del cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco*, al conocer del **expediente Varios 912/2010**, resultado el 14 de julio de 2011, lo cual implicó, entre otras cuestiones, aceptar también el “control difuso de constitucionalidad”, al realizar una nueva interpretación de lo contenido por el artículo 133 de la CPEUM de acuerdo a lo establecido y siguiendo el paradigma de lo establecido por el artículo 1° de la Carta Magna.

Por lo cual ante estas consideraciones, se puede observar con toda claridad, que el “ejercicio” de llevar a cabo el control de convencionalidad por parte de los operadores jurídicos, específicamente los jueces, no resulta ser una cuestión optativa, o en su caso una situación de incertidumbre, más bien, es una “obligación” la cual se encuentra perfectamente delimitada por directrices Constitucionales e Internacionales, por lo cual todos los jueces nacionales deberán interpretar las normas que se encuentran aplicando en sus correspondientes resoluciones conforme a las normas de derecho humano de fuente internacional, y la Jurisprudencia emitida por la Corte IDH, y en el caso de resultar contrarias a estas normas, se encontrarían autorizados para ejercer ese control difuso e inaplicar las normas que estimen contrarias al derecho humano de fuente internacional (González Santos,

2014, pág. 8), el cual de acuerdo a la región mundial en el cual nos encontramos, es aplicable el Sistema Interamericano de Derechos humanos (descrito previamente).

Sin embargo, no solo en sede internación por la Corte IDH, ha sido analizada esta figura interpretativa de nomas, ya que también en sede nacional el máximo tribunal mexicano, ha dado su punto de vista respecto a ello, durante los primeros años de la década del 2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y principalmente con la reforma constitucional de junio del año 2011 realizo diversas interpretaciones respecto a la forma en la cual se debía aplicar los contenidos de los Tratados Internaciones en materia de Derechos humanos, para ello la Corte Mexicana en acatamiento a lo establecido por la Sentencia condenatoria de la Corte IDH, entro al estudio en la estudio de la misma al apertura extraordinariamente el **Expediente Varios 912/2011** en donde entre los diversos puntos analizados, fue el que los jueces deberán llevar acabo un Control de Convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de convencionalidad, pero esta circunstancia trajo diversas dudas por parte de los operadores jurídicos y existir múltiples formas de entender la aplicación de tal Control, donde la Suprema Corte la sujeto inicialmente al condicionamiento de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, con la condición que el Estado fuera parte de un litigio internacional, por lo cual las obligaciones internaciones que tienen los Estados les han sido atribuidas no por la vía impositiva de un orden internacional que no les reconoce autonomía, sino por una decisión que el propio Estado ha tomado en el ejercicio de su “soberanía” y que ha expresado mediante la correspondiente firma y la posterior ratificación de los instrumentos internacionales para integrar a un “orden supranacional de protección”. Por lo que esta decisión del máximo tribunal dio a ver una “resistencia” hacia las fuentes jurisdiccionales que vayan más allá de las fronteras de México (Becerra Ramírez, 2016, pág. 37).

Ante esta situación, un par de años posterior, se observó una posible apertura al derecho internacional de los D.H. en México y superar lo antes expuesto, lo cual incluso llevo a emitir en su momento la Tesis 293/2011, donde se presentó la oportunidad de dar un paso hacia delante para afianzar el uso y consolidar el control de convencionalidad en toda su extensión por parte de los jueces de todos los niveles en México (Becerra Ramírez, 2016, pág. 38), sin

embargo, la misma fue llevada en Contradicción de Tesis, hasta el Pleno del máximo Tribunal el cual entro al estudio de tan importante tema, siendo que en abril del año 2014 fue emitida la Tesis Jurisprudencial bajo número 20/2014, siendo la siguiente:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

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

los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

Con esta resolución en su carácter de Jurisprudencia Constitucional emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado de manera total cual es el parámetro que se deben seguir por parte de los operadores jurídicos, se reitera, especialmente por los órganos jurisdiccionales, en México, al momento de encontrarse ante el ejercicio del Control de Convencionalidad, ya que advierte que cuando se trate de dicho control, el parámetro de control de regularidad lo son los tratados o convenciones internacionales, pues de no ser así se correría el riesgo de la existencia de posibles incongruencias entre los actos o normas materia de control al considerárseles inconstitucional pero inconvenionales o viceversa (Herrera Pérez, 2016, pág. 288), por cuanto hace al nivel de “jerarquía” entre la norma constitucional y las fuentes internaciones de derechos humanos, esta Jurisprudencia las pone al a par, es decir, de manera expresa refiere, que “no se relacionan en términos jerárquico” sino más bien como un “conjunto” de Derechos Humanos, independientemente de la fuente que provengan, ya sea fuente nacional o fuente internacional, sin embargo en el mismo contenido de la Jurisprudencia, se expone a la Constitución Federal, como la norma fundamental del orden jurídico mexicano y por ende todas las normas tendrán que estar acorde con esta, en sentido formal y material, por lo cual se establece una restricción directa a la aplicación de los Tratados Internacionales o más bien a todo el Sistema Interamericano en Derechos Humanos, esto en virtud, que si un derecho humano se encuentra establecido en alguno de los instrumentos del Sistema Interamericano, de los cuales aun estando México suscrito debidamente a él, si de acuerdo a la Constitución Federal está restringido dicho derecho, entonces, los órganos jurisdiccionales tendrá que anular la norma internacional para someterla al escudriño de la norma suprema mexicana.

Ante este orden de ideas, y siguiendo lo establecido por la Jurisprudencia bajo número 20/2014, es claro que se continua autorizando a los jueces ordinarios realizar el ejercicio del Control difuso de la Convencionalidad de los derechos humanos, con el objeto que al momento de realizar alguna decisión, en donde se encuentra una norma secundaria la cual no

esté dentro del parámetro de un derecho establecido en la Convención interamericana o alguno de los instrumentos que forman el Sistema Interamericano de D.H. los jueces tienen la facultad de inaplicar dicha norma secundaria, pero cuando se exija por parte de un peticionario, que un órgano jurisdiccional bajo el ejercicio del control de convencionalidad, deje de aplicar una norma constitucional por estar en contraposición con lo establecido en un Instrumento Internacional, el operador jurídico deberá desechar el derecho extranjero por no estar concordancia con lo establecido por la Carta Magna, por lo que con claridad, se puede observar nuevamente un cierre parcial en los mecanismos de protección de derechos humanos, al restringir parcialmente la efectividad del mecanismo de controlar la convencionalidad, y que impere el derecho humano de mayor protección, independientemente de cuál sea la fuente de origen.

Dada estas circunstancias, y siguiendo lo establecido por la SCJN mediante su Tesis Jurisprudencial multicitada, nos encontramos ante restricciones expresas establecidas en la propia CPEUM al momento de establecer parámetros para el ejercicio de un derecho, como podría ser la aplicación de instituciones jurídicas que restrinja ciertos derechos humanos, tal es el caso que nos interesa respecto a la Figura procesal del “**Arraigo**” Judicial, el cual como ya ha quedado previamente establecido se encuentra previsto en el artículo 16 párrafo VIII de la CPEUM, el cual de manera genérica se trata precisamente de una restricción a un Derecho humano establecido por propia Carta Magna y la Convención Americana de D.H., es decir, se trata del Derecho Humano a la Libertad personal, prerrogativa la cual se encuentra protegida por ambos ordenamientos máximos, tanto nacional como internacional, sin embargo dicha restricción al ser institucionalizada en la Constitución federal, no resulta ahora indebida, o más bien se encuentra dentro del parámetro de constitucionalidad de los Derechos Humanos, aun cuando va en contra a las Convenciones y Tratados Humanos donde México es Estado Parte, por lo que los jueces mediante un control difuso de la convencionalidad, o incluso un control concentrado de la Constitucionalidad, no podrán señalar la nulidad de la norma que protege al arraigo judicial en el caso que le sea impuesto a una persona, aun cuando se trate de una restricción a su derecho a la libertad y que esta va en contra de lo establecido por los Instrumentos internaciones protectores de los derechos humanos.

2.4 El Derecho a la Libertad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El derecho humano a la Libertad Personal es sin duda un derecho básico para la existencia de la dignidad de toda persona, pero sobre todo para su desarrollo adecuado, hablar de libertad es sin duda un tema ancestral y multidisciplinario, el cual a lo largo de la historia ha sido analizado principalmente por filósofos y en lo que nos interesa por juristas. La “lucha” por la libertad no es algo actual, ya que ha sido la constante por siglos que todas las personas pretenden alcanzar. Para muchos juristas la libertad, es el principal derecho fundamental que requiere toda persona, solo por debajo del derecho a la vida, sin embargo, a razón que en el presente trabajo no es la intención seguir alguna corriente en específico respecto al desarrollo de los derechos humanos, como lo pudiera ser por orden de jerarquía o por temporalidades de aparición, nos ceñiremos al principio de “*interdependencia*” de los Derechos humanos establecido en la doctrina y ahora en la normatividad constitucional mexicana en su artículo primero, por lo que sostenemos que todos los derechos humanos se encuentran dependientes de los otros, y conforman un todo dirigido a preservar la dignidad de la persona.

Para iniciar un análisis breve respecto a la libertad, se puede decir que los derechos de libertad (utilizando el concepto de libertad negativa) genera ámbitos de inmunidad en favor de los individuos, que no pueden ser traspasados por el Estado; es decir, los derechos de libertad se constituyen como límites negativos (de no hacer) para los poderes públicos, que están obligados a no inferir en las conductas amparadas en esos derechos (Carbonell, 2016, pág. 39), pues como lo ha expresado el filósofo Robert Alexy, estos tipos de derechos son conocidos como “*derechos -defensa*” ya que le establecen al sujeto (persona) el poder defenderse de las “*intromisiones*” de determinadas conductas.

La Constitución Mexicana prevé diversas categorías de la “Libertad”, siendo el primer concepto que se encuentra en el ordenamiento supremo nacional, lo es la libertad, visto como la prohibición de la esclavitud que se encuentra en el artículo primero párrafo cuarto de la Carta Magna, donde de manera expresa se advierte que toda persona en el territorio mexicano gozará de libertad, al estar prohibida la esclavitud en nuestro país, y cualquier persona que tuviera esta condición proveniente del extranjero, por el hecho de entrar en territorio

mexicano obtendrá su libertad, este nivel de libertad, podríamos denominarlo, como libertad primaria, ya que de ahí parte todas las demás libertades previstas en la norma Constitucional. Libertades las cuales de acuerdo al autor Miguel Carbonell, las podríamos establecer en las siguientes categorías:

- Libertad de enseñanza;
- Libertad de procreación;
- Libertad de ocupación o trabajo;
- Libertad de expresión;
- Libertad de imprenta;
- Libertad de asociación y reunión;
- Libertad de tránsito y de residencia;
- Libertad religiosa;
- Libertad de ideología;
- Libertades económicas.

Dentro de estas libertades previstas por la propia CPEUM, también localizamos a la libertad personal, el cual es uno de los bienes más preciados por el individuo, ya que desde el surgimiento del Estado liberal ha sido definida desde una vertiente de no interferencia, es decir, como un derecho que protegería a las personas de injerencias externas que se le impedirían llevar a cabo una “actividad permitida” (Rebato Peña, 2016, pág. 128), por lo que esta libertad personal engloba la libertad física, deambulatoria y la libertad corporal.

Por lo cual nos introducimos, específicamente a la libertad corporal de las personas, el cual se goza por regla general en nuestro país, ya que tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales, así como en instrumentos internacionales, se establecen las limitaciones al derecho de libertad en formas de privaciones, lo cual se encuentra en íntima relación con el derecho humano a una seguridad jurídica.

En este orden de ideas, encontraremos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece los parámetros en los cuales la libertad se encuentra limitada o restringida, esto lo establece en el artículo 16, en donde se establece la prohibición de ser molestada cualquier persona en su persona, sino únicamente podría existir dicha molestia cuando provenga de un mandamiento emitido por una autoridad competente la cual funde y motive la causal legal de su actuar. Así mismo, se establecen en el mismo dispositivo, las diversas formas en las cuales se puede realizar la detención de una persona y que esta se encuentra autorizado por la norma suprema. Tal es el caso, que la Carta Magna, establece cuatro formas en las cuales se autoriza la restricción de la libertad personal, siendo las siguientes:

1. Detención por Orden de aprehensión;
2. Detención en flagrancia delictiva;
3. Detención por Caso Urgente;
4. Detención por Arraigo judicial.

Así mismo, a nivel internacional, específicamente en el Sistema Interamericano de Derechos humanos, también se encuentra previsto el derecho a la libertad personal, principalmente en el artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos humanos (Pacto de San José), donde se establece lo siguiente:

6.1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto estas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

En dicho dispositivo al igual en el artículo primero constitucional mexicano, se establece en primer término la prohibición expresa de la esclavitud, es decir, la libertad más amplia hacia todas las personas que se encuentren en los Estados miembros de la Convención, posteriormente a ello y de manera más específica en el artículo 7 se denomina “*Derecho a la Libertad Personal*” el cual de manera textual menciona:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*
- 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*
- 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*
- 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*
- 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*
- 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.*
- 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.*

Bajo estas consideraciones, se logra apreciar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, visto como instrumento internacional rector del Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos, establece de manera amplia el derecho a la libertad y ligadamente a la seguridad personal, ya que incluso establece de manera detallada y categorizada respecto a la libertad física, entendida esta como libertad de movimiento, sin

embargo como se verá más adelante la Corte IDH también le ha dado un contenido más amplio donde se asocia la posibilidad de autodeterminación.

Bajo estas consideraciones, se logra apreciar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, visto como instrumento internacional rector del Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos, establece de manera amplia el derecho a la libertad ligado a la seguridad personal, ya que incluso establece de manera detallada y categorizada respecto a la libertad física, entendida esta como libertad de movimiento, sin embargo como se verá más adelante la Corte IDH también le ha dado un contenido más amplio donde se asocia la posibilidad de autodeterminación.

En este orden de ideas, se encuentra también la existencia de diversas “formas” o “condiciones” específicas en las cuales se puede ver restringido ese derecho fundamental de la libertad, lo cual se encuentra establecido en el *artículo 7.2* donde refiere: *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.* _Por lo que la libertad se verá legalmente restringida únicamente en condiciones que se encuentren previamente establecidas en la constitución del país parte del tratado, así como por las leyes secundarias de cada país miembro.

2.4.1 Parámetros de la Detención para la convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana sobre D.H. como ya se ha precisado, establece el derecho a la libertad como un derecho básico y necesario para la existencia de una persona con estricto apego a su dignidad humana, sin embargo, este derecho fundamental, también encuentra diversas posibilidades de ser restringido dentro del propio marco de la Convención antes citada. Esto queda especificado en el inciso 2 del artículo 7 de Tratado multicitado, en el cual, las restricciones del derecho lo hacen exponiendo mediante la remisión a las “causas” y “las condiciones” que se encuentran establecidas en las “Constituciones Políticas” o “las leyes dictadas conforme a ellas” para determinar la legalidad de una “*privación de la libertad física*”.

Por lo que a propia referencia de la Corte IDH ha establecido que si la normatividad interna, tanto en el aspecto material como en el formal, no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención americana (*Corte IDH. Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de octubre de 2015. Serie C No. 301*).

Bajo este orden de ideas, y siguiendo lo establecido en el Sistema Interamericano de Derechos humanos, al cual se encuentra adherido México, nos encontramos a que la Corte IDH ha mencionado y expuesto los requisitos que los Estados partes deben cumplir para que una privación de la libertad pueda ostentarse como “legal”, por lo cual en diversas Sentencias ha referido que dentro de dicho concepto se deben distinguir entre aspectos materiales y aspectos formales vistos como requisitos para una legal detención. Por su parte el artículo 7.3 de la Convención Americana textualiza: “*nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios*”. Y precisamente el máximo tribunal en el sistema Interamericano en D.H. a lo largo de diversos casos contenciosos ha expuesto lo que se entiende por arbitrariedad, principalmente lo ha utilizado en los asuntos relativos a la prisión preventiva. Para entrar en el particular de la privación legal de la libertad, nos podremos referir al “*Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994*” en donde se manifiesta lo siguiente:

47. Esta disposición [artículo 7] contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal).

Por lo cual, la Corte IDH, distingue dos aspectos para establecer la legalidad de una privación de la libertad, en el que se distingue:

- Un aspecto material, el cual se refiere a los supuestos normativos establecidos previamente en las Constituciones de los Estados miembros, así como las figuras tipificadas en las leyes secundarias de los países partes de la Convención;
- Y un aspecto formal, donde se encuentra se tendrán que respetar las formas y procedimientos previamente establecidos en las Constituciones y leyes en la materia de cada país para el caso de las detenciones.

Bajo este orden de ideas, en el ámbito territorial de nuestro país México, debemos de remitirnos estrictamente a lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como lo establecido en el Código Nacional de Procedimientos penales, toda vez que en el primer Ordenamiento de carácter “Supremo” se establecen los lineamiento primarios y básicos para que una persona pueda ser privada de su libertad dentro del margen de la legalidad, es decir, se fijan diversas “figuras” en las cuales el Estado mexicano reconoce y autoriza la restricción al derecho humano de la libertad, pues incluso se detallan las formas en las cuales se puede actuar y los requisitos para que aquella detención que se llegue a practicar se encuentre dentro del marco de la legalidad y sin violentar derechos humanos establecidos en la propia carta magna y en los Tratados Internacionales correspondientes, en íntima relación con esto, se encuentra un cuerpo de normas de tipo secundario, el cual ya se ha citado como el Código nacional de procedimientos penales, el cual regula de manera detallada los pasos a seguir por las autoridades, así como las partes intervinientes en el proceso penal al momento en el cual ocurra una detención, por lo cual, analizaremos lo establecido por la carta magna en los siguientes términos:

- **Detención por Orden de aprehensión judicial:** Esta primera figura de posibilidad de detención se encuentra establecida en el *artículo 16 párrafo primero, tercero y cuarto* de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el cual a la letra refiere lo siguiente:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

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

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.”

La libertad como ya se ha analizado, es uno de los bienes jurídicos más preciados dentro de un Estado democrático de derecho y por ende su privación o restricción debe ser considerada como la *última ratio* o la última razón del derecho penal para dar respuesta al procesamiento de los hechos delictivos (Valadez, Manuel, 2019, 167). Como ya se ha hecho referencia previamente, dentro de los derechos humanos previstos en la constitución mexicana, se encuentra el derecho a la libertad, vista desde el plano de una libertad de movimiento o libertad de transitar a voluntad propia de la persona, sin embargo en la propia carta magna se desprende que el régimen constitucional de las detenciones legales se pueden realizar de diversas formas, siendo la regla general: *las detenciones pueden practicarse únicamente cuando exista una orden de aprehensión*. Para lo cual se deberán reunir los siguientes requisitos a fin que logar sea dictada una orden de aprehensión en contra de una persona (Carbonell, 2016, págs. 701-702):

- a) Que sea emitida por una autoridad judicial competente;
- b) Que se haya interpuesto una denuncia o querrela;
- c) Que es denuncia o querrela se refiera a un hecho que la ley considere constitutivo de un delito y que la comisión de este delito sea sancionable con pena privativa de libertad;
- d) Que obren datos que se haya cometido ese hecho que la ley señala como delito y;
- e) Que obren datos a grado de probabilidad de que el inculpado cometió ese hecho o participio en su comisión.

Pero no solo se encuentra constitucionalizados los requisitos de fondo mínimos para la emisión de un mandamiento judicial el cual tendrá como efectos la detención de una persona, sino que también se establecen los “pasos a seguir” por parte de los agentes estatales los cuales haya ya materializado y dado cumplimiento a dicha orden de detención, cuando en el párrafo cuarto del artículo 16 ya citado, nos establece que:

- Una vez realizada la aprehensión, la autoridad que la llevo a cabo debe poner al detenido de forma inmediata a disposición de la autoridad judicial que emitió la correspondiente orden.

La Constitución utiliza los términos de “sin dilación alguna”, lo que debe interpretarse en el sentido de que entre la práctica de la detención y la puesta a disposición del juez no debe transcurrir más tiempo que el estrictamente necesario para que la autoridad ejecutara se traslade al sitio donde fue practicada la aprehensión hasta el lugar donde debe entregar al detenido (Carbonell, 2016, pág. 704). Por lo cual si la detención excede de ese tiempo de forma automática deberá entenderse como una detención ilegal y arbitraria, lo cual vicia el procedimiento e incluso se debe dar lugar a una responsabilidad por parte de las autoridades o agentes que practicaron la detención.

Por su parte, dentro del sistema jurídico mexicano, también a nivel secundario se encuentra regulado los lineamientos referentes a la emisión de una Orden de aprehensión, esto se observa dentro del **Código Nacional de Procedimientos penales**, específicamente en el artículo 141 y 142 de dicho cuerpo normativo, en donde se expresa lo siguiente:

Artículo 141. Citatorio, orden de comparecencia y aprehensión

Cuando se haya presentado denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, el Ministerio Público anuncie que obran en la carpeta de investigación datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión, el Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar:

III. Orden de aprehensión en contra de una persona cuando el Ministerio Público advierta que existe la necesidad de cautela.

En la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente.

También podrá ordenarse la aprehensión de una persona cuando resista o evada la orden de comparecencia judicial y el delito que se le impute merezca pena privativa de la libertad. La autoridad judicial declarará sustraído a la acción de la justicia al imputado que, sin causa justificada, no comparezca a una citación judicial, se fugue del establecimiento o lugar donde esté detenido o se ausente de su domicilio sin aviso, teniendo la obligación de darlo. En cualquier caso, la declaración dará lugar a la emisión de una orden de aprehensión en contra del imputado que se haya sustraído de la acción de la justicia.

El Juez podrá dictar orden de reaprehensión en caso de que el Ministerio Público lo solicite para detener a un imputado cuya extradición a otro país hubiera dado lugar a la suspensión de un procedimiento penal, cuando en el Estado requirente el procedimiento para el cual fue extraditado haya concluido.

El Ministerio Público podrá solicitar una orden de aprehensión en el caso de que se incumpla una medida cautelar, en los términos del artículo 174, y el Juez de control la podrá dictar en el caso de que lo estime estrictamente necesario.

Artículo 142. Solicitud de las órdenes de comparecencia o de aprehensión

En la solicitud de orden de comparecencia o de aprehensión se hará una relación de los hechos atribuidos al imputado, sustentada en forma precisa en los registros correspondientes y se expondrán las razones por las que considera que se actualizaron las exigencias señaladas en el artículo anterior. Las solicitudes se formularán por cualquier medio que garantice su autenticidad, o en audiencia privada con el Juez de control.

El primer párrafo del artículo 141 del CNPP establece los requisitos que el Juez de Control en materia penal, debe ponderar para autorizar la presentación de una persona a efecto que posteriormente le sea formulada la imputación, requisitos los cuales resultan ser los que también se encuentran en sede constitucional, como lo son: a) que exista denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito; b) que existan datos de prueba que permitan establecer que se ha cometido ese hecho; y c) que dichos datos de prueba también sean suficientes para demostrar la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión. Por lo cual a través del libramiento de una orden de aprehensión, respecto de aquellos casos en que el Ministerio Público estime que existe necesidad de cautela y así lo justifique ante el juez de Control, quien ponderará lo anterior principalmente al considerar si el delito es uno de los considerados como graves por el artículo 167 de este código adjetivo, tales como los relativos a delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medio violentos como armas y explosivos y los demás establecidos (Valadez Díaz, 2019, pág. 165).

Como es de observarse en el numeral 141 del CNPP también resulta de interés, ya que amplía la procedencia de la emisión de una Orden de Aprehensión, aun cuando los requisitos primarios y constitucionales continúan existiendo, sin embargo si es ampliada su procedencia, puesto que este numeral del código adjetivo en la materia expone, que su

emisión también procederá cuando una persona resista o evada la orden de comparecencia judicial, así como cuando sea declarado sustraído de la acción de la justiciada sin ninguna causa justificada el sujeto investigado y la procedencia también será cuando la persona imputada incumpla con una medida cautelar que le fue impuesta previamente en el transcurso del procedimiento penal.

- **Detención en Flagrancia delictiva:** Esta segunda figura de posibilidad de detención se encuentra establecida en el artículo 16 párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el cual a la letra refiere lo siguiente:

“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 civil más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.”

De manera excepcional, la Constitución establece este segundo parámetro de detención a una persona dentro del territorio mexicano, el cual señala que cualquier autoridad o persona pueden detener a alguien cuando este en flagrancia. En los supuestos de detención por flagrancia, también existe la obligación para quien realiza la detención de poner a disposición de la autoridad más cercana al detenido, y esta a su vez, tiene la obligación de entregarlo al Ministerio Público. Ahora bien, debemos entender por flagrancia como el momento de la comisión del delito o durante su persecución material llevada a cabo en el momento inmediatamente posterior a la realización del mismo. La existencia de la flagrancia supone una continuidad temporal entre el descubrimiento del hecho delictivo y la detención. Si esa continuidad temporal se ve interrumpida, entonces no nos encontraremos en el supuesto de la flagrancia que establece la Constitución mexicana, y por consiguiente se trata de una detención arbitraria o fuera del marco de la legalidad (Carbonell, 2016, pág. 705).

En este orden de ideas, ya localizamos un parámetro de detención por excepción como lo es la flagrancia delictiva, el cual faculta a cualquier persona o agente estatal a realizar la detención de otra persona en virtud, que está cometiendo un hecho que de acuerdo a la normatividad penal (estatal o federal) es considerada como un delito, esto reitero, ya se encuentra plasmado a nivel constitucional, sin embargo, también encuentra mayor tratamiento en la normatividad secundaria, como lo es el Código Nacional de procedimientos penales, el cual dada la trascendencia del tema, destina la sección II del capítulo II para delimitar la figura de la flagrancia delictiva, específicamente, en el artículo 146 del CNPP, reza lo siguiente:

Artículo 146. Supuestos de flagrancia

Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

- I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o*
- II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:*
 - a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o*
 - b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.*

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

Artículo 147. Detención en caso de flagrancia

Cualquier persona podrá detener a otra en la comisión de un delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al detenido a la autoridad más próxima y ésta con la misma prontitud al Ministerio Público. Los cuerpos de seguridad pública

estarán obligados a detener a quienes cometan un delito flagrante y realizarán el registro de la detención. La inspección realizada por los cuerpos de seguridad al imputado deberá conducirse conforme a los lineamientos establecidos para tal efecto en el presente Código. En este caso o cuando reciban de cualquier persona o autoridad a una persona detenida, deberán ponerla de inmediato ante el Ministerio Público, quien realizará el registro de la hora a la cual lo están poniendo a disposición.

La detención de una persona mediante la figura de la “flagrancia delictiva” juega un papel de gran importancia en México, en virtud que esta representa el camino comúnmente transitado para el inicio de la investigación, procesamiento y sanción de los delitos en nuestro país (Valadez Diaz, 2019, pág. 180). Sin embargo este tipo de detenciones se encuentran inmersas en un gran debate entre el respeto necesario a los derechos humanos de la persona detenida y la adecuada respuesta del estado a la criminalidad mediante el castigo de todos aquellos que violentan las normas penales, por lo cual se instaura precisamente la figura del Juez de control el cual principalmente se le encomienda la tarea y función de vigilar que efectivamente la detención que sufre una persona por flagrancia se encuentre dentro del parámetro constitucional e incluso convencional del respeto a sus derechos humanos así como dentro del marco de la legalidad establecido por la ley secundaria en la materia.

Con el fin de realizar un análisis somero del concepto de flagrancia (ya que si se hiciera de amplia no podría contenerse en el objeto de este trabajo de investigación) tendremos, que dar un concepto a la palabra “flagrancia” el cual al remitirnos a lo que dice el Diccionario de la lengua española, define esta palabra como “*flagar*” misma que proviene del latín “*flagrans artis*”, por lo cual la flagrancia se entenderá como aquel acto el cual se realiza la privación de la libertad de una persona(s) que es sorprendida al momento mismo de estar cometiendo un hecho delictivo, o aquella(s), que una vez cometido, es detenida, pues le fue perseguida inmediatamente e ininterrumpida. Por lo cual para la existencia de la flagrancia se deben cumplir con cuatro supuestos (Valadez Diaz, 2019, pág. 183):

- La existencia de un hecho que la ley señale como delito;

- Que el sujeto sea detenido al momento de cometer el hecho o inmediatamente después con persecución material;
- Que el sujeto sea puesto a disposición del Ministerio público; y
- Que exista registro de su detención.

Finalmente debemos señalar que el Código Nacional de procedimientos penales, realiza una amplitud respecto al concepto básico de flagrancia previsto en la CPEUM, por lo que desarrolla para el supuesto de flagrancia como excepción a la existencia de la orden judicial de detención de una persona, y reconoce tres distintos tipos de flagrancia delictiva que de acuerdo a esta norma procesal, se encuentran ajustadas al marco de la legalidad, siendo las siguientes:

- **Flagrancia pura:** la cual, es la detención que se realiza en el momento de estarse cometiendo el hecho delictivo, bajo este tenor, la persona que realiza la detención se convierte en testigo del hecho punitivo, así como de la correspondiente detención del sujeto activo al momento en el que estaba cometiéndolo.
- **Flagrancia por inmediata persecución:** esta se tiene por actualizada cuando el sujeto activo es sorprendido al momento de estar cometiendo el delito, sin embargo no es detenido en ese momento ya que logra escapar del lugar de la comisión del delito, pero es perseguido por alguna persona (civil o autoridad) que lo pudo observar cuando cometía el delito, iniciando la persecución para que posteriormente lo detiene, con la condición que de la persecución no haya visto interrumpida la búsqueda de la persona ahora detenida.
- **Flagrancia por señalamiento:** mientras que este tipo de detención, se da vida, cuando el sujeto activo del delito ya lo cometió e incluso logro escapar de la escena del crimen, sin embargo en este caso, el sujeto no fue perseguido de forma física o incluso virtual, pero es detenido inmediatamente después, ya que existe un señalamiento por parte de la propia víctima del delito o de testigos del evento, e

incluso se le pueda localizar en su persona algún tipo de instrumento, objetos o productos del delito por el que se le está deteniendo.

- **Detención por Caso Urgente**: Por su parte, existe una segunda forma excepcional de realizar la detención de una persona en nuestro país México, y nos referimos, precisamente a la detención mediante el llamado “Caso Urgente”, debe también significarse que esta, es la segunda forma excepcional de detener o privar de la libertad a una persona dentro del territorio mexicano dentro del marco de la legalidad esta figura se encuentra establecido en el artículo 16 párrafo sexto y séptimo de la CPEUM donde se expone lo siguiente:

“Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.”

Como bien se expone, esta detención es ordenada por el Ministerio Público (Fiscalía estatal o federal) únicamente cuando se encuentre ante la existencia de delitos que sean categorizados como graves y con la condicionante que concurren dos circunstancias (Carbonell, 2016, pág. 706):

- a) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, es decir, este riesgo tiene que fundarse en hechos o circunstancias objetivas de las que se deduzca efectivamente que aquel existe, por lo que no se puede basar únicamente en apreciaciones o ideas meramente subjetivas de la autoridad que ordena la detención (Ovalle Favella, 2007, pág. 313).
- b) Que el ministerio público se encuentre imposibilitado materialmente para acudir ante la autoridad judicial competente, esto por razón justificada de hora o incluso por la razón de lugar y alguna circunstancia razonable y objetiva de incapacidad.

En el supuesto que se haya materializado la detención de una persona bajo la circunstancia del caso urgente, el agente estatal, es decir, la fiscalía, se encuentra obligada a poner a disposición del juez de control correspondiente y competente para que este verifique si la detención fue dentro del marco de legalidad ya citado, así como en respeto a sus derechos humanos, ya que en caso contrario se declarara como una detención arbitraria y se recobraría la libertad.

- **Detención por arraigo**: Esta forma excepcional de detención o privación de la libertad por parte de agentes estatales hacia una persona, no será de mayor análisis en este apartado del trabajo de investigación en virtud que el primer capítulo ya se ha realizado con basta información, sin embargo, si se precisara, que esta figura de detención, también resulta ser, de manera excepcional, y la cual se encuentra establecida constitucionalmente en el artículo 16 párrafo octavo de la CPEUM, el cual a la letra refiere:

“La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el 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.”

2.4.2 Tratos crueles e inhumanos y la Tortura para la Convención Americana de Derechos Humanos.

Los Derechos humanos, se encuentran descritos en diversos ordenamientos jurídicos, que como ya se ha analizado, existen tanto instrumentos internacionales como normatividad nacional que tiene como objetivo el respeto a los derechos humanos de todas las personas, bajo el principio de universalidad de los mismos, que rige en nuestro país de conformidad

con el artículo 1° de la CPEUM, sin embargo, en algunas actuaciones practicadas por agentes estatales existe la posibilidad de cometerse violaciones a los derechos humanos. Incluso hay ciertos actos que tienen una “mayor facilidad” para realizar dichas violaciones, tal es el caso de la “detención” de una persona, o lo que es lo mismo, la privación legal de la libertad de un sujeto, puesto que, por mismo la detención ya es una restricción a un derecho humano como lo es la libertad personal y seguridad personal, pero la cual se encuentra autorizada en la propia ley y bajo las condiciones previamente establecidas.

No obstante, a ello, en la práctica, las detenciones suelen ser meros mecanismos para privar de la libertad a una persona como un medio únicamente y el objetivo puede ser realizar en este sujeto tratos crueles o incluso llegar al grado de la tortura, pero aun cuando este no fuera el objetivo final, al momento en el que se le priva de la libertad a una persona, suele ser más propenso sufrir este tipos de acto denigrantes hacia su integridad ya sea física, psíquica o moral.

Bajo este orden ideas, en el Sistema Universal de protección a los derechos humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos han abordado ese particular de gran importancia para el respeto a los derechos fundamentales, por lo cual el primero de ellos, en el año de 1987 entró en vigor la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, adoptada por las Organización de las Naciones Unidas, en donde en su artículo primero establece de manera específica lo debe entender por tortura, en los siguientes términos:

Artículo 1: A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o

aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Por su parte, en el plano regional, se encuentra en vigor la *Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura* la cual fue adoptada por la Asamblea general de las OEA el 9 de diciembre de 1985, aceptada por México el 22 de junio de 1987, la cual en su artículo 2 de igual forma establece una aproximación a lo establecido como tortura.

Artículo 2 Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Admitiendo esta Convención, una cláusula de obligación hacia para los Estados miembros, en su artículo primero, en donde se establece que los Estados partes se obligan a prevenir y sancionar la tortura en los términos de esta Convención.

Ahora bien, en el plano nacional, desde la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 1917 ya se establecía una prohibición de actos crueles e inhumanos, en el artículo 22 párrafo primero, refiriendo lo siguiente:

Artículo 22.- Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la

confiscación de bienes, y cualquiera otras penas inusitadas y trascendentales. (texto original)

La prohibición de tortura (originalmente conocido como “tormento”) es sin duda una de las acciones que mayor flagelo ocasiona a la sociedad desde hace miles de años, por ende, en la línea de avance al respeto de los derechos humanos, encontramos desde la constitución mexicana de 1917 esta prohibición a nivel constitucional. Su fundamento filosófico radica, en el hecho de considerar a la persona como intangible en su integridad física, es decir, en considerar a la persona en portador de dignidad por sí mismo, sin romperse en algún momento o bajo alguna circunstancia, por ende no puede ser sometido a presiones físicas o psicológicas de ningún tipo, salvo la privación de su libertad en los términos legales establecidos, por lo que la persona debe ser considerada como un fin en sí mismo y por tanto no puede justificarse el actuar posiblemente delictivo o algún otro tipo para aplicar tormentos o tortura en su persona (Carbonell, 2016, pág. 771).

Por lo que, ante esta situación y obligación del Estado mexicano, fue desarrollada una ley en México, que tiene precisamente por objeto establecer la distribución de competencias y la forma de coordinación entre las autoridades de los tres órdenes de gobierno para prevenir, investigar, juzgar y sancionar los delitos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; establecer los tipos penales de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y sus sanciones; las reglas generales para su investigación, procesamiento y sanción, así como las normas aplicables ante la comisión de otros delitos vinculados; y establecer medidas específicas de atención, ayuda, asistencia, protección integral y reparación para garantizar los derechos de las víctimas de los delitos de tortura y otros tratos o penas crueles o inhumanos o degradantes. Nos referimos a la ley secundaria que lleva como nombre *Ley general para prevenir, investigar y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de junio de 2017 y es una ley de orden público, interés social y observación general en todo el territorio mexicano.

Así mismo la Corte IDH ha emitido diversas sentencias en donde se aborda casos respecto a violaciones a derechos humanos realizados por agente estatales, específicamente por la comisión de tortura, siendo esencialmente las siguientes:

- La primer sentencia dictada por la Corte IDH fue la del caso “Velásquez Rodríguez Vs. Honduras” por la desaparición forzada de Manfredo Velásquez el cual fue detenido en el año de 1981 por elementos de las fuerzas armadas de Honduras, en este asunto la Corte condeno a dicho Estado en virtud que se actualizó la violación a diversos derechos humanos, específicamente al derecho a la integridad previsto en el artículo 5 de la Convención Americana, al derecho a la libertad personal del artículo 7 de la Convención y el derecho a la vida encontrado en el artículo 4 de este Instrumento internacional, esto en virtud que la corte estimo haber encontrado prueba directa de que la víctima fue torturada físicamente.
- El siguiente asunto que de igual manera tiene relevancia para el tema a tratado, se encuentra en el Caso “Loayza Tamayo Vs Perú” del año de 1997 donde la Corte declaro como responsable al Estado Peruano en virtud de haber encontrado que agentes estatales realizaron tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como un asilamiento prologado e incomunicaciones hacia la persona de nombre María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción penal militar.

De manera progresiva la Corte IDH, al analizar el Caso “Bámaca Velásquez Vs. Guatemala” en el año 2000 condena al Estado Guatemalteco en virtud de haber encontrado como responsable de infligir en la victima sufrimientos entre la tortura y los tratos crueles e inhumanos con el objeto de obtener información relevante para el Ejercito.

2.5 El arraigo a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por México

El arraigo judicial como se encuentra comprendido en el Estado Mexicano a nivel Constitucional, sobra decir, que resulta ser una figura jurídica con características particulares de este país, sin embargo, si existen en otras jurisdicciones internaciones figuras similares al

arraigo las cuales permiten la detención con el fin de asegurar pruebas y/o que el posible responsable de un delito no evada la acción de la justicia (Silva Meza, 2017, pág. 29), pues en términos generales como ya ha sido analizado, el arraigo permite la detención de una persona dentro del ámbito del procedimiento penal, la cual no es producto de una orden de aprehensión, ni de los supuestos de flagrancia, al caso urgente o incluso diverso a la prisión preventiva como una medida cautelar, por lo que el análisis de una legalidad de este tipo de detención también ha cobrado interés en otras partes del globo y de la región interamericana.

En este sentido tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana prohíben de manera toral que una detención sea realizada en la arbitrariedad, así como ilegalidad al igual cualquier tipo de medida privativa de la libertad, por ello la figura del arraigo ha sido tan criticada en el plano internacional (Silva Meza, 2017, pág. 31). Bajo este orden de ideas, se puede distinguir fundamentalmente las siguientes violaciones a derechos humanos a consecuencia de la detención por la figura constitucional del arraigo visto desde el plano internacional:

- **Arbitrariedad de la detención:** Para este punto, y como ya se ha descrito previamente, debemos establecer que la legislación mexicana limita constitucionalmente las circunstancias en las cuales se puede expedir una orden de arraigo, sin embargo esta medida tiene un riesgo implícito de ser arbitraria y por ende violentar derechos humanos, pero de igual forma se debe precisar que los instrumentos internacionales no prohíbe de manera directa o expresa el arraigo, puesto que remite al derecho interno las detenciones bajo los parámetros que se deben efectuar (Silva Meza, 2017, pág. 34). Por lo cual nos remitiremos a lo establecido en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* el cual en su artículo 9° establece lo siguiente:

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

Y en su artículo 10 de este Pacto, se establece la obligación del Estado de dar un trato humanamente y con respeto a su dignidad que tiene por el hecho de ser persona a toda persona que se encuentre detenida o privada de su libertad legalmente.

Por su parte, la *Convención Americana de Derechos humanos*, establece en su artículo 7° las bases y procedimientos para la detención a fin que estén ajustadas a derecho y no sean arbitrarios, (de las cuales se omiten mayor comentario para evitar ser repetitivos pues fue tratado previamente).

Así mismo el *Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de la Organización de las Naciones Unidas* considera que la detención arbitraria se actualiza en las siguientes circunstancias (Silva Meza, 2017, pág. 36): **a)** cuando es manifestación imposible invocar fundamento jurídico alguno que la justifique (como el mantenimiento en detención de una persona tras haber cumplido la condena); **b)** cuando la privación de la libertad resulta de un enjuiciamiento o una condena por el ejercicio de derechos o libertades proclamados en los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y lo establecido en los artículos 12, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 26 y 27 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos; **c)** cuando la inobservancia, total o parcial, de lo establecido por los instrumentos internacionales respecto al derecho a un juicio imparcial; **d)** cuando los solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados son objeto de detención administrativa prolongada sin posibilidad de recurso administrativo y judicial; **e)** cuando la privación de la libertad constituye una violación del derecho internacional por motivos de discriminación basada en nacimiento, religión, condición económica, orientación sexual, etc.

- **Violación al debido proceso y garantías judiciales:** el derecho humano al debido proceso legal, es uno de los derechos más violentados por parte de los Estados (naciones) y quienes precisamente lo hacen son los operadores jurídicos que se encuentran en funciones y que le son encomendadas las funciones relativas a la prevención de delitos, procuración de justicia y administración de justicia, y los

cuales con este actuar indebido hacen incurrir al Estado en una posible responsabilidad en el ambiente internacional. Por lo cual, dentro del Sistema Interamericano de Derechos humanos, se encuentra establecidas las Garantías judiciales mínimas que ponen un debido procedimiento como derechos humanos, y en caso de ser corrompida alguna de ellas, estaríamos ante la presencia de un indebido procedimiento, para lo cual exponemos lo establecido en el artículo 8° de la Convención americana sobre derechos humanos:

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

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

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación

interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

En este sentido dichas disposiciones deben verse íntimamente relacionadas con lo establecido en los numerales 10, 24 25 y 27 de la Convención ya citada.

- **Violaciones a la presunción de inocencia:** sin lugar a dudas, la presunción de inocencia se rige como un derecho humano de gran trascendencia para cualquier persona que se encuentre en un Estado de derecho, pues en términos básicos debe entenderse la presunción de inocencia como aquella obligación del estado de tener por inocente a toda persona hasta en tanto exista una sentencia firme de autoridad competente en la que se le tenga como responsable de la comisión de un delito (Carbonell, 2016, pág. 733). Cobra importancia lo señalado por el Jurista Italiano Luigi Ferrajoli referente a la presunción de inocencia y la libertad: “el imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no solo porque así se *asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también -es decir, sobre todo- pro necesidades procesales: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus*

defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas..” (Ferrajoli, 2011, pág. 549).

En el ámbito internacional, la presunción de inocencia ha sido tratada en la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948 en el artículo 11 párrafo primero donde dispone *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*. Por su parte el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece respecto a la presunción de inocencia lo siguiente: *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*.

- **Prohibición de la tortura y tratos crueles e inhumanos:** referente a este apartado, se expone lo anteriormente ya mencionado, es decir, cuando el Estado mexicano, determina la existencia constitucional de la figura del arraigo como se establece en el artículo 16 constitucional, existe una presunción inherente a la tortura o tratos crueles hacia la persona arraigada, esto es así, en virtud, que no solamente se encuentra restringiendo su libertad deambulatoria, sino que el objeto de esta lo es la persecución de una investigación por un delito, lo que conlleva a que esta persona, en la práctica, se le tendrá en un lugar aislada materialmente, sin posibilidad fáctica de defenderse, y bajo el cuidado de los agentes estatales, por lo que la obligación del estado de procurar el cuidado de la dignidad mínima de la persona arraigada se encuentra más que reiterada. Cobra relevancia, los instrumentos internacionales ya citados previamente, así como la normatividad mexicana que sanciona la tortura.

2.5.1 El arraigo Judicial en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como ya se ha especificado previamente, la figura constitucional del “arraigo judicial” resulta ser una institución propia del Estado mexicano, sin embargo, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si se han tratado en diversos asuntos o casos

contenciosos, en donde el tema a tratar lo es, violaciones a derechos humanos respecto a la libertad personal, la seguridad jurídica, el debido proceso, así como tratos inhumanos. Por lo cual, haremos mención al Caso Andrade Salmon Vs. Bolivia la cual fue dictada Sentencia en fecha 01 de diciembre de 2016, el cual de acuerdo a su ficha técnica refiere lo siguiente:

*El caso se relaciona con las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el marco de tres procesos penales seguidos en contra de la víctima por supuestos delitos relacionados a la administración de fondos públicos. Andrade Salmón ocupó los cargos de concejala del Concejo Municipal de La Paz (1995 -1999), presidenta de ese Concejo (1998-1999) y Alcaldesa de La Paz (1999 – 2000). En los procesos judiciales se le impuso medidas cautelares de prisión preventiva. Estas fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional boliviano, el cual ordenó que se aplicaran medidas cautelares sustitutivas de la privación a la libertad, al señalar que la autoridad recurrida no había tomado en cuenta la normativa boliviana, según la cual esta medida tiene un carácter excepcional. Como medidas sustitutivas se le aplicaron, entre otras, **las medidas de arraigo** y de fianza. Dos de los procesos seguidos en su contra tuvieron una duración de 11 años, mientras que uno continúa hasta la actualidad.*

Bajo este tenor, también se localiza el Caso Zegarra Marín Vs. Perú en donde el tema tratado por la Corte IDH lo fue la violación al derecho humano de presunción de inocencia, la cual fue emitida sentencia en el año 2017, y de acuerdo a su ficha técnica, se resume en lo siguiente:

El caso se relaciona con la violación al principio de presunción de inocencia y al deber de motivación en perjuicio del señor Agustín Bladimiro Zegarra Marín, quien fue condenado por la Quinta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia el 8 de noviembre de 1996 por los delitos contra la administración de justicia (encubrimiento personal), contra la fe pública (falsificación de documentos en general) y corrupción de funcionarios. Dicha autoridad judicial habría sido explícita en indicar que el único elemento de prueba en contra del señor Zegarra

Marín eran las declaraciones de sus coimputados. Además, según se alega, no obstante existir prueba favorable que contradecía directamente dichas declaraciones, la Sala no motivó las razones por las cuales tales pruebas no generaban duda sobre la responsabilidad penal de la víctima, limitándose a indicar que las imputaciones realizadas por el coimputado eran "factibles". Se alega que la condena penal de una persona sobre la base exclusiva de la "factibilidad" de los hechos indicados en la declaración de un coimputado, debe ser considerada bajo el principio de presunción de inocencia. Además, en el presente caso habría existido una manifiesta inversión de la carga de la prueba que quedó plasmada en la sentencia condenatoria al indicar la Quinta Sala Penal que "no ha surgido prueba de descargo contundente que lo haga totalmente inocente de los ilícitos que se le imputan". Según se alega el recurso de nulidad resuelto el 17 de diciembre de 1997 no cumplió con el derecho a recurrir el fallo y que ni dicho recurso de nulidad ni el recurso de revisión resuelto el 24 de agosto de 1999, constituyeron recursos efectivos frente a las violaciones al debido proceso generadas en la sentencia condenatoria de primera instancia.

Capítulo 3

La Investigación Penal en México dentro del parámetro del respecto a los Derechos Humanos

3.1 El nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio en México

El Sistema de Justicia Penal en México se ha visto revolucionado desde los últimos doce años con la publicación de la Reforma Constitucional del día ocho de junio del año dos mil ocho, en donde de manera general se introdujo en nuestro país un sistema Acusatorio y Oral, el cual se rige bajo los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, reforma la cual se vio consumada mediante la emisión y publicación del Código Nacional de Procedimientos Penales el día cinco de marzo del año dos mil catorce en el Diario Oficial de la Federación, concatenándose la Reforma Constitucional en materia de derechos humanos de junio del año dos mil once, la cual afianzo el objeto principal del proceso penal, es decir, el respeto integral de derechos humanos durante todas las etapas, pues precisamente esta fue la causa generadora del cambio de paradigma en la justicia penal en nuestro país, en razón que el sistema de justicia penal anterior, conocido como Proceso penal de corte inquisitivo o mixto no compaginaba con el plano de los respeto fundamentales de las personas intervinientes en este.

Bajo este orden de idas, siguiendo lo expuesto por el jurista Elías Polanco Braga, resulta aplicable y necesario establecer en primer lugar las diferencias entre los sistemas procesales de corte inquisitivo, mixto y finalmente acusatorio (Polanco Braga, 2015, págs. 4-7); por lo que encontraremos elementalmente al *sistema inquisitivo* como aquel que cuenta con las siguientes características:

- El acusador se identifica con el juez;
- La acusación es oficiosa;
- La defensa se encuentra entregada al juez;
- El acusado no puede ser patrocinado por un defensor y limitada;

- La acusación, la defensa y la decisión se encuentran en el juez.

Por su parte, el sistema Mixto encuentra características propias, aunque no abandona sus precedentes o bases del sistema inquisitivo (González, Cristal, 2010. 19), pues en cuanto a la etapa de investigación se inclina a los principios del segundo citado, como lo es el secreto, la escritura y la oficiosidad, mientras que en el juzgamiento se apoya en el sistema acusatorio bajo los principios de publicidad, oralidad, concentración, contradicción e incluso una posible libre apreciación de las pruebas ofrecidas. Esto en virtud que el proceso nace con la acusación de un órgano específico como lo es el Ministerio Público, la defensa es relativo, aunque el procesado tiene derecho a la asistencia de un profesional en la materia del derecho, el juez tiene bastantes facultades para apreciar todas las pruebas que son ofertadas por las partes e incluso las que el haya allegado por su cuenta al proceso, la prueba tasada también está establecida.

Finalmente llegamos al tercer sistema procesal, de corte **Acusatorio**, el cual ha sido adoptado por los Estado democráticos, esto en virtud que cuenta principalmente por estas características (Polanco Braga, 2015, pág. 3):

- Los actos de acusación, defensa y decisión están encomendados a diversos órganos, pues, el acto de acusación es realizado por un órgano denominado Ministerio Público o Fiscalía, mientras que la actividad de la defensa del inculcado la realiza un defensor propiamente dicho el cual no tiene relación con los otros dos órganos, mientras que la facultad de decisión es otorgada a un juez propiamente dicho el cual será imparcial en sus funciones.
- La libertad de las personas se encuentra garantizada por derechos de índole constitucionales y procesales, pero también de derechos previstos en tratados y convenciones internacionales.
- Los actos procesales se encuentran enmarcados por los principios de imparcialidad, igualdad, publicidad, concentración, continuidad, contradicción, legalidad, entre otros.

- La carga de la prueba se encuentra encomendada a las partes, puesto que ellos tienen la obligación de probar sus afirmaciones, específicamente la acusación.
- Las víctimas tienen derechos y actuaciones en el proceso.

Ahora bien, la reforma constitucional que trajo consigo la implementación del sistema de justicia acusatorio, se puede verificar en dos planos, el primero de ellos comprende un conjunto de enunciados jurídico-constitucionales que no forman como tal el sistema procesal, sin embargo, resultan de necesidad para su correcto desarrollo, encontrándose los previstos en los artículos 17, 18, 22 de la Carta Magna; por su parte el otro plano es aquel que si integra el sistema de justicia penal de corte acusatorio a nivel constitucional como bases, entre lo cual encontremos lo establecido en los numerales 16, 19, 20, 21 del Ordenamiento Supremo (Gutiérrez Parada, 2010, págs. 3-4).

En base a lo anterior, encontramos como ya se ha establecido, los fundamentos para el correcto desarrollo del sistema de justicia penal acusatorio, lo establecido en el artículo 19 de la CPEUM, el cual detalla de manera puntal las etapas en las cuales se desarrollara este procedimiento, y por su parte en el numeral 20 se han previsto los objetos, los principios ante los cuales se rige este modelo de justicia, pero también de manera fundamental, aquellos derechos mínimos a los que tienen lugar las partes, es decir, esencialmente, la parte investigada o acusada de un delito al igual que la víctima del hecho antisocial.

Bajo este orden de ideas, legislación procesal secundaria (de competencia federal) en donde se establecen las etapas y reglas a seguir para la impartición de Justicia ante la comisión de un hecho delictivo, resultando que este ordenamiento Jurídico adjetivo, denominado Código Nacional de Procedimientos penales, contempla la existencia de *tres Etapas procesales* que engloba el procedimiento ordinario del sistema de Justicia Penal, en el artículo 211 del CNPP: *siendo la etapa de investigación, la etapa intermedia y la etapa de Juicio.*

Dentro de estas etapas procesales, no debe perderse de vista que debe existir el fiel respeto a los derechos humanos, esto en cumplimiento a lo ya analizado en el *Artículo* primero constitucional, donde se establece esencialmente la obligación de todas las autoridades de

respetar los derechos humanos, y evidentemente, no podrá ser la excepción en el proceso penal, en el cual el valor básico que está en tela de juicio lo es la libertad de una persona, es decir de la persona que se le está investigando por la comisión de un hecho delictivo, y por otra parte la obligación del estado de impartir de justicia, hacia una víctima que fue dañada en alguno de sus derechos o bienes jurídicos que son tuteladas por el propio Estado en sus códigos penales.

3.1.1. Las Partes en el Proceso Penal

El desarrollo del Proceso penal de corte acusatorio, trajo consigo delimitar a los sujetos que tendrán intervención en éste, pero también se desarrollaron las funciones, así como los derechos que estas personas o sujetos procesales cuenta, en base a lo establecido por la Constitución nacional, así como por el código adjetivo penal nacional, e incluso en otros tipos de leyes secundarias (Lozano Guerrero, 2015, pág. 121).

La trilogía Juez, Ministerio Publico e inculpado, que por siempre habían sido considerado como las partes elementales y únicas en los proceso penales, sin importar que fuesen bajo el sistema inquisitivo, mixto, hoy, bajo el nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio, se ha empezado a modificar, al incorporar como parte esencial del procedimiento, a la víctima u ofendido del delito, por lo que bajo este esquema encontraremos, en primer lugar como ente investigador y en su caso acusador a la figura del ministerio público, mientras que el órgano que vigilara el respeto a los derechos humanos así como la decisión del caso al Juez en sus diversas etapas, por su parte la persona en la cual recaerá la investigación y en su momento la acusación del delito lo será la persona investigado y/o imputado, para finalmente la victima u ofendido el cual resintió en su esfera un hecho delictivo. Por lo cual, el V del Código Nacional de procedimientos penales, es denominado “Sujetos del Procedimiento penal y sus auxiliares” establece lo siguiente:

*Artículo 105. Sujetos de procedimiento penal
Son sujetos del procedimiento penal los siguientes:*

- I. La víctima u ofendido;*

- II. *El Asesor jurídico;*
- III. *El imputado;*
- IV. *El Defensor;*
- V. *El Ministerio Público;*
- VI. *La Policía;*
- VII. *El Órgano jurisdiccional, y*
- VIII. *La autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso.*

Los sujetos del procedimiento que tendrán la calidad de parte en los procedimientos previstos en este Código, son el imputado y su Defensor, el Ministerio Público, la víctima u ofendido y su Asesor jurídico.

Por lo cual, en el punto que nos interesa, realizaremos referencia en el sujeto procesal en el cual recaerá la investigación de los hechos delictivos, el cual como ya lo hemos visto, cambiará la denominación de acuerdo al momento del procedimiento en el que nos encontremos, siendo los siguientes esencialmente: a) investigado; b) imputado; c) vinculado; d) acusado; e) enjuiciado; f) sentenciado. Dentro los derechos elementales y básicos a que tiene lugar, los podemos visualizar en el CNPP en el artículo 112 en donde se conceptualiza al sujeto y el numeral 113 los derechos que ostenta en el proceso, donde se refiere lo siguiente:

Artículo 112. Denominación

Se denominará genéricamente imputado a quien sea señalado por el Ministerio Público como posible autor o partícipe de un hecho que la ley señale como delito.

Además, se denominará acusado a la persona contra quien se ha formulado acusación y sentenciado a aquel sobre quien ha recaído una sentencia, aunque no haya sido declarada firme.

Artículo 113. Derechos del Imputado

El imputado tendrá los siguientes derechos:

- I. *A ser considerado y tratado como inocente hasta que se demuestre su responsabilidad;*
- II. *A comunicarse con un familiar y con su Defensor cuando sea detenido, debiendo brindarle el Ministerio Público todas las facilidades para lograrlo;*
- III. *A declarar o a guardar silencio, en el entendido que su silencio no podrá ser utilizado en su perjuicio.*
- IV. *A estar asistido de su Defensor al momento de rendir su declaración, así como en cualquier otra actuación y a entrevistarse en privado previamente con él;*
- V. *A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el Juez de control, los hechos que*

- se le imputan y los derechos que le asisten, así como, en su caso, el motivo de la privación de su libertad y el servidor público que la ordenó, exhibiéndosele, según corresponda, la orden emitida en su contra;*
- VI. *A no ser sometido en ningún momento del procedimiento a técnicas ni métodos que atenten contra su dignidad, induzcan o alteren su libre voluntad;*
 - VII. *A solicitar ante la autoridad judicial la modificación de la medida cautelar que se le haya impuesto, en los casos en que se encuentre en prisión preventiva, en los supuestos señalados por este Código*
 - VIII. *A tener acceso él y su defensa, salvo las excepciones previstas en la ley, a los registros de la investigación, así como a obtener copia gratuita, registro fotográfico o electrónico de los mismos, en términos de los artículos 218 y 219 de este Código.*
 - IX. *A que se le reciban los medios pertinentes de prueba que ofrezca, concediéndosele el tiempo necesario para tal efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite y que no pueda presentar directamente, en términos de lo establecido por este Código.*
 - X. *A ser juzgado en audiencia por un Tribunal de enjuiciamiento, antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.*
 - XI. *A tener una defensa adecuada por parte de un licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención y, a falta de éste, por el Defensor público que le corresponda, así como a reunirse o entrevistarse con él en estricta confidencialidad.*
 - XII. *A ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete en el caso de que no comprenda o hable el idioma español; cuando el imputado perteneciere a un pueblo o comunidad indígena, el Defensor deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuere posible, deberá actuar asistido de un intérprete de la cultura y lengua de que se trate.*
 - XIII. *A ser presentado ante el Ministerio Público o ante el Juez de control, según el caso, inmediatamente después de ser detenido o aprehendido.*
 - XIV. *A no ser expuesto a los medios de comunicación.*
 - XV. *A no ser presentado ante la comunidad como culpable.*
 - XVI. *A solicitar desde el momento de su detención, asistencia social para los menores de edad o personas con discapacidad cuyo cuidado personal tenga a su cargo.*
 - XVII. *A obtener su libertad en el caso de que haya sido detenido, cuando no se ordene la prisión preventiva, u otra medida cautelar restrictiva de su libertad.*
 - XVIII. *A que se informe a la embajada o consulado que corresponda cuando sea detenido, y se le proporcione asistencia migratoria cuando tenga nacionalidad extranjera.*
 - XIX. *Los demás que establezca este Código y otras disposiciones aplicables.*

Los plazos a que se refiere la fracción X de este artículo, se contarán a partir de la audiencia inicial hasta el momento en que sea dictada la sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional competente.

Cuando el imputado tenga a su cuidado menores de edad, personas con discapacidad, o adultos mayores que dependan de él, y no haya otra persona que pueda ejercer ese cuidado, el Ministerio Público deberá canalizarlos a instituciones de asistencia social que correspondan, a efecto de recibir la protección.

En este sentido, el Ministerio Público como órgano o agente estatal que tiene la obligación de buscar información para esclarecer el hecho delictivo y la responsabilidad del mismo, realizara diversas actividades en la esfera jurídica y física del sujeto investigado, reiterando que dichas actividades deberán de estar en primer lugar, respetando los derechos humanos “generales” que toda persona cuenta, posteriormente respetar los derechos fundamentales específicos por el carácter que tiene como sujeto procesal en materia penal, pero aunado a ello deberán de ser las actuaciones de la fiscalía en apego a la legalidad y formalidades establecidas en el Código Nacional de procedimientos penales.

3.2 La Investigación Penal en México

La Investigación de delitos, es el pilar de todo Procedimiento penal, toda vez, es la primera etapa en el cual se realizarán ciertas acciones por parte de los agentes del Estado, denominado Ministerio Público o Fiscalía, para indagar y conocer si se cometió un delito que el propio Estado estableció previamente en una ley, en agravio de una víctima y esencialmente, conocer quien fue el responsable de estos hechos, sin embargo, el actuar del órgano estatal no puede ser a su libre arbitrio o decisión, sino que tendrá que seguir los lineamientos que se encuentran establecidos en la norma adjetiva en la materia (CNPP) pero siempre bajo el pilar del respeto a los derechos humanos de las partes intervinientes.

La legislación adjetiva penal mexicana prevé efectivamente que la primera etapa del proceso penal lo es la audiencia inicial, sin embargo, debe precisarse que el requisito esencial para la

existencia de esta, es la realización de una Investigación por parte de la Fiscalía, mediante la cual se haya recabado información suficiente, así como sustento probatorio idóneo relativo a la existencia de un hecho que la ley señale como delito y la probable intervención del gobernado en tales hechos, para que una vez reunido ello, se solicite al Juez de Control la apertura de la Audiencia inicial.

Bajo este orden de ideas, la investigación de un hecho delictivo realizada por el Ministerio Público (Fiscalía), resulta ser un acto encomendado a esta Institución del Estado, mediante mandato Constitucional, el cual refiere lo siguiente:

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

Por ende, el Ministerio Público (Fiscalía) en palabras de Alan Caballero Valencia, resulta ser un Órgano experto en los hechos delictivos (Caballero Valencia, 2019, pág. 7), a quien le fue destinada la obligación de los delitos y el ejercicio de la acción penal. Resulta necesario no pasar por alto que la Reforma en Justicia Penal en nuestro país ha implementado el “ejercicio de la acción penal por particulares”, la cual a nivel procesal se encuentra establecido en el numeral 426 del CNPP refiriendo:

El ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público, pero podrá ser ejercida por los particulares que tengan la calidad de víctima u ofendido en los casos y conforme a lo dispuesto en este Código.

Sin embargo, para su procedencia el propio Código Procesal vigente establece las condiciones, así como los supuestos en los cuales podría actualizarse al referirse lo siguiente:

Artículo 428: La víctima u ofendido podrá ejercer la acción penal únicamente en los delitos perseguibles por querrela, cuya penalidad sea alternativa, distinta a la

privativa de la libertad o cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión.

La víctima u ofendido podrá acudir directamente ante el Juez de control, ejerciendo acción penal por particulares en caso que cuente con datos que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y exista probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. En tal caso deberá aportar para ello los datos de prueba que sustenten su acción, sin necesidad de acudir al Ministerio Público.

Como se puede observar, el Poder Legislativo otorgó una pequeña llave a los gobernados para ser sujetos activos en el ejercicio de la acción penal por sí solos sin la necesidad de acudir con la Institución Estatal persecutora de los delitos (fiscalía), facultad la cual se encuentra extremadamente reducida por el momento, pues como ya se pudo observar, su procedencia únicamente se encuentra restringida para cuando se traten de hechos clasificados por la ley penal sustantiva en aquellos que sean perseguidos por querrela y cuya penalidad sea distinta a la privativa de la libertad penal o en su caso no exceda de tres años de prisión, lo cual es evidente que el número de delitos dentro del catálogo en los códigos penales actuales que cuentan con dicha característica es sumamente limitado, pero no por ello, resulta perder la relevancia esta figura legal, en donde cualquier ciudadano podrá realizar actos de investigaciones correspondientes – los cuales tendrán que ceñirse a las reglas previstas en la ley adjetiva así como respeto a los derechos humanos- y en su momento oportuno, acudir ante el Juez de Control para solicitar Audiencia Inicial.

Una vez establecido lo anterior, se puede afirmar que para el inicio de la Audiencia inicial, que es donde se le hará del conocimiento al Investigado respecto de la indagatoria que se le sigue en su contra por parte de la institución investigadora ante el Juez denominado de Control, tendrá que pasar por un filtro, es decir, tendrá que existir previamente un procedimiento llamado de acuerdo a nuestra legislación actual, “Carpeta de Investigación”, procedimiento administrativo -por generalidad- iniciado ante la Fiscalía derivado de la denuncia de un Ciudadano, Institución, Policía o cualquier persona, mediante la cual hacen del conocimiento ciertos hechos (noticia criminal) y a partir de ese momento, se inicia una

serie de actos de investigación con el fin de esclarecer tales hechos, verificar en su caso si son o no constitutivos de un hecho marcado como delito, buscar que el culpable de esos hechos delictivos sea sancionado por el Estado, vigilar que los derechos de la víctima sean respetados, así como reparado del daño que le fue ocasionado, y una vez cumplido con lo anterior, se realizará el “llamamiento” correspondiente al sujeto investigado por parte de la autoridad judicial, con el fin que comparezca ante ella a solicitud del órgano investigador.

Existen por ahora, diversas formas mediante las cuales se puede solicitar la presencia del investigado ante el Juez de Control para la apertura de audiencia inicial, de manera clara, son cinco las que contempla el CNPP, siendo que podría clasificarse por la gravedad de restricción del derecho a la libertad hacia el sujeto llamado, así como por la necesidad o urgencia de su presentación, resultando ser las siguientes:

- Citación en libertad al investigado (artículo 141 fracción primera CNPP)
- Orden de Comparecencia (artículo 141 fracción segunda, 142 CNPP)
- Orden de Aprehensión (artículo 141 fracción tercera, 142, 143 CNPP)
- Puesta a disposición ante Flagrancia delictiva (artículo 146, 147, 149, 308 CNPP)
- Puesta a disposición por Caso Urgente (artículo 150 CNPP)

Como se logra observar, y de manera general, estamos ante la presencia de cinco formas en las cuales se puede hacer llegar a una persona en calidad de investigado ante la presencia de un Juez de Control con el objeto que se apertura audiencia inicial, siendo que las tres primeras, es decir, la citación en libertad, la orden de comparecencia y la orden de aprehensión se efectúa cuando se encuentra iniciada previamente una carpeta de investigación sin persona detenida, y de la investigación se actualizan los presupuestos necesarios para las correspondientes solicitudes por parte de la fiscalía ante el órgano jurisdiccional, por su parte la tercer forma relativa a la Flagrancia delictiva por el contrario, tiene como elemento esencial la detención de una persona al momento haber cometido posiblemente un hecho delictivo y al ser puesto a disposición de la fiscalía se apertura la correspondiente carpeta de investigación y consigo todos los actos de investigación

tendientes al esclarecimiento de los hechos y una vez concluido el término de las cuarenta y ocho horas otorgadas a la fiscalía, ésta podrá bajo su estricta responsabilidad presentar su solicitud al Juez de Control con el fin que se apertura audiencia inicial con persona detenida, no sobra decir que tal audiencia deberá fijarse de manera inmediata por la propia naturaleza que una persona se encuentra restringido en su derecho humano a la libertad.

Finalmente al hablar del Caso Urgente, nos encontramos ante una forma -excepcional- de la detención ya que esta resulta ser una orden de captura la cual no es emitida por un órgano jurisdiccional, sino por una autoridad administrativa llamada Ministerio Público (fiscalía) en contra de un sujeto derivado que de la carpeta de investigación se ha reunido información suficiente para verificar un hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del sujeto, siendo la principal causa de esta forma excepcional lo es la “urgencia” para su emisión, por el riesgo inmediato de la sustracción del investigado a la acción de la justicia.

Por lo cual, se llega a la conclusión que en la etapa de investigación esencialmente consistirá en indagar en torno a la existencia de un hecho denunciado como delito, los datos de identidad de los involucrados, de la víctima u ofendido, así como, recolectar aquellos indicios que coadyuven al esclarecimiento de los hechos materia de la investigación (Benavente Chorres, 2015, pág. 48).

3.3 Las Técnicas de Investigación establecidos en la Constitución Mexicana y el Código Nacional de Procedimientos Penales

Las técnicas de investigación en términos generales se les denominan como aquellos actos cuyo objetivo es reunir indicios para el esclarecimiento de los hechos que se encuentran investigando, y, por ende, los datos de prueba para sustentar el ejercicio o en su caso el no ejercicio de la acción penal hacia el inculcado, por parte del órgano investigador, es decir, la fiscalía o ministerio público (Caballero Valencia, 2019, pág. 43).

No se debe pasar por alto, que aun cuando las técnicas de investigación generalmente son realizadas por el ente acusador para sus fines específicos, sin embargo, también pueden ser de utilidad para en su caso preparar su defensa adecuada.

Para el caso en particular, la legislación en la materia, es decir, el Código Nacional de procedimientos penales, establece el Título III bajo la denominación de Etapa de Investigación, la cual a su vez se encuentra dividida en diversos capítulos, siendo el primero bajo el nombre de Disposiciones comunes a la investigación, el capítulo II Inicio de la Investigación y el Capítulo III Técnicas de Investigación; y es el cual, precisamente, daremos mayor atención, pues en este capítulo se desarrollan, los lineamientos específicos respecto a la realización de las técnicas de investigación para cumplir con los objetivos del procedimiento penal.

Ahora bien, las técnicas de investigación, siguiendo lo establecido por el CNPP, pueden ser catalogados de la siguiente manera (Caballero Valencia, 2019, pág. 47):

- Técnicas de investigación que no requieren de autorización judicial;
- Técnicas de investigación de actuación inmediata o urgente;
- Técnicas de investigación que requieren de autorización judicial.

Bajo este orden de ideas, se analizará las técnicas de investigación que de acuerdo al artículo 251 del Código Nacional de procedimientos penales, para que puedan ser practicas no requieren de autorización por parte del Juez de Control, entre las cuales podemos localizar las siguientes:

1. La entrevista del fiscal al imputado;
2. La reconstrucción de los hechos;
3. El reconocimiento de personas;
4. La entrevista a testigos;
5. El peritaje;
6. El levantamiento e identificación de cadáver;
7. La revisión de personas;
8. La inspección del lugar del hecho o del hallazgo;

9. La inspección de vehículos;
10. La entrega de documentos.

Por su parte, las técnicas de investigación de actuación inmediata o urgente, se catalogan como aquellas en las cuales resultan tener una importancia trascendental el tiempo de respuesta por parte de la autoridad para la realización de estos, en virtud que podrían desaparecer o exigirse para su debido registro. Entre estos se pueden encontrar las actuaciones por parte de la policía, como lo es, recabar las noticias sobre eventos que pudieran constituir un delito, elaborar la constancia sobre la información recibida y dar conocimiento a la fiscalía sobre estos hechos para formalizar la investigación que se iniciara en ese momento, pero también estos tipos de actos podrían recaer directamente al órgano investigador y sus auxiliares (policía ministerial y peritos) a fin que cuiden los rastros e instrumentos del delito y sean conservador, evitar que se borre cualquier forma de rastro o vestigio del hecho y evitar la alteración de la escena delictiva.

Finalmente, encontramos aquellas técnicas de investigación, que requieren autorización judicial para que puedan ser prácticas, su justificación del porqué, existe un requisito necesario para la realización de aquellas, se debe a una obligación constitucional, en virtud que de acuerdo al artículo 16 párrafo décimo cuarto, se establece que una de las atribuciones del Juez de Control, lo es la autorización de técnicas de investigación (Caballero, Alan, 2019. 129) y de conformidad con 252 del Código Nacional de procedimientos penales, localizamos las siguientes:

Artículo 252. Actos de investigación que requieren autorización previa del Juez de control

Con excepción de los actos de investigación previstos en el artículo anterior, requieren de autorización previa del Juez de control todos los actos de investigación que impliquen afectación a derechos establecidos en la Constitución, así como los siguientes:

- I. La exhumación de cadáveres;*
- II. Las órdenes de cateo;*
- III. La intervención de comunicaciones privadas y correspondencia;*

- IV. *La toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma;*
- V. *El reconocimiento o examen físico de una persona cuando aquélla se niegue a ser examinada, y*
- VI. *Las demás que señalen las leyes aplicables*

De manera inicial, se debe tener por entendido que la autorización, es aquella concesión o permiso que otorga el ente jurisdiccional, en este caso llamado Juez de Control a una de las partes, que en el particular lo es la Fiscalía, para que esta pueda realizar alguna de las técnicas de investigación enlistados por la norma adjetiva, y la cual recaerá precisamente en una persona.

No se debe pasar por alto, que el órgano jurisdiccional únicamente escucha la petición del ministerio público, respecto a la autorización y si esta se encuentra debidamente fundada, motivada y sobre todo justificada, podrá autorizar la misma, sin embargo, el juez no es responsable de llevarla a cabo, pues será la propia fiscalía quien utilizará los medios materiales con los que cuenta para efectuarla.

Resulta de gran importancia y trascendencia esta figura constitucional y procesal, en virtud que el juez de control será aquella autoridad que actuar a manera de filtro con el objeto de vigilar el respeto a los derechos humanos del investigado, pues no se permitirá la arbitrariedad por parte del órgano acusador para que pueda efectuar estos actos de investigación, los cuales como regla básica tienden a restringir derechos fundamentales.

3.3.1 El arraigo como acto de investigación penal

La figura Constitucional del arraigo, ha sido analizada desde diversas ópticas, sin embargo, principalmente debe verse el arraigo desde la funcionalidad de ser un acto de investigación por parte del órgano investigador/acusador, es decir, del Ministerio Público, siempre que sea “necesario para el éxito de la investigación”, por lo que la Constitución otorga esta facultad a la autoridad ministerial de solicitarle al órgano jurisdiccional, que se restrinja el derecho

humano de la libertad de una persona que se encuentra investigada por algún delito de naturaleza “delincuencia organizada” (requisito indispensable), para que el agente estatal encargado de la indagación de delitos, una vez “arraigada” la persona, podrá realizar actos o técnicas de investigación, para “el éxito de la indagatoria”.

Por lo que, es muy claro, la ambigüedad constitucional establecida, para la procedencia del arraigo, esto en virtud, que en estricto apego a lo establecido en la carta magna, el arraigo, en si mismo, no es un acto de investigación, sino más bien, un acto para garantizar el correcto desarrollo de la investigación, es decir, el propio Estado, autoriza que al sujeto investigado se le “paralice” de manera provisional, se restrinja su libertad para que el Estado por medio de su Fiscalía pueda realizar “correctamente” los actos de investigación establecidos en la norma procesal en la materia, tanto aquellos que no requieren autorización judicial como aquellos que si lo requieran.

Lo antes expuesto, cobra sustento, precisamente en la propia Norma Procedimental en la materia (CNPP), ya que del capítulo de Investigación, donde se establecen las técnicas de investigación y actos de investigación, no se establece en ninguno de ellos la realización del arraigo de una persona que se le encuentra investigando por algún delito, por ende, no se puede catalogar al arraigo judicial como un acto de investigación, sino mas bien, una extralimitación del propio Estado para realizar “adecuadamente” su indagatoria.

3.4 Los derechos humanos en los actos de investigación de delitos

Como se ha analizado previamente, los actos de investigación en palabras de la jurista Patricia González Rodríguez, podríamos encuádralos como “aquellos actos procesados realizados durante la etapa de investigación, con la finalidad de obtener información de la que deriven elementos o datos de prueba que por su pertenencia y coherencia sean convincentes para la elaboración de indicios que, mediante la inferencia probatoria, lleven al conocimiento probable en el esclarecimiento de un hecho que la ley califica como delito” (González, Patricia, 2017: 96). Por lo que, un acto de investigación es la expresión de diverso actos procesales que las partes pueden realizar de acuerdo a los intereses les convengan, para que posteriormente sean expuestos como datos de prueba, esto reiterando que cada acto de

investigación mediante la técnica que establece el CNPP, tendrán un objetivo en específico, es decir, comprobar alguna afirmación que una de la partes tengan para que en el momento procesal oportuno se lo hagan ver al órgano judicial quien lo tomara en cuenta para llegar a una decisión.

El Código Nacional de procedimientos penales, en el Título V, Capítulo II, se establecen los llamados “**Actos de Investigación**” en donde se establece un enlistado de diversas actuaciones que son considerados como actos de investigación, sin embargo, cobra importancia, que el artículo 266 del CNPP, enlaza directamente los actos de investigación como actos de molestia, al establecer que “*todo acto de molestia deberá llevarse a cabo con respeto a la dignidad de la persona en cuestión...*” , por lo que, en este contexto, afirmaremos, que todo acto de investigación al ser un acto de molestia, deberá realizarse necesariamente con respeto a la dignidad de la persona en la cual recaiga dicho acto de investigación, siendo precisamente la dignidad, la base de los derechos humanos de toda persona, por ende, se debe respetar en todo momento los derechos fundamentales establecidos en la legislación nacional así como en sede internacional, en concordancia al control de convencionalidad que se debe realizar por todas las autoridades en México.

Ahora bien, si en la realización de todos los actos de investigación, como elementos primarios, debe prevalecer el respeto a los derechos humanos del sujeto en el que se realiza la investigación, significa que se deberá seguir diversos principios al momento en el que se realizan estos durante la etapa procesal de investigación, entre los cuales, encontremos los siguientes:

- Principio de Legalidad;
- Principio de objetividad;
- Proporcionalidad en la afectación de derechos humanos.

Por lo que dentro de la proporcionalidad a la afectación de los derechos humanos se establecen las medidas restrictivas de los derechos fundamentales que se encuentran establecidos en la CPEUM, en los Tratados Internacionales y en la ley secundaria en la materia, principalmente el derecho humano que se encontrara restringido lo es la **libertad**, no necesariamente la libertad personal, pero si la libertad de decisión, puesto que como ya se logró analizar, existen actos de investigación mediante sus técnicas de investigación en donde la autoridad, en este caso la fiscalía, podrá realizarlos de muto propio, pero existen otras en

las cuales la realización de estos actos provoca una afectación en la esfera personal de la persona investigada, y por ende requiere un control o autorización del órgano jurisdiccional para la realización de esta.

3.5 Propuesta de actos de investigación en respeto a los Derechos Humanos en México

El arraigo judicial, no puede ser conceptualizado o analizado como un acto de investigación en sí mismo, ni siquiera como una técnica de investigación por sí misma, sino más bien, se trata de una facultad del Estado para restringir la libertad de una persona la cual se encuentra siendo investigada por algún delito de los relacionados con la “delincuencia organizada”, en virtud, que el sujeto(s), previa autorización judicial, será “inmovilizado”, se encontrará privado de su libertad, con el objeto que el Ministerio Público, en ese momento desarrolle las técnicas de investigación que estime pertinentes y necesarias para cumplir con su obligación constitucional establecida en el numeral 21 de la CPEUM, por ende, el órgano investigador, deberá realizar todos los actos de investigación en estricto apego a los derechos humanos, pues no se debe pasar por alto, que en este momento del procedimiento penal de corte acusatorio, aun no existe una judicialización o ejercicio de la acción penal, en otras palabras, se encuentra en la etapa procesal de investigación inicial.

Si la fiscalía tiene la obligación constitucional de investigar hechos que pudieran ser constitutivos de un delito y por ende la autoría de la persona(s) que lo cometieron, y para ello, la propia ley le faculta actuar con las técnicas de investigación necesarias, en tal virtud, esta autoridad deberá actuar siguiendo lo establecido por el Código procesal en la materia, y el mismo, establece de manera puntual, cuáles son las técnicas y actos de investigación para esclarecer hechos delictivos y a su vez integrar una carpeta de investigación, la cual si se advierte la existencia de un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de un sujeto de este actuar, será judicializada ante el Juez de Control competente. Por lo que cuenta la realización de:

- Aquellas técnicas de investigación que no requieren control judicial: la inspección del lugar donde se cometió un delito; la inspección de algún lugar de interés para la

investigación; la inspección de personas; la revisión corporal; la inspección de vehículos; la recolección de un cadáver; la aportación de comunicaciones entre particulares; el reconocimiento de personas; la entrevista de víctimas o testigos.

- Aquellas técnicas de investigación que si requieren un control judicial: la exhumación de un cuerpo; la realización de un cateo con el objeto de localizar objetos relaciones con el delito o incluso personas de interés para la investigación, la intervención de comunicaciones privadas, interceptación de comunicaciones; intervención y retención de correspondencia; la toma de muestras corporales a la persona investigada en caso de existir negativa por parte del sujeto; el aseguramiento y “congelamientos” de bienes de la persona investigada (cuentas bancarias).

Por lo que, estas técnicas o actos de investigación el órgano encargado de la procuración de justicia se encuentra facultados desde el primer momento de la apertura de la investigación inicial, sin que exista la necesidad de que la persona investigada se encuentre restringida de su libertad deambulatoria para que las pueda efectuar, no dejándose pasar por alto que también el Estado cuenta con la maquinaria suficiente para garantizar la protección de las víctimas, testigos o resguardo y preservación de indicios u objetos relacionados con la investigación de los hechos.

Conclusiones

Los derechos humanos en México resultan ser un pilar para el correcto desarrollo de la sociedad y principalmente de la existencia de un Estado de Derecho/democrático, por ende, en todos los aspectos de la vida de las personas, especialmente las que se encuentran en México, se deberá privilegiar en todo momento sus derechos humanos que se encuentran establecidos en la legislación interna como en la normatividad internacional en la materia. Situación la cual ha quedado más que reafirmada en la Reforma Constitucional del año 2011 donde se introdujo de manera literal los derechos humanos (pasando de ser garantías individuales) así como los principios en los que se deben interpretar, y sobre todo la obligación de las autoridades del territorio nacional de respetar y hacer valer los derechos humanos de toda persona, entre los cuales, evidentemente se encuentra el derecho humano a la libertad, la cual como se ha analizado previamente, únicamente puede ser restringida cuando se encuentre justificada la necesidad de la limitación o restricción de la libertad, y bajo los supuestos debidamente establecidos en la norma suprema así como en la legislación secundaria.

Bajo estas consideraciones, la libertad únicamente puede ser restringida cuando existe una causa necesaria, y es precisamente en la aplicación y búsqueda de la justicia penal, en donde tiene mayor realce, tal es el caso que el arraigo visto como la retención o detención de una persona cuando se le está investigando, para el efecto de lograr “garantizar” el éxito de una investigación o la protección de personas, por lo que, a manera de conclusión, el arraigo no resulta necesario en el procedimiento penal de corte acusatorio, como el que actualmente se encuentra prevaleciendo en México, puesto que este sistema pondera el derecho a la libertad y de todos los restantes derechos humanos, por lo que el Estado contara con otros métodos para garantizar que sus actividades encomendadas por mandato de ley se puedan desarrollar correctamente sin necesidad de privar a una persona, cuando de momento aun se le esta investigando, es decir, ni siquiera existe ejercitada la acción penal en su contra, o en otras palabras, no existen aun datos de pruebas idóneos y suficientes para acreditar o dictar una medida cautelar en su contra que restrinja su libertad deambulatoria. En este sentido, el Estado mexicano deberá inaplicar y en su momento retirar del catalogo constitucional la

figura del arraigo al estar en contra de los principios básicos de un sistema de justicia penal acusatorio y en pleno respeto a los derechos humanos.

Referencias bibliográficas

- Alfaro, I. P. (2016). *Unam facultad de ingeniería*. Obtenido de DCB-UNAM: <http://www.dcb.unam.mx/profesores/irene/Notas/Regresion.pdf>
- Apolinar Valencia, B. (s.f.). *Arraigo penal, una forma constitucional de tortura y violación a derechos humanos*. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37734.pdf>
- Arla Bas, F. (2016). *El procedimiento penal en México*. México: Porrúa.
- Becerra Ramírez, J. d. (2016). *El control de convencionalidad en México*. . Tegucigalpa: Editorial Guaymuras.
- Benavente Chorres, H. (2015). *Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral*. . México: Editorial Flores.
- Burgoa, I. (2013). *El Juicio de amparo*. México: Porrúa.
- Caballero Valencia, A. (2019). *Las fiscalías y sus técnicas de investigación*. . México: Editorial Flores.
- Cabrales Lucio, J. M. (2016). *El control de convencionalidad (Algunas consideraciones sobre los desafíos interpretativos)*. . Tegucigalpa: Editorial Guaymuras.
- Cantu Martínez, S. (2016). *Arraigo (Made in México)*. . México: Editorial Ubijus.
- Carbonell, M. (2012). *Los derechos fundamentales en México*. . México: Porrúa.
- Carbonell, M. (2013). *Introducción general al control de convencionalidad*. . México: Porrúa.
- Carbonell, M. (2013). *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. . México: Editorial independiente.
- Carbonell, M. (2015). *Los derechos humanos en México, régimen jurídico y aplicación práctica*. . México: Editorial Flores.
- Carbonell, M. (2016). *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. . México: Porrúa.
- Embris Vasquez, J. L. (2016). *Arraigo y prisión preventiva*. . México: Editorial Flores.
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrer Macgregor, E. (2013). *La Reforma constitucional de derechos humanos, un nuevo paradigma*. . México: Porrúa.
- García Ramírez, S. (2002). *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. . México: UNAM.

- Gomes Canotilho, J. (2003). *Teoría de la Constitución*. . Madrid: Editorial Dykinson.
- González Matías, L. A. (2019). *La Flagrancia en el sistema penal acusatorio*. . México: Editorial Flores.
- González Obregón, D. C. (2010). *Manual práctico del juicio oral*. . México: Ubijus.
- González Rodríguez, P. L. (2017). *Manual de derecho procesal penal*. . México: Fondo de Cultura económica.
- González Santos, G. (2014). *Control de Convencionalidad*. Obtenido de SCJN, México: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/106gabino-gonzalez-santos.pdf>
- Gutiérrez Parada, O. (2010). *Justicia penal y principio de oportunidad*. . México: Editorial Flores.
- Gutierrez, J. C. (2016). *Arraigo (Made in México)*. . México: Editorial Ubijus.
- Herrera Pérez, A. (2016). *El control de convencionalidad en materia de derechos humanos*. . México: Revista Jurídicas UNAM.
- Hidalgo Murillo, J. D. (2017). *Dimensión jurídica de los derechos humanos*. . México: Editorial Flores.
- Lozano Guerrero, F. (2015). *El procedimiento penal oral mexicano*. . México: Porrúa.
- Méndez, J. E. (2014). *Informe del Relator especial sobre la tortura, penas crueles, inhumanos o degradantes en México*. Obtenido de Asamblea general de las Naciones Unidas, : https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/G1425291.pdf
- Nogueira Alcalá, H. (2014). *Colección Derecho procesal de los derechos humanos Tomo I*. . México: Editorial Ubijus.
- Ortiz Ruiz, J. A. (2016). *Carpeta de investigación*. . México: Editorial Flores.
- Ovalle Favella, J. (2007). *Garantías Constitucionales del Proceso*. México: Editorial Oxford.
- Pelayo Moller, C. M. (2015). *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*. . México: CNDH.
- Polanco Braga, E. (2015). *Procedimiento penal nacional acusatorio y oral*. . México: Porrúa.
- Rebato Peña, M. E. (2016). *La detención desde la Constitución*. . Madrid: Editorial Centro de Estudio políticos y constitucionales.

- Rubio Antelis, L. A. (2019). *Garantismo penal y derechos humanos, bases teóricas y procesales enfocadas al sistema de justicia penal acusatorio*. . México: Editorial Flores.
- Silva Meza, J. N. (2017). *Reflexiones en torno al arraigo como medida preventiva de la libertad en el Proceso penal*. . México: CNDH-III UNAM.
- Toledo Escobar, C. (2014.). *El uso e impactos del arraigo en México*. . México: D.F.P. .
- Valadez Diaz, M. (2019). *Código Nacional de procedimientos penales comentado, doctrina y casos prácticos*. . México: Editorial Flores.
- William Mendenhall, R. J. (2010). *Introducción a la probabilidad y la estadística*. Estados Unidos: Cengage Learning.
- Zaffaroni, E. R. (2015). *El enemigo en el derecho penal*. México: Editorial Coyoacan.
- Zagrebel'sky, G. (2014). *La Ley y su justicia*. Madrid : Editorial Trotta.