

## **La Suprema Corte y el Arraigo en México bajo el régimen excepcional de delincuencia organizada**

**José Alberto Mosqueda Velázquez**

El 10 de junio de 2011, se realizó una importante reforma constitucional en nuestro país que significó un cambio de paradigma para la aplicación e interpretación de los derechos humanos. Entre otras modificaciones, la reforma reconoció jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos e incluyó una cláusula de interpretación conforme, al señalar que todas las normas de derechos humanos deberán interpretarse de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo momento la protección más amplia (principio pro persona).

En ese sentido la reforma constitucional de 2011 cambió el sistema de fuentes del derecho en México y la forma en que éstas se relacionan, pues reconoció a las normas sobre derechos humanos como contenidos mínimos que pueden ampliarse mediante envíos interpretativos hacia normas que, aunque provengan de fuentes distintas, generen mayor protección. Es decir, se trata de una integración de derechos<sup>1</sup>.

Esta importante reforma fue interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver, el 3 de septiembre de 2013, la contradicción de tesis 293/2011. En ésta, se señaló medularmente que los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, de los cuales México sea parte, integran un mismo conjunto o catálogo de derechos, el cual debe utilizarse para la interpretación de cualquier norma relativa a los derechos humanos; es decir, este catálogo de derechos se traduce en un parámetro de

---

<sup>1</sup>CABALLERO OCHOA, José Luis, "Comentario sobre el Artículo 1º., Segundo Párrafo de la Constitución (La Cláusula de Interpretación Conforme al Principio Pro Persona)", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derechos Humanos en la Constitución. Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, t. I, SCJN-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, México, 2013, pp. 57-59.

regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano. Asimismo, se reconoció la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, aun cuando México no haya sido parte, siempre que la misma sea más favorable.

Con esta determinación, la Suprema Corte reconoce que todas las normas relativas a derechos humanos, incluida la Constitución, son normas que deben interpretarse de conformidad con la Constitución y los Tratados internacionales. Es decir, la Constitución es tanto objeto de remisión como referente interpretativo. Es importante acotar, en este sentido, que la Constitución no puede ser tomada como un referente distinto del relativo a los tratados internacionales, pues nuestro modelo prevé una unidad, a partir de la integración armónica de ambos referentes<sup>2</sup>.

No obstante, la Suprema Corte precisó que, a pesar de que las normas sobre derechos humanos no se relacionan en términos jerárquicos, cuando en la Constitución se prevea una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. Con esta última determinación, la Suprema Corte hizo valer una idea de supremacía constitucional que no se corresponde con el sistema interpretativo que pretendió fijar la reforma.

Ahora bien, es importante precisar que hay dos tipos de restricciones a los derechos humanos: las particulares y la generales. Las restricciones particulares operan sobre derechos específicos en casos concretos y normalmente son resueltos por los poderes judiciales por medio de mecanismos de ponderación. Por su parte, las restricciones generales operan como una suerte de reglas que pueden establecerse en leyes de forma

---

<sup>2</sup> CABALLERO OCHOA, José Luis, *La Interpretación Conforme. El Modelo Constitucional ante los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*, Porrúa-IMDPC, México, 2013, pp. 114-116.

permanente. A este último tipo de restricciones es al que se refirió la Corte en la contradicción de tesis.<sup>3</sup>

Ahora bien, esta resolución fue tomada por mayoría de 10 votos, en contra del emitido por el ministro José Ramón Cossío, quien emitió voto particular. Todos los ministros que votaron a favor se reservaron su derecho a formular voto concurrente; particularmente, respecto al tema de restricciones. Esto evidencia que se trató de una decisión bastante discutida y endeble, pues cada uno de los ministros expresó una postura distinta sobre la forma de analizar las restricciones, a la luz del catálogo de derechos humanos reconocido en la propia ejecutoria.

Así, aunque esta decisión permitió vislumbrar la manera en la que la Suprema Corte resolvería asuntos posteriores, lo cierto es que, al no pronunciarse específicamente sobre el método de análisis y aplicación de las restricciones constitucionales, se abría la posibilidad de que las mismas fueran sometidas a un análisis de razonabilidad.

Sin embargo, esto no sucedió. En sesión de 14 de abril de 2015, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo directo en revisión 1250/2012, bajo la ponencia del ministro Gutiérrez Ortiz Mena, en el que declaró la constitucionalidad del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales que prevé la figura de arraigo en caso de delitos graves. Esta era una de las principales restricciones constitucionales en las que, tanto operadores jurídicos, como personas en general, pensaban cuando se resolvió la citada contradicción de tesis 293/2011, pues para ese entonces diversos organismos internacionales ya se habían pronunciado sobre su inconvencionalidad.

La resolución de este asunto resulta interesante porque, en principio, el proyecto del ministro Gutiérrez proponía sostener la constitucionalidad del

---

<sup>3</sup> MEDINA MORA F., Alejandra *et.al.*, *Derechos Humanos y Restricciones. Los Dilemas de la Justicia*, Porrúa-UNAM, México, 2015, p. 62.

arraigo a partir de una interpretación conforme -tomando en consideración los derechos con los que colisiona: libertad personal, presunción de inocencia, integridad personal- lo que, de alguna manera, limitaba el uso de esta figura a su mínima expresión. No obstante, la mayoría de los ministros vetó esta posibilidad.

A mi parecer, la razón detrás de esta decisión radicó fundamentalmente en el hecho de estimar que el resultado de la aplicación de este método interpretativo es necesariamente la expulsión de una norma del ordenamiento<sup>4</sup>. Si bien es cierto este resultado es posible, lo cierto es que su principal función está relacionada con la integración de normas que resulten más favorables. Incluso, contrario a lo pensado por la mayoría del Tribunal Pleno, la cláusula de interpretación conforme implicaría, en principio, mantener la validez de la norma si es interpretada de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales en la materia.<sup>5</sup>

No obstante, la mayoría de los integrantes del Pleno consideró que únicamente debía hacerse una constatación literal y formalista sobre los requisitos que se establecen en la Constitución Federal y lo previsto por el legislador secundario, descartando cualquier análisis sustantivo de la norma. Así, la Corte evidenció que su postura respecto a las restricciones constitucionales es tajante, pues les otorgó a éstas el carácter de absolutas al negarse a realizar un análisis sobre su racionalidad.

En efecto, a pesar de que la sentencia reconoció que para determinar la regularidad constitucional de una norma secundaria, que recoge una institución procesal prevista constitucionalmente, no solo debe comprobarse la concordancia formal entre ambas normas, atendiendo únicamente al criterio de jerarquía normativa, sino que también debe comprobarse que la norma secundaria no resulte incompatible con el resto de los principios objetivos del

---

<sup>4</sup> CABALLERO OCHOA, José Luis, *La Interpretación Conforme ...op.cit.*, p. 171.

<sup>5</sup> CABALLERO OCHOA, José Luis, "Comentario sobre el Artículo 1º. ... op.cit.", pp. 60-61

ordenamiento jurídico -en virtud de que el artículo 1° constitucional establece una jerarquía axiológica, que obliga a todo el ordenamiento jurídico a guardar coherencia con los derechos humanos- lo cierto es que consideró que este análisis no era procedente en este caso.

Para llegar a esta determinación, la Suprema Corte recurrió a lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011. Al respecto, precisó que dicha resolución fijó el imperativo a los jueces de control constitucional de reconocer el valor aplicativo de las restricciones expresas contenidas en la Constitución Federal.

Por tanto, únicamente se limitó a realizar un análisis formal de la norma impugnada en relación con lo establecido por la Constitución Federal y concluyó que el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece al arraigo para los delitos graves, es constitucional por encontrar fundamento en el artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008. Además, constató que la norma reproducía fielmente los requisitos a los que se debía ajustar el arraigo: a) la medida la debe solicitar el Ministerio Público que determine la ley; b) dicha solicitud debe resolverse por autoridad judicial y sólo la podrá decretar cuando sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia y c) no puede exceder de cuarenta días.

Así, la Suprema Corte concluyó que el precepto legal analizado era constitucional, al recoger fielmente una restricción constitucional expresa a los derechos humanos.

Con esta determinación, la Corte soslayó que la incompatibilidad del arraigo no se sitúa solamente frente a derechos contenidos en tratados internacionales, sino también a los derechos integrados con los correspondientes previstos en la Constitución.<sup>6</sup> Por tanto, si al resolver la contradicción de tesis 293/2011

---

<sup>6</sup> CABALLERO OCHOA, José Luis, *La Interpretación Conforme ... op.cit.*, p. 213.

determinó que cuando exista una restricción a un derecho en la Constitución se debe atender a lo dispuesto en ésta, dicha consideración significaba atender a la restricción en conjunto con las demás normas previstas por la propia Constitución, entre las que se encuentra el bloque de constitucionalidad, lo que implica un análisis de su razonabilidad, y no, por el contrario, aplicar la restricción de manera absoluta.

Es decir, la Corte debió tomar en cuenta que las restricciones a los derechos humanos deben analizarse a partir del principio *pro persona*, por lo que su interpretación debe darse de la forma menos restrictiva posible para el derecho<sup>7</sup>. Además, debió considerar que toda restricción constitucional requiere para su validez el respeto a diversos derechos, garantías y exigencias también constitucionales. Sin embargo, optó por darle preponderancia al ropaje constitucional con el cual el poder reformador de la Constitución pretendió blindar al arraigo, y, en ese sentido, vetó cualquier tipo de control de regularidad constitucional desde el máximo tribunal del país.<sup>8</sup>

La decisión de la Corte es interesante, además, porque reconoce expresamente que -al resolver la acción de inconstitucionalidad 20/2003 en sesión de 19 de septiembre de 2005- había declarado inconstitucional el arraigo contemplado por la legislación penal procesal de Chihuahua por no estar establecido en el texto constitucional, pero que una vez que el mismo fue introducido por el poder reformador de la Constitución -a partir de la reforma de junio de 2008- esta figura era una institución apta para restringir la libertad de las personas de forma provisional.

Para la Corte la introducción al texto constitucional de una figura, que previamente había sido considerada violatoria de derechos humanos, la hace automáticamente válida. Si bien, a partir de la determinación tomada en la

---

<sup>7</sup> MEDINA MORA F., Alejandra *et.al.*, *Derechos Humanos ... op.cit.* p.65.

<sup>8</sup> SILVA GARCÍA, Fernando, "El arraigo Penal entre Dos Alternativas Posibles: Interpretación conforme o Inconvencionalidad", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 33, 2012, pp. 240-241.

contradicción de tesis 293/2011 las restricciones constitucionales no pueden ser desconocidas en términos absolutos por los jueces y operadores jurídicos, aquellas deberían, por lo menos, interpretarse de tal manera que su arbitrariedad quedara solventada por la interpretación conforme al bloque de constitucionalidad -como lo pretendió el proyecto inicial del ministro Gutiérrez- a efecto de que *“la figura autoritaria introducida adquiriera irremediablemente un alcance diferente a partir de su integración normativa con los derechos, libertades y garantías que la rodean dentro de un sistema democrático”*<sup>9</sup>

No obstante, la Corte se deslinda de su responsabilidad -como tribunal constitucional- al no verificar la compatibilidad material del arraigo, a partir de la interpretación conforme a que se encuentra obligada por mandato del artículo 1º constitucional, la cual pudo haber salvado la constitucionalidad de la norma mediante la introducción robusta de requisitos que salvaguardaran los derechos con los que colisiona -tal como lo proponía el ministro Gutiérrez- o en el último de los casos, su inaplicabilidad o inconvencionalidad -como fue propuesto en los votos particulares emitidos por los ministros Silva Meza, Zaldívar de la Larrea y la ministra Sánchez Cordero<sup>10</sup>.

En ese sentido, la Corte desconoce que los tribunales constitucionales tienen un papel primordial en la aplicación de la interpretación conforme porque definen la construcción definitiva de la dimensión de constitucional de los derechos humanos.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> SILVA GARCÍA, Fernando y GÓMEZ SÁMANO, José Sebastián, “Principio Pro Homine vs. Restricciones Constitucionales: ¿Es Posible Constitucionalizar el Autoritarismo?”, en Carbonell, Miguel et.al., *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria. Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo*. Estado Constitucional, tomo IV, volumen 2, IIJ, México, 2015, p. 709.

<sup>10</sup> Algunos autores como José Luis Caballero consideran que la invalidez es la solución adecuada porque en el caso, no se trata de un derecho frente a otro, sino de una excepción a la libertad personal con impacto en la presunción de inocencia y ulteriormente en el debido proceso. CABALLERO OCHOA, José Luis, *La Interpretación Conforme. El Modelo Constitucional ante los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*, Porrúa-IMDPC, México, 2013, p. 214.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 161.

Otro de los temas que llama la atención de esta sentencia es que una vez que la Corte decide no hacerse cargo de este análisis constitucional sustantivo, delega esta responsabilidad a los jueces y al legislador. En efecto, la Corte les da diversos lineamientos sobre la manera en la que deben actuar al analizar los actos de aplicación concretos o la forma de regular legalmente a las restricciones constitucionales.

La Corte señala que no es aceptable concluir que el arraigo pueda entenderse como una habilitación constitucional para que las autoridades del Estado mexicano actúen al margen de los derechos humanos, por tratarse de una restricción constitucionalmente prevista al ejercicio del derecho humano a la libertad, sino que debe entenderse como una medida cautelar excepcional otorgada como un instrumento al servicio de la procuración y administración de justicia que se ha de insertar coherentemente en el orden de los derechos humanos, lo que debe analizarse caso por caso en cuanto a su validez a nivel de legalidad.

La Corte señala que el legislador tiene a su alcance una pluralidad de posibilidades de concreción de esa restricción y debe escoger aquella que no suprima el efecto útil al resto de normas constitucionales; es decir, aquella que resulte lo menos restrictiva posible. Asimismo, señala que los jueces constitucionales tienen la obligación de optar por aquella posibilidad que resulte conforme con los derechos humanos y rechazar como inconstitucional la posibilidad de aplicación de dicha restricción que resulte incompatible con el corpus iuris de los derechos humanos, cuando objetivamente exista una alternativa razonablemente al alcance del legislador que hubiera permitido maximizar un mayor grado de tutela de esos derechos. Por tanto, reconoce que los jueces deben realizar, siempre que sea viable, un ejercicio de interpretación conforme.

Esta determinación es fundamental porque, aunque de alguna manera la Corte pareciera dar un mensaje claro sobre el hecho de que las restricciones

constitucionales son absolutas y deben aplicarse de manera tajante, lo cierto es que deja abierta la puerta para que sean los jueces o tribunales quienes se hagan cargo de realizar esta interpretación conforme en los casos que les sean sometidos a su consideración. Me parece que esta era una de las grandes preocupaciones de los operadores jurídicos cuando se resolvió la contradicción de tesis 293/2011, pues se consideró que la Suprema Corte cerraba la posibilidad de que se realizara un análisis de razonabilidad desde cualquier instancia, en virtud de que la posible desobediencia de la jurisprudencia podría acarrear una sanción por parte del Consejo de la Judicatura Federal.

Así, aun cuando considero que era a la Suprema Corte, a quien correspondía efectuar el análisis de compatibilidad de la norma, a partir de su conformidad con los derechos humanos previstos en la propia Constitución y en los tratados internacionales -y de los criterios jurisprudenciales emitidos tanto por la propia Corte como por los órganos encargados en cada tratado- independientemente del resultado que esta integración arrojará -preservación de la norma o invalidez de la misma- lo cierto es que este mensaje expreso para que sean los jueces y el legislador, quienes, desde el ámbito de su competencia, realicen una interpretación conforme de las restricciones podrá permitir que poco a poco éstas vayan desdibujando como normas absolutas.

Lo anterior, siempre y cuando los jueces nacionales conviertan a la interpretación conforme en una práctica cotidiana de la hermenéutica en materia de derechos humanos, al aplicarla de manera sistemática y adecuada, pues su sola previsión a nivel constitucional no es suficiente<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano", en CARBONELL, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro (coords.) *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma, La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*, IJ-UNAM, México, 2011, p. 361.