

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT
UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

TÍTULO:

“La Restricción de Derechos a la Luz del Arraigo Penal”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO PENAL

PRESENTA:

LIC. MARIO MENDOZA PÉREZ.

DIRECTOR:

DR. HUMBERTO LOMELÍ PAYAN.

Tepic, Nayarit, Junio de 2018

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT

UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

TÍTULO:

“La Restricción de Derechos a la Luz del Arraigo Penal”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO PENAL

PRESENTA:

LIC. MARIO MENDOZA PÉREZ.

DIRECTOR:

DR. HUMBERTO LOMELÍ PAYAN.

Tepic, Nayarit, Junio de 2018

A Dios, a mi madre Leticia Pérez Márquez y mi padre Mario Mendoza Plácito por brindarme el regalo de la vida y ser mis guías.

A mí amada esposa Nayeli Ruiz Madrigal por su amor y apoyo incondicional en todas mis empresas.

A mis queridos hijos Mario Raymundo y Naymar Sabas quienes son mi motivación y alegrías.

Al Dr. Humberto Lomelí Payan, mi director de tesis, maestro, pero sobre todo gran amigo.

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO

MÉXICO A TRAVES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y EL GARANTISMO

1.1 Introducción	1
1.2 Los fines del derecho penal en la imposición de sanciones.....	1
1.2.1 Teorías Abolicionistas	5
1.2.2 Teorías Justificacionistas.....	5
1.2.3 Teoría de la retribución.....	6
1.2.4 La teoría de la prevención general	7
1.2.5 Teoría de la prevención especial	8
1.2.6 Teoría funcionalista.....	10
1.3 El derecho penal mexicano a la luz de la reforma de 2008	12
1.4 El garantismo penal como marco teórico para la prevención y combate de los delitos en México	13
1.5 El garantismo penal frente al derecho penal del enemigo en la norma constitucional.....	17
1.6 Elementos generales del derecho de excepción en México.....	22
1.7 El Derecho penal del enemigo como justificación al arraigo en México.....	24
1.8 El doble enjuiciamiento en México	33

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ARRAIGO PENAL EN MÉXICO

2.1 Análisis conceptual del arraigo	37
2.2 Evolución normativa del Arraigo en México	38
2.3 El estado actual del arraigo en México.....	41

2.4 Delincuencia organizada como conducta grave: ¿una justificación para el arraigo en México?	47
2.4.1 La incursión de la delincuencia organizada en México	51
2.4.2 Marco conceptual del delito de delincuencia organizada	57

CAPÍTULO TERCERO

EL DESENCANTO POR EL ARRAIGO PENAL EN MÉXICO

3.1 La postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno al arraigo	67
3.2 La vigencia del arraigo frente al derecho internacional	69
3.3 La violación de los derechos humanos al amparo del arraigo en México	74
3.4 La calidad procesal del sujeto sometido al arraigo	78
3.5 Los esfuerzos para la eliminación del arraigo penal en México	85
3.6 Jakobs a través del arraigo	88
3.7 El incierto futuro para el arraigo en México	90
Conclusiones	92
Fuentes de consulta	94

INTRODUCCIÓN

Los crecientes índices de la delincuencia en México generaron todo un movimiento reformador, en aras de conformar las condiciones para que desde el marco Constitucional, se diera el mensaje a todo el sistema de justicia penal y sus operadores, de cambios a favor de la justicia y los derechos humanos.

De igual manera, dicha la norma Constitucional engendró en sus líneas, diversas figuras jurídico procesales que han ayudado a contar con sustentos legales y una firme base normativa a los entes encargados de la seguridad pública, dado que dentro de las muchas manifestaciones negativas de estas instituciones, se advertía, la de un sistema legal endeble.

Fue así, como el 18 de junio de 2008, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación una reforma integral, con la cual diversos artículos Constitucionales dieron vigencia a todo un nuevo modelo procesal en materia penal, con lo que a su vez, se abrió un nuevo paradigma jurídico en México respecto al tratamiento de las personas imputadas por hechos con apariencia de delitos.

En este crisol de reformas, es donde el arraigo lo elevan a rango Constitucional, lo cual género que una figura que había sido por años muy controvertida, no pudiera ser declarada inválida por estar, precisamente dentro de la norma fundamental de nuestro país.

El presente trabajo centrará su estudio, análisis y discusión precisamente en el arraigo, para que una vez concluido, podamos estar en condiciones de pronunciarnos respecto a la necesidad de dicho mecanismo o en su defecto, la invariable idea de eliminarla del marco normativo nacional, tomando en cuenta que su discusión se genera al vislumbrarse en su aplicación posibles violaciones a derechos fundamentales, además de que su vigencia puede impedir la consolidación del garantismo penal como modelo teórico para la tutela judicial

efectiva, además de una discriminación normativa de los sujetos activos del delito de delincuencia organizada.

De esta manera, en el primer capítulo se realizará un análisis respecto a dos planteamientos jurídico filosóficos que en esencia son contrarios por la manera de abordar el tratamiento de los delitos y las personas que están señaladas de haberlos realizado.

Hablamos del Derecho Penal del Enemigo y el Garantismo Penal. Se buscará entonces encontrar los fundamentos de cada una de estas teorías y su influencia en el sistema jurídico mexicano, concretamente en la materia penal. Además, se contrastaran sus postulados a la luz del arraigo, y se revisará si en los hechos este tiene una justificación que se pueda hacer valer entorno a su vigencia.

En lo que respecta al segundo capítulo, se analizará la figura del arraigo desde un plano normativo como conceptual, así como cuál ha sido su vigencia y trascendía en nuestro país.

Además, se revisara cuál es su configuración normativa desde el plano Constitucional, como en el reglamentario, para con ello poder concluir si sus presupuestos procesales y requisitos de procedibilidad vulneran o no los derechos humanos y sus garantías al momento de aplicarla.

Finalmente, el último capítulo del presente trabajo recepcional, tendrá como propósito estudiar las distintas posturas que se han vertido tanto a favor como en contra del arraigo, realizando con ello un ejercicio crítico de cada postura.

CAPÍTULO PRIMERO

MÉXICO A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y EL GARANTISMO

1.1 Introducción

El Estado mexicano se ha visto en la necesidad de contar con modelos teóricos que le permitan combatir frontalmente la delincuencia en cualquier de sus manifestaciones. Sin embargo, esto se tiene que desarrollar partiendo previamente de un respeto irrestricto por los derechos humanos y sus garantías.

Por tanto, el planteamiento teórico mediante el cual las figuras procesales son creadas, es crucial para conocer la finalidad que persiguen, así como las consecuencias que su aplicación puede acarrear. Dichos postulados, derivan en muchas ocasiones de momentos históricos concretos, con sus propias características y escenarios.

Así, en el presente capítulo se revisaran dos marcos teóricos que cobraron relevancia a partir de la reforma de junio de 2008, refiriéndonos al garantismo penal y el derecho penal del enemigo.

Se revisara por tanto su coexistencia en el marco jurídico mexicano, sus directrices y la manera en como cada una de las figuras incursionó en todo un sistema cuya aplicación marco una serie de paradigmas constitucionales.

1.2 Los fines del derecho penal en la imposición de sanciones

La delincuencia es un fenómeno respecto del cual ninguna sociedad se libra, condicionados en gran medida por los cambios sociales que genera dicha criminalidad¹, de suerte, que corresponde al Estado diseñar toda una política criminal a efecto de combatirla eficientemente.

¹ Plata Luna, América, *Criminología, Criminalística y Victimología*, México, Oxford, 2007, pág. 11.

Así, uno de los problemas que hoy afligen al mundo entero, sin excepción de país alguno, lo constituyen el notable incremento de la delincuencia y su variada gama de manifestaciones; muchas de ellas tan antiguas como la misma humanidad, pero otras no menos numerosas y quizá con mayores alcances por sus negativos efectos, surgidas recientemente a la sombra de las profundas transformaciones estructurales que vienen sucediéndose en todos los sectores de la sociedad.

En efecto, los vertiginosos cambios suscitados durante las últimas décadas, obedecen tanto a una evolución económica, política y social, como al desarrollo de la ciencia y tecnología; factores simultáneos e interdependientes, cuyo dinamismo también se refleja, por desgracia, en la naturaleza e incidencia de la criminalidad que, lejos de permanecer estática, reviste cada día nuevas modalidades, adaptándose con asombrosa rapidez a las circunstancias de la vida moderna.

Este proceso de verdadera metamorfosis que se advierte en la adecuación de la delincuencia a las más recientes condiciones de la realidad contemporánea, puede describirse en términos generales a partir de cuatro tendencias dominantes:

La primera consiste en el surgimiento cada vez mayor de organizaciones criminales, grupos malhechores "profesionales" que operan en forma coordinada, conforme a una estrategia de distribución de actividades.²

La segunda es la que se refiere al incremento de la violencia grave ejercida por los criminales, sin la más mínima consideración por la vida de personas inocentes, y sin el menor respeto por las instituciones públicas encargadas de brindar seguridad.

La tercera tendencia de la criminalidad actual estriba en la proliferación de los delitos económicos y financieros, tales como la falsificación de documentos

² Moreno González, L. Rafael, *Compendio de Criminalística*, 7ma. Edición, 2016, Porrúa, México, pág. 87.

mercantiles, estafas, el tráfico de divisas y más recientemente, los fraudes realizados mediante el uso de medios electrónicos.

La cuarta tendencia es la relativa a un creciente tráfico internacional, sobre todo en materia de estupefacientes, lo cual revela un fenómeno paralelo: la internacionalización de la delincuencia.³

En estos escenarios es donde cobra vigencia el *ius puniendi*, el cual generalmente se identifica con la pena; ésta última refleja no sólo el derecho a castigar del Estado, sino el carácter afflictivo de la sanción punitiva. Respecto a esto último, podemos afirmar que por antonomasia, la privación de la libertad se erige como la medida más importante con la que cuenta el Estado para la inhibición de la criminalidad.

Por tanto, el *ius puniendi* encuentra su fundamento en el derecho y obligación del Estado de asegurar la paz y armonía de la sociedad y salvaguardar los bienes fundamentales de la sociedad y al propio Estado, empleando para ello las normas jurídicas penales, integradas de tipo y punibilidad.⁴ Además, desde su raíz etimológica, el *ius* (derecho) *puniendi* (castigar) se aproxima a una característica que le es exclusiva, como ya se dijo, al propio Estado.

Respecto a lo anterior, se considera importante hacer la diferenciación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo: en el campo del derecho objetivo se encuentra el conjunto de normas penales, mientras que en el derecho subjetivo revisa y declara punibles determinados hechos y conductas.⁵

Buscando el fundamento del derecho a imponer penas por la comisión de delitos, se encuentra que fue la necesidad lo que obligó a los hombres a ceder parte mínima indispensable de la propia libertad, siendo el caso, que la suma de estas mínimas porciones posibles, forma el derecho de penar: todo lo que exceda

³ *Ibidem*, pág. 88.

⁴ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *La individualización de la pena de prisión*, México, 2008, pag. 1.

⁵ Ramírez Franco, Cersar Fernando, *Justicia Penal Alternativa en México*, México, Porrúa, 2015, pág.4.

es abuso y no justicia; es hecho, no derecho, y tanto más justas sean las penas cuanto más sagrada e inviolable es la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserva a sus súbditos; haciendo énfasis en que siempre será mejor prevenir los delitos que castigarlos.

Roxin afirma que sólo es legítima si es preventivamente necesaria y si, al mismo tiempo, es justa, en el sentido que evite todo perjuicio para el autor que sobrepase la medida de la culpabilidad por el hecho. Roxin se muestra en contra de la pena absoluta sin finalidades preventivas, ya que dice eso no es propio de una Constitución democrática; así mismo, difiere en cuanto a que la pena tenga solamente un fin preventivo, ya que la pena en sí, contiene un reproche personal contra el autor, aunque para que sea justa, debe ser comprendida por quien haya delinquido, como merecida.

Montesquieu indicaba que es esencial que las penas guarden la armonía que deben tener una con otras; lo que importa es más bien un delito mayor que otro menor, lo más dañoso para la sociedad que lo menos dañoso. Con esto, Montesquieu dejaba en claro que era partidario de la proporción en las penas, razonamiento al que se unía Beccaria, al manifestar que si se establece una pena igual para todos los delitos que ofenden de manera desigual a la sociedad, los hombres no hallarán un obstáculo más fuerte para cometer el delito mayor, si encuentran que a éste va unida una mayor ventaja.

Finalmente, desde la perspectiva de concepto ya señalado, es indispensable contar por parte del estado con una medida que mitigue la criminalidad, atacarla y de una u otra manera, sacarla del ámbito normativo. Por ello se establece la pena, entendida ésta como un medio de control social que ejerce el Estado de su potestad punitiva frente al gobernado, a efecto de cumplir

con sus fines. Así mismo, ésta no debe ser excesiva ni escasa, es decir, solamente sirve como medida punitiva y preventiva, justa y útil.⁶

Ahora conviene cuestionarnos, ¿cuáles son esos fines?, en apartados posteriores serán revisadas las principales corrientes teóricas que dan vida a los fines de la imposición de la pena.

1.2.1 Teorías Abolicionistas

Abolicionismo es el nombre que se da, principalmente en Europa occidental, a una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su reemplazo.⁷

Las teorías abolicionistas son aquellas que impugnan la legitimidad, tanto de la pena como del sistema penal. Sus expresiones más radicales las encontramos en la posición marxista donde el derecho penal y la pena son considerados como instrumentos de la clase en el poder, superestructuras que responden a una estructura apoyada en la forma de producción capitalista, y que al desaparecer, primero por la dictadura del proletariado, y después al instaurarse el comunismo, que debe llevar a la desaparición de lo que se llama Estado, donde el derecho penal y la pena desaparecen con la formación de un "hombre nuevo", de una sociedad perfecta, sin Estado.⁸

1.2.2 Teorías Justificacionistas

Las teorías justificacionistas consideran para la pena, fines de orden moral o jurídico, mismos que la asignan al Estado y que dan lugar a las posiciones denominadas absolutas y relativas.⁹

⁶ Vargas Torres, Luz María, "Las penas y medidas de seguridad consecuencia del derecho punitivo en México", en: *Letras jurídicas, revista electrónica de Derecho penal del Centro Universitario Ciénega*, núm. 10, Universidad de Guadalajara, 2010. Pág. 3.

⁷ Scheerer, Hulsman, Et. Alt., *Abolicionismo Penal*, Trad. Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilian Bandoza, editorial Ediar, Argentina, 1989, pág. 3

⁸ Idem.

⁹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. cit.* cita 4, pág. 8.

Son absolutas las que ven la pena como un fin en sí mismo; la pena es un castigo, una retribución por el delito cometido. A su vez, son relativas las que, por criterios utilitaristas, asignan a la pena el ser medio que evite futuras conductas delictivas (prevención general) en beneficio del conglomerado social; o porque se dirijan a la persona del delincuente como medida de prevenir de su parte la comisión de posteriores delitos (prevención especial).¹⁰

1.2.3 Teoría de la retribución

Estas teorías tiene como base valores absolutos y por tanto, su función es metafísica: la realización de la justicia absoluta. Estas teorías consideran a la pena como un fin en sí mismo, con un sentido retribucionista: imposición de un mal por un mal cometido, que busca infligir en el delincuente un mal semejante o equiparable al que cometió. En este sentido, la pena es la consecuencia justa y necesaria del delito cometido.¹¹

Por su parte, Julio Maier asegura que las teorías absolutas dan origen a la pena como expiación o retribución del crimen, que legitiman el castigo sólo como mal inferido a quién había obrado mal (retribución) y lo prescribían como de aplicación necesaria en los casos concretos.¹²

De acuerdo al doctor Vidaurri Aréchiga, las teorías absolutas (retributivas) se justifican de manera exclusiva como consecuencia del delito cometido, aplicándose simplemente porque se delinquirió y no teniendo ningún fin específico, derivando a que al mal que representa el delito, se opone el mal que representa la pena. En el caso de la prevención general, debe entenderse que se identifica el fin

¹⁰ *Ibidem*, pág. 9.

¹¹ Islas de González Mariscal, Olga, "Las consecuencias jurídicas del delito", en: García Ramírez, Sergio (Coord. General), Islas de González Mariscal, Olga, (Coord. De Derecho Penal), *El derecho en México: Dos siglos (1810—2010)*, t. VII, México, UNAM—Porrua, 2010, serie doctrina jurídica, núm. 548, p. 97

¹² Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial del Puerto s.r.l., 2004, t. I, p. 473

de la pena con las intimidaciones que se causa a los miembros de la sociedad, pretendidamente para que eviten la comisión de delitos.¹³

Tiene raigambre en ideas tan remotas como la Ley del Tali3n, y m3s cercanas como la concepci3n de la iglesia cristiana de pecado y penitencia, por mencionar dos de las m3s destacadas. Esta teor3a parte de la aceptaci3n de que el hombre es capaz de autodeterminarse y obrar conforme al deber de respetar al pr3jimo como a s3 mismo. La violaci3n de ese deber demanda un castigo, mismo que queda a cargo del Estado, quien debe aplicarlo para salvaguardar el orden social.¹⁴

1.2.4 La teor3a de la prevenci3n general

Estas teor3as consideran que la pena refuerza la conciencia jur3dica en general mediante la satisfacci3n del sentimiento jur3dico; se dice que refuerza los mecanismos de control valorativos, relativos a la confianza en el ordenamiento jur3dico.¹⁵

Esta teor3a encuentra que el fin principal de la pena es el efecto intimidatorio para todos aquellos a quienes est3 destinada la ley. La intimidaci3n general parte de la suposici3n que el hecho de que la ley prevea la pena que, en su caso, se impondr3 a quien la viole, es suficiente para que la generalidad de los individuos se abstenga de violarla.¹⁶

Jakobs por su parte, refiri3ndose a la prevenci3n general positiva, nos indica que un hecho penal, no puede definirse como lesi3n de bienes jur3dicos, sino s3lo como lesi3n de la juridicidad, aduciendo que la lesi3n de la norma es el elemento decisivo del hecho penal, ejemplificando con la punibilidad de la tentativa, y no la lesi3n de un bien, indicando como consecuencia, que esta es la

¹³ Vidaurri Ar3chiga, Manuel, *Introducci3n al derecho penal*, M3xico, Oxford/Universidad de Guanajuato, 2012, Colecci3n textos jur3dicos universitarios, p. 11.

¹⁴ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. cit.* cita 4, p3g. 11.

¹⁵ Islas de Gonz3lez Mariscal, *Op. cit.*, cita 11, p. 98

¹⁶ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. cit.* cita 4, p3g. 12.

denominada prevención general positiva como función latente de la pena, aduciendo que a ella también se le puede añadir aún un efecto intimidatorio, es decir, una prevención negativa, y otros más.¹⁷

Bottke formula la tesis de que la finalidad de la pena (y de los actos procesales que la preceden) es la conservación de la norma, es decir, la prevención general positiva.¹⁸ Aunque cabe agregar que la conservación de la norma no es en sí mismo un objetivo final, sino, que lo significaría la convivencia en sociedad organizada, con derechos y obligaciones, lo cual es fundado en la norma.

Bacigalupo puntualiza que la prevención general positiva, requiere al mismo tiempo, que no se cierre la discusión sobre el progreso de la idea de un derecho penal más humano, mismo que cumpla una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito.¹⁹

1.2.5 Teoría de la prevención especial

Esta teoría estima que la función de la pena es inhibir al sujeto que ya ha cometido un delito, para que no vuelva a delinquir. Es prácticamente, una coacción psicológica. En este caso, la función de la pena se orienta sobre el autor de un delito, para evitar la reincidencia. Al respecto, habrá quienes, a pesar de la pena, no desistan de sus propósitos delictivos; por tanto, será necesario combinar “los fines de la pena con la clasificación de los delincuentes en diversas categorías, empíricamente formuladas”.²⁰ Por ello, Ferrajoli afirma que esta teoría suele

¹⁷ Jakobs, Günther, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Traducción de: Jacobo López Barja de Quiroga, Madrid, Civitas, 2004, p. 41

¹⁸ Bottke, Wilfried, “La actual discusión sobre las finalidades de la pena”, en: Silva Sánchez, Jesús María (Ed) *Política criminal y Nuevo derecho penal: Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, José Ma Bosch, 1997, p. 57

¹⁹ Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal parte general*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 41

²⁰ Islas de González Mariscal, Olga, *Op. cit.*, cita 11, pág. 99.

orientar su doctrina en la defensa social y que se basan en la relevancia atribuida a la materialidad del elemento objetivo, y particularmente en la peligrosidad.²¹

La función y justificación del *ius puniendi* por parte del Estado se encuentra en que la pena es una necesidad para lograr mantener el orden jurídico y como consecuencia asegurar la paz social.

La teoría de la prevención especial fija en primer y destacado lugar la aplicación de la pena como medio para asegurar, por parte del Estado, el orden social. La pena no pretende retribuir un mal por el mal causado por el delito, sino que se aplica para prevenir otros delitos del propio autor y ello "puede ocurrir de tres maneras: corrigiendo al corregible, esto es lo que llamamos resocialización; intimidando al que por lo menos es intimidable; y finalmente, haciendo inofensivos, mediante la pena de privación de libertad, a los que no son corregibles ni intimidables.²²

El doctor Kala estima que la prevención general en su orientación negativa, aspira a infundir tal temor en las personas, para que, ante la posibilidad de recibir el castigo, inhiban su conducta; considerando que la ejemplaridad sería el principio rector de ésta, y agregando que tal ejemplaridad se encuentra lejana, ya que los porcentajes de impunidad no contribuyen a construir en la ciudadanía, precepciones de credibilidad penal. Por lo que sostiene que en las sociedades en las que el temor al castigo orienta el despliegue conductual de las personas, son sociedades en las que los valores democráticos brillan por su ausencia.²³

²¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz, et al, Madrid, Trotta, 1995, pág.377.

²² Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Edit. Reus, Madrid, 1976, p . 15

²³ Kala, Julio César, "Nuevos paradigmas del derecho penal a propósito de la justicia alternativa", en: Gorjón Gómez, Francisco Javier; Martiñón Cano, Gilberto, et al, (Coords.) *Mediación penal y justicia alternativa*, México D.F., Tirant lo Blanch/ASID—MASC, 2014, p. 196.

1.2.6 Teoría funcionalista

Examinando las modernas teorías que estudian la fundamentación de la pena, retributiva, de prevención general y de prevención especial, se nos plantea el dilema de encontrar una teoría que supere las críticas formuladas a ellas, o bien, construir una nueva teoría. Roxin, propone al tema que nos ocupa en la necesidad de partir del examen que el poder punitivo del Estado se coloca frente al individuo en tres facetas claramente diferenciadas, y que a su vez se refieren a tres momentos diferentes de la vida del derecho penal y que son la creación de la norma, la individualización de la pena y la aplicación de la pena.²⁴

Con esta corriente doctrinaria, Roxin genera toda una teoría unificadora o mixta, en la cual las tensiones que se dan entre los distintos fines derivan de las tesis tradicionales del poder punitivo, debe resolverse de una forma dialécticamente siempre y de tal modo que tiendan a limitar a que a través de los principios de un estado de derecho. Las penas solo pueden ser de tipo preventivo.²⁵

Por su parte, para la imposición de las penas, México ha adoptado una postura en la que se sancione al acto cometido por el autor y no propiamente por las condiciones especiales de éste, sin embargo, dicha concepción teórica aún está sujeta a discusión por lo que respecta a las situaciones que prevalecen entorno al arraigo y en general, las condiciones que se encuentran vigentes en delitos como el de delincuencia organizada.

Así, la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto ha sostenido lo siguiente:

²⁴ Roxin, Claus, *Op. cit.* cita 22 pág. 17.

²⁵ *Ídem.*

DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS.

De la interpretación sistemática de los artículos 1o., 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que nuestro orden jurídico se decanta por el paradigma conocido como "derecho penal del acto" y rechaza a su opuesto, el "derecho penal del autor". Entender las implicaciones de ello, requiere identificar sus rasgos caracterizadores y compararlos entre sí. El modelo del autor asume que las características personales del inculpado son un factor que se debe considerar para justificar la imposición de la pena. Al sujeto activo del delito (que en esta teoría suele ser llamado delincuente) puede adscribirse la categoría de persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante, entre otros calificativos. Esta categorización no es gratuita: cumple la función de impactar en la imposición, el aumento o el decremento de la pena; incluso permite castigar al sujeto por sus cualidades morales, su personalidad o su comportamiento precedente frente a la sociedad. Así, la pena suele concebirse como un tratamiento que pretende curar, rehabilitar, reeducar, sanar, normalizar o modificar coactivamente la identidad del sujeto; también como un medio que pretende corregir al individuo "peligroso" o "patológico", bajo el argumento de que ello redundará en su beneficio. Por ello, el cuántum está en función del grado de disfuncionalidad que se percibe en el individuo. Ese modelo se basa en la falaz premisa de que existe una asociación lógico-necesaria entre el "delincuente" y el delito, para asumir que quien ha delinquido probablemente lo hará en el futuro, como si la personalidad "peligrosa" o "conflictiva" fuera connatural a quien ha cometido un acto contrario a la ley. Además, el derecho penal de autor asume que el Estado - actuando a través de sus órganos- está legitimado para castigar la ausencia de determinadas cualidades o virtudes en la persona (o, por lo menos,

utilizarla en su perjuicio). En cambio, el derecho penal del acto no justifica la imposición de la pena en una idea rehabilitadora, ni busca el arrepentimiento del infractor; lo asume como un sujeto de derechos y, en esa medida, presupone que puede y debe hacerse responsable por sus actos. Por ello, la forma en que el individuo lidia en términos personales con su responsabilidad penal, queda fuera del ámbito sancionador del Estado.²⁶

1.3 El Derecho Penal mexicano a la luz de la reforma de 2008

El rediseño que se vivió en México en torno al combate de la criminalidad a partir de junio de 2008, ha traído como consecuencia un cambio sustancial en los procedimientos penales y la política criminal, todo ello en aras de acabar con la impunidad, que la víctima obtenga la reparación del daño y que el imputado obtenga la sanción que merece a la conducta desplegada.

Lo anterior generó en nuestro país una bifurcación de posturas respecto a qué instrumentos jurídico debían aplicarse para lograr dichos fines; además, se buscó tomar de base planteamientos teóricos que permearan en la norma constitucional para con ellos justificar su creación e implementación.

Como consecuencia de lo anterior, se actualizaron y crearon un conjunto de normas jurídicas basadas preponderantemente en el garantismo penal, el cual se incrustó en la norma como una llamada de atención a todo el sistema de leyes que en México habían caído en un retroceso, lo que consecuentemente redujo los derechos de las personas y sus garantías.

Además, el constituyente erigió a rango constitucional diversas figuras jurídicas cuya base descansa en normas excepcionales y de emergencia, las cuales derivan de los postulados del denominado derecho penal del Enemigo, lo

²⁶ Tesis jurisprudencial, número 17, emitida por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitido en la décima época, en el Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, página 374. Gaceta del Seminario Judicial de la Federación.

que se traduce en que la autoridad hará distinciones en la aplicación de la norma dependiendo del caso que se presente.

En torno a esto, podemos señalar por ejemplo, en el caso de la delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador, así mismo, las audiencias podrán desarrollarse a puerta cerrada e intervenir comunicaciones privadas de los imputados.

Con esto, México abrió la puerta para la vigencia de dos modelos teóricos cuyos núcleos contrastan uno del otro, a saber derecho penal del enemigo y el garantismo penal. La lucha contra la criminalidad fue vertiéndose en un crisol normativo, donde posturas contrarias han tenido que coexistir. Más, aún las herramientas que por una y por otra se han echado a andar, permitieron sesgos normativos en su aplicación e interpretación.

1.4 El garantismo penal como marco teórico para la prevención y combate de los delitos en México

En materia de seguridad pública se han buscado diversas vías a efecto de encontrar alguna que genere el mayor número de resultados positivos. En este contexto, la modificación normativa ha buscado sustento en postulados teóricos que justifiquen la incursión del Estado en el combate de la criminalidad.

Fue de esta manera, que la reforma en materia penal de 2008, observó una tendencia del constituyente permanente por sustituir un modelo penal cuyas características principales partían del autoritarismo, lo que generó toda una serie de inconformidades por las violaciones sistemáticas a los derechos de los imputados e impunidad en las pretensiones de las víctimas.

Por ello se optó por el garantismo penal, corriente filosófico-jurídica que surgió en Italia como resultado del pensamiento y trabajos de Luigi Ferrajoli, el

cual poco a poco se fue extendiendo en Europa y a partir de la década de los noventa del siglo pasado en nuestro continente.²⁷

A partir de esta corriente, en México se crearon mecanismos y figuras procesales cuya orientación estriba en garantizar, sobre todo, los derechos subjetivos, buscando con ello la maximización de los derechos y la amplitud en la protección de las personas frente a la intervención del Estado.

De esta manera, México adoptó el término de “sistema garantista” para referirse a los procedimientos diseñados para el combate y prevención de la criminalidad, así como la adecuación de las normas para este propósito.

Ahora bien, para hablar de un sistema garantista resulta indispensable que revisemos en qué consiste dicho modelo, cuáles son los alcances y sus orígenes. Así, podemos decir que Luigi Ferrajoli al elaborar la teoría del garantismo penal, reconoce tres acepciones de garantismo.²⁸ A pesar de ello y de una lectura rigurosa de su propuesta, por garantismo, Ferrajoli, enuncia dos significados genéricos: un modelo de derecho y una propuesta de teoría general del derecho.

El primer supuesto se presenta como una alternativa al Estado de derecho; el segundo, como una superación de los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas. Ambos significados confluyen en un axioma distintivo: el derecho como garantía de limitación al poder. Ya en anteriores escritos había señalado con claridad que *el poder —todos los poderes, sean estos públicos o privados— tiende en efecto, ineludiblemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho.*²⁹

En tal sentido, el garantismo surge como una teoría que sigue la tradición clásica del pensamiento penal liberal, el cual expresa la exigencia de la

²⁷ García, Silva Gerardo, *El Nuevo Sistema de Justicia Penal*, México, Porrúa, 2010, Pág. 79

²⁸ Ferrajoli, Luigi, *Op. cit.*, cita 21, p. 851.

²⁹ Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 13-30.

minimización del poder punitivo a través del sometimiento a la ley, es decir, la sujeción del actuar del poder a la estricta legalidad.³⁰

Así, el garantismo en materia penal corresponde con la noción de un Derecho Penal mínimo, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado, el cual hasta antes de la referida reforma de 2008 había potencializado su actuar en detrimento de las garantías de los gobernados.

En esencia, el garantismo penal busca la humanización del derecho penal, a través del respeto a los derechos fundamentales, pensamiento que ya desde la antigüedad se había generado a la luz de derecho natural, sin embargo, con el positivismo que se implantó en México trajo consigo que se desarrollaran muy pocos límites al poder.

En tal sentido en lo que se refiere a la humanización del derecho penal como un antecedente del garantismo penal, se puede precisar que el primer esbozo se da en el año de 1631, con la aparición de la obra *Cautio criminalis*, escrita por Von Langenfeld, en la cual se vierte una crítica al proceso inquisitorial de aquella época, denunciando las brutales torturas a que eran sometidos quienes resultaban acusados de algún delito.³¹

No obstante, fue hasta mediados del siglo XVIII, en el denominado siglo de las luces que pensadores como Hobbes y Locke en un primer momento y posteriormente Kant, Rousseau, Monstequieu y en materia de política criminal, Beccaria, Filangieri, Verri, Hommel y Sonnenfels, empezaron a introducir dentro de las legislaciones de la época conceptos que permitieran a la sociedad contar con un sistema de justicia penal humano, que respetara la dignidad de las personas.³²

³⁰ Ferrajoli, Luigi, Ponencia Congreso Internacional: El constitucionalismo dos siglos de su nacimiento en América Latina, mesa: la justicia penal en el contexto garantista, celebrará en la Ciudad de Puebla, Puebla, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, los días 2, 3 y 4 de febrero de 2010, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=X2VI3CetjSk>, el día: 20/11/2015.

³¹ Coaña Be, Luis David, *México: ¿Garantismo o derecho penal del enemigo?*, Ed. Ubijus, México, 2014, Pág. 20

³² *Ídem*, pág. 21

Con estos escenarios como antecedentes, para Ferrajoli el garantismo penal se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales, dentro de los cuales se refieren a la protección a los derechos fundamentales cuyo objeto de tutela son diversos; pero también ellos, cuando están constitucionalmente garantizados, se configuran como vínculos de validez para la legalidad ordinaria, por lo que ésta resulta igualmente caracterizada como estricta legalidad.³³

En todos los casos se puede decir que la mera legalidad, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, coincide con su legitimación formal, mientras la estricta legalidad, al subordinar todos los actos, incluidas las leyes a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su legitimación sustancial.

Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural. Por otra parte, las garantías penales sustantivas tienen por objetivo la averiguación de la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis de la acusación.³⁴

Desde la teoría del garantismo, se debe partir del estricto respeto a los derechos fundamentales y sus garantías, las cuales sirven como un medio de control de poder público, restringiéndolo y constriéndolo en su actuar. Así, los derechos fundamentales debe ser entendidos como todos aquellos derechos

³³ Coaña Be, Luis Davis, *Op. cit.*, cita 31, pag. 21.

³⁴ Carbonell Sánchez, Miguel, *¿Que es el garantismo? Una nota muy breve.* México, miguelcarbonell.com, consultada en línea en: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve.shtml, el día 01/11/2016.

subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercidas por estas.³⁵

Bajo los principios enarbolados en la teoría del garantismo penal, la reforma constitucional de junio del 2008, planteó un nuevo sistema de procuración e impartición de justicia penal, además de que como se dijo en líneas anteriores, se propició la transición del sistema de tipo inquisitivo al acusatorio.

Así entonces, al estar en el plano del garantismo penal, estamos en la escala de la maximización del derecho frente al poder del Estado. La política criminal que se debe desarrollar, tiene el deber de partir de dicha premisa, sin caer por supuesto en un hipergarantismo que contrario a lo buscado, ampare una sobreprotección rompiendo con los fines fundamentales del derecho penal.

1.5 El garantismo penal frente al derecho penal del enemigo en la norma constitucional

Hemos señalado en líneas anteriores que el garantismo penal se incrustó en la norma constitucional derivado de la reforma de 2008, sin embargo, es menester hablar de la diversa reforma a la Constitución Federal, la cual se originó tres años después, esto es, en junio de 2011 cuyo objetivo fue la maximización de los derechos humanos y que en su artículo primero estableció lo siguiente:

"En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los

³⁵ Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trota, 2005, pág. 19

que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección...".³⁶

El dispositivo señalado, obliga a todas las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Además, el texto de la ley fundamental establece que la interpretación normativa en materia de derechos humanos se hará de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas.³⁷

Además, dicho precepto establece nuevas formas de control bajo la influencia garantista³⁸, destacando entre otros el control de constitucionalidad, control de convencionalidad, interpretación conforme y el bloque de constitucionalidad. Cada uno de estos controles representa aristas distintas que bien vale la pena revisar, sin embargo, el objeto del presente trabajo no tiene ese propósito.

Sin embargo, existe un par de conceptos que tienen relación directa con lo que se ha ido revisando en el presente trabajo, los cuales son el principio *pro persona* y la presunción de inocencia, ambas figuras las cuales, si bien se encontraban ya desarrolladas en la normativa nacional antes de dicha reforma, cierto es que vino a ponerlas en la palestra de la actuación de las autoridades.

En cuanto al principio *pro homine*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al explicar el alcance de este principio, en relación con las restricciones de los derechos humanos, expresó que "entre varias opciones para alcanzar ese

³⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

³⁷ Salazar Ugalde, Pedro (Coord.), *La reforma Constitucional sobre derechos humanos*, Instituto Belasario Domínguez, Congreso del Estado, México, 2014, pág. 2.

³⁸ Salgado Ledesma, Erendira, *Manual de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2011, pág. 37.

objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido".³⁹

Como consecuencia, bajo este principio se obliga a todas las autoridades que aplican la ley, a preferir aquella norma o aquella interpretación que mejor proteja al ser humano.

De acuerdo a lo establecido por los propios Tribunales federales de nuestro país,⁴⁰ el referido principio *pro homine* tiene dos variantes:

a) Directriz de preferencia interpretativa, por la cual se ha de buscar la interpretación que optimice más un derecho constitucional. Esta variante, a su vez, se compone de: a.1.) Principio favor *libertatis*, que postula la necesidad de entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juicio, e incluye una doble vertiente: I) las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos humanos no deberán ser interpretadas extensivamente, sino de modo restrictivo; y, II) debe interpretarse la norma de la manera que optimice su ejercicio; a.2.) Principio de protección a víctimas o principio favor *debilis*; referente a que en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto, es menester considerar especialmente a la parte situada en inferioridad de condiciones, cuando las partes no se encuentran en un plano de igualdad; y,

b) Directriz de preferencia de normas, la cual prevé que el Juez aplicará la norma más favorable a la persona, con independencia de la jerarquía formal de aquella.

En lo que respecta al principio de presunción de inocencia, es entendida como la piedra angular de todo el proceso penal acusatorio, estableciendo, no en el artículo primero propiamente, sino en el artículo 20 Constitucional. En el, toda persona a quien se imputa un delito tiene derecho a considerarse inocente, en

³⁹ Tesis: II.3o.P. J/3 10a. Tesis Jurisprudencial por reiteración en Materia Penal, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito.

⁴⁰ Tesis: I.4o.A.20 K (10a.). Tesis Aislada en materia común, emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito.

tanto no se pruebe legalmente su culpabilidad, en proceso realizado con todas las garantías previstas en ley, en el que se resuelva con base en pruebas debidamente valoradas que demuestren la culpabilidad del imputado.⁴¹

La presunción de inocencia, se ha instaurado como un principio fundamental en los Estados democráticos de derecho; en su conceptualización ha ganado terreno en su protección y ha adoptado varios significados: como regla probatoria; como medio de prueba; como principio informador de todo el proceso; como regla de tratamiento del imputado; como presunción *iuris tantum*; y, como principio *in dubio pro reo*.⁴²

Finalmente, en lo que ve a esta figura de la presunción de inocencia, es sin lugar a duda uno de los derechos fundamentales de mayor relevancia en el nuevo proceso penal, a merced de la cual toda persona debe ser tratada para todos los efectos, tanto procesales como extraprocesales, como inocente, mientras no exista sentencia condenatoria firme en su contra.⁴³ Conviene puntualizar entonces, que la contracara de la presunción de inocencia son las medidas precautorias, especialmente la prisión preventiva y el arraigo.⁴⁴

De esta forma, el marco constitucional diseñó un par de reformas cuyo objetivo fundamental descansó en dotar -en lo que importa al esquema penal-, de una amplia gama de derechos y garantías para los sujetos procesales que intervienen en un procedimiento penal.

Analizado lo anterior podríamos establecer que las ventajas de la reforma son evidentes, sin embargo es menester contrastarlos con diversas figuras en el dispositivo Constitucional invocado, a la par de lo ya señalado, abre la posibilidad para que los derechos fundamentales y las garantías para su protección se

⁴¹ Ferrer Mac-Gregor et. Alt., (Coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 692, México, 2014, pág. 1019.

⁴² *Ibidem*, 1022.

⁴³ Reyes Loaeza, Jahaziel, *El Sistema Acusatorio Adversarial*, México, Porrúa, 2012, pág. 22.

⁴⁴ Herrera López, Agustín, *Nuevo Sistema Constitucional de Derecho Penal*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009, pág. 120

puedan restringir o bien suspender, bajo las condiciones que esta misma establece, circunstancia que pone en un plano de conflicto entre lo que establece la propia Constitución y lo que disponen los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México es parte.

La segunda parte del primer párrafo del artículo primero constitucional establece que el ejercicio de los derechos humanos y sus garantías no podrán suspenderse “...*salvo en los casos y bajo las condiciones que [...] –la Constitución establece.*”

La terminología utilizada implica la incursión de una diversidad de restricciones. Establece en términos simples y bajo una interpretación *a contrario sensu*, que los derechos humanos y sus garantías, sí podrán restringirse por lo que su progresividad puede verse comprometida, siempre y cuando así lo disponga expresamente la norma Constitucional.

El “salvo” que estipula en la norma Constitucional, rompe la armonía de toda una serie de postulados en materia de derechos humanos que se desarrollan con la sola lectura del primer párrafo, por lo que permitiría que se constitucionalice ciertas figuras normativas o procedimientos que en el plano internacional pueden llegar a ser inconvencionales.

Por tanto, entre otros aspectos, permite que coexista con el garantismo penal un modelo propio de estados absolutistas; hablamos del régimen de excepción, y más propiamente aquél que dio vida al arraigo por las condiciones en que se presentaba la delincuencia organizada; es decir, mientras que por un lado se avizora en la norma constitucional todo un sistema que se encuentra a la vanguardia de los estándares internacionales, con la intención de garantizar el estado democrático de derecho, por otro lado, se establece un régimen de excepción característico de los Estado totalitarios.

Aún cuando del propio texto Constitucional, alude a la posibilidad del ejercicio de los derechos y sus garantías como un apriorismo importante, la propia norma fundamental reconoce su suspensión, contraviniendo los Tratados Internacionales.

1.6 Elementos generales del derecho de excepción en México

Hablar de regímenes normativos dentro de un territorio, implica necesariamente ponernos en supuestos distintos *a priori*, enmarcando con ello la pluralidad de situaciones jurídicas que la norma contempla y que necesariamente requieren revisión puntual.

Lo anterior queda de manifiesto en la norma penal en México, toda vez que encontramos cuerpos normativos que se encargan de regular solamente a ciertos sujetos procesales que cometieron algún tipo de delitos o bien, cuentan con características específicas, como lo es el caso en la justicia para adolescentes y la delincuencia organizada.

Esta cualidad de excepción no supone *per se*, que la norma penal está siendo aplicada de forma arbitraria, sino por el contrario, implica que la flexibilidad o rigidez que en cada caso en concreto es utilizada, busca prevenir que ciertas particularidades en los sujetos procesales que se les están imputando un delito, sea contemplado al emitir la determinación final del órgano jurisdiccional, lo cual no podría ser posible con otro tipo de normas o figuras jurídicas aplicables en otros casos.

Además, igualmente se entiende que el fenómeno delincencial se ha sofisticado y por ende es necesario enfrentarlo con facultades y herramientas modernas, sin que ello signifique dejar de lado el escrupuloso respeto a los derechos fundamentales.⁴⁵

⁴⁵ García Silva, Gerardo, *Op. cit.*, cita 27, pág. 134.

Con lo anterior se puede tener un primer acercamiento al régimen de excepción, entendiéndolo como aquel que fundamente la ejecución de figuras jurídicas manifestándose a través de normas y jurisdicción paralela, suspendiendo o restringiendo las reglas de justicia penal, además de lograr el debilitamiento de ciertas garantías adjetivas de aquellos sujetos que están siendo objeto de investigación o procesadas por un probable delito.⁴⁶

Como se advierte, en lo que respecta al régimen penal de excepción implica restringir o suspender ciertos supuestos normativos que en algunos delitos no operarían, lo anterior lo pretende justificar Guerrero Agripino, al señalar que toda vez que al haber una criminalidad más desarrollada, con mayor proyección y con niveles de peligrosidad más intensos en su actuación, como lo es la delincuencia organizada, da pie a perfeccionar las medidas y condiciones por parte del estado para garantizar con esto la seguridad de sus gobernados, por lo que sugiere al arraigo como una medida idónea.⁴⁷

El problema con el régimen penal de excepción mexicano es que, por real que sea una amenaza derivada de la existencia e indiscutible violencia con la que operan las organizaciones delictivas (cárteles del narcotráfico, redes de trata de personas, bandas de secuestradores, grupos terroristas, etcétera), es decir, por urgente que sea la necesidad –invocada como fuente de la suspensión de derechos–, en nuestro país jamás se ha proclamado el estado de excepción para combatir el fenómeno ni, desde luego, se ha sujeto el combate de la delincuencia a las reglas que determinan la democraticidad de la suspensión o restricción de garantías en el contexto del derecho penal.⁴⁸

⁴⁶ Cantú, Silvano, *El régimen penal de excepción para delincuencia organizada bajo el test de los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, pág. 2, disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3568/21.pdf>

⁴⁷ Guerrero Agripino, Luis Felipe, *La Delincuencia Organizada*, Universidad de Guanajuato-Facultad de Derecho, México, 2001, pág. 1.

⁴⁸ Cantú Silvano, *Óp. cit.*, cita 46.

Por lo anterior, se puede entender que el arraigo a través de la delincuencia organizada, logra entrar al campo del régimen de excepción, toda vez que descansa en una normatividad que se aparte de estándares que no son aplicables a todos los tipos penales y que además en el campo del derecho se rige por conceptos propios, lo que supone un claro entendimiento de la necesidad de crear reglas en México para determinados sujetos procesales.

1.7 El derecho penal del enemigo como justificación al arraigo en México.

Ya nos hemos referido respecto al régimen penal de excepción y se ha discutido respecto a que la delincuencia organizada se encuentra dentro de dicho esquema. Sin embargo, en el presente apartado se intentará demostrar que en el marco teórico de dicho régimen se encuentra inmerso la teoría del derecho penal del enemigo, partiendo *a priori* que aquél debe entenderse como el género y éste como la especie.

En términos teóricos, el régimen de excepción en México busca compartimentar la persecución de delitos estrictamente relacionados a la delincuencia organizada, bajo una lógica que es inevitable identificar con la del llamado derecho penal del enemigo, el cual se nos presenta como una doctrina penal contemporánea que se ha traducido en la práctica en la adopción de regímenes penales paralelos para el tratamiento de fenómenos delictivos que ofrecen una resistencia especial al Estado y la sociedad, en el cual no son efectivos (o al menos no igualmente efectivos) los derechos y los principios penales comunes. Ante el riesgo de un quebrantamiento global del derecho penal democrático, quienes justifican la adopción de estos regímenes paralelos arguyen que las disposiciones que fundan el comportamiento anormal del aparato punitivo están debidamente compartimentadas, restringidas y debidamente definidas bajo figuras rigurosas y precisas.⁴⁹

⁴⁹ *Ídem.*

En este rompimiento encontramos al derecho penal del enemigo, dado que el derecho penal ha estado ligado a las peores atrocidades de la humanidad, cometidas principalmente por las instituciones que conforman al sistema penal, pero además, en numerosas ocasiones ha servido como brazo represor de los gobernantes en turno. Lo mismo el Derecho penal ha servido para castigar a quien roba y mata, como también a quien simplemente no es bien visto por el gobierno. Es así como empieza a surgir el concepto de enemigo a través de la historia.⁵⁰

En roma, en un principio se consideraba *hostis* al oponente o contradictor de mala fe en un juicio de naturaleza civil, sin embargo, a partir del siglo III a. c., este vocablo se empezó a utilizar más como sinónimo de extranjero enemigo, pasando a designar a aquellos individuos pertenecientes a un pueblo con el cual Roma había entrado en guerra.

Así, al *hostis inimicus*⁵¹ se le excluyó plenamente de derechos civiles, aplicándosele la muerte o reduciéndolo a un estado de esclavitud, lo que llevaba consigo la obligación de prestar servicios corporales que fueran de utilidad al imperio.⁵²

Pero esta condición no se reservaba solamente a los extranjeros. En las situaciones excepcionales en que un ciudadano romano amenazaba la república mediante conspiración o traición, el Senado podía hacer uso de su autoridad para declarar a este sujeto como enemigo público, lo que implicaba la privación de todo estatuto jurídico y cuya consecuencia era que podía ser despojado de todos sus bienes e, incluso, de su propia vida.⁵³

⁵⁰Coaña Be, Luis Davis, *Óp. cit.*, cita 31, pág. 42.

⁵¹Hostis, puede ser entendida como extranjero, mientras que inimicus significa “no amigo”, por tanto, de la conjugación de ambos es dable concluir que se referían a estos sujetos como los enemigos.

⁵²Polaino-Orts, Miguel, *Lo verdadero y falso en el Derecho penal del enemigo*, Grijley, Perú, 2009, págs. 165 y 166.

⁵³Cornacchia, Luigi, “La moderna *hostis iudicatio* entre norma y estado de excepción, en Cancio Meliá, Manuel/ Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Edisofer-B de F, Buenos Aires, 2006, p. 417.

Como vemos con lo anterior, han sido diversas las manifestaciones que se han dado a través del tiempo para encuadrar dicho termino, sin embargo, no solo queda en esto, podemos localizarlo de igual manera en diversas obras de filósofos como lo es el Contrato Social de Rousseau, en el libro el Leviatán de Hobbes, además de diversas obras que a través de los tiempos han marcado al filosófico-jurídico como las escritas por el Marqués de Beccaria, Schmitt y Locke.⁵⁴

En cuanto a dicho concepto, se dio a raíz de un trabajo presentado al congreso de profesores alemanes de derecho penal, celebrado en Frankfurt en 1985, en el que Günther Jakobs analiza la noción de "derecho penal del enemigo", en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la criminalización en el estadio previo a una lesión del bien jurídico.⁵⁵

Tras establecer que se trata de un modelo de derecho que sigue reglas diferentes, Jakobs⁵⁶ aclara, sin embargo, que frente al derecho penal de enemigo, para nada se ha decidido si aquel, una vez se ha indagado en su concepto, se revela como autentico derecho. Es decir comprueba la posibilidad de que dicho modelo sea simplemente una reacción arbitraria, una manera respuesta estatal de hecho. Se trataría de aquello que se puede denominar como destitucionalización de la función de derecho.⁵⁷

Así para Jakobs⁵⁸ lo único que hizo en aquel momento fue reconocer que en el régimen alemán se daba un trato distinto a cierto grupo delictivo, a quienes se sancionaba por el peligro que representaban para la sociedad o el Estado,⁵⁹ tal como actualmente pasa con el arraigo.

⁵⁴ Aponte C., Alejandro, *¿Derecho Penal del Enemigo o Derecho Penal del Ciudadano? Monografías jurídicas*, Bogotá, Themis, 2005, pág. 7.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Jakobs, Günter y Melia, Cancio, *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson-Civitas, España, 2003, pag. 32.

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 25.

⁵⁸ JAKOBS, Günther, POLAINO NAVARRETE, Miguel, POLAINO-ORTS, Miguel, *El Derecho Penal del Enemigo en el Contexto del funcionalismo*, Flores Editor y distribuidor, México 2008, pág. 57.

⁵⁹ Reyes Loaeza, Jahaziel, *Óp. cit.*, cita 43, pág. 22.

En dicha ponencia intitulada "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", el autor describió lo que a su juicio era una realidad plasmada en la legislación penal alemana, dado que habían normas que adelantaban las barreras de protección del bien jurídico, reduciendo el ámbito privado o interno con que todos los sujetos debían contar.⁶⁰

Esto se daba precisamente por la enemistad que éstos han manifestado frente al bien jurídico y frente a las normas que apuntalan la constitución de la sociedad -a las que Jakobs llama normas de flaqueo-⁶¹, las cuales posibilitaban la criminalización de la acción apenas se advirtieran los primeros signos de peligro para el bien jurídico.

Con estas normas, lo que se procuraba era la optimización de la protección de bienes jurídicos, en detrimento de la esfera de libertad del sujeto activo, pues lo que hacía era adelantar la barrera de protección a un estadio previo a la comisión del delito, con el fin de neutralizar el peligro sin esperar a que el bien jurídico se viese afectado.⁶²

Por lo anterior, es de considerarse que el Derecho penal del enemigo sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes, tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también en su presentación externa.⁶³

En este primer aspecto, entre una de tantas contradicciones que se dan con el garantismo penal, dado que su vigencia segmenta a los ciudadanos de acuerdo a la aplicación y respecto de a quienes se dará esto. Por tanto, al ser separado

⁶⁰ Coaña Be, Luis Davis, *Op. cit.*, cita 31, pág. 41.

⁶¹ Jakobs, Günter y Melia, Cancio, *Op. cit.*, cita 56, pág. 37.

⁶² Coaña Be, Luis Davis, *Op. cit.*, cita 31, pág. 41.

⁶³ Jakobs, Günter, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en: estudios de derecho penal, en *Estudios de derecho penal*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid y editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 322 y 323. (Veo que repites "Estudios de derecho penal")

"discrimina" a uno u otro sujeto, dejando de lado lo que para algunos autores es un requisito esencia de la norma, lo cual es la generalidad.

Estos postulados hablan de que dicha separación debe darse de un modo tan claro, que no debe existir peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma, en el Derecho penal de ciudadanos.⁶⁴

Es así que dentro del Derecho penal existen dos polos opuestos:

1. Por un lado, el trato con el ciudadano "común", que respeta la norma y, por ende, ofrece seguridad cognitiva a los demás, por lo que el Estado espera hasta que exteriorice su conducta para poder perseguirlo. Aquí podemos encuadrar a la delincuencia "Convencional";⁶⁵ y,
2. Por otro lado, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo a la comisión del delito y a quien se le combate por su especial peligrosidad, ya que no ofrece una garantía a los demás de que respetará la norma.⁶⁶

A nuestro juicio son cuatro las características primigenias del Derecho penal del enemigo:

1. El adelantamiento de la barrera de punibilidad: que significa la introducción de una perspectiva de futuro en la punición de ciertas conductas, es decir, se sancionan meros actos preparatorios precisamente por la peligrosidad que pueden revestir;
2. El aumento desproporcional de las penas: ya que se castigan como actos consumados las conductas que ni siquiera constituyen una tentativa, sino que son actos preparatorios;

⁶⁴*Ídem.*

⁶⁵ Jakobs, Günther, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, en Jakobs, Günther/Cancio Meliá, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 42.

⁶⁶*Ibidem*, pág. 42 y 43.

3. El tránsito de una legislación de tutela hacia una legislación de combate: esto se traduce en una guerra o lucha en contra de ciertos ámbitos delictivos, tales como la delincuencia organizada y el terrorismo, y;

4. La notable reducción de garantías⁶⁷ procesales: pues ciertas garantías con que cuenta el imputado durante el enjuiciamiento penal son disminuidas e incluso en algunos casos eliminadas.⁶⁸

Conviene también puntualizar que la tesis de Jakobs conlleva una normativización de los conceptos penales (como acción, omisión, imputación objetiva, culpabilidad, persona, etc.), de modo que los entiende de manera funcional, y no prejuzgado ni ontológica. En efecto, la construcción de Jakobs representa una profunda escisión en la evolución de la dogmática jurídico-penal: de un sistema ontológico se pasa a un sistema funcionalista-normativista.⁶⁹

En los mismos términos, el autor Jahaziel Reyes, señala que el derecho penal del enemigo es para Jakobs un ordenamiento de combate excepcional contra manifestaciones exteriores de peligro, desvaloradas por el legislador y que éste considera necesario reprimir de manera más agravada que en el resto de los supuestos (derecho penal del ciudadano). La razón de ser de ese combate más agravado estriba en que dichos sujetos (enemigos) comprometen la vigencia del ordenamiento jurídico y dificultan que los ciudadanos fieles a la norma o que normalmente se guían por ella, puedan vincular al ordenamiento jurídico su confianza en el desarrollo de su personalidad.⁷⁰

En principio, en el ámbito del derecho penal, todos deben ser tratados como personas en derecho, siempre y cuando aquellos “todos” cumplan a su vez con los deberes que les corresponden, según el rol que desempeñen en el grupo social, y

⁶⁷ Ferrajoli define garantías como cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo. Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006, p. 29.

⁶⁸ Coaña Be, Luis Davis, *Op. cit.*, cita 31, pág. 66

⁶⁹ Polaino Navarrete, Manuel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, 2da. Edición, México, Porrúa, 2010, pág. 202.

⁷⁰ Reyes Loaeza, Jahaziel, *Op. cit.*, cita 43, págs. 221-223.

en caso de que no sea así, serán repelidos por la ley penal; sin embargo, esta represión contendrá criterios característicos de un derecho penal de acto (sólo se les sancionará por el hecho delictivo realizado y no por su peligrosidad) para aquellos que contravengan el ordenamiento jurídico-penal, pero que estén en posibilidad de lograr su reinserción al ordenamiento jurídico, acatando la consecuencia de la norma y reintegrándose al grupo social. Así, tenemos que a este grupo delictivo se aplicará el derecho penal del ciudadano.

Ahora, en aquellos casos en que el sujeto muestre una postura abiertamente delictiva, sin posibilidad de readaptarse o acatar las consecuencias del andamiaje normativo que rige la sociedad, o bien impedir que el resto de sus integrantes se conduzcan confiadamente conforme a ella, no serán tratados más como personas, sino como fuentes de peligro o enemigos, y su combate será determinado no por el acto realizado, sino por el peligro que representan. En razón de ello, el derecho penal de autor será característico de esta afrenta al sujeto que realiza el delito. Tal es el fundamento del derecho penal del enemigo.⁷¹

Aunque debe decirse que en este último, la injerencia del Estado en el combate al enemigo solamente debe llegar hasta el límite necesario para reducir el peligro que éste representa para el resto de la sociedad o para el Estado; consecuentemente, su duración no debe ser permanente, sino transitoria, ya que su existencia en el derecho penal se reconoce como una excepción y aplicación de última *ratio* para combatir al enemigo.

La concepción del régimen de excepción, y por ende del derecho penal del enemigo en el derecho constitucional mexicano, no debe ser pretexto para desgarrarse las vestimentas, pues su coexistencia en el ordenamiento jurídico no convierte al Estado *per se* en autoritario, al ser, en una dosis racionada, una garantía de la juridicidad democrática estatal; es decir, el único mecanismo para la convivencia ordenada del resto de la comunidad, con acato al ordenamiento jurídico general.

⁷¹ *Ídem.*

El derecho penal del enemigo busca su justificación en la necesidad de dar fortaleza a las normas para mantener el orden y el respeto dentro del grupo social. Se trata de que los ciudadanos no pierdan la confianza en las normas. Con tal de lograr este propósito, el derecho penal del enemigo anticipa la punición, reduciendo algunas garantías procesales e individuales en prevención de conductas lesivas, ante la evidente peligrosidad de determinados sujetos y grupos, que vienen a ser los enemigos.⁷²

El derecho penal del enemigo al que se refería Jakobs, lo era desde la óptica del derecho sustantivo y no procesal, aunque lo admitía también a nivel adjetivo, por lo que sus características reconocidas desde aquel tiempo y hasta el día de hoy son las siguientes:

- Anticipación del momento en que el derecho penal entra en acción, al actualizarse la punición de un comportamiento anterior a la comisión de un delito de lesión, extendiéndose entonces la criminalización a los simples actos preparatorios (los cuales son propios de la fase interna del *intercriminis*. Tal es el caso de la delincuencia organizada, que únicamente exige la reunión de hecho de tres o más personas para cometer delitos de forma permanente o reiterada, sin exigir para su actualización la consumación previa de otro delito, pues basta que sea con tal fin, aún sin consumación.
- La restricción del ejercicio de derechos fundamentales diversos en favor de la comunidad en general y la seguridad colectiva, al considerarse punibles actos que en otras condiciones serían el ejercicio Constitucional de un derecho fundamental. Volviendo al caso de la delincuencia organizada, se sanciona la reunión habitual de personas, lo que en otro caso estaría cobijado constitucionalmente por el derecho fundamental de libre asociación.

⁷² Amuchategui Requena, Griselda, *Derecho Penal*, 4aEdición, México, Oxford, 2012. pág. 144.

- La nula reducción de la pena de manera proporcional a la anticipación de los actos (preparatorios) que se criminalizan. Por regla general, en el derecho penal del ciudadano los delitos consumados o de lesión son sancionados en una mayor medida que aquellos que quedan en la categoría de tentados. Así, a estos últimos se les aplica una reducción de la punibilidad al sancionarse algunos actos ejecutivos (sin llegar a su consumación total). Ahora, muy a pesar de que en la delincuencia organizada se sancionan actos meramente preparatorios, al resultar irrelevante si se han cometido o aún no diversos delitos por la agrupación criminal, lo relevante es la reunión de hecho de las personas que pertenecen a aquélla con tal propósito. Aquí no se hace una reducción de la punibilidad que sea proporcional a los actos preparatorios que se criminalizan, como sí se hace en la tentativa respecto de la consumación.

Ya se ha hecho todo un recuento respecto al conocer el derecho penal del enemigo, empero, ¿Qué repercusión tiene con el arraigo? La respuesta a esto podemos encontrarlo en el análisis que se realizará en las siguientes líneas.

Por primera vez en nuestra tradición constitucional, se concibió como ley fundamental una norma penal, ello al establecerse con ese rango el tipo constitutivo de la delincuencia organizada, al definirlo en su párrafo octavo como *“...una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada...”*⁷³

Lo anterior estableció meridianamente quién era el enemigo del Estado mexicano, ya que ha sido una de sus preocupaciones principales el tratar de combatir eficazmente a dicho grupo de delincuencia. Por esa situación, muy a pesar de que las iniciativas presentadas que dieron lugar a la reforma constitucional objeto del presente análisis fueron anunciadas como un cambio estructural en el juzgamiento penal, para acoger un sistema de justicia penal más

⁷³ Disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm> (Última consulta: Junio 23 del 2018)

propio de un Estado de derecho democrático, en la adopción del sistema acusatorio adversarial, existe una dualidad de estatutos constitucionales, en el sentido de que se establece un régimen de persecución penal para la delincuencia común y otro muy distinto para la delincuencia organizada, dentro del cual se encuentra contenido el propio arraigo.

Ha sido el establecimiento del régimen de excepción en la persecución penal de la delincuencia organizada, lo que ha dado origen al rechazo de diversos juristas mexicanos a la reforma constitucional. No porque antes no se tuviese esa persecución excepcional, pues ya permeaba en la Ley Federal contra la delincuencia organizada, sino por su reconocimiento constitucional, pues ahora en esa materia la Constitución no establece los parámetros mínimos de respeto -derechos fundamentales-, sino que justifica únicamente la afectación a diversos derechos fundamentales -situación que antaño no era constitucionalmente reconocida, lo que implica un retroceso-, con el fin de que dichas violaciones no sean inconstitucionales al establecerse con ese rango -tal es el caso del arraigo, entre otros—; lo que no implica, desde luego, que las mismas no vulneren derechos humanos.

No obstante, como se ha sostenido en páginas anteriores, la adopción de un régimen especial para la persecución penal de la delincuencia organizada, característica de un derecho penal del enemigo, no excluye *a priori* la concepción de un Estado de derecho democrático, siempre y cuando su establecimiento no sea permanente, sino meramente transitorio y no exista otro mecanismo más eficaz de combate a dicho grupo delictivo, situaciones ambas que México no se ha preocupado por resolver.

1.8 El doble enjuiciamiento en México

La legislación vigente en México, ha motivado en que se considere que contamos con un doble sistema para juzgar a las personas. Por un lado encontramos que existen normas jurídicas que regulan delitos que no se pueden

considerar de gran impacto social y que por tanto el proceso puede resultar más benéfico. Por otro lado, encontramos sistemas que van de la mano con marcos teóricos como el derecho penal del enemigo, que restringen derechos y crean figuras procesales que permiten que las personas tengan limitantes en sus derechos humanos.

Compartimos la idea de quienes señalan que este modelo no debe tener vigencia en México, toda vez que no puede una norma excluir y dar trato diferente a quien se considera sujeto activo de un delito "x" que el que cometió un delito "y", toda vez que el resultado normativo fue la vulneración de un bien jurídico penal.

Desde hace tiempo se ha insinuado, recogido o consolidado -tres pasos en una sola dirección, difícilmente reversible y sumamente preocupante- la idea de escindir el derecho penal sustantivo, procesal y ejecutivo, que fue construido a lo largo de dos siglos de trabajo en favor de la racionalidad y la democracia.

La escisión trae consigo, por lo pronto, un sistema doble de justicia penal. Así se habría quebrantado la unidad tradicional, afanosamente conseguida, y tendríamos al frente una encrucijada y un doble camino -a reserva de que luego fuese uno solo, sinuoso- precisamente en el ámbito en el que es más necesario contar con seguridades plenas.

En primer término, existe un sistema penal "ordinario" o "regular", en el que desembocan las mejores corrientes democráticas y garantistas, surgidas, sobre todo, en el último tercio del siglo XVIII y que prosperaron a lo largo de los siglos XIX y buena parte del XX. En segundo término, comienza a existir un sistema nominalmente "excepcional" o "extraordinario", con procedimientos "ajustados" y garantías "limitadas", supuestamente necesario para lidiar con formas complejas de criminalidad.

Desde luego, el sistema extraordinario tiene constantes avances sobre los territorios del otro, y al cabo de algún tiempo pudiera convertirse en ordinario.

Habría operado una ley semejante a la que se predica en economía: la moneda mala habría desplazado a la buena. En este caso, el desplazamiento significaría erosión de libertades, mengua de garantías y retraimiento de la democracia⁷⁴.

En México abrimos la puerta hacia el doble sistema cuando introdujimos en la Constitución, un concepto importante que pudo quedar alojado en la norma secundaria: delincuencia organizada. Sin embargo, este concepto tuvo entonces un alcance moderado y no se pretendió constituirlo en eje de un nuevo orden penal extraordinario.

Empero, se había sembrado la semilla de una planta que crecería. Eso que pasó entonces podría ocurrir con cualquier reforma precipitada —aunque sea producto de la buena fe, que no basta para menesteres legislativos—, si no se analiza rigurosamente su alcance ni se miden sus posibles implicaciones.

Conviene recordar que durante los últimos años, la mayor parte de los países latinoamericanos hemos desarrollado intensos procesos de reforma de nuestros sistemas de justicia penal conllevando a una bifurcación en el tipo de sistema de proceso penal adoptado en los países de la región; la cual, está compuesta, o bien, en mantener un sistema de corte inquisitivo, o bien adoptar un modelo acusatorio.

Frente a ello, no se trata del hecho de estar frente a un Estado débil o fuerte, sino en la presencia de requisitos o condicionamientos para la actuación del mismo a través de la justicia penal. No obstante, y esa es la idea central de la presente investigación: la actuación legitimada del Estado frente al arraigo debe convivir con una segunda idea, esto es, la relación de conflicto que el delito generó, por un lado, entre el imputado y la víctima, y por otro lado, entre el imputado y la sociedad.

⁷⁴ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, 2da. edición, México, Porrúa, 2009, págs. 50 y 51.

Es imprescindible considerar que el proceso tiene esencia única, y por lo tanto, sus elementos estructurales (acción, jurisdicción, defensa) y los principios que lo rigen, deben estudiarse organizadamente, sin perjuicio de que en los distintos procedimientos adquieren características propias, las que no deben modificar su naturaleza o esencia si queremos seguir hablando de proceso.

Elo encuentra fundamento en el fin y sentido del juicio, que no está (o no debe estar) al mero servicio de la aplicación del derecho sustantivo, sino que es uno de los métodos civilizados y pacíficos para dirimir conflictos, más allá de las normas que capten esos conflictos (civiles, penales, laborales, etc.).⁷⁵

Desarrollado lo anterior, podemos entender que México se encuentra inmerso en un problema que la práctica del día a día podría llegar a provocar su colapso. La configuración normativa debe estar presente en el modelo a aplicar en el caso concreto, caso contrario el juzgador o acusador no entendería en qué lugar se encuentra. Por esto, resulta oportuno en los subtemas siguientes, realizar un estudio sobre cada sistema jurídico que se tiene conocimiento y respecto de los cuales México se ve inmerso, además de que es allí en donde el tipo penal de delincuencia organizada cobra relevancia por la especificidad con la que cuenta cada uno de ellos.

⁷⁵ Arciniegas Martínez, Guillermo Augusto, *Investigación y juzgamiento en el sistema acusatorio*, 2da. Edición, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2006, págs. 35 y 36.

CAPÍTULO SEGUNDO EL ARRAIGO PENAL EN MÉXICO

2.1 Análisis conceptual del arraigo

La práctica de la institución jurídica del arraigo en el sistema jurídico de México ha sido objeto de análisis y crítica en diversos sectores de la sociedad, quienes se han manifestado a favor o en contra de su empleo. Se ha dicho incluso que su mera aplicación constituye un uso indebido por la autoridad, ya que viola los derechos humanos de la persona a quien se aplica. Más aún, se ha expresado que el arraigo es inconstitucional.⁷⁶

Dichos conceptos no indican que como presupuesto indispensable para la incursión de la presente figura, se requiere que lo solicite el Ministerio Público, atendiendo a las peculiaridades de cada caso en concreto, para con ello lograr integrar debidamente la carpeta de investigación y eventualmente estar en condiciones de ejercitar la acción penal.

Ahora, hay quién considera que el arraigo como una forma de detención constitucionalizada que permite la vigilancia permanente del Ministerio Público sobre personas sospechosas de haber cometido algún delito o que tengan información relacionada con éste; su fin es incrementar el tiempo que tiene la autoridad para reunir pruebas contra la persona arraigada, teniendo entonces como objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio y que esto permita que se inhíba de la acción de la justicia.⁷⁷

⁷⁶ Cfr. Carbonell, Miguel, *El arraigo viola la Convención Americana de Derechos Humanos*, disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/el_arraigo_viola_la_Convencion_Americana_de_Derechos_Humanos.shtml (consultada el 24 de marzo de 2018).

⁷⁷ Gutierrez, Juan Carlos y Cantú, Silvano, *El arraigo y la Seguritización de la Justicia Penal*, disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28473.pdf> (consultado el 24 de abril de 2018).

Incurсионando en la conceptualización sobre el arraigo, Plasencia Villanueva lo define como el acto formal y materialmente jurisdiccional que durante un periodo de tiempo determinado prohíbe a una persona, a la que se le está integrando una averiguación previa o sustanciándose un proceso por el término constitucional a que este debe resolverse, que abandone un lugar específico, siempre y cuando exista el riesgo de que se sustraiga a la acción de la justicia.⁷⁸

2.2 Evolución normativa del Arraigo en México

Silva Meza sitúa los orígenes del arraigo por primera vez en 1983 como una medida preventiva para garantizar la presencia de los indiciados durante la averiguación previa y el proceso penal.⁷⁹

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983⁸⁰, cobró vigencia la reforma y adición del artículo 133 bis al Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, mismo el cual se encuentra abrogado de acuerdo a lo dispuesto por el artículo tercero transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales. Es así, que el Código Federal de Procedimientos Penales es el ordenamiento a través del cual se introdujo la figura del arraigo.

El referido artículo, a la letra establecía:

Artículo. 133 bis. Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el

⁷⁸ Plasencia Villanueva, Raúl, *El arraigo y los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pág. 68

⁷⁹ Silva Meza, Juan N., *Reflexiones en torno al arraigo como medida preventiva de la libertad en el proceso penal*, México, -IIJ-UNAM, CNDH, 2017, pág.3.

⁸⁰ García Ramírez, Sergio, "Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Núm. 107, mayo-agosto 2003, pág. 438.

tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, no pudiendo exceder de 30 días, prórroga por igual término a petición del Ministerio Público. El juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.

Como se puede observar, el arraigo penal se establecía previa solicitud necesaria hecha valer por parte del Ministerio Público de la Federación hacia el Órgano Jurisdiccional, siendo necesario únicamente contar con datos que razonados llegaran a presumir que el imputado pudiera evadir la acción de la justicia, pudiendo prolongar por treinta días dicha medida o en su defecto, duplicarse a petición de la representación social.

Por otro lado, tuvieron que pasar algunos años, para que la introducción del arraigo en nuestro esquema normativo se diera de la mano de un tipo penal grave, el cual es la delincuencia organizada. En este escenario podemos decir, que en una primera fase fue reconocida en la legislación federal de 1996 por su artículo 12. Se le asignó a la ley el título de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en cuyo Capítulo Segundo, denominado “De la detención y retención de indiciados”, se establece lo siguiente:

Artículo 12. El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculcado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.⁸¹

⁸¹ Consultada en el siguiente enlace electrónico: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abroga.htm> (Última consulta: Junio 20 del 2018)

Posteriormente, en una segunda fase, la disposición legal fue reformada para establecer los términos siguientes:

Artículo 12. El juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2o. de esta Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación. La duración del arraigo podrá prolongarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que la duración total de esta medida precautoria exceda de ochenta días.⁸²

De acuerdo a los dispositivos anteriores y como se verá en apartados siguientes, el arraigo fue mutando en temporalidad, estableciéndose en la primera de las reformas hasta noventa días para su aplicación.

Al comparar el texto original de 1983 y el texto reformado el 8 de febrero de 1999 del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, se pueden advertir los siguientes cambios sustantivos:

- Se limita la expedición de órdenes de arraigo a los supuestos donde exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.
- Se suprime el derecho del inculpado a debatir la expedición de la orden de arraigo.
- Se dota al inculpado de la posibilidad de solicitar dejar sin efectos el arraigo, siempre que las causas que le dieron origen hayan desaparecido.
- Se suprime la prolongación de la medida.⁸³

⁸² *Ídem.*

⁸³ García Ramírez, Sergio, *Óp., cit.,* cita 74, pág. 57

La última modificación sustantiva que adolecería el referido artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales –antes de que el Código fuera abrogado y sustituido por el Código Nacional de Procedimientos Penales es la publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 2009.

2.3 El estado actual del arraigo en México

Como se ha dicho en apartados anteriores, la reforma de junio de 2008, tuvo como consecuencia la modificación de todo el aparato normativo en nuestro país, eliminando algunas figuras y perfeccionando otras; en este último escenario se encuentra el arraigo.

Antes de analizar la figura en su dimensión actual, resulta imprescindible señalar, *a priori*, que la instrumentación jurídica a favor del arraigo en México dispuso de voces encontradas al momento de incrustarla en el marco jurídico mexicano, sin embargo, en su mayoría los legisladores hicieron lo posible por incrustarla en el marco constitucional y superar con ello problemas en torno a la inconstitucionalidad que dicha figura representa.

Sin embargo, surge la duda siguiente, ¿puede ser contradictoria una norma Constitucional, con otra de su mismo tipo?, la postura actual de la Suprema Corte de Justicia de la Unión no es clara, sin embargo, nos podemos remitir a la siguiente tesis aislada, la que nos presenta, lo que podría ser, el criterio vigente de nuestro máximo tribunal:

CONSTITUCION FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SI.

Las reformas a los artículos 49 y 131 de la Constitución, efectuadas por el Congreso de la Unión, no adolecen de inconstitucionalidad, ya que jurídicamente la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás; por lo que no se puede decir que algunos de sus estatutos no deban observarse por ser contrarios a lo dispuesto por otros. La Constitución es la norma

fundamental que unifica y da validez a todas las demás normas que constituyen un orden jurídico determinado y conforme a su artículo 133, la Constitución no puede ser inconstitucional; es un postulado sin el cual no se podría hablar de orden jurídico positivo, porque es precisamente la Carta Fundamental la que unifica la pluralidad de normas que componen el derecho positivo de un Estado. Además, siendo "la Ley Suprema de toda la Unión", únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con las disposiciones de la misma que en el derecho mexicano se contienen en el artículo 135 constitucional, y únicamente por conducto de un órgano especialmente calificado pueden realizarse las modificaciones o adiciones, y por exclusión, ningún otro medio de defensa legal como el juicio de amparo es apto para modificarla.⁸⁴

Este debate, da como resultado que se afirme que el arraigo es Constitucional por el solo hecho de estar en nuestra norma fundamental, lo cual no implica por otro lado, que sea convencional.

Por otra parte, durante los sexenios de los presidentes Ernesto Zedillo Ponce de León y Felipe Calderón Hinojosa, el arraigo en México adquirió notable relevancia al ser incorporado, primero, en una ley especial, como en el caso de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en el año de 1996 y posteriormente para ser elevado a rango Constitucional, lo que en términos coloquiales se puede decir que se hizo una constitucionalización de dicha medida cautelar, acciones que han sido justificadas bajo en el imperativo de la seguridad nacional y el flagelo de la delincuencia organizada, figura que será analizada en apartados posteriores.

El arraigo en México una vez elevado a rango Constitucional mediante las reformas de junio de 2008, se integró en el artículo 16, el cual estableció en su párrafo octavo lo siguiente:

⁸⁴Tesis aislada emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia Constitucional, de la Séptima época, Volumen 39, Primera Parte.

"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".⁸⁵

De los cambios significativos que presenta el párrafo transcrito, se destacan las siguientes implicaciones:

- Elevar a rango constitucional imposibilitando, de este modo, la impugnación legal del precepto por los mecanismos tradicionales.
- Limitar la expedición de órdenes de arraigo, exclusivamente a delitos de delincuencia organizada.⁸⁶

Ahora bien, la propia norma constitucional se pueden establecer los requisitos fundamentales para la procedencia del arraigo, y al mismo tiempo queda vigencia a un plano nacional que dicha figura, por el solo hecho de estar en la norma suprema de nuestro país revista el carácter de Constitucional, por lo cual los Tribunales Federales no podrían establecer un sentido contrario a ello. Además, es aquí donde el "salvo" que dispone el artículo primero cobra relevancia, dado que el arraigo es la manifestación de restricción de derechos y garantías amparadas en la norma.

Así, los requisitos que se establecen son los siguientes:

- a. Se tendrá que solicitar ante un órgano jurisdiccional;
- b. El sujeto procesal legitimado para realizar la solicitud, únicamente será el Ministerio Público;

⁸⁵<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm> (Última consulta: Junio 23 del 2018)

⁸⁶ Silva Meza, Juan N., *Reflexiones en torno al arraigo como medida preventiva de la libertad en el proceso penal*, México, -IIJ-UNAM, CNDH, 2017, pág.3.

- c. Solo procederá en los casos de delincuencia organizada;
- d. Se deberá justificar la medida para la correcta integración de la investigación que está realizando la representación social;
- e. Deberá justificar el órgano ministerial que existe de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

De dichos requisitos, la norma constitucional reitera la posibilidad de privar de la libertad a una persona, con solo justificar que “presumiblemente” pertenece a algún grupo de la delincuencia organizada y que es necesario su internamiento. Esto es, se presumirá responsable de un delito que apenas se está investigando, y por el tiempo que a juicio del Ministerio Público sea el fundamental para generar resultados.

Podemos cuestionarnos entonces, como la norma constitucional genera una antinomia por el choque frontal entre el principio *pro homine* ya analizado y una figura cuyo modelo de excepción viene a romper con sus postulados.

Ahora, las principales razones que fueron vertidas para sustentar tal medida, versó en que para la mayoría de los mexicanos el problema más importante del país es la inseguridad pública; pues no existe confianza plena en la prevención de delitos por parte de la policía municipal, estatal y federal; los agentes del Ministerio Público no saben investigar y, por tanto, integran deficientemente las investigaciones; los jueces son indolentes, las tasa de impunidad alcanza cada vez niveles más altos, ya que cada 5 de 100 delitos son perseguidos y castigados.⁸⁷

Por otra parte, la Ley Federal contra la delincuencia organizada, regula punto a punto los presupuestos procesales con los que se guiará el juzgador para establecer el arraigo, misma que será explicada en las siguientes líneas.

⁸⁷Cfr. Reforma constitucional de seguridad y justicia. Guía de consulta, ¿en qué consiste la reforma?, Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma, Gobierno Federal, Cámara de Diputados, Cámara de Senadores, México, 2008, pág. 8

El artículo 12 de la referida Ley Federal, habla que será la figura del Juez de control quien estará facultado para decretar el arraigo, siguiendo las pautas que establece el artículo 16 Constitucional. Ahora, de dicha redacción se abunda en los motivos por los cuales puede presentarse el arraigo, mismo que textualmente son los siguientes:

“...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.”⁸⁸

Ahora, en cuanto a la duración del arraigo, tanto la norma Constitucional como dicha Ley Federal que la regula, establecen será de cuarenta días, sin embargo, ésta medida *“...podrá prolongarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que su duración total exceda de ochenta días.”*⁸⁹ Por lo cual, normativamente hablando el arraigo pudiera tener una duración final de ochenta días, entretanto el Ministerio Público realiza sus labores de investigación.

En este contexto, para que pueda generarse el arraigo o su ampliación, la norma dispone que la petición formulada por el Ministerio Público deberá ser resuelta por el juez de control de manera inmediata por cualquier medio que garantice su autenticidad, o en audiencia privada con la sola comparecencia del agente del Ministerio Público de la Federación, en un plazo que no exceda de las

⁸⁸ Ver párrafo 8º del artículo 16 Constitucional, en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/> (Última consulta: Junio 19 del 2018)

⁸⁹ *Ibidem*

seis horas siguientes a que se haya recibido. Por tanto, estamos hablando de una de las audiencias más sumarísimas de las que se cuentan en nuestro sistema procesal penal.

Ahora, la obligación del Ministerio Público, además de justificar el motivo por el cual solicita el arraigo o su ampliación, tendrá que acompañar en su solicitud las modalidades de lugar, tiempo, forma en que deberá pasar la persona, y además, precisar debidamente las autoridades que ejecutarán tal medida, apegándose estrictamente a la fundamentación y motivación de tal solicitud.

En cuanto a la resolución que emita el órgano jurisdiccional respecto a la solicitud del Ministerio Público, a efecto de ordenar la procedencia del arraigo, esta deberá contener de acuerdo al artículo 12, Ter, de la Ley Federal que lo regula, lo siguiente:

- I. El nombre y cargo del Juez de control que lo autoriza y la identificación del proceso en el cual se ordena;
- II. Los datos de identificación de la persona que estará sujeta a la medida de arraigo;
- III. Hechos que la ley señale como delitos, por los cuales se realiza la investigación;
- IV. El motivo del arraigo, debiendo especificar si es necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos, o si existe riesgo fundado de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia;
- V. El día, la hora y lugar en que iniciará la ejecución de la medida de arraigo, y

VI. Las autoridades que realizarán la ejecución del arraigo.⁹⁰

Por otra parte, las reglas a seguir en caso de que el Juez de control niegue la orden de arraigo o su ampliación, será notificarle al agente del Ministerio Público de la Federación, quien quedará en libertad para poder subsanar las deficiencias y solicitar nuevamente la orden. Además, debemos tomar en cuenta dicha negativa admite la apelación, la cual debe ser resuelta en un plazo no mayor de doce horas contadas a partir de que se interponga, y quien podrá solicitarlo será el propio órgano jurisdiccional.

2.4 Delincuencia organizada como conducta grave: ¿una justificación para el arraigo en México?

Con la multicitada reforma penal, aparecen figuras normativas en el plano constitucional cuya creación deriva de algún acontecimiento que las circunstancias de ese momento provocaron o en cuyo caso, el esquema internacional lo demanda. En el caso que nos ocupa, la delincuencia organizada aparece como una manifestación de acontecimientos que la normatividad jurídica debía controlar, en virtud de que mediante dicha figura vino a configurar todo un esquema delincencial, que había ya sobrepasado los tipos penales “convencionales”.

En esta tesitura, la delincuencia organizada tuvo su origen en esta necesidad de regular conductas que venían aparejadas con un grado mayor de complejidad en su tratamiento, de manera que las normas que tenían vigentes en ése momento no eran suficientes para contrarrestar los males que ocasionaba.

No hay duda sobre la gravedad que reviste las nuevas formas de criminalidad, derivadas estas de organizaciones más o menos complejas,

⁹⁰<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfcdo.htm> (Última consulta: Mayo 24 del 2018)

que adoptan diversos modelos y pueden o suelen trascender ámbitos complejos, que adoptan diversos modelos y pueden o suelen trascender ámbitos limitados y proyectarse más allá de las fronteras de una ciudad, una provincia o un país.⁹¹

En busca pues de una línea histórica, podemos tener un acercamiento con lo señalado oportunamente por el doctrinista Gómez del Campo, quien precisa, en principio lo que ya habíamos tocado, esto es, que cada nación, en cada época distinta, ha contado con diferentes actividades sociales contrarias a sus normas jurídicas o morales,⁹² lo anterior implica que no es ajeno a la antigüedad que hayan proliferado grupos de personas que se unieran para poder llevar a cabo un hecho delictivo.

Y es que de acuerdo con el citado autor, los antecedentes más antiguos del surgimiento de esta conducta—Delincuencia organizada—, se encuentran en países como Japón, en el siglo VI a.c., donde la historia señala luchas internas por el poder del imperio.⁹³

Se advierte entonces que el agrupamiento para realizar los actos iban no necesariamente en torno a la búsqueda de beneficio bajo el estandarte delictivo, sino que se agrupaban en aras de solventar necesidades que el gobernante en turno les privaba. Igual consideración histórica es posible encontrar en China, con la figura de las triadas, o en la India con la organización de la mano negra.⁹⁴

Es oportuno señalar el origen y destino de una de las organizaciones criminales de mayor reconocimiento mundial, como es la mafia de Sicilia. Una de las razones de importancia para analizar a esta organización, es su origen revolucionario, así como su perfecta adaptación y transformación al paso del tiempo. Estas características junto con la gran influencia económica y social que

⁹¹ García Ramírez, Sergio, *Óp. cit.*, cita 74, p. 49.

⁹² Gómez del Campo Díaz Barreiro, Bernardo, *La Delincuencia Organizada una propuesta de combate*, primera edición, México, Editorial Porrúa-Facultad de derecho UNAM, 2008, págs. 1-3.

⁹³ *Ídem.*

⁹⁴ *Ídem.*

los miembros mafiosos han logrado a su llegada a los Estados Unidos de Norteamérica, han hecho de esta sociedad criminal un factor de interés para estudiosos de la materia, que la muestran como una organización avanzada en sus fines; no obstante, comienza a ser rebasada por los carteles latinoamericanos.⁹⁵

Durante el siglo XVIII Austria reemplaza a España como potencia dominante, en esa época la familia de los borbones, cuyos miembros gobiernan Francia y España, rigen también distintas provincias del estado italiano. Sin embargo, el estallido de la revolución francesa provocó serios cambios en la política europea, entre otros, facilitó que en 1796 el general francés Napoleón Bonaparte cruzara los Alpes derrotando a los austríacos en el norte de Italia, esta conquista permitió a las tropas francesas avanzar aún más y lograr apoderarse de casi todo el territorio italiano. A la derrota de Napoleón sucedieron muchos cambios; sin embargo, los italianos nunca recuperaron sus derechos ni su autogobierno.⁹⁶

En este contexto de dominación francesa se encuentra el origen de la mafia italiana, puesto que desde 1851 y hasta 1870, muchos patriotas trataron de recuperar el territorio italiano, expulsando a gobernantes extranjeros para unificar Italia y recuperar para sí los territorios pontificios.

Esta acción histórica tuvo gran influencia en el desarrollo de organizaciones secretas. Se dice que la mafia era parte de grupos insurrectos en contra de las invasiones francesas; es decir, surgió como grupo de choque revolucionario cuyas actividades, como en toda revolución, eran clandestinas.⁹⁷

⁹⁵ *Ídem.*

⁹⁶ Gómez del Campo Díaz Barreiro, *Op. cit.*, cita 92, pág. 4.

⁹⁷ Dall Anese, Francisco J., *Contra la mafia lecciones aprendidas*, disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico: <http://www.cicig.org/uploads/documents/2012/0027-20120730-DOC01-ES.pdf> consultada el 21 de mayo de 2018.

Mafia significó "muerte a Francia Italia anhela";⁹⁸ aun cuando, es preciso señalar una consideración importante, la brillantez de estos luchadores sociales, así como de su gloria histórica, es distinta a lo que sucede después con algunos integrantes de esos grupos. Al término de la revolución, la razón de existir de grupos armados y clandestinos había desaparecido. Sin embargo, es cuando algunos guerrilleros relegados aprovechan la forma de organización para continuar con actividades ilícitas y clandestinas, con el único fin de obtener lucro personal.

Así, al aprovecharse de esquemas organizativos y al adaptar en su interior misticismos con los que enaltecieron la historicidad de su origen romano, los grupos revolucionarios se convierten en grupos exclusivamente criminales, cuyos actos fueron en contra del derecho y de la moral, al lucrar con la explotación de comercios ilícitos y fomentar el culto al terror.

Algunos teóricos señalan que el origen de la organización data de la institución de la gendarmería Siciliana, y es cuando esos grupos adquieren su carácter de organización criminal, adoptando un código de honor, en donde el culto al terror se manifiesta en la lealtad y silencio de sus miembros y cuyas pruebas de afiliación consistían en aceptar un duelo a muerte.

Es en los siglos XIX y XX, en la Italia de la modernidad, donde hablamos de la mafia originada en grupos de bandidos sicilianos operantes por su cuenta; primero, sin organización común, y posteriormente jerarquizada. Es evidente que los grupos de mafiosos vienen de una fase precapitalista, cuando señores feudales pagaban los servicios de bandidos que guardaran sus dominios a cambio de protección contra la autoridad real. Esto presupone la inutilidad de los aparatos de justicia y, por ende, la utilización de la Ley del Talión y la justicia privada.

En la actualidad, el término mafia designa a la vez al grupo criminal históricamente surgido en Sicilia y a todo grupo caracterizado por una estructura

⁹⁸ *Ídem.*

organizativa cerrada, su capacidad de violencia y que presenta una estrecha relación con una población y un territorio.⁹⁹

Conviene agregar, que son estos roles sociales, las diversas maneras de agruparse por la sociedad, las que dieron origen desde sus inicios a lo que hoy conocemos como delincuencia organizada, en virtud de que se crearon vínculos fraternos entre las distintas personas que se integraban, además que para la finalidad buscada, fue propicio este tipo de agrupamiento.

Como este tipo de agrupaciones con el fin de delinquir, tuvo un origen, empero, su desenvolvimiento resulta complicado de seguir, toda vez que como se dijo en un principio, de acuerdo a los rasgos característicos de cada región, implica un desarrollo distinto, además de que los tiempos en los que se desarrolló cambia de acuerdo a las necesidades presentadas.

Lo anterior a nivel internacional tuvo como consecuencia que la Organización de las Naciones Unidas tuviera a bien llevar a cabo lo que denominó "Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada", un instrumento internacional que tiene que acatarse por todos aquellos Estados que son parte integrante de dicho organismo.

2.4.1 La incursión de la delincuencia organizada en México

México es uno de los países en donde este tipo de delitos se ha desenvuelto en la última década de manera alarmante. Al ser México el vecino de uno de los países con mayor demanda en consumo de sustancias ilegales, encontró un nicho de oportunidades en ser quien les exporte.

La delincuencia organizada ha tenido su principal manifestación en el tráfico de drogas. No obstante en México, podemos encontrar entre los antecedentes que

⁹⁹*Ibidem*, págs. 2 y 3.

las sociedades criminales históricamente operaban desde la época colonial, tales grupos delictivos se dedicaban a actividades tan diversas como la falsificación de moneda, el asalto en caminos y despoblado.¹⁰⁰

En la época de la independencia existió la necesidad de promulgar varias leyes para enfrentar el problema de la creciente delincuencia, algunas de las medidas en uso fueron la expedición de circulares para impedir de algún modo la falsificación de moneda, también se expidió un circular para establecer la prohibición de su comercio, otro ejemplo de ello es la expedición de una circular por parte de la Secretaria de Guerra, donde se faculta a los gobernadores para que ordenaran el fusilamiento de ladrones detenidos en flagrancia.

También en 1823 se expide el Bando Real, el cual disponía que los salteadores de caminos así como los ladrones en los despoblados fueran juzgados según las normas penales militares, es decir les impondrá penas más severas, un germen del derecho penal del enemigo y de lo que vendría ser el arraigo posteriormente.¹⁰¹

Al mismo tiempo, se comenzó a tener evidencia de cómo los servidores públicos ya desde aquella época figuraban en los grupos delictivos, lo cual es un rasgo que está presente en la actualidad, lo cual refleja un cierto grado de penetración de la delincuencia en la institución del Estado.

Entrando el siglo XX en México y dentro del contexto revolucionario de guerra, disturbios y desorden, los grupos delictivos adquieren mayor fama, valiéndose de la ausencia de control en determinadas regiones del país, imponían

¹⁰⁰ Disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico:
<http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/19616/Capitulo1.pdf>. (Última consulta: Julio 30 del 2015)

¹⁰¹ Disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico:
<http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/19616/Capitulo1.pdf>. (Última consulta: Julio 30 del 2015)

sus propias reglas, todo un tipo de bandolerismo en el cual se tenía evidencia de una organización jerárquica en los grupos delictivos.¹⁰²

Lo anterior hizo necesario que en 1993, la inclusión por primera vez del tipo penal de delincuencia organizada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para después emprender una serie de reformas a dicho cuerpo normativo y demás leyes secundarias, cuestión que se desarrolla en la siguiente tabla.¹⁰³

FECHA	CONTENIDO DE LA REFORMA
DOF 3 de septiembre de 1993¹⁰⁴	Modificación los artículos 16, 19, 20, 107 y 119 de la Constitución Federal, en donde se incluyó el término “Delincuencia Organizada” lo que dio paso a que el tipo penal se federalizada, así mismo el artículo 16 señalaba el plazo Constitucional en la que una persona podría estar retenido ante el Agente del Ministerio Público, agregando con esto la duplicidad en “aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada”.
DOF 10 de enero de 1994	Se llevó a cabo una reforma de gran relevancia en la legislación secundaria: <ul style="list-style-type: none"> • Se crearon los artículos 194-bis del Código Federal de Procedimientos Penales y 268-bis

¹⁰² Disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico: <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/19616/Capitulo1.pdf>. (Última consulta: Julio 30 del 2015)

¹⁰³ Algunos datos que se encuentran en la presente tabla pueden ser confrontados con los datos que se encuentran precisados en el documento cuyos datos para su consulta son: Vargas Casillas, Leticia A., *Reformas En Materia De Delincuencia Organizada Y Seguridad Pública En Los Últimos Cinco Años*, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/131/16.pdf> (Última consulta: Julio 30 del 2015)

¹⁰⁴ Diario Oficial de la Federación, por sus siglas en adelante se denominará DOF.

del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, con el objeto de señalar qué se entendía por “delincuencia organizada”, en relación con la duplicación del plazo de retención que realiza el Ministerio Público advertido en el artículo 16 constitucional. Se señaló, que serían aquellos casos en los que tres o más personas se organizaran bajo reglas de disciplina y jerarquía, para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos determinados delitos.

DOF 3 de abril de 1995

Se establecieron las bases de colaboración entre la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y la Secretaría de Seguridad Pública del Departamento de Distrito Federal, para fortalecer el combate a la delincuencia organizada. El propósito de este documento, fue establecer lineamientos para colaborar, coordinar y cooperar entre la Procuraduría y la Secretaría, para hacer más eficiente la procuración de justicia y realizar actividades conjuntamente en la lucha contra el delito, la delincuencia e impunidad.

**DOF 3 de julio de 1996
– 7 de noviembre de
1996**

En materia de delincuencia organizada se dio pauta para crear una ley especial. Se reformó el artículo 16 de la Constitución con el objetivo de establecer lineamientos en materia de intervención de comunicaciones privadas, libertad bajo caución, y del decomiso de los bienes relacionados con la

delincuencia organizada.

El 7 de noviembre de 1996, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la novedosa Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que regula aspectos sustantivos, adjetivos, ejecutivos y orgánicos respecto a una sola materia, la delincuencia organizada. No nos detendremos en comentar dicho ordenamiento. Solamente mencionaremos que:

- a) se creó el tipo autónomo de delincuencia organizada;
- b) se contemplan sanciones específicas para los sujetos que cometen el delito de delincuencia organizada;
- c) se crea una unidad especializada en la investigación y persecución de delitos cometidos por las organizaciones criminales;
- d) se especifican lineamientos para la intervención de comunicaciones privadas y de las órdenes de cateo; e) se establecen reglas para el aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso; y
- e) se estipulan medidas especiales en la ejecución de sanciones.

DOF 18 de junio de 2008

Esta última gran reforma se dio a la Constitución Federal, en la cual vino no solo a cambiar el sistema de justicia penal, sino a lo relativo a la delincuencia organizada trajo consigo lo siguientes elementos:

- a) Se incluye el concepto de delincuencia

organizada a nivel constitucional.

- b) Medidas especiales para que los sentenciados por delincuencia organizada cumplan su condena.
- c) Establece que en caso de delincuencia organizada se crearan centros especiales de prisión preventiva y de ejecución de sentencias.
- d) Impide que los reos que están detenidos por delincuencia organizada puedan compurgar su penal en centro penitenciario más cercano a su domicilio.
- e) No operan los plazos de prescripción de los delitos en casos de evasión, extradición de un inculcado que está siendo procesado por delitos de delincuencia organizada.
- f) Extinción de dominio en delincuencia organizada.
- g) Arraigo en delincuencia organizada.
- h) Facultades para legislar en delincuencia organizada.¹⁰⁵

Como se advierte, el delito de delincuencia organizada, su configuración normativa y su desarrollo en México ha sido gradual a partir de 1993, sin embargo, en ésta última década fue cuando se dieron las reformas más importantes a dicha figura, al grado tal de que se encuentra tipificado en la propia Constitución Federal, algo que a muchos estudiosos del derecho no les resulta correcto, sin embargo al

¹⁰⁵ García Silva, Gerardo, *Op., cit.* cita 27, pág. 135.

legislador le pareció necesario en virtud de ser un delito cuya importancia atañe a la seguridad nacional.

Conviene agregar que en México se espera que haya más reformas encaminadas a desplegar dicha figura jurídica conforme a los estándares internacionales, toda vez que se tienen obligaciones que cumplir, las cuales se encuentran inmersos en tratados y que se han dejado de lado, sin embargo, es responsabilidad del estado mexicano en llevarlas a cabo y cumplirlas en toda su extensión.

2.4.2 Marco conceptual del delito de delincuencia organizada

El delito de delincuencia organizada maneja un grado de conceptualización mayor que cualquier otro. El termino delincuencia organizada o crimen organizado, no constituye una formulación elaborado *ex ante* a la aparición de una determinada forma de delinquir, sino que la evolución de ciertas manifestaciones de la criminalidad es la que ha conducido a la doctrina y a las legislaciones a adoptar este concepto.¹⁰⁶ Con esto queda de manifiesto lo que ya se había precisado anteriormente, esto es, que la aparición de dicha figura fue como resultado de una necesidad que se presentaba en la sociedad.

Ahora bien, diversas normas jurídicas nacionales como internacionales nos dan un concepto de Delincuencia organizada. En principio se señalara lo que establece la Convención de las Naciones Unidas Contra la delincuencia organizada en su artículo 2 fracción a):

Por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a

¹⁰⁶ Guerrero Agripino, Luis Felipe, *Op. cit.*, cita 47, pág. 37.

*obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.*¹⁰⁷

En México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuenta con una descripción del tipo penal de delincuencia organizada, en su Art. 16 párrafo 9, reformado el 18 de junio del 2008, en donde establece:

*Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.*¹⁰⁸

Por su parte, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada publicada el 7 de noviembre de 1996, en su Art. 2 precisa que:

*Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.*¹⁰⁹

La delincuencia organizada contempla una conducta que castiga el simple acuerdo de voluntades para delinquir, y sistematiza un número determinado de delitos que pueden realizarse por dicho grupo,¹¹⁰ mismos que deberán ser esquematizados para tenerlos en cuenta y en su caso, conocerlos, los cuales son los siguientes:

¹⁰⁷ Convención de las Naciones Unidas Contra la delincuencia organizada, en: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> (Última consulta: Julio 30 del 2017)

¹⁰⁸ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/> (Última consulta: Junio 19 del 2018)

¹⁰⁹ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfcdo.htm> (Última consulta: Mayo 24 del 2018)

¹¹⁰ Hernández-Romo Valencia, Pablo, *El delito de Delincuencia Organizada*, México, Tiran Lo Blanch, 2014, pág. 15.

DESCRIPCIÓN TÍPICA DE DELINCUENCIA ORGANIZADA DE ACUERDO AL ARTÍCULO 2 DE LA LEY GENERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	TIPO PENAL DE ACUERDO AL ARTÍCULO 2 DE LA LEY GENERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	REMISIÓN NORMATIVA
<p>Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:</p>	Terrorismo	Previsto en los artículos 139 al 139 Ter del código penal federal
	Financiamiento al terrorismo	Previsto en los artículos 139 Quáter y 139 Quinques del Código Penal Federal
	Terrorismo internacional	Previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter del Código Penal Federal
	Contra la salud	Previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero
	falsificación o alteración de moneda,	Previstos en los artículos 234, 236 y 237 del Código Penal Federal
	Hidrocarburos	Previsto en la fracción IV del artículo 368 Quáter del Código Penal Federal en materia de

	hidrocarburos
Operaciones con recursos de procedencia ilícita	Previsto en el artículo 400 Bis
Medio ambiente	Previsto en el artículo 424 Bis
Acopio y tráfico de armas	Previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos
Tráfico de indocumentados	Previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración
Tráfico de órganos	Previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud
Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo	Previsto en el artículo 201 del Código Penal Federal o en las disposiciones penales estatales o del Distrito Federal
Pornografía de personas menores de dieciocho	Artículo 202 del código penal federal o en las disposiciones penales estatales o del Distrito

	<p>años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo</p>	<p>Federal</p>
		<p>del Código Penal Federal o en las disposiciones penales estatales o del Distrito Federal</p>
	<p>Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tiene capacidad para resistirlo</p>	<p>Artículo 203 y 203 bis del Código Penal Federal o en las disposiciones penales estatales o del Distrito Federal</p>
	<p>Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o</p>	<p>Artículo 204 del Código Penal Federal o en las disposiciones penales estatales o del Distrito Federal</p>

	de personas que no tienen capacidad para resistirlo	
	Asalto	Artículo 286 y 287 bis del Código Penal Federal o en las disposiciones penales estatales o del Distrito Federal
	Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho	Artículo 366 ter del código penal federal o en las disposiciones penales estatales o del Distrito Federal
	Robo de vehículos	Artículo 376 bis y 377 del Código Penal Federal o en las disposiciones penales estatales o del Distrito Federal
	Delitos en materia de trata de personas	Previstos y sancionados en el Título Segundo de la Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos
	Secuestro	Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la

Se advierte con lo anterior, que el catálogo de delitos no es para anda reducido y que por tanto el arraigo podría tener vigencia en cada uno de ellos. Se encuadran en este delito las conductas típicas que pueden considerarse de mayor impacto social además de que laceran los bienes jurídicos con mayor relevancia en el marco del derecho penal, por ello la figura restrictiva de libertad por la mera investigación se asegura que allí encuentra su justificación.

Ahora, dichos tipos penales en el plano internacional son a su vez regulados por normas que lo tienden a llamar delincuencia organizada transnacional. Por tanto quedó demostrado que son tipos penales específicos y que su regulación por tanto, se tiene por enmarcada en los campos de un delito como el que se estudia.

Ahora bien, es importante subrayar que fenomenológica y criminológicamente, no es posible determinar un concepto de delincuencia organizada que de manera universal y definitiva que describa su tipología. Tampoco es factible establecer con exactitud los delitos en los cuales se manifiesta. Sólo resulta viable plantear una descripción de sus principales características. La delincuencia organizada, es una particular manifestación de la criminalidad que se presenta bajo dos modalidades: una genérica y otra vinculada al terrorismo.

La delincuencia organizada genérica, constituye un método específico de realización de determinadas conductas delictivas. Ambos el método y la comisión de delitos están condicionados por una finalidad. Se manifiesta a través de inclinaciones o tendencias que suelen variar pero en esencia, posee los siguientes rasgos:

1. Como presupuesto imprescindible, la participación sistemática y permanente de un grupo de delincuentes, sin que sea fácticamente posible determinar una cantidad mínima.

2. Una finalidad, consistente en la adquisición y/o crecimiento de poder económico. Este poder, a su vez, suele servir como génesis y corolario de un poderío que llega a comprender otros ámbitos como el político y el social. Esa finalidad, es de carácter permanente, sostenida mediante la realización continuada de proyectos.

3. Para alcanzar esa finalidad, utilizan indefectiblemente un método, sustentado esencialmente en:

a) Una organización, que incide tanto en la estructuración de sus miembros, como en la optimización de los recursos humanos, técnicos y materiales disponibles. Los medios y forma específica en los cuales se sustentan para alcanzar y mantener ese esquema organizacional, varía según la naturaleza de cada grupo.

b) La ilicitud. A partir de ella, se obtiene y explota un mercado. La clandestinidad, constituye la materia sobre la cual se circunscribe la planificación del grupo. Esa ilicitud, se traduce en la realización de conductas delictivas, cuya naturaleza depende de las actividades específicas de la organización.

En relación con el terrorismo, la finalidad contiene un perfil eminentemente político, con los alcances y especificaciones anteriormente señalados, atendiendo a la modalidad respectiva de que se trate.

Los medios utilizados para alcanzar ese fin, son imprescindiblemente violentos, intimidatorios y tendentes a propiciar y difundir pánico en una colectividad. En el fenómeno terrorista, los medios no están condicionados por el

fin. Ambos se sostienen a tenor de una vinculación progresiva, retroalimentadora, permanente y mediante manifestaciones continuadas.

Para alcanzar y sostener en constante evolución esa permanente exteriorización de fines e implementación de medios, requieren indefectiblemente de una organización. A través de ella, se estructuran los cuadros de sus miembros. Además, se optimizan e incrementan los recursos técnicos y materiales disponibles.

Tanto la delincuencia organizada genérica, como la manifestada a través del terrorismo, poseen como común denominador, una estructura organizacional que se ve reflejada en una mayor eficiencia y eficacia en sus actividades. La intervención jerarquizada y sistemática de sus miembros, propicia que los proyectos se realicen sin que sea necesario el contacto o comunicación de todos ellos. Operan como una maquinaria con capacidad para reemplazar concomitantemente la ausencia o fallas de sus componentes (intrínsecamente fungibles).

Es por eso que las órdenes o instrucciones dadas por los principales mandos, cuentan potencialmente con una alta posibilidad de concreción. Las características de esta manifestación de la criminalidad se traducen en una mayor peligrosidad, tanto en la forma, como en la cantidad de bienes jurídicos que afectan. En ello incide la especial atención que amerita su tratamiento jurídico.

Con base en el esquema planteado, y atendiendo a la fenomenología de las manifestaciones de la criminalidad asumidas como parámetros de una delincuencia distinta a la convencional, bajo una perspectiva criminológica, no existen elementos suficientes para determinar la estructura de un "crimen organizado" autónomo. Pero sí es posible ubicar una manifestación de la criminalidad que por sus particularidades específicas en relación con el común de

la delincuencia y a partir de rasgos característicos genéricos, podemos identificar como criminalidad organizada o delincuencia organizada.¹¹¹

¹¹¹ Guerrero Agripino, Luis, *Op. cit.*, cita 47, págs. 170-171.

CAPÍTULO TERCERO

EL DESENCANTO POR EL ARRAIGO PENAL EN MÉXICO

3.1 La postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno al arraigo

El arraigo como figura constitucionalizada, fue objeto de análisis por parte de la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, antes y después de la reforma de junio de 2008. Nuestra máxima autoridad jurisdiccional, se ha visto obligada a meditar a fondo sobre la naturaleza y alcances de esta controversial figura, y a lo largo del tiempo ha venido adoptando diversas posturas; la más importante tiene que ver con la postura adoptada a finales de los noventa y principio del nuevo milenio en donde interpone un criterio jurisprudencial, el cual manifiesta que el arraigo es inconstitucional, pues establece que es violatorio de la libertad personal, así como también de las garantías de legalidad y de seguridad jurídica.

Ahora bien, en un primer momento se formó jurisprudencia en el sentido de que el arraigo solo vulneraba la libertad de tránsito, con posterioridad emergió un criterio antagónico que sin alcanzar la categoría de jurisprudencia se sostuvo en tres ejecutorias que el arraigo si transgredía la libertad personal, lo que resulto suficiente para sustentar la contradicción ante el primer criterio denunciada por el presidente del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la que la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que la orden de arraigo si afecta la libertad personal.¹¹²

Lo anterior condujo que emergieran diversas acciones de inconstitucionalidad, como la planteada a lo dispuesto por el artículo 122 bis de Código Procesal Penal del Estado de Chihuahua , la cual se consideró que era violatorio de diversas garantías contempladas por la Constitución de nuestro país,

¹¹² Arroyo Kalis, Juan Ángel, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012, pág. 24

declarando en tal sentido inconstitucional el arraigo domiciliario que se contemplaba en dicha disposición legal, por considerar que esta era violatorio de la libertad de tránsito, así como de la libertad personal.¹¹³

En ese orden de ideas, podríamos presumir que la Corte ya había establecido un camino a seguir respecto al arraigo y que por tanto en el plano local como en el federal, su vigencia no iba a prosperar. Sin embargo, derivado a su inmersión a la norma constitucional, la Suprema Corte se vio obligada a abandonar dichos criterios y apegase a lo establecido por la Ley Suprema.

No obstante esto, es vigente el cuestionamiento que tiene que ver con la posibilidad de que un precepto constitucional pueda resultar contrario a los valores que la propia Constitución detenta, pues se refiere a que existan ciertas disposiciones constitucionales que en razón de su contenido, sean adversas a la Constitución misma y por lo tanto se hallen viciadas de inconstitucionalidad,¹¹⁴ aunque por otro lado, hay quien alega y se sustenta en que no puede ser así dado la máxima constitucional que versa “si está en la Constitución, es constitucional”.

Ahora bien, para Otto Bachof, defender la posibilidad de que ciertos preceptos del texto constitucional sean inconstitucionales, implica entender el concepto de Constitución como algo diferente, al menos en parte, del simple conjunto de preceptos jurídicos escritos en dicho texto. Así mismo, parte de la distinción habitual en muchos autores aunque no siempre con idéntico sentido, entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material, para defender la existencia de un “Derecho suprapositivo” que ha de ser respetado por el propio Poder Constituyente como condición para la validez de la propia Constitución. Así, el “Derecho supralejal” puede o no estar incorporado al texto constitucional, pero en cualquier caso la incorporación del mismo a la Constitución formal tiene carácter meramente declarativo y no constitutivo. Por ello, la

¹¹³ *Ídem.*

¹¹⁴ *Ibidem*, pág. 25

vulneración de este “Derecho supralegal” es una infracción de la Constitución, que convierte en inconstitucional a la disposición infractora.¹¹⁵

Por tanto, los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce, se encuentran implícitos en el espíritu mismo del documento constitucional, aun y cuando este no los reconozca, en tal postura todas aquellas disposiciones que sean incorporadas a la Constitución formalmente a esta y que resulten ser violatorias de otras disposiciones de la misma deben ser consideradas como inconstitucionales, situación que encuadra en el caso particular del arraigo, mismo que fue elevado a la categoría constitucional mediante reforma de junio de 2008, toda vez que este vulnera los derechos humanos a la libertad de tránsito y el derecho a la libertad personal, con independencia de que la propia Constitución establezca dicho régimen de excepción, pues en tal tesitura dichas disposiciones deben ser consideradas como inconstitucionales por ir en contra del espíritu de la constitución misma y por ser violatorias de los derechos fundamentales.

Por ello, es dable compartir la postura que señala, que al coexistir dos sistemas penales como lo son el garantismo y el derecho penal del enemigo, cuyas posturas tildan en el antagonismo, puede expulsarse aquella aun cuando esté en la norma constitucional, pues viola los preceptos ya reconocidos previamente por ella y que maximizan a la persona en su protección.

3.2 La vigencia del arraigo frente al derecho internacional

El tema de los derechos humanos ha sufrido grandes transformaciones en las últimas dos décadas, pues se ha llevado a cabo una transición que implica un cambio en los paradigmas que hasta tiempos recientes retrotraían la validez de los derechos humanos al reconocimiento que los Estados hicieran en su propias constituciones, en tal virtud, esta nueva perspectiva hace que se vislumbre a los derechos humanos en un nuevo nivel, que si bien es cierto, desde el punto de

¹¹⁵Bachof, Otto,(1979) *¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?*, (García Belaunde, Domingo y Díaz Revorio, F. Javier, Trad.), Perú, Biblioteca Nacional de Perú, 2010, pág. 16

vista de la teoría de estos ya existía, más sin embargo en la realidad no era una aceptación generalizada, por lo que este nuevo cambio de paradigma ha conllevado a que se pondere desde una postura más sólida la característica relativa a su universalidad.

Esta nueva perspectiva de vislumbrar a los derechos humanos ha sido posible, gracias a la proliferación a tratados internacionales que amplían el alcance y validez de los derechos humanos, lo que ha provocado una transición por parte de los sistemas jurídicos principalmente europeos y latinoamericanos, sin embargo aún en la actualidad existe resistencia en algunos Estados, para que abran por completo sus legislaciones a la aceptación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y algunos otros aun y cuando que se encuentran en una completa apertura a la aceptación y aplicación de los mismos, siguen ponderando o aludiendo a la hegemonía de su derecho interno en aras de no aplicar las disposiciones relativas al respeto a los derechos humanos.

En el caso particular de México, en el campo del derecho penal con las reformas de junio de 2008 y a la luz del derecho penal del enemigo o régimen de excepción mismo que ya fue revisado, se contemplaron a nivel constitucional ciertas restricciones al derecho humano de la libertad, como lo es la medida cautelar del arraigo.

Se precisa, que dicha figura normativa transgrede las garantías del debido proceso, presunción de inocencia, el derecho a la no privación de la libertad mientras se desarrolla el proceso, el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y el derecho de circulación y residencia, como bien lo señalan los artículos 7.5, 8.2 y 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹¹⁶

¹¹⁶ Esparza Martínez, Benardino, *El arraigo*, México, INACIPE, 2014, pág. 1.

En este contexto, los artículos 7, 8 y 22 manifiestan el derecho a la libertad, las garantías judiciales y el derecho a la circulación y de residencia. Entre otras libertades que establece el artículo 7 se encuentran las siguientes:

- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal;
- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por la Ley Fundamental y leyes respectivas de cada Estado;
- Ninguna persona puede ser sometida a detención o encarcelamiento arbitrarios;
- Toda aquella persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella;
- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.

Por otra parte, la libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren la comparecencia de las personas a juicio, en este contexto, el artículo 8 de la citada Convención sostiene, como garantías judiciales:

- 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;
- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Por tanto, toda persona, en plena igualdad, tiene derecho, durante el proceso a disponer de las siguientes garantías, mediante los siguientes derechos:

- Del inculpado, de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- A la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- A la concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- Del inculpado, a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con él;
- A no renunciar a 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;
- De la defensa, a 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;
- A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- A recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.¹¹⁷

Y, por último, el artículo 22 de la misma Convención dispone el derecho a la circulación y residencia:

- Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales¹¹⁸.

Con esto, podemos avizorar que de acuerdo a lo dispuesto por el marco internacional, el mismo arraigo y el derecho penal del enemigo, no tiene cabida en

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ *Idem.*

un modelo que privilegia los derechos humanos y las garantías de las personas por sobre cualquier otra cosa, sin caer, como hemos dicho, en un hipergarantismo.

Por tanto, podría decirse que el arraigo violenta el derecho humano a la libertad personal, el derecho a la libre circulación y residencia, así como transgrede principios elementales del debido proceso, como la presunción de inocencia.

Lo anterior deja en claro que en México, por encima de la universalidad de los derechos humanos y la convencionalidad de estos, a nivel constitucional son negados estos postulados, trastocando la esencia de estos. Abundar además que de entre sus características particulares, los derechos fundamentales son irrenunciables, son imprescriptibles, son inalienables y desde luego no pueden ser suspendidos, por lo que su validez no está sujeta a ninguna condición, circunstancia que no ocurre en el caso de México, pues el garantismo penal que se alude tener solamente podrá subsistir si no eres juzgado por delitos como delincuencia organizada, que para el caso particular, operaría la figura del arraigo.¹¹⁹

Corolario de lo anterior, nace como un medio violatorio de derechos fundamentales en esencia, por el contrario, pues lo que se pretendía originalmente era tratar en todo caso de infringir una mínima molestia a aquella persona respecto de la cual existieran indicios de su probable responsabilidad en la comisión de un delito, porque se meditó sobre cuál podría ser esa mínima molestia y el lugar en que debería estar sujeto a la vigilancia, estableciéndose en tal efecto el arraigo domiciliario, el cual suponía que la persona estaría llevando a cabo su vida familiar en su domicilio, toda vez que ante esos mínimos indicios, el Ministerio Público no estaba en posibilidades de consignar la averiguación previa y lo

¹¹⁹ Peláez Ferruzca, Mercedes, *Criterios Jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de restricciones al derecho humano a la libertad: La detención y el arraigo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2014, pág. 247.

obligaba a hacer una investigación técnica, científica, para concluir sobre la probable responsabilidad del arraigado en la comisión del delito.¹²⁰

3.3 La violación de los derechos humanos al amparo del arraigo en México

Son muchas las voces que han dicho que el objetivo del arraigo no es determinar si una persona es inocente o culpable, sino privarla de su libertad con el fin de obtener información que pudiera ser utilizada con posterioridad para la etapa del juicio.

Es decir, 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 en una democracia. Así, la persona afectada queda sin garantías ni situación jurídica clara, ya que no es ni indiciada ni inculpada.

Lo que es más, ni siquiera está vinculada a proceso penal alguno; simplemente se le ha privado de la libertad para ponerla a plena disposición de la autoridad investigadora. La persona arraigada vive en un universo paralelo al democrático, donde rigen las excepciones y no las reglas.¹²¹

Pese a todo esto, al momento de diseñar la multicitada reforma de junio de 2008, dentro de la exposición de motivos el constituyente permanente señaló a efecto de defender el arraigo lo siguiente:

“los críticos de la reforma dicen que el arraigo viola los derechos humanos porque establece un régimen de discriminación para los ciudadanos considerados miembros de bandas de delincuencia organizada, lo que viola sus derechos humanos. Además, se sospecha que podría utilizarse para reprimir movimientos o luchas sociales, a delincuentes comunes o a cualquier persona. La reforma

¹²⁰ Plasencia Villanueva, Raúl, *Op.cit*, cita 47, pág. 72

¹²¹<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28473.pdf> (Última consulta: Abril 24 del 2017)

aprobada, sin embargo, mejora la situación actual. Hoy el arraigo se puede aplicar a casi cualquier delito grave si así lo solicita el Ministerio Público, y no tiene un límite de tiempo claramente establecido, por lo que puede prolongarse por meses y hasta años. Con la reforma, se limitará estrictamente a la delincuencia organizada y se restringirá a 40 días, prorrogables a 80 si el juez considera que persisten las condiciones originales.¹²²

Además, de lo anterior, el reformador establece que quienes manifiestan su inconformidad respecto al arraigo, pretenden ignorar la verdadera peligrosidad de la delincuencia organizada, no solo en México sino en todo el mundo.

Además, pretenden contrarrestar argumentos que decían que el verdadero objetivo es actuar en contra de movimientos o luchas sociales, negándolo o aduciendo que no deberá utilizarse contra estos, sin embargo, reafirma el constituyente la necesidad del arraigo, debido a que el gran peligro para el Estado Mexicano, como para los demás Estados Nacionales, es la amenaza que representan las bandas criminales transnacionales con un gran poder económico, armas y capacidad para amedrentar y corromper a policías, representantes del Ministerio Público, peritos y jueces, y dañar a la sociedad, por lo que dicho reto requiere de medidas igualmente especiales para combatirlos.¹²³

Ahora, conviene precisar que entre las deficiencias normativas que signan la debilidad procesal del arraigo se encuentra lo que podríamos llamar dislocación espacial del proceso. Este fenómeno jurídico se encuentra posibilitado por el artículo 45 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que suele ser invocado por el Ministerio Público para solicitar al juez que traslada los autos –los documentos emitidos por autoridades judiciales– de un mismo procedimiento a diversos tribunales en el país, incluyendo el desplazamiento del lugar de emisión de autos de un mismo proceso (por ejemplo, la radicación del amparo y su

¹²² Carranca y Rivas, Raul, Reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública, México, Porrúa, 2010, pág. 57.

¹²³ Exposición de motivos de la reforma Constitucional de 2008, en el apartado relativo al arraigo, en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> (Última consulta: Marzo 23 del 2017)

respectiva apelación, que son formas de proteger los derechos procesales en diferentes ciudades de la república.¹²⁴

Además, una de las dimensiones más lesivas para las personas sometidas a esta figura es que permite espacios de escasa vigilancia y alta vulnerabilidad para éstas, por lo que es propicia la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹²⁵

Ahora bien, sobre este punto, las voces doctrinarias han manifestado que estamos frente a una discriminación entre los sujetos procesales. Conviene ir por partes, discriminar es seleccionar excluyendo, por lo que al aceptar este régimen especial de arraigo para la delincuencia organizada, resulta es evidente que se selecciona a la delincuencia organizada excluyéndola del resto.

Con esto no hay duda, se viola el artículo 1 de la Constitución que consagra y tutela el principio de igualdad. Al respecto y al margen de ello el artículo de referencia alude al goce de garantías que otorga la propia constitución, y entre estas se halla la del párrafo segundo del artículo 14, mismo que establece:

“Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.”¹²⁶

De la simple lectura del artículo anterior se deduce por lógica elemental, que cualquier privación de la libertad debe ser mediante juicio. ¿y qué juicio hay de por medio en el arraigo que le solicita el Ministerio Público al Juez antes de que se dicte sentencia, o sea, antes de que concluya precisamente el juicio?

¹²⁴<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28473.pdf> (Última consulta: Abril 24 del 2017)

¹²⁵*Idem.*

¹²⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf (consultado el 17 de mayo de 2018)

Por lo tanto, el arraigo equivale a una privación anticonstitucional de la libertad. Y por aquí se debería empezar, en vez de argumentar a favor de algo que es claramente anticonstitucional, salvo que se sostenga el criterio de que no lo es. Pero se ha empezado por ignorar dicha anticonstitucionalidad, pasarla por alto y entretenerse en cosas secundarias ajenas al fondo del asunto.

Con esto podemos sostener que las razones para defender el arraigo son de orden práctico, de *praxis* legal en oposición a la teoría; cuando que lo correcto jurídicamente hablando es que la teoría se vierta en la práctica, se integre a ella por medio del derecho positivo que es la ley. Lo deseable es que la teoría desemboque en la ley, sin que haya compuertas abiertas que la desperdicien o desparramen, ya que así se suele disipar también el espíritu de la ley.

Es dable decir que no se ignora la verdadera peligrosidad de la delincuencia organizada, lo mismo en México que en el resto del mundo. Sin embargo, la autoridad, cuando el particular viola la ley no puede violarla también, porque con ello estaría rompiendo con ser el guardián de la ley.

Además y en el orden de la filosofía jurídica, el ideal de la justicia es irrenunciable. Para llegar a ella puede haber uno y mil obstáculos que dilatan su presencia. No importa, el ideal de justicia es irrenunciable, o sea, el deber ser de la justicia. En consecuencia, las medidas especiales deben ser siempre justas ya que el deber ser busca al bien. El Estado se niega a sí mismo si rompe los parámetros de la constitucionalidad y de la legalidad.

Por ahora, es fundamental hacer una especie de puente de unión entre cuatro artículos: el 14 en su párrafo segundo que establece la necesidad de juicio previo, el 16 en su párrafo octavo que establece el arraigo, el 18 que establece la prisión preventiva y el 20 que establece la presunción de inocencia. Discurso

constitucional es la secuencia, en sucesión ordenada cuantitativa y cualitativa, de los artículos de la Constitución.¹²⁷

Secuencia que implica la transmisión continua de ideas, es decir, que en ese discurso no tiene cabida las contradicciones. En el discurso caben las excepciones, más no las contradicciones. La excepción confirma la regla, en cambio la contradicción la niega, dado que encierra la afirmación y una negación que se oponen una a otra y recíprocamente destruyen.

Así, la política criminal es el puente necesario para que el derecho penal funcione, y tiene como finalidad específica la lucha contra el crimen, valiéndose de todos los medios que le aportan las ciencias penales, y dentro de esa lucha quedan incluidas todas aquellas medidas tendientes a la prevención del mismo, pues resulta cierto que es la cualidad propia y necesaria del conocimiento científico servir al hombre, antes que reprimiendo, previniendo las casusas que producen o pueden producir en él algún daño.

La política criminal constituye una manifestación del poder que tiene el Estado para enfrentar a un fenómeno que es la delincuencia. Desde esta perspectiva a la política criminal se la observa como un objeto de estudio, para analizar cuáles son las medidas, estrategias o acciones que el estado adopta para enfrentar ese fenómeno de la delincuencia: como lo hace y que tanto resulta funcional.¹²⁸

3.4 La calidad procesal del sujeto sometido al arraigo

El escenario que enfrenta el sujeto sometido a arraigo siempre es contraproducente, es quien reciente directamente la privación, sin contar con un juicio previo en el cual se defendiera de dicha medida. La única respuesta que obtiene es que está bajo investigación. Por ello, conviene cuestionarnos en este escenario en calidad de qué está privada de la libertad la persona.

¹²⁷ Ver: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/> (Última consulta: Junio 19 del 2018)

¹²⁸ Lozano Tovar, Eduardo, *Seguridad Pública y Justicia*, México, Porrúa, 2010, pág. 86.

En este contexto, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece las denominaciones de los distintos sujetos procesales, sin encontrar alguno que encierre en su concepto a quien está siendo sujeto de arraigo. El más cercano a ellos se le denomina imputado, entendiendo este como la persona que es señalado por el Ministerio Público como posible autor o partícipe de un hecho que la ley señale como delito. Por otro lado, 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.¹²⁹

Además es importante mencionar que en el caso del imputado, cuenta con un cúmulo de prerrogativas, las cuales descansan precisamente en lo señalado por la Constitución Federal. Entonces, si estuviéramos en el plano de que la persona sujeto a arraigo, tendríamos que situarlo en el plano de un imputado, haciéndose acreedor a las siguientes prerrogativas:

- 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; 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;
- IV. 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;

¹²⁹ Artículo 112, del Código Nacional de Procedimientos Penales, en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm> (Última consulta: Junio 25 del 2018)

- V. A no ser sometido en ningún momento del procedimiento a técnicas ni métodos que atenten contra su dignidad, induzcan o alteren su libre voluntad;
- VI. 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; 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;
- VII. 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;
- VIII. 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;
- IX. 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;
- X. 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;
- XI. A ser presentado ante el Ministerio Público o ante el Juez de control, según el caso, inmediatamente después de ser detenido o aprehendido;
- XII. A no ser expuesto a los medios de comunicación;

XIII. A no ser presentado ante la comunidad como culpable;¹³⁰

En estos supuestos, las prerrogativas se le presentan al imputado, no pueden ser compartidas con la persona en arraigo, dado que muchas de estas tienen que ver directamente con que previamente se te haya vinculado con un delito, respecto del cual tienes la facultad de defenderte.

Con esto, podemos estar frente a la lógica práctica del estado en el cual todos somos arraigables. Una de las principales falencias en el arraigo, tal como aparece en el artículo 16 Constitucional, estriba en que la persona que puede ser sujeta a arraigo está definida de un modo vago, complaciente con las autoridades.¹³¹

Así, queda de manifiesto que en México, la autoridad antes de contar con pruebas suficientes para acusar a una persona de haber cometido algún delito, puede detenerla y mantenerla privada de su libertad, incluso en casos en los que los indicios o sospechas del ilícito no lleguen a constituir elementos de probabilidad, como se exige para la expedición de una orden de aprehensión.¹³²

Entonces, se critica que a una persona se le prive de su libertad antes de que exista la convicción respecto a su culpabilidad a propósito de la comisión de un hecho delictivo. Con esta disposición se está ignorando, como ya se dijo, el principio de presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental "que posee su eficacia en un doble plano: por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos; por otro lado, el referido derecho

¹³⁰ Artículo 113, del Código Nacional de Procedimientos Penales, en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm> (Última consulta: Junio 25 del 2018)

¹³¹ En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28473.pdf> (Última consulta: Junio 25 del 2018)

¹³² Peláez Ferruzca, Mercedes, *Criterios Jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de restricciones al derecho humano a la libertad: La detención y el arraigo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2014, pág. 247.

opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba.¹³³

Luigi Ferrajoli sostiene, al hacer una distinción entre garantías penales y garantías procesales, que dentro de estas últimas se encuentra la presunción de inocencia. Considerándola como "la primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano: presunción iuris, como suele decirse, esto es hasta prueba en contrario".¹³⁴

Por su parte Clariá Olmedo considera que "la condición de penado no podrá existir sin previa y concreta declaración jurisdiccional de responsabilidad penal, contenida en un pronunciamiento firme conclusivo del proceso regular y legal".¹³⁵

El derecho de presunción de inocencia se dirige a que todo inculcado debe "ser tratado como inocente hasta en tanto su culpabilidad no haya sido probada y declarada mediante una sentencia definitiva".¹³⁶

La presunción de inocencia significa que toda persona debe tenerse por inocente hasta que exista una sentencia firme de autoridad competente en la que se le tenga como responsable de la comisión de un delito; Ferrajoli al respecto apunta que "si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable sin ser sometido a pena".¹³⁷

¹³³ Luzón Cuesta, José María, "La Presunción de Inocencia ante la Casación", Madrid, España, Editorial Colex, 1991, p.13.

¹³⁴ Ferrajoli, Luigi, *Op. cit.*, cita 21, p. 549.

¹³⁵ Calariá Olmedo, Jorge A., "Derecho Procesal Penal", *Op. cit.*, cita 16, p.p. 67-68.

¹³⁶ "Presunción de inocencia. Debe considerarse en los casos en que se tiene derecho a la libertad provisional bajo caución", Séptimo Tribunal Colegiado en materia penal del primer circuito, SJFG, 9ª. Época, T. XXVII, marzo de 2008, tesis I.7º. P. 107 P, p. 1797.

¹³⁷ Ferrajoli, Luigi, *Op. cit.*, cita 21, p. 549.

El mismo autor continúa exponiendo que:

“... si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados, no solo por los delitos, sino también por las penas arbitrarias, la presunción de inocencia no solo es una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de es “seguridad” específica ofrecida por el Estado de Derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica defensa que se ofrece a estos frente al árbitro punitivo”.¹³⁸

Para Sergio García Ramírez “la afirmación de que se presume que una persona es inocente mientras no se declara, a través de sentencia, que es culpable (responsable) del delito que se le imputa, constituye uno de los ejes del proceso penal moderno con orientación democrática. Se traduce en deberes del Estado y derechos del inculcado e incide (o debiera incidir) en el trato general a este, tanto en el desarrollo del enjuiciamiento como en la aplicación de las medidas cautelares”.¹³⁹

Este principio, a pesar de que se encontraba implícitamente previsto por la Constitución Mexicana antes de la reforma penal de 2008, resulta muy conveniente que se contenga en una disposición explícita dentro del propio texto constitucional, pues ella sirve para hacer obvia su existencia y “enviar varios mensajes muy claros” a todos los operadores jurídicos. Lo anterior en razón de que si bien se reconocía doctrinaria y legalmente en nuestro sistema jurídico nacional, además de estar presente en diversos tratados internacionales adoptados por nuestro país, carecía de base constitucional explícita, por lo que moderadamente, para dar un contenido más claro a este principio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debió realizar la interpretación de diversos artículos

¹³⁸ *Ídem.*

¹³⁹ García Ramírez, Sergio, “*Reforma penal constitucional (2007-2008)*”, 2da edición, México, Editorial Porrúa, 2009, p. 141.

constitucionales de los cuales se derivaba la existencia implícita en el texto de la Carta Magna de este principio.¹⁴⁰

Como se sabe, uno de los principios básicos del derecho penal moderno y el derecho constitucional en la medida en que se tienen por objetivo preservar la libertad, es la presunción de inocencia. Se trata de una cuestión central para cualquier análisis que se quiera hacer del sistema de derechos fundamentales que, en materia penal rige México.¹⁴¹

A partir de esa presunción se deben desarrollar una serie de previsiones legislativas para asegurar que mientras la sentencia condenatoria no exista, se le causen las menores molestias posibles al inculpado, sobre todo mientras dura el juicio en su contra. Por ejemplo, la presunción de inocencia obliga al legislador a limitar la posibilidad de la prisión preventiva a aquellos casos verdaderamente graves, en los que la persona que ha sido detenida supone un riesgo cierto y objetivo para los fines que deben alcanzarse mediante el proceso judicial.¹⁴²

Por todo esto, el arraigo es atentatorio a derechos inherentes a la persona, quien además no cuenta con un marco conceptual a efecto de contar con una defensa adecuada, por lo que no se justifica que se circunscriba a los hechos contemplados dentro del ámbito de la delincuencia organizada, ni como presupuesto para combatir la inseguridad.¹⁴³

Finalmente, el arraigo, como medida excepcional que sirve para preservar la eficacia de la investigación, y en su caso, de la sentencia definitiva condenatoria porque permite al Ministerio Público tener al inculpado a su disposición durante la

¹⁴⁰ "Presunción de inocencia. El principio relativo se contiene de manera implícita en la Constitución federal", pleno, SJFG, 9ª época, t. XVI, agosto de 2002, tesis P. XXXV/2002, p. 14.

¹⁴¹ Carbonell, Miguel, "Los Juicios Orales en México", México, Editorial Porrúa, 2011, p.145.

¹⁴² *Ibidem*, p. 146.

¹⁴³ Moreno Cruz, Eduardo, *El nuevo proceso penal mexicano, lineamientos elementales*, México, Editorial Porrúa, 2010, pág. 54.

investigación que realice en las diversas etapas,¹⁴⁴ pone en tela de duda la concepción misma del sistema de justicia penal mexicano, que por definición constitucional así como disposición convencional, se encuentra obligado a asumir una postura garantista.

3.5 Los esfuerzos para la eliminación del arraigo penal en México

Se ha reiterado que la reforma de justicia penal de 2008 consta 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 constitucional y democrático de derecho.

La segunda ha establecido un sistema de excepción que flexibiliza los derechos del acusado, privilegia los esquemas precondenatorios 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.

Es importante establecer, en términos generales, qué es el arraigo y sus implicaciones. En un primer momento podemos sostener que es una forma de detención arbitraria introducida en nuestro derecho a raíz de la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública de 2008. Esta práctica permite la vigilancia permanente del ministerio público sobre personas sospechosas de cometer algún delito o que tengan información relacionada con

¹⁴⁴ Díaz de León, Marco Antonio, "El arraigo y la prohibición de abandonar una demarcación geográfica en el Código Federal de Procedimientos Penales." En: García Ramírez, Sergio y Vargas Casillas, Leticia (coord.). *Las reformas penales de los últimos años en México 1995-2000*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, pág. 85.

éste; su fin es incrementar el tiempo con el que cuenta la autoridad para reunir pruebas contra la persona arraigada.

El objetivo del arraigo no es determinar si una persona es inocente o culpable, sino que se priva a la persona de su libertad con el fin de obtener información que pudiera ser utilizada con posterioridad para la etapa de juicio (sin que a la fecha se hubiera regulado sobre la licitud de las pruebas obtenidas bajo arraigo).

Lo anterior se traduce en que la investigación no se lleva a cabo para detener a una persona, sino que la persona es detenida para ser investigada. La persona afectada queda así sin protección efectiva, ni situación jurídica clara, ya que no es ni indiciada ni inculpada. Además, 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. En ese trance, muchos derechos son potencialmente o efectivamente vulnerados.

Alejandra Leyva expuso seis puntos por los cuales considera el arraigo debe de desaparecer del sistema jurídico mexicano, añadiendo además la postura que organizaciones internacionales en materia de derechos humanos han precisado mediante recomendaciones. En principio, dicha autora señala que es una medida que no cumple con estándares en materia de derechos humanos relativos a las restricciones válidas a la libertad personal debido a que incumple con los criterios de:

a) legalidad: es decir, nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por casusas o métodos que – aún calificados de legales – puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad;

b) idoneidad: refiriéndose a que debe cumplir para el fin que es perseguido;

c) necesidad: es decir, que sea absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado, y

d) proporcionalidad: que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción para el cumplimiento de la finalidad perseguida.

Además, refiere que las personas detenidas quedan sin garantías y sin una situación jurídica determinada, ya que al no ser inculpadas, no se encuentran vinculadas a proceso legal alguno, situación que tiene que ver directamente con la garantía de adecuada defensa, que como se ha podido advertir en apartados anteriores, se ve vulnerado.¹⁴⁵

La necesidad de la desaparición del arraigo, implica además de su ineficacia en el sistema jurídico mexicano, no cumplir con el requisito de idoneidad en cuanto a que es una medida cautelar invasiva al derecho a la libertad personal, así como a los derechos de debido proceso legal, incluida la presunción de inocencia.

En este escenario, mecanismos nacionales e internacionales de protección de derechos humanos han reconocido que durante el tiempo que las personas están expuestas al arraigo, se propicia la práctica de violaciones a derechos humanos, principalmente de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

¹⁴⁵ Leyva, Alejandra, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, en: <http://cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-la-figura-del-arraigo-penal-en-mexico.pdf> (Última consulta: Junio 25 del 2018) (Recomiendo revisar esta cita)

El arraigo representa entonces, una figura creada por un Estado cuyo sistema de procuración de justicia es incompetente para garantizar a la sociedad el acceso a la justicia en un contexto de casi total impunidad.

3.6 Günther Jakobs a través del arraigo

La apuesta por un compartimento "excepcional" en el cual los derechos de las personas en el proceso penal se debilitan en aras de la "eficacia", ha demostrado servir en los hechos, para la regularización de ese comportamiento por parte del aparato punitivo estatal, de tal forma que podemos afirmar que en México se ha implantado una especie de estado de excepción irregular. Así lo permite la caracterización vaga de la figura de la "delincuencia organizada" en el artículo 16 párrafo tercero Constitucional, cuyos destinatarios normativos, el enemigo público, puede ser cualquiera y, hasta 2016, conforme al artículo primero transitorio del decreto, puede ser cualquiera que sea señalado como autor de un delito grave y no solamente relativo a la delincuencia organizada, lo que hace ilusoria la contención personal y material del llamado "régimen de excepción".

La regularidad con la que se extiende el poder punitivo sobre posibles miembros de células de la delincuencia organizada configura, antes bien, una mezcla de los sistemas de justicia penal y de seguridad pública en el cual el primero se vuelve una mera herramienta del segundo. El "régimen de excepción" para delincuencia organizada es un sistema penal paralelo al democrático, consistente en la aplicación de penas pre-condenatorias que adelgazan la efectividad de las garantías judiciales de las personas, colocándolas en un limbo jurídico en el que no son ni indiciadas ni inculpadas.¹⁴⁶

Todas estas innovaciones regresivas en el sistema de justicia penal mexicano, incorporadas en el mismo momento de la reforma Constitucional que habría de convertirlo en un sistema moderno, equitativo y controlado por una

¹⁴⁶ Cantú Martínez, Silvano, *et al.*, *La figura del Arraigo Penal en México*, ONU-CMDPDH, México, 2012, pág. 19.

racionalidad garantista, responde a una lógica que choca con los avances que ha tenido México en materia de justicia penal acusatoria, oral y adversarial. Esa lógica antagónica al sistema acusatorio es la del derecho penal del enemigo, cristalizado en un "régimen de excepción" (o especial) para delincuencia organizada, con marco Constitucional en el artículo 16, párrafo noveno y tentáculos normativos en la legislación secundaria preexistente, como la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

El derecho penal del enemigo parte de la premisa de la existencia de un peligro abstracto al que debe combatirse con medidas que habilitan al poder punitivo a funcionar incluso en momentos en los que no se ha iniciado un proceso penal. En ese sentido, este modelo penal funciona en la práctica como el discurso legitimador de la prisión administrativa por motivos de seguridad, es decir, el tipo de disponibilidad de la libertad con que cuentan los policías en la flagrancia convertida en instituto regulador de la procuración de justicia.

La pretensión punitiva del Estado en la fórmula Jakobs queda clara en la siguiente cita:

El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros, a ser una reacción contra un enemigo.¹⁴⁷

Con ello estamos frente a un esquema en el cual podemos tener ciudadanos con distintas características y con procedimientos que violen sus derechos justificando al Estado por su actuar, impidiendo que la presunción de inocencia, que es un principio fundamental de nuestro sistema, intervenga bajo el parámetro por el cual fue creado.

¹⁴⁷ Jakobs, Günter, *Dogmática Jurídica Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 43.

3.7 El incierto futuro para el arraigo en México

La figura del arraigo como un instrumento que ha nacido de los postulados del derecho penal del enemigo debe desaparecer, la justificación que México pretende dar para mantenerlo vigente, se contrapone y no surte los efectos necesarios en comparación con el impacto negativo que puede generar en las personas.

Han sido muchos los escenarios en los cuales se ha pretendido dar marcha atrás dicha figura, sin que esto haya rendido frutos. Sin embargo, actualmente estamos en la antesala de una posible reforma al marco Constitucional mexicano, misma que derivó de una serie de recomendaciones emitidas por parte de la Organización de las Naciones Unidas, a través de sus organismos en materia de derechos humanos¹⁴⁸.

El 24 de abril de 2018, en la Comisión de Gobierno y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, por unanimidad, los legisladores respondieron finalmente a la demanda que desde 2007 diversos organismos internacionales han exigido al país, por considerar que dicha figura se desvirtuó incurriendo en excesos y violación a los derechos humanos.

Posteriormente el 25 de abril de 2018, el pleno de la Cámara de Diputados aprobó esa tarde, por unanimidad de 327 votos eliminar de la Constitución la figura del arraigo que se ha aplicado durante más de dos décadas como uno de los mecanismos para combatir la delincuencia organizada.

Sin discusión, todos los grupos parlamentarios aprobaron derogar el párrafo octavo del artículo 16 constitucional, en el cual contenía dicha figura, así, un una

¹⁴⁸ Disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico: <http://cmdpdh.org/2014/03/reprobable-rechazo-de-mexico-a-recomendaciones-para-eliminar-figura-del-arraigo/> (consultado el 25 de mayo de 2018)

vez votada por el pleno, la reforma se envió a la Cámara de Senadores como minuta, con objeto de su revisión y eventual aprobación.¹⁴⁹

Con esto estamos en la antesala de la posibilidad de desaparición de una figura que no encuentra justificación en nuestro modelo normativo, y que está presente en el postulado que versa, arraigar para investigar y no arraigar una vez que se ha investigado¹⁵⁰. Por lo que la reforma que llegue a realizarse traerá como consecuencia valores positivos para nuestro país.

¹⁴⁹ Disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/multimedia/infografias/infografias-2/40889-resumen-de-la-sesion-solemne-del-30-de-abril-de-2018.html> (consultada el 14 de mayo de 2018).

¹⁵⁰ Sarre, Miguel, *La constitucionalización de una prisión sin pruebas en la figura del arraigo*, Currioca Gálvez, Shalila y Lopez Tapia, Alejandra (Coords.), Estudios en homenaje a Federico García Sámamo, México, ITAM-Porrúa, 2007, pág. 151.

Conclusiones

Primera. El derecho penal del enemigo, generó en México la incursión de figuras procesales como el arraigo, que conllevan a la restricción derechos humanos y sus garantías.

Segunda .El garantismo penal, es la ruta teórica para la consolidación de los principios de progresividad y universalidad inherentes a los derechos humanos, dado que los modelos normativos que se adhieren a él, son efectivos para la incursión de la política criminal.

Tercera. No puede coexistir un doble sistema de enjuiciamiento penal, a luz de dos modelos teóricos distintos, por lo que México se debe inclinar por la doctrina del garantismo penal, por ser esta quien genera las condiciones necesarias para que el ejercicio del poder público tenga límites en aras de un efectivo acceso a la justicia.

Cuarta. El arraigo es una figura normativa que pertenece a los sistemas totalitarios y absolutistas.

Quinta. La reforma en materia penal de 2008 en México, generó la adopción de un régimen de excepción al incluir el arraigo en la norma Constitucional, puesto que al establecerse las condiciones para la vigencia del tipo penal respectivo y criminalizarse los actos preparatorios, abre la puerta para la restricción de la libertad de asociación.

Sexta. El arraigo viola flagrantemente los derechos humanos de las personas, al no garantizarles el acceso a la tutela judicial efectiva.

Séptima. Se requiere la erradicación del marco jurídico México del arraigo, para instituirnos como un verdadero Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Octava. El arraigo establecido en la norma Constitucional en México, coincide en sus características fundamentales, con los postulados del derecho penal del enemigo que Jakobs diseñó en su doctrina.

Novena. Es discriminatorio apartar del proceso común a quien se les imputa el delito de delincuencia organizada, por lo que no se puede compartir la postura que establece que cuando haya sujetos que vulneren y pongan en peligro a la sociedad de una manera mayor que los demás, se debe regular ése comportamiento de manera específica.

Décima. La coexistencia de dos sistemas penales como lo son el garantismo y el derecho penal del enemigo, cuyas posturas son antagónicas, genera que pueda expulsarse aquella, aun cuando esté en la norma constitucional, pues viola los preceptos ya reconocidos previamente por ella y que maximizan a la persona en su protección.

Decima primera. El arraigo violenta el derecho humano a la libertad personal, el derecho a la libre circulación y residencia, así como transgrede principios elementales del debido proceso, como la presunción de inocencia.

Décima segunda. La figura del arraigo como un instrumento que ha nacido de los postulados del derecho penal del enemigo debe desaparecer, la justificación que México pretende dar para mantenerlo vigente, se contrapone y no surte los efectos necesarios en comparación con el impacto negativo que puede generar en las personas.

Décima tercera. Se comprueba la hipótesis planteada dentro de la presente investigación. La configuración actual del arraigo, violenta los derechos humanos, transgrede el marco convencional y su premisa teórica inhibe la maximización en la protección de las personas.

Fuentes de consulta

Bibliografía

AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda, *Derecho Penal*, 4ta. Edición, México, OXFORD, 2012.

ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto, *Investigación y juzgamiento en el sistema acusatorio*, 2da. Edición, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2006.

APONTE C., Alejandro, *¿Derecho Penal del Enemigo o Derecho Penal del Ciudadano? Monografías jurídicas*, Bogotá, Themis, 2005.

ARROYO KALIS, Juan Ángel, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012.

BACHOF, Otto, (1979) *¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?*, (García Belaunde, Domingo y Díaz Revorio, F. Javier, Trad.), Perú, Biblioteca Nacional de Perú, 2010.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal parte general*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

BOTTKE, Wilfried, "La actual discusión sobre las finalidades de la pena", en: Silva Sánchez, Jesús María (Ed) *Política criminal y Nuevo derecho penal: Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, José Ma Bosch, 1997.

CANTÚ MARTINEZ, Silvano, Et. Alt., *La figura del Arraigo Penal en México*, ONU-CMDPDH, México, 2012.

CARRANCA Y RIVAS, Raúl, *Reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública*, México, Porrúa, 2010.

COAÑA BE, Luis David, *México: ¿Garantismo o derecho penal del enemigo?*, Ed. Ubijus, México, 2014

CORNACCHIA, Luigi, "La moderna *hosti iudicatio* entre norma y estado de excepción, en Cancio Meliá, Manuel, / Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Edisofer-B de F, Buenos Aires, 2006.

DÍAZ BARREIRO, Bernardo, *La Delincuencia Organizada una propuesta de combate, primera edición*, México, Editorial Porrúa-Facultad de derecho UNAM, 2008.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *El arraigo y la prohibición de abandonar una demarcación geográfica en el Código Federal de Procedimientos Penales*. En García Ramírez, Sergio y Vargas, Casillas Leticia (coord.). *Las reformas penales de los últimos años en México 1995-2000*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.

ESPARZA MARTÍNEZ, Benardino, *El arraigo*, México, INACIPE, 2014.
Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005.

FERRER MAC-GREGOR et. Alt., (Coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 692, México, 2014.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz, et al, Madrid, Trotta, 1995.

_____, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005.

_____, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, 2ª edición, México, Porrúa, 2009.

GARCÍA SILVA, Gerardo, *El Nuevo Sistema de Justicia Penal*, México, Porrúa, 2010.

GÓMEZ DEL CAMPO, Bernardo, *La Delincuencia Organizada una propuesta de combate*, primera edición, México, Editorial Porrúa-Facultad de derecho UNAM, 2008.

GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *La Delincuencia Organizada*, Universidad de Guanajuato-Facultad de Derecho, México, 2001.

GÜNTHER, Jakobs, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en estudios de derecho penal, en *Estudios de derecho penal*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid Y editorial Civitas, Madrid, 1997.

_____, Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, en Jakobs, Günther/Cancio Meliá, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003Hernández-Romo Valencia, Pablo, *El delito de Delincuencia Organizada*, México, Tiran Lo Blanch, 2014.

_____, Jakobs, *Dogmática Jurídica Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004.

Jakobs, Günter y Melia, Cancio, *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson-Civitas, España, 2003.

JAKOBS, Günther, POLAINO NAVARRETE, Miguel, POLAINO-ORTS, Miguel, *El Derecho Penal del Enemigo en el Contexto del funcionalismo*, Flores Editor y distribuidor, México 2008.

HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA, Pablo, *El delito de Delincuencia Organizada*, México, Tiran Lo Blanch, 2014

HERRERA LÓPEZ, Agustín, *Nuevo Sistema Constitucional de Derecho Penal*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009.

KALA, Julio César, "Nuevos paradigmas del derecho penal a propósito de la justicia alternativa", en: Gorjón Gómez, Francisco Javier; Martiñón Cano, Gilberto, et al, (Coords.) *Mediación penal y justicia alternativa*, México D.F., Tirant lo Blanch/ASID—MASC, 2014.

LOZANO TOVAR, Eduardo, *Seguridad Pública y Justicia*, México, Porrúa, 2010.

LUZÓN CUESTA, José María, "La Presunción de Inocencia ante la Casación", Madrid, España, Editorial Colex, 1991.

MORENO CRUZ, Eduardo, *El nuevo proceso penal mexicano, lineamientos elementales*, México, Editorial Porrúa, 2010.

MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial del Puerto s.r.l., 2004, t. I.

MORENO GONZALEZ, L. Rafael, *Compendio de Criminalística*, 7ma. Edición, 2016, Porrúa, México.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *La individualización de la pena de prisión*, México, 2008.

PELÁEZ FERRUZCA, Mercedes, *Criterios Jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de restricciones al derecho humano a la libertad: La detención y el arraigo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2014.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *El arraigo y los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.

PLATA LUNA, América, *Criminología, Criminalística y Victimología*, México, OXFORD, 2007.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Lo verdadero y falso en el Derecho penal del enemigo*, Grijley, Perú, 2009.

POLAINO NAVARRETE, Manuel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, 2da. Edición, México, Porrúa, 2010.

RAMÍREZ FRANCO, Cesar Fernando, *Justicia Penal Alternativa en México*, México, Porrúa, 2015.

REYES LOAEZA, Jahaziel, *El Sistema Acusatorio Adversarial*, México, Porrúa, 2012.

ROXIN, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Edit. Reus, Madrid , 1976

SALAZAR UGALDE, Pedro (Coord.), *La reforma Constitucional sobre derechos humanos*, Instituto BelasarioDominguez, Congreso del Estado, México, 2014.

SALGADO LEDESMA, Erendira, *Manual de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2011.

SARRE, Miguel, La constitucionalización de una prisión sin pruebas en la figura del arraigo, Currioca Gálvez, Shalila y Lopez Tapia, Alejandra (Coords.), *Estudios en homenaje a Federico García Sámamo*, México, ITAM-Porrúa, 2007.

SCHEERER, Hulsman, Et. Alt., *Abolicionismo Penal*, Trad. Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilian Bandoza, editorial Ediar, Argentina, 1989.

SILVA MEZA, Juan N., *Reflexiones en torno al arraigo como medida preventiva de la libertad en el proceso penal*, México, -IIJ-UNAM, CNDH, 2017.

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Introducción al derecho penal*, México, Oxford/Universidad de Guanajuato, 2012, Colección textos jurídicos universitarios.

Revistas

Vargas Torres, Luz María, "Las penas y medidas de seguridad consecuencia del derecho punitivo en México", en *Letras jurídicas, revista electrónica de Derecho penal del Centro Universitario Ciénega*, núm. 10, Universidad de Guadalajara, 2010.

García Ramírez, Sergio, "Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Núm. 107, mayo-agosto 2003.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, "Las consecuencias jurídicas del delito", en: García Ramírez, Sergio (Coord. General), *Islas de González Mariscal, Olga, (Coord. De Derecho Penal)*, *El derecho en México: Dos*

siglos (1810—2010), t. VII, México, UNAM—Porrúa, 2010, serie doctrina jurídica, núm. 548.

Enlaces electrónicos

Ferrajoli, Luigi, Ponencia Congreso Internacional: El constitucionalismo dos siglos de su nacimiento en América Latina, mesa: la justicia penal en el contexto garantista, celebrará en la Ciudad de Puebla, Puebla, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, los días 2, 3 y 4 de febrero de 2010, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=X2VJ3CetjSk>, el día: 20/11/2015.

Carbonell Sánchez, Miguel, *¿Que es el garantismo? Una nota muy breve*, México, [miguelcarbonell.com](http://www.miguelcarbonell.com), consultada en línea en: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve.shtml

Cantú, Silvano, *El régimen penal de excepción para delincuencia organizada bajo el test de los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, pág. 2, disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3568/21.pdf>

Información consultada con fecha de 30 de julio de 2015 en el siguiente enlace: <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/19616/Capitulo1.pdf>.

Algunos datos que se encuentran en la presente tabla pueden ser confrontados con los datos que se encuentran precisados en el documento cuyos datos para su consulta son: Vargas Casillas, Leticia A., *Reformas En Materia De Delincuencia Organizada Y Seguridad Pública En Los Últimos Cinco Años*, consultada con fecha de 30 de julio de 2015 en el siguiente enlace: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/131/16.pdf>

Convención de las Naciones Unidas Contra la delincuencia organizada:
<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

Página oficial: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28473.pdf>

Exposición de motivos de la reforma Constitucional de 2008, en el apartado relativo al arraigo, disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

Leyva, Alejandra, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, <http://cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-la-figura-del-arraigo-penal-en-mexico.pdf>.

Gutierrez, Juan Carlos y Cantú, Silvano, *El arraigo y la Seguritización de la Justicia Penal*, disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28473.pdf>

Dall Anese, Francisco J., *Contra la mafia lecciones aprendidas*, disponible para su consulta en el siguiente enlace electrónico: <http://www.cicig.org/uploads/documents/2012/0027-20120730-DOC01-ES.pdf>

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Nacional de Procedimientos Penales

Código Penal Federal

Código Federal de Procedimientos Penales (Abrogado)

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Convención Americana de Derechos Humanos

Criterios jurisprudenciales

Tesis: II.3o.P. J/3 10a. Tesis Jurisprudencial por reiteración en Materia Penal, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito.

Tesis: I.4o.A.20 K (10a.). Tesis Aislada en materia común, emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito.

Tesis jurisprudencial, número 17, emitida por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitido en la décima época, en el Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, página 374. Gaceta del Seminario Judicial de la Federación.

Tesis aislada emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia Constitucional, de la Séptima época, Volumen 39, Primera Parte

Tesis emitida por el Séptimo Tribunal Colegiado en materia penal del primer circuito, SJFG, 9ª. Época, T. XXVII, marzo de 2008, tesis I.7º. P. 107 P.

Tesis P. XXXV/2002pleno, SJFG, 9ª época, t. XVI, agosto de 2002.