

*Sobre la sentencia
Tzompaxtle Tecpile
y otros de la Corte
Interamericana de
Derechos Humanos
vs México: apuntes
incómodos*

Dr. Mario I. Álvarez Ledesma*

* Profesor-investigador del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho y profesor permanente-externo de la Università degli Studi di Perugia, Italia. Investigador Nacional (SNI).

I. ALGO MÁS QUE UNA INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas se llevan a cabo algunos apuntes acerca del significado, los alcances y probables repercusiones de la sentencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dictó el **7 de noviembre de 2022**, en contra del Estado mexicano en el **caso Tzompaxtle Tecpile y otros** y que le fue notificada formalmente el **27 de enero de este año**.¹

La importancia de esta sentencia es múltiple porque México se presenta ante el mundo como una democracia constitucional garantista que, se supone, *ha adoptado los derechos humanos como su principal paradigma o criterio de justicia y legitimidad política*; en forma cabal, desde 2011, con la reforma al título y capítulo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).² Lo anterior, a pesar de mantener vigentes figuras abiertamente contrarias a la naturaleza de su nuevo sistema penal, como: el **arraigo**, la **prisión preventiva** razonada y la **oficiosa**. Figuras que son un resabio de:

- Un sistema penal inquisitivo superado en algunos aspectos sólo formalmente y de una mal entendida lu-

¹ Caso Tzompaxtle Tecpile y Otros vs. México. Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_470_esp.pdf

Cabe señalar que la versión amplia de estos apuntes aparecerá en la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la ELD.

² Sobre los alcances de esta reforma constitucional puede verse: ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., “Apuntes al artículo 1.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos producto de la reforma en derechos humanos del 2011”, en *La Constitución mexicana de 2017, Cien años después* (Vicente Fernández Fernández *et al.*, coordinadores), Editorial Porrúa, México, 2017.

cha en contra de la delincuencia organizada que llevó, el 8 de junio de 2008, a **consagrar el arraigo en el párrafo octavo del artículo 16 de la CPEUM.**³

- **Una cuasinesistente política criminal del Estado mexicano** (me resisto a pensar que esa política sea “abrazos y no balazos”, salvo de cara al pueblo bueno) que, en 2008, adoptó, vía una mala planeación y peor implementación, **el actual sistema de justicia penal que aplica el arraigo y la prisión preventiva, y en particular la prisión preventiva oficiosa, para atenuar su ineficiencia**, la cual es directamente proporcional a la justicia que procura.

Resulta menester precisar que la sentencia de la Corte IDH objeto de análisis se ocupa de la aplicación del arraigo y la prisión preventiva al caso concreto, según estaba regulada por el marco normativo mexicano vigente al momento de sucedidos los hechos motivo de la misma, es decir, 2006.

Resulta de la mayor relevancia apuntar, por lo que se refiere a la **prisión preventiva oficiosa**, que ésta, por el modo en que se encuentra actualmente regulada en el párrafo octavo del **artículo 19 de la CPEUM**, refleja el temor de adoptarla, según debe ser, *únicamente como una medida cautelar, conforme su naturaleza exige, sujeta a la evacuación judicial de cada caso*. Asumir esta ortodoxia, se pensó, daría la impresión de que nuestro sistema de supuesta impartición de justicia aparecería como demasiado suave y garantista ante la apabullante

³ El **artículo 16** de la CPEUM fue reformado en los años 2008 y 2019. Su redacción actual en la parte conducente al arraigo es la siguiente:

[...]

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

delincuencia y violencia que asola a México todos los días. Se prefirió, entonces, dejarla incómodamente consagrada constitucionalmente para ser aplicada *ex officio* (es decir, obligatoria o automáticamente por el juez penal) *en relación con una lista de delitos que, según el amplísimo criterio del constituyente, de suyo la merecían en virtud de su ínsita gravedad*. Increíble argumento este que, por sí mismo, es inequívoca muestra del desconocimiento de la teleología que la prisión preventiva posee en tanto medida cautelar que ha de dictarse, *in extremis*, **para asegurar** —y no para otra cosa— **que el procedimiento penal se lleve efectivamente a cabo y evitar que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia, produciéndose impunidad**.

Esta incompetencia o impericia del constituyente permanente se hiperbolizó con las reformas de 2011 y 2019, pues las modificaciones al artículo 19 constitucional no sólo mantuvieron la prisión preventiva oficiosa en sus términos, sino que ampliaron dramáticamente —sobre todo la segunda— el catálogo de tipos penales que imaginariamente también la amercitaban.⁴

El colmo es, empero, que a la fecha de concluido este ensayo el Congreso de la Unión —ya notificada formalmente y hecha pública esta sentencia de la Corte IDH contra México—, en franca rebeldía respecto del predicado del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), se propone adicionar —con la misma miopía que desprenden las iniciativas de reforma presidenciales, para no desento-

⁴ En 2008 eran seis los delitos que, de conformidad con el artículo 19 de la CPEUM, merecían prisión preventiva oficiosa, catálogo que amplió la reforma constitucional impulsada por Felipe Calderón con el de *trata de personas*. A su vez, la reforma del 2019, cuya iniciativa envió al Congreso de la Unión López Obrador, *insertó seis delitos adicionales*. Este largo listado de delitos parece un criminógeno recuento de los ilícitos que cada sexenio se suman a los que ya asolaban a la población, suponiéndose que haciéndolos objeto de prisión preventiva oficiosa la comisión de los mismos automáticamente se inhibe. Véase: DOF del 12 de marzo de 2019, https://DOF.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5557700&fecha=12/04/2019#gsc.tab=0

nar— el aludido artículo 19 constitucional con un nuevo su-
puesto para aplicarla el *tráfico ilegal de armas de fuego*.⁵

Respecto de lo anterior, la Corte IDH en esta sentencia fue también muy puntual, ***al establecer en sus conclusiones*** (párrafos 171, 172 y 173) ***la naturaleza inconvencional del arraigo y la prisión preventiva tal y como se hallan reguladas por nuestra normativa nacional.***

171. En términos generales, **para la Corte, cualquier figura de naturaleza pre-procesal que busque restringir la libertad de una persona para llevar a cabo una investigación sobre delitos que ella presuntamente habría cometido, resulta intrínsecamente contraria al contenido de la Convención Americana y vulnera de forma manifiesta sus derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia.**

172. En lo que respecta la redacción actual del artículo 161 del Código Federal Procesal Penal **referente a la prisión preventiva, que fue encontrado contrario a la Convención Americana,** no ha sufrido una modificación con respecto al que se encontraba vigente y que fue aplicado a los hechos del presente caso.

173. Por último, para este Tribunal no hay duda acerca del hecho que estas figuras resultan contrarias a la Convención por los motivos expuestos. **La Corte nota que**

⁵ Boletín No. 4124 del 30 de marzo de 2023.—**Avala Cámara de Diputados que delito de tráfico ilegal de armas de fuego amerite prisión preventiva oficiosa.** El Pleno de la Cámara de Diputados avaló con la mayoría calificada de 454 votos a favor, 24 en contra y cero abstenciones, el dictamen que reforma el párrafo segundo del artículo 19 de la Carta Magna, para que el Ministerio Público pueda solicitar al juez prisión preventiva oficiosa por el tráfico ilegal de armas de fuego. Cfr. <https://comunicacionsocial.diputados.gob.mx/index.php/boletines/avala-camara-de-diputados-que-delito-de-trafico-ilegal-de-armas-de-fuego-amerite-prision-preventiva-oficiosa>

Sobre la inutilidad de la prisión preventiva oficiosa para el control de armas puede verse: Holst, Maximilian, “*La prisión preventiva oficiosa: insuficiente para el control de armas de fuego*”, México Evalúa, en https://www.mexicoevalua.org/mexicoevalua/wp-content/uploads/2019/08/000PolicyBrief_Seguridad.pdf

el Estado manifestó que actualmente contaba con un sistema penal acusatorio. Las dos figuras analizadas en este capítulo resultan inconventionales, porque precisamente vulneran algunos de los principios de ese sistema como el principio del contradictorio, la igualdad de armas entre las partes en el proceso, la inmediatez, y la publicidad.⁶

No puedo dejar de decir que la resolución del Tribunal de San José *constituye una penetrante fotografía que desnuda las profundas falencias del Estado de derecho en México, fotografía en la que salen muy mal parados los tres Poderes de la Unión*. Y esto es así no porque el retrato haya sido mal tomado, sino porque esos poderes son de suyo poco agraciados, de plano feos. Feos en términos de la evidente injusticia de su actuar y que los hechos del caso por sí mismos demuestran y rezuman. Feos por su patente inopia, impericia y desinterés por la justicia que los hace verse francamente abúlicos frente a los riesgos que enfrenta en nuestro país la libertad de las personas, sin duda, su bien máspreciado. Autoridades que, en el ámbito de la procuración e impartición de justicia, se dedican en muchos casos a sorprender y tolerar se afecte a las personas y su patrimonio con base en continuados actos de molestia, ejecutados bajo la excusa de una puntual persecución de los delitos notoriamente obstaculizada —argumentan las autoridades de marras— por los derechos humanos y el debido proceso.⁷

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México, sentencia de 7 de noviembre de 2022 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf, p. 43. Énfasis propio.

⁷ Cfr. “Morena impulsa una reforma para evitar que los acusados queden libres cuando se dan fallos en el debido proceso”. López Obrador ha dicho que las fallas cometidas por autoridades en perjuicio de personas detenidas o acusadas de un delito deberían corregirse, sin que por ello estas sean liberadas. En el caso Ayotzinapa decenas de procesados han quedado impunes por esos errores. <https://elpais.com/mexico/2023-03-05/morena-impulsa-una-reforma-para-evitar-que-los-acusados-queden-libres-cuando-se-dan-fallos-en-el-debido-proceso.html>

Pero hay otros feos —con el debido respeto que aparecen en la fotografía. Seguramente contrario a su voluntad —y a su guapura, evidentemente— en esta sentencia sale mal parado hasta el fotógrafo; es decir, el propio Sistema Interamericano. Efectivamente, el asunto que nos ocupa refleja la pachorra y politización con la que se conduce, principalmente y desde antiguo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Aquí los hechos que justifican los epítetos:

El caso materia de esta sentencia fue conocido por la CIDH el 22 de febrero de 2007, su Informe de Admisibilidad y de Fondo datan, respectivamente, de octubre de 2015 y diciembre de 2018, o sea, *nueve años* después de haber trabado conocimiento de los hechos. Luego de un largo proceso de solución amistosa con el Estado mexicano (otro pachorrudo) que inició en 2019, el caso es sometido al conocimiento de la Corte IDH hasta mayo de 2021. Ésta emite su sentencia en noviembre de 2022, la cual se notifica a México en enero de 2023. Pues bien, entre la queja presentada a la CIDH respecto de los hechos violatorios imputables a agentes del Estado mexicano y el sometimiento del caso a la Corte IDH *transcurrió la nadería de catorce años*.⁸ Justicia pronta y expedita la de nuestro sistema regional de derechos humanos, ¿verdad?

Me parece que la sensibilidad política que caracteriza a la CIDH (para bien y para mal) hizo que el asunto de la sentencia en comento fuera cuidadosamente escogido —dadas las arquetípicas violaciones a derechos humanos que exhibe— de entre los cientos que se producen en México año con año, muchos de los cuales han sido ya hechos del conocimiento de dicha Comisión. Este asunto posee todos los ingredientes del tipo de injusticia al que, tristemente, México malamente se ha acostumbrado.

⁸ *Cfr.* Corte IDH, Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México, *op. cit.*, pp. 4-5.

Los hechos de este caso tienen su origen en la detención arbitraria de tres personas de origen náhuatl, albañiles y comerciantes, en la carretera México-Veracruz. Indígenas pobres (¿podía ser de otro modo?) que tuvieron la desfortuna de caer en manos de eficientes guardianes del orden público adscritos a la Policía Federal Preventiva (la hoy extinta PFP), porque a dichas personas se les había averiado su automóvil. Los miembros de la PFP que se acercaron a auxiliarlos, previa “aquiescencia” de los retenidos, procedieron a revisar las escasas y paupérrimas posesiones personales de Gerardo y Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile y Gustavo Robles López, entre las que se halló una libreta que, al parecer, contenía “información subversiva” relacionada con el denominado Comando Popular Revolucionario “La Patria es Primero”.⁹ A resultas de lo anterior, se solicitó el apoyo de más miembros de la PFP, luego de lo cual los indígenas son retenidos, sin informales la causa, y se les traslada a una comisaría previo a trabar contacto con personal del área de “inteligencia” del Estado mexicano (el celeberrimo Centro de Investigación y Seguridad Nacional, CISEN), el cual determina que los retenidos eran parientes de un miembro del Ejército Popular Revolucionario (EPR). Posteriormente, la Procuraduría General de la República (PGR) abre una averiguación previa inicialmente por el delito de cohecho en flagrancia, quedando las víctimas incommunicadas y detenidas.¹⁰ Todo esto sucede un infausto 12 de enero de 2006 a las 10:30 de la mañana, punto de partida del infierno procesal del sistema penal mexicano que injustamente termina llevando a prisión a dichas personas bajo car-

⁹ *Ibidem*, p. 16. Por cierto, las víctimas venían acompañadas por dos personas más, a las que estaban dando un “aventón”, personas a las que no conocían y que desaparecieron del lugar de los hechos bajo el argumento de conseguir agua en un poblado cercano.

¹⁰ *Ibid.*, p. 16. Increíblemente fueron las propias víctimas quienes tuvieron que asumir los honorarios del médico privado que expidió su certificado de buena salud. Gestión que, por ley, correspondía llevar a cabo a través del Ministerio Público de la Federación del caso.

gos, amén del cohecho, de delincuencia organizada (no podía ser menos).

El arraigo que les fue dictado, primero, y la prisión preventiva, después— carecía de cualquier sustento jurídico. Estas medidas y otras igual de arbitrarias fueron infructuosamente combatidas ante el juez de distrito competente (me refiero a su jurisdicción, no a otra cosa) con distintos amparos indirectos que se sobreyeron todos por causa de múltiples procesalismos y una lentitud alarmante en la impartición de justicia federal, que hicieron que el juzgador del caso se pronunciara sobre el arraigo cuando éste ya había culminado y, más adelante, cuando los detenidos ya habían sido consignados ante el juez. A su vez, en los amparos interpuestos por las víctimas contra la obstaculización de su derecho a una defensa adecuada, al negárseles el acceso a la investigación y a su posible traslado a un centro de reclusión de máxima seguridad, se determinó, respectivamente, que ya había cambiado la situación jurídica de los indiciados y que la solicitud sobre el traslado no era procedente porque éstos se hallaban detenidos bajo una medida cautelar y no presos en un centro de reclusión (cuánta finura jurídica la del juez de distrito). Finalmente, luego de una exitosa intervención del defensor de oficio —quien no realizó ninguna acción legal en favor de las víctimas—, se ejercitó acción penal en contra de éstas por el delito de terrorismo y, más tarde, por cohecho, siendo condenadas por ambos ilícitos, respectivamente, a cuatro años y a tres meses de prisión. Gracias a las diversas diligencias que desvirtuaron declaraciones y peritajes que obraban en el expediente, se interpuso recurso de apelación ante un Tribunal Unitario de Circuito, el cual emitió sentencia absolutoria respecto del primer delito y ratificó el segundo. Empero, habiendo estado las víctimas privadas de su libertad dos años, nueve meses y cinco días, el Tribunal consideró compurgada la pena respecto del último ilícito. La bendita prisión preventiva, po-

dría decirse, debiendo ser propositivos como exigirían sus defensores, en última instancia sirvió de algo: Estado y víctimas quedaron a mano.¹¹

Las violaciones a derechos humanos por las que justamente se responsabiliza a México en la sentencia en estudio exhiben un cuadro de endémicas falencias en materia de seguridad pública, administración e impartición de justicia penal que hoy, desafortunadamente, se mantiene prácticamente intocado;¹² cuadro que incluso ha empeorado durante esta administración federal. Lo anterior, gracias a la indiscriminada militarización de dicha seguridad y a la conformación (militarizada igualmente) de la Guardia Nacional; capricho o fijación personal del hoy Ejecutivo Federal.¹³

Al final, gracias a este caso, la CIDH puso en bandeja de plata una “modélica” violación de derechos humanos para que la Corte IDH pudiera desvelar las miserias de nuestro país en los ámbitos señalados, rectificarle indirectamente la plana a la Suprema Corte mexicana —principalmente en relación con su peregrina tesis de las restricciones constitucionales— y condenarlo, en la especie, por las graves vulneraciones a derechos humanos cometidas en contra de las víctimas.

Esas vulneraciones resultaban tan evidentes e indefendibles que, *motu proprio*, el Estado mexicano llevó a cabo un

¹¹ *Ibidem*, pp. 20-21.

¹² Un detallado y crítico estudio respecto de las violaciones sistémicas y sistemáticas a la presunción de inocencia en el vigente sistema penal mexicano se encuentra en: González Ibarra, Juan de Dios y Peña Rangel, Emilio, *Violación al derecho de presunción de inocencia en el proceso penal acusatorio*, El Colegio de Morelos, Morelos, 2023.

¹³ Cfr. “Amnistía internacional: México: Militarizar la seguridad pública generará más violaciones de derechos humanos y perpetuará la impunidad”, en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/mexico-militarizar-la-seguridad-publica-generara-mas-violaciones-de-derechos-humanos-y-perpetuara-la-impunidad/>
Human Rights Watch. “México: La militarización de la seguridad pública amenaza los derechos humanos”, en <https://www.hrw.org/es/news/2022/08/26/mexico-la-militarizacion-de-la-seguridad-publica-amenaza-los-derechos-humanos> y <https://la-lista.com/derechos-humanos/2022/11/04/la-militarizacion-tendra-efectos-en-mexico-por-decadas-juanita-goebertus>

reconocimiento parcial de responsabilidad ante la CIDH, vía la suscripción de una Acta de Entendimiento. Reconocimiento, que, más tarde, ante la Corte IDH, devino en un allanamiento parcial respecto de la mayoría de los señalamientos hechos por la CIDH en su informe final y por las víctimas en sus pretensiones.

Otrosí, por increíble que parezca, México no aceptó su responsabilidad respecto de las violaciones a derechos humanos que implicaron los cateos llevados a cabo el 31 de marzo de 2006 en la casa de la madre de los señores Tzompaxtle Tecpile, así como en una tienda que era negocio de la familia. Hechos que, obviamente y como era de esperarse, la Corte IDH juzgó también vulneratorios de varias disposiciones consagradas en la CADH por ser actos de molestia inaceptables en relación con la persona y posesiones de los familiares de las víctimas. Sí, la injusticia mexicana es generosa y alcanza para todos.

Hay que hacer hincapié, desde ya, que el *quid* del asunto, como puede fácilmente inferirse de la sola lectura de todo lo anterior —es decir, la razón de fondo por la cual el allanamiento del Estado mexicano no fue total—, **obedece a su fuerte reticencia a cumplir con su obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno** (legislativas o de cualquier otro orden), **en términos del ya referido artículo 2 de la CADH. O sea, aquellas que necesariamente deberían patrocinar por sí mismas nuestras autoridades, para asegurar a los habitantes de este país el pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 1 de dicha Convención Americana.** El colmo, ¿no?

En otras palabras: México se ha opuesto, metódicamente, a expulsar del ordenamiento jurídico de nuestro país el arraigo y adecuar la prisión preventiva a las exigencias de la CADH. Ambas figuras son —el arraigo *per se* y la prisión preventiva por el tratamiento que se le ha dado— contrarias a las exigen-

cias establecidas por esa misma Convención y la jurisprudencia del Tribunal de San José. Esto precede, a sabiendas de que nos hallábamos en flagrante incumplimiento de responsabilidades internacionales y de las reiteradas recomendaciones que le dirigiera la CIDH, la propia Corte IDH y, en su momento, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Dicen por ahí que sobre advertencia no hay engaño. Estamos, efectivamente, ante la crónica de una sentencia anunciada.

Indudablemente, a pesar de los llamados a misa que significó alguna resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) respecto de la inconstitucionalidad del arraigo en el 2003,¹⁴ de lo consignado reiteradamente por la doctrina mexicana e internacional, y muy a pesar de las recomendaciones de los órganos del sistema universal de derechos humanos y del interamericano,¹⁵ el Estado mexicano no sólo ha mantenido en su legislación secundaria el arraigo, sino que elevó su consagración a nivel constitucional, como también sucedió con la prisión preventiva oficiosa, según apunté arriba.

Por su parte, esa reticencia y, más aún, porfía de la SCJN respecto del arraigo ha llegado a extremos inauditos, inauditos si existiese un auténtico compromiso en términos de justicia y legitimidad política respecto de los derechos humanos, pues en una penosa resolución (la célebre contradicción de

¹⁴ Cfr. acción de inconstitucionalidad 20/2003 de 5 de enero de 2005, en https://DOF.gob.mx/nota_to_doc.php?codnota=4987308

¹⁵ Cfr. El arraigo hecho en México: violación a los derechos humanos Informe ante el Comité Contra la Tortura con motivo de la revisión del 5° y 6° informes periódicos de México, en https://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/CMDDPDH_OMCT_Mexico_CAT49_sp.pdf Desde el Examen Periódico Universal del año 2009, que evaluó la situación de los derechos humanos en México, existe ya una específica recomendación, la número 29, referida al empleo del arraigo en nuestro país. Cfr. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7984.pdf>, p. 24. Recomendación que desde entonces es una constante en los EPU para México. Cfr. GUTIÉRREZ, Juan Carlos y CANTÚ, Silvano, *El arraigo y la securitización de la justicia penal* en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28473.pdf>, Apolinar Valencia, Benjamín, *Arraigo penal, una forma constitucional de tortura y violación a derechos humanos*, en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37734.pdf>

tesis 293/2010),¹⁶ la Suprema Corte tuvo que sacarse de la manga la cuestionadísima **tesis de las restricciones constitucionales**, para no verse forzada a aceptar que en caso de antinomia entre la CPEUM y un tratado de derechos humanos debía aplicarse, con base en el principio pro persona (para empezar y entre otras razones jurídicas de peso) el derecho humano que ofreciese la mayor protección posible, generalmente consignado en la normativa internacional. **Decisión que, por añadidura, invalidaría el arraigo insertado ya entonces en el artículo 16 de nuestra Carta Magna federal**, porque los tratados internacionales del sistema universal y regional de derechos humanos y la jurisprudencia internacional así lo han establecido repetidamente.

La justificación del arraigo de forma indirecta, gracias a esa decisión del pleno de la SCJN, lo convierte técnicamente en una restricción expresa a los derechos humanos contenida en la propia Carta Magna. Esto, justificado con piruetas argumentativas muy poco consistentes y contrarias a los artículos 1.º y 15 de la propia CPEUM,¹⁷ así como a una larga lista de disposiciones contenidas en los aludidos tratados internacionales, el principal de ellos, el llamado *effet utile*.¹⁸ Por eso, trece años después de emitida la resolución a la contradic-

¹⁶ Contradicción de Tesis 293/201 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/CT%20293-2011.pdf>

¹⁷ Un análisis detallado de esa resolución puede hallarse en ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *Derechos humanos. Una visión multidimensional*, McGraw-Hill, 1.ª ed., México, 2023, pp. 277-284.

¹⁸ Respecto del predicado de este principio, la Corte IDH ha sido consistente en el siguiente sentido: **“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales**

ción de tesis 293/2011, la Suprema Corte mexicana sale bastante mal retratada en esta sentencia interamericana (léase fotografía, para continuar la alegoría), donde su imagen aparece “borrosa” —como coloquialmente se dice—, dando cuenta de un rostro, por aquello que alcanza a distinguirse en la foto referida, entre desaprensivo y obnubilado. Mención aparte, hay que decirlo, se ganó un único ministro de esa Suprema Corte, hoy en retiro, que en su momento se movió y no salió en la foto (como diría el clásico) al votar en contra de aquella nefanda y antecitada contradicción de tesis.¹⁹ Ministro que fue dejado pronunciándose solo y su alma en contra de esa resolución —qué pena histórica para los otros diez—, en una de esas sesiones del pleno de la Suprema Corte mexicana digna de olvido.²⁰

II. INCORPORACIÓN DE MÉXICO AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

México se incorporó flemática y un poco forzosamente al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Hay dos acontecimientos que son primordiales para comprender ese permanente proceder del Estado mexicano. Veamos.

El primero es la **suscripción de la CADH el 24 de marzo de 1981**, bajo el gobierno de José López Portillo; el segundo es el **reconocimiento de la competencia contenciosa de la**

y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”. Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, párrafo 128, p. 47.

¹⁹ ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *Derechos humanos...*, op. cit., pp. 277-284.

²⁰ Véase al respecto Cossío, José Ramón et al., *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 298/2011 y 21/2011, Editorial Porrúa, México, 2015.

Corte IDH, el 16 de diciembre de 1998, bajo la administración de Ernesto Zedillo Ponce de León.

El primo evento constituyó, simple y llanamente, un acaecimiento ordinario de diplomacia internacional, propio de una época en la que México vivía bajo la égida de un sistema político para el cual los derechos humanos eran una entelequia. Justo como suele suceder en cualquier país no democrático —o de partido político único dominante, dicho eufemísticamente—, que había eliminado —por un antojo de Venustiano Carranza (los caprichos, como se ve, en la historia patria vienen desde antiguo)—,²¹ el concepto ‘*derechos del hombre*’, consagrado magistralmente en el artículo 1.º de la Constitución Política de la República Mexicana de 1857, y sustituido por el ambiguo término de ‘*garantías individuales*’ en el correlativo artículo 1.º de la CPEUM de 1917. Ambigüedad que provenía, dado el modo y manera en que fue insertado este concepto en esa Carta Magna, para significar, a un mismo tiempo, tanto del derecho protegido (el derecho humano fundamental) como su medio de protección (el juicio de amparo).²²

Bajo este peculiar panorama México suscribe la Carta de San José. Por ello tal suscripción evidencia, antes que un evento determinante para ese presente y sobre todo el futuro de la vida política y jurídica del Estado mexicano, un mero ejercicio de trámite sugerido a López Portillo como necesario, dados los tiempos y vientos que corrían y soplaban en el panorama internacional de la época; sugerencia proveniente de la generalmente acomodada —y las más de las veces acomodatícia— diplomacia mexicana. Lo que precede explica claramente a qué obedece que las primeras quejas por violaciones

²¹ Cfr. ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., “Sobre el artículo 1.º de las Constituciones de 1857 y 1917”, en *Jurípolis. Revista de Derecho y Política*. Departamento de Derecho, División de Humanidades y Ciencias Sociales, No. 7, Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, México, 2007.

²² BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Editorial Porrúa, México, 1988, p. 164.

a derechos políticos que la CIDH recibió, promovidas por el Partido Acción Nacional (PAN) en los primeros años de la década de los años noventa del siglo pasado, fuesen casos de violaciones a derechos humanos que se fundaban, evidentemente, en el contenido de los artículos 33 a), 41 f) y 45 de la CADH,²³ mismas que eran respondidas por la Secretaría de Relaciones Exteriores, por increíble que suene, con meras *notas diplomáticas*, al margen del procedimiento que al efecto dictan la CADH, el reglamento y estatuto de la CIDH. En aquellas quejas se argumentaba que dicha Comisión Interamericana “[...] carece de competencia para pronunciarse sobre procesos electorales por razones de soberanía nacional y en virtud de la aplicación del derecho a la autodeterminación de los pueblos” (sic).²⁴

El segundo evento es, a su vez, producto de otra necesidad coyuntural: la de proyectar la imagen de un México progresista y democrático, que impele al presidente Zedillo Ponce de León a reconocer la competencia contenciosa del Tribunal de San José en 1998 (entre otras determinaciones de ese tipo),²⁵ a fin de ser tomado en cuenta en las grandes ligas internacionales del mercado global. Hecho que tiene su origen, según se ve, más en pragmáticas necesidades comerciales que en una legítima preocupación en favor de los derechos humanos. Necesidades comerciales que urgían al gobierno de Zedillo a sumar al ya signado Tratado de Libre Comercio (TLC) con EUA y Canadá, un nuevo acuerdo de la misma naturaleza con la Unión Europea (UE). Precisamente por eso, ésta exigió a México se estipulase —dada la preca-

²³ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

²⁴ Véase punto 4 de la Introducción de la Resolución N° 01/9017 de mayo de 1990 sobre los casos Casos 9768, 9780 y 9828 (México) que al efecto elaborara la CIDH. <http://www.cidh.org/annualrep/89.90span/cap3d.htm>

²⁵ Este reconocimiento fue publicado en el DOF el 24 de febrero de 1999 https://www.DOF.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4944372&fecha=24/02/1999#gsc.tab=0

riedad de la situación de tales derechos en el país y su balbuceante proceso de democratización— una cláusula, intitulada, de “democracia y derechos humanos”,²⁶ de cuyas acciones de cumplimiento (como la aceptación de la competencia de la Corte IDH, por ejemplo) dependía se decantase la voluntad de los Estados europeos para firmar dicho acuerdo comercial.²⁷

Amén de lo anterior, hay otras pruebas acerca de la falta del compromiso de fondo del presidente Zedillo y de su gobierno con los derechos humanos. Éste, sin más, descabezó en 1999 a la Comisión Nacional de Derechos Humanos (entonces sin el artículo “los” en su título), vía el artículo tercero transitorio (que como es de notarse resulta de perversa tradición política), contenido en la iniciativa de reforma constitucional por éste promovida al apartado B del artículo 102 de la CPEUM, mismo que, como se sabe, regula a la CNDH.²⁸ Al parecer, la ombudsman del momento emitió varias recomendaciones que disgustaron al señor presidente, quien, pasándose por el arco del triunfo el *principio de inamovilidad* que debe proteger a los titulares de ese tipo de órganos constitucionales autónomos, maniobró para poner en su lugar a un titular de la CNDH más a modo.

Es fácil deducir que en el ámbito interamericano de los derechos humanos, el proceder del Estado mexicano ha esta-

²⁶ Cláusula que la UE introduce en sus acuerdos con terceros Estados supeditando la aplicación del tratado en cuestión al respeto de los principios de democracia y derechos humanos como expresión de su política de condicionalidad. Al respecto puede verse DÍAZ-SILVERIA SANTOS, Cintia, “La cláusula de derechos humanos y democráticos en las relaciones entre la UE y América Latina y el Caribe”, en https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_1_2007_1/REIB_01_C_Diaz-Silveira.pdf

²⁷ Al parecer este mismo pragmatismo se aplicó a la introducción de las acciones de inconstitucionalidad en el artículo 105 de la CPEUM. Al respecto véase GÓMEZ FIERRO, Juan Pablo, *Una nueva acción de inconstitucionalidad en México*, Tirant lo Blanch, México, 2023, pp. 37 y ss.

²⁸ Reforma al apartado B) del artículo 102 de la CPEUM publicada en el DOF del 13 de septiembre de 1999. https://DOF.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4953799&fecha=13/09/1999#gsc.tab=0

do impulsado por necesidades políticas y comerciales coyunturales, así como por la urgencia de proyectar una imagen internacional conveniente, antes que por una auténtica convicción democrática y de sentido de justicia que sea el reflejo de las preocupaciones y objetivos de la mayoría de su sociedad, de sus peculiares partidos políticos y sus cuestionados gobiernos. Esta circunstancia no es para nada de extrañar, ni extraña, *pero sí evidencia claramente que los presupuestos funcionales de los derechos humanos en México siguen siendo asaz débiles*; en particular, la solidez tanto de nuestro sistema democrático como de nuestro Estado de derecho. Sin esos presupuestos, como la propia Corte IDH ha dicho en esta sentencia, la sola plasmación de los derechos humanos en la mismísima Constitución política, e incluso su reconocimiento en tratados internacionales que hagan efectiva su progresividad, sólo constituyen una condición necesaria mas no suficiente para su efectivo respeto y vigencia.

Por eso el Tribunal de San José señaló, con agudez, en la resolución que nos ocupa, que:

*[...] no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a la ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad.*²⁹

En efecto, el solo hecho de que una conducta sea estipulada en la ley no la vuelve de suyo justa, es decir, conteste con los derechos humanos. No la torna, *ipso facto*, respetuosa ni de la autonomía ni de la dignidad de las personas. Porque la plasmación en la ley de derechos u obligaciones no las exenta de su posible arbitrariedad, de ahí la necesidad de que éstos satisfagan una serie de exigencias ético-jurídicas (por ejemplo, que no sea discriminatoria o inequitativa), como sucede,

²⁹ Corte IDH, Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México, *op. cit.*, p. 26.

según argumenta la Corte IDH, precisamente y en la especie, con el arraigo y la forma en que México aplica la prisión preventiva, ni más ni menos, cuya sola constitucionalidad, por sí misma, no garantiza automáticamente el respeto de los derechos humanos.

Uno de los efectos del mito de la ley es precisamente este último, adoptado con singular contento por muchos juristas y políticos como un argumento incontrovertible, mito que sostiene que basta plasmar en la Constitución cualquier asunto y hasta ocurrencia para volverlo correcto o justo. La justicia de los derechos humanos demanda su conformidad con dos niveles de validez, es decir, tanto con su estándar de legalidad (las formalidades que la ley exige) como con la correspondencia de ésta con los valores superiores del sistema, en este caso, los derechos humanos. La justicia impetra, en suma, el cumplimiento del llamado doble estándar valorativo del derecho. Todo lo cual, valga la puntualización, es algo muy distinto a la primitiva distinción que hace el actual titular del Ejecutivo federal entre ley y justicia.³⁰

Así las cosas y bajo este panorama, *México ha recibido y procesado doce sentencias condenatorias por violaciones a derechos humanos provenientes de la Corte IDH, incluida la que aquí nos ocupa y la apenas notificada en abril de este año*. La primera de ellas data del 2004, es decir, pasados escasos seis años de la suscripción de la competencia contenciosa de dicha Corte.

Cabe decir que, si bien es cierto que todas esas resoluciones de fondo han revestido una trascendencia singular por el tipo de derechos humanos que fueron vulnerados en los casos de los que dan cuenta, **son dos, señaladamente, las que han tenido un impacto sustancial en la modificación**

³⁰ Sobre la tesis del doble estándar valorativo del derecho y la correspondiente discriminación entre ley y justicia, véase: ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I. *Introducción al derecho*, 4.ª ed., McGraw-Hill, México, 2020, pp. 44 y ss.

y mejora de nuestro ordenamiento jurídico como sistema de derecho.

La primera sentencia con ese tipo de repercusión fue la emitida en el **caso Rosendo Radilla Pacheco, la cual data del año 2009.** El párrafo 339 de esa resolución (no los resolutive de la misma, curiosamente) obligó a **México a adoptar en su sistema jurídico el control de la convencionalidad *ex officio*,** párrafo que conviene traer a colación en sus textuales términos:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³¹

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 339, pp. 92-93.

Este solo párrafo ha comportado efectos sísmicos para el Estado de derecho en México, lo que ha implicado, entre otras cuestiones, la emisión de las respectivas reglas que al efecto debieron ser dictadas —forzadamente por algunos ministros de la SCJN— a través del Expediente Varios 912/2010, a fin de que el test de convencionalidad se aplicase de conformidad con las propias normas y prácticas procesales del ordenamiento jurídico mexicano. La elaboración de este expediente implicó serios apuros y disputas jurídicas al interior de la Corte mexicana misma, lo cual se puso en evidencia con la sola lectura de los votos particulares emitidos por los juzgadores que intervinieron en dicha resolución, votos que dejaron de manifiesto la palmaria incomprensión de lo que significó, en términos del derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo, la incorporación de nuestro país a un sistema internacional (universal y regional) que salvaguarda la vigencia de tales derechos como una especie de *observador externo*.³²

Hay que agregar a todo lo anterior el rol que en ese nuevo escenario, según se presagiaba, iba a jugar —*bosquejado desde 1981 y 1988, según ahora se entiende*— la SCJN como último garante de nuestra embrionaria democracia constitucional. Escenario que, en su momento, nadie previó ni tomó en cuenta al momento de aceptarse internacionalmente una consigna jurídico-política de repercusiones inusitadas e incolumbrables para la mayor parte de los juristas y políticos del siglo pasado, a saber: *que los derechos humanos habrían de erigirse en una filosa herramienta con la cual se mediría la justicia de las instituciones sociales y la legitimidad política del uso de todo poder, principal-*

³² En términos de teoría de la justicia, la función que juega cualquier tribunal supranacional de derechos humanos, en este caso, la Corte IDH, podría calificarse técnicamente como un punto de vista externo o del observador, que le otorga una posición de privilegio respecto de quienes se hayan inmersos en el sistema jurídico en cuestión. Al respecto puede verse, nuevamente: ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., *Introducción al derecho...*, op. cit., pp. 368-372.

mente el político, al interior del Estado mexicano. Que de la vigencia e interpretación vinculante de esa consigna se haría cargo, en postrera instancia, un tribunal supranacional cuya competencia fue, para tales efectos, reconocida de pleno derecho por el Estado mexicano desde hace más de tres lustros: la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La segunda sentencia que no sólo se avoca a señalar la responsabilidad internacional del Estado mexicano sobre violaciones concretas a derechos humanos, **sino que contiene resolutivos que deberán producir cambios de fondo en el ordenamiento jurídico mexicano, es ésta que nos ocupa sobre el caso Tzompaxtle Tecpile y otros.** Tal sentencia, según ya se ha dicho, constriñe a México, entre otros asuntos, pero principalísimamente, al cumplimiento del mandato contenido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debiendo reformar al efecto su legislación (su Constitución federal incluida) en materia de arraigo y prisión preventiva, por ser abiertamente vulneratoria de distintos derechos humanos también consignados en la Carta de San José.

Para mayor claridad del alcance de lo que precede, el antedicho numeral de la CADH reza textualmente del modo siguiente:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Los alcances de este dispositivo de la CADH han quedado claramente precisados en los párrafos 216 y 217 de la sentencia que nos ocupa y coinciden con lo dicho antes. Esto es, que el mandato establecido en este artículo es de naturaleza compleja y da lugar a **dos tipos de obligaciones**: una de *carácter derogatorio* y otra de *naturaleza propositiva*.

La primera ampara la exigencia de que el **Estado deba suprimir o expulsar de su ordenamiento jurídico las normas o prácticas de cualquier clase (procesales o de política pública) que entrañen violación a las garantías previstas en la CADH**. Normas o prácticas que puede tener su origen:

1. En el **desconocimiento**, por parte de ese Estado, de los derechos o libertades contenidos en la Convención Americana; o,
2. En la **obstaculización** del ejercicio de esos derechos o libertades.

La segunda obligación, la *propositiva*, consiste en que **el Estado debe llevar a cabo la expedición de normas y el desarrollo de prácticas** (procesales y de política pública, entre otras) **orientadas a la efectiva observancia de dichas garantías**. Ahora bien, las disposiciones que expida el Estado deben cumplir, a su vez, con *tres condiciones*:

1. *Satisfacer* el ya referido **principio del *effet utile***, es decir, que la consagración y adopción de medidas en el ordenamiento jurídico por parte del Estado habrán de orientarse para que lo establecido en la CADH sea realmente cumplido y puesto en práctica;
2. *Evitar* la promulgación de leyes que impidan el libre ejercicio de los derechos humanos y libertades consagrados en la CADH; y,

3. *Suprimir o modificar* leyes que salvaguarden tales derechos y obligaciones.

No está de más apostillar que este dispositivo de la CADH no puede ser objeto, en virtud de su naturaleza jurídica —según las prescripciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados—, ni de reservas, ni de declaración interpretativa alguna,³³ razón por la cual México debe aplicar esta disposición a pie juntillas. Circunstancia que también explica la razón por la cual nuestro país no se haya aventurado en su momento a ponerla en entredicho, entre otras causas, porque la CADH fue suscrita y ratificada tan desaprensiva como superficialmente gobernó el país José López Portillo. Su sexenio trajo a México un tsunami económico, crisis y devaluación, así como la demagógica expropiación de la banca privada producto, en buena medida, de la imperdonable frivolidad de aquél.

III. TESIS PRINCIPALES DE LA SENTENCIA

Ahora bien, la sentencia que nos ocupa versa sobre tres aspectos centrales, a saber: 1. La libertad personal y el derecho a la presunción de inocencia en el marco de la investigación y del proceso penal; 2. La compatibilidad de las figuras del arraigo y de la prisión preventiva con la CADH; y, 3. La aplicación del arraigo y de la prisión preventiva en el caso materia de la sentencia.

Al respecto, la Corte IDH elabora las siguientes **tesis centrales**, una especie de doctrina jurisprudencial, que es la siguiente:

³³ Véase lo prescrito por el artículo 19, a) de dicha Convención.

LIBERTAD PERSONAL Y EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN
DE INOCENCIA

Los Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público. Al efecto deben emplear los medios necesarios para enfrentar la delincuencia y criminalidad organizada, **incluyendo medidas que impliquen restricciones y privaciones a la libertad personal.**

Empero, **el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar sus fines,** independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de sus presuntos autores.

Por ende, las autoridades estatales no deben vulnerar los derechos humanos reconocidos en la CADH, tales como:

La presunción de inocencia, la libertad personal, el debido proceso y no deben llevar a cabo detenciones ilegales o arbitrarias.

Así las cosas, para que una medida cautelar restrictiva de la libertad **no sea arbitraria** y no se vea afectado el derecho a la **presunción de inocencia,** es necesario que:

- Existan presupuestos materiales relacionados con la existencia del ilícito y la vinculación del probable responsable con éste. O sea, *que existan **indicios suficientes** que hagan suponer razonablemente que el ilícito acaeció y que dicho probable responsable pudo haber participado en su comisión.* Los presupuestos materiales ***no son meras conjeturas o intuiciones abstractas.*** Por ello, el **Estado no debe detener para luego investigar.**
- La **medida cautelar que al efecto se aplique debe satisfacer los cuatro elementos del test o juicio de proporcionalidad,** cuya aplicación queda a cargo del juez. Éste deberá asegurarse que esa medida sea:

1. **Legítima en su finalidad** (o sea, compatible con la CADH): en este caso, *la prisión preventiva constituye una medida cautelar, no una de carácter punitivo que debe aplicarse excepcionalmente por ser la más severa y que recae en quien es solamente un imputado que goza del derecho a la presunción de inocencia*. Además, *esta medida no debe tener efecto alguno en la responsabilidad de éste*, por lo que debe ser dictada por un juez (de control) distinto al responsable del juicio mismo. Debe recordarse que la finalidad de la medida cautelar consiste en *evitar el **peligro procesal**, es decir, **impedir** el desarrollo del procedimiento del caso o se **eluda** la acción de la justicia*. **Este peligro no se presume**, debe verificarse en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas que corresponde acreditar a la autoridad. Además, **la gravedad del delito no es, en sí misma, justificación suficiente de la prisión preventiva, de donde el peligro de fuga no puede medirse únicamente sobre la base de la gravedad de la posible pena a imponer**. Al efecto, la Corte IDH sugiere acudir al predicado de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad.
2. **Idónea** para cumplir con el fin que se persigue: en el caso de la privación de la libertad de un probable responsable *su objetivo no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena*. Por eso, *la regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve sobre su responsabilidad penal*.
3. **Necesaria**: es decir, que la medida sea *absolutamente indispensable* para alcanzar el fin deseado y que *no pueda optarse por alguna medida menos gravosa*; y,
4. **Estrictamente proporcional**: *el sacrificio inherente de la libertad no debe resultar exagerado o desmedido frente a las ventajas que proporciona la restricción y el cumplimiento de la finalidad*. Por eso, la medida cautelar debe tener *plazos*

razonables, limitados en el tiempo; de lo contrario la prolongación de la medida desvirtúa su naturaleza y propósitos.

- La **decisión** sobre la imposición de una medida cautelar **debe contener una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones antes señaladas**. La motivación alude a la **argumentación** (razones) que la autoridad debe presentar para justificar la existencia de los requisitos establecidos por la CADH, **de otro modo la medida será arbitraria**. Arbitrariedad significa, en este caso, **que la medida cautelar deja de serlo, anticipando la pena** y, en consecuencia, violando entre otros derechos humanos, el de presunción de inocencia.

INCOMPATIBILIDAD DEL ARRAIGO CON RELACIÓN EN LA CADH

El arraigo es en sí mismo inconvencional, porque:

- **Posee naturaleza pre-procesal con fines investigativos**, la persona sujeta a ésta no posee acceso a las garantías del debido proceso. El arraigo, *per se*, es una negación de tales garantías dado que restringe la libertad al margen de las mismas, **otorgándole al probable responsable el trato de quien ya está sujeto a proceso**, sin estarlo, pues no existe ninguna instancia para ejercer el derecho de defensa.
- **Se detiene para investigar y se investiga para detener al arraigado.**
- **Afecta el derecho a la no autoincriminación.** *El arraigo constituye un medio de investigación en materia de delincuencia organizada para que éste participe en la aclaración de los hechos que se le imputan*, lo que implica alguna forma de coacción —la pérdida de la libertad—

que puede doblegar la voluntad de la persona, orillándola a declarar en contra de sí misma.

- **Coloca a la persona en una situación de indefensión.** El arraigado no recibe comunicación previa y detallada de la acusación en su contra, no se le otorgan ni tiempo ni condiciones para preparar su defensa.
- **Se contraponen a las bases del proceso penal acusatorio y oral.** No existe posibilidad de interrogar a los testigos y obtener la comparecencia de otras personas que permitan hacer efectivo el principio de inmediatez.
- **Coloca a la persona arraigada en situación de máxima vulnerabilidad.** Se atenta contra su dignidad humana al exponerla a sufrimientos psíquicos y, eventualmente, físicos, colocándola en permanente estado de incertidumbre sobre su situación y destino.
- Aceptando sin conceder que el arraigo, *per se*, no fuese una figura contraria a la CADH:
 - *Su regulación en la legislación mexicana no establece en forma clara cuáles son los **presupuestos materiales** que deben ser cumplidos para su aplicación en tanto medida restrictiva de la libertad personal (véase 3.1). Debe recordarse que la **privación de la libertad es procedente sólo cuando el ente persecutor tiene elementos materiales suficientes, no antes.***
 - *Restringe la libertad de una persona sospechosa para completar medios de prueba y eventualmente formular una imputación. Ergo, su **finalidad** es contraria a la naturaleza de toda medida cautelar, a saber, combatir los peligros procesales.*
 - ***Se conforma una aberrante medida restrictiva de la libertad de naturaleza pre-procesal con fines investigativos, la cual es palmariamente contraria a la CADH.***

- En suma, dice la Corte IDH, en su sentencia:

“[...] este Tribunal encuentra que el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia de 1996 así como el artículo 133 bis al Código Federal Procesal Penal de 1999 que se refieren a la figura del arraigo, y que fueron aplicados en el presente caso, contenían cláusulas que, per se, son contrarias a varios derechos establecidos en la Convención Americana, a saber: el derecho a no ser privado de la libertad arbitrariamente (art. 7.3), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a ser oído (art. 8.1), a la presunción de inocencia (art. 8.2) y a no declarar contra sí mismo (art.8.2.g). En esa medida, la Corte concluye que el Estado vulneró su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el derecho a la libertad personal (artículo 7) y el derecho a la presunción de inocencia (artículo 8.2) establecidos en el mismo instrumento, en perjuicio de Jorge Marcial y Gerardo Tzompaxtle Tecpile, y Gustavo Robles López”³⁴

SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La Corte IDH advirtió que en el caso sobre el que versa la sentencia, *el Estado mexicano no aplicó la prisión preventiva oficiosa, razón por la cual no entró a su análisis directo*. Empero, como dije en el apartado 1, *tal figura sí es alcanzada por las conclusiones de dicha Corte (párrafos 171, 172 y 173) y de las cuales se desprende su palmaria inconventionalidad*.

³⁴ *Ibidem*, p. 40.

La sentencia en análisis se circunscribió **al estudio de la figura de la prisión preventiva que fue aplicada bajo la legislación mexicana vigente** [transcrita a pie de página en el apartado 1 de este estudio].

Al respecto, el Tribunal de San José concluyó:

- i. *La normativa no hace referencia a las finalidades de la prisión preventiva, ni a los peligros procesales que buscaría precaver, ni tampoco a la exigencia de hacer un análisis de la necesidad de la medida frente a otras menos lesivas para los derechos de la persona procesada, como lo serían otras medidas alternativas a la privación a la libertad.*
- ii. Las únicas circunstancias que se toman en cuenta al evaluar la imposición de esta medida cautelar *es que se encuentre comprobada una circunstancia eximente de responsabilidad o de extinción de responsabilidad. Por ende, la norma regulatoria mexicana requiere un elevado estándar probatorio para estimar acreditada la extinción o exención de responsabilidad, exigiendo que esté plenamente comprobada para que no se decrete la prisión preventiva.* No se considera, por ejemplo, la necesidad de valorar la concurrencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad ni el grado de desarrollo del delito.
- iii. Esa normativa **establece preceptivamente la aplicación de la prisión preventiva para los delitos que revisten cierta gravedad una vez establecidos los presupuestos materiales, sin que se lleve a cabo un análisis de la necesidad de la cautela frente a las circunstancias particulares del caso.**
- iv. Que las razones argüidas por el Estado mexicano para justificar las características de su prisión preventiva “[...] como un mecanismo efectivo para perseguir estos

delitos y erradicar estas conductas, no sólo desde el punto de vista de la prevención especial del derecho penal, sino también desde la prevención general, al buscar un efecto disuasorio de la comisión de delitos”;³⁵ se desprende que tales razones **no cumplen con las dos únicas finalidades legítimas de la prisión preventiva** por lo que “la prevención general” de ciertos delitos, por más graves que sean, o el “efecto disuasivo” ni son una de ellas ni deberían serlo.

- v. En suma: **“Tal como está concebida, la prisión preventiva no tiene finalidad cautelar alguna y se transforma en una pena anticipada”**.³⁶

Así las cosas, una vez más, la Corte IDH sentenció:

*[...] este Tribunal encuentra que el artículo 161 del Código Federal Procesal Penal de 1999, aplicado en el presente caso (supra párr. 43), contenía cláusulas que, per se, resultaban contrarias a varios derechos establecidos en la Convención Americana, como lo son el derecho a no ser privado de la libertad arbitrariamente (art. 7.3), al control judicial de la privación de la libertad (art. 7.5), y a la presunción de inocencia (art. 8.2). En esa medida, la Corte concluye que el Estado vulneró su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2 de la Convención Americana en relación con el derecho a la libertad personal (artículo 7) y la presunción de inocencia (artículo 8.2) del mismo instrumento, en perjuicio de Jorge Marcial y Gerardo Tzompaxtle Tecpile, y Gustavo Robles López.*³⁷

³⁵ *Ibidem*, p. 42.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Idem*.

IV. PUNTOS RESOLUTIVOS

La Corte IDH encontró responsable al Estado mexicano de múltiples violaciones a los derechos humanos:

1. Por la aplicación del arraigo y la prisión preventiva en perjuicio de las víctimas vulnerándose, consecuentemente, diversas disposiciones de la CADH, según se precisó en los puntos 3.2 y 3.3;
2. **A la integridad personal y a vida privada**, contenidos en los artículos 5 y 11.2 de la CADH, en relación con las obligaciones de respeto, establecida en el artículo 1.1 del mismo instrumento;
3. **En materia de garantías judiciales y a la protección judicial**, contenidos en los artículos 8.2.b), d), e), y g), y 25.1 de la CADH, en relación con las obligaciones de respeto, establecidas en el artículo 1.1 de la Carta de San José.

A su vez, las **obligaciones internacionales** impuestas al Estado mexicano, son las siguientes:

Obligación	Observaciones
7. El Estado deberá dejar sin efecto en su ordenamiento interno las disposiciones relativas al arraigo de naturaleza preprocesal , en los términos de los párrafos 210, 211, 214 a 216, y 218 a 219 de la presente sentencia.	• México deberá derogar, tanto a nivel constitucional como en toda la legislación secundaria que la recoja, la figura del arraigo , porque no obstante ser distinta la redacción de la actual normativa a la vigente en la época en la que sucedieron los hechos motivo de la sentencia, <i>dicha redacción sigue presentando los mismos problemas que la hacen incompatible con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH.</i>

Obligación	Observaciones
	<ul style="list-style-type: none"> ● México deberá reformar, específicamente, el artículo 16 de la CPEUM porque su redacción presenta esos mismos inconvenientes. ● La sola derogación de las anteriores disposiciones no es suficiente para garantizar los derechos contenidos en la CADH, México deberá desarrollar prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma.
<p>8. El Estado deberá adecuar su ordenamiento jurídico interno sobre prisión preventiva, en los términos de los párrafos 212, 213, y 217 a 219 de la presente sentencia.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● México deberá adecuar su ordenamiento jurídico en materia de prisión preventiva, para que sea compatible con la CADH. ● Esta adecuación comprende la modificación de la normativa secundaria y, por supuesto, la reforma al artículo 19 de la CPEUM.
	<ul style="list-style-type: none"> ● La Corte IDH insiste que la sola derogación de las anteriores disposiciones no es suficiente para garantizar los derechos contenidos en la CADH, México deberán desarrollar prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma.
	<ul style="list-style-type: none"> ● Mientras lo anterior sucede, la Corte IDH recuerda a México que, <i>por lo que hace al arraigo y a la prisión preventiva, deberá seguir ejerciendo “[...] un adecuado control de convencionalidad para que las mismas no afecten los derechos contenidos en la Convención</i>

Obligación	Observaciones
<p>14. El Estado rendirá al Tribunal un informe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia, sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.</p> <p>15. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.</p>	<p><i>Americana de las personas investigadas o procesadas por un delito</i>”.³⁸</p> <ul style="list-style-type: none"> • El plazo otorgado al Estado mexicano para que rinda un primer informe de cumplimiento, es de un año (27 de enero de 2024). • Las obligaciones internacionales derivadas de esta sentencia subsistirán hasta su cabal cumplimiento, antes de lo cual la Corte IDH no dará por concluido este caso.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Esta sentencia de conformidad con lo establecido por el artículo 2 de la CADH, le ordena al Estado mexicano modificar dos artículos de la vigente CPEUM, a la sazón, las partes conducentes de los numerales 16 y 19 en materia de arraigo y prisión preventiva, respectivamente.³⁹

³⁸ *Idem*.

³⁹ A la fecha de entrega de estas páginas para su publicación, casi contemporáneamente, el Estado mexicano fue notificado —el 12 de abril del año que corre— de una nueva sentencia emitida por la Corte IDH en su contra, la relativa al *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Ésta reitera la obligación de [...] *dejar sin efecto en su ordenamiento jurídico interno las disposiciones relativas al arraigo de naturaleza pre-procesal*”, empleando la misma batería de argumen-

En suma, la obligación del Estado mexicano conlleva la derogación del arraigo y la de compatibilizar la prisión preventiva (oficiosa y no) para volverla acorde con lo ordenado por la CADH y al jurisprudencia de la Corte IDH. La legislación secundaria en ambas materias deberá seguir la misma suerte que la CPEUM. Mientras tanto, las autoridades respectivas, principalmente los jueces, deberán continuar empleando el control de la convencionalidad *ex officio* para la aplicación conforme tanto del arraigo como de la prisión preventiva; más aún, tienen la obligación de aplicar directamente el sentido de ambas sentencias de la Corte IDH porque son de suyo vinculatorias. Por ende, el Ministerio Público debe abstenerse de solicitar y el juez de conceder más arraigos, amén de emplear la prisión preventiva únicamente de forma que sea consistente con lo ordenado por la Corte IDH.

La sentencia, además, tiene efectos colaterales, principalmente para la SCJN en relación con criterios jurisprudenciales abiertamente contrarios a los principios pro persona, progresividad y *effet utile*, en particular la tesis de las restricciones constitucionales. Ésta termina justificando el arraigo como una de las tantas restricciones expresas que contiene la CPEUM a los derechos humanos.

La sentencia de la Corte IDH aquí analizada corrobora que la vigencia y eficacia de los derechos humanos depende, antes que de su positivización (en constituciones políticas y tratados internacionales), *de la salud y fortaleza de sus presupuestos funcionales*. Es decir, de la solidez de su régimen democrático, la entereza y viabilidad de su Estado de derecho, su pluralismo moral y político, y de un desarrollo económico dispuesto a invertir en el costo que conlleva mantener la in-

tos plasmados en el punto 3 de este ensayo. Asimismo y específicamente, *esta otra sentencia se refiere puntualmente a la inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa*, en el punto 14 de sus resolutivos, obligando al Estado mexicano a “[...] adecuar su ordenamiento interno en los términos de los párrafos 292 7 293, 295 a 299 y 301 a 303” de la citada resolución.

fraestructura de una adecuada prevención, vigilancia y exigibilidad de los derechos humanos como muestra inequívoca de que a éstos el Estado en cuestión se los toma realmente en serio.

FUENTES DE CONSULTA

- ▶ ÁLVAREZ LEDESMA, Mario Ignacio, *Acerca del concepto derechos humanos*, 2ª. ed., Anales de Jurisprudencia, Poder Judicial de la Ciudad de México, México, 2021.
 - , “Apuntes al artículo 1.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos producto de la reforma en derechos humanos del 2011”, en *La Constitución mexicana de 2017, Cien años después* (Vicente Fernández Fernández *et al.*, coordinadores), Editorial Porrúa, México, 2017.
 - , *Derechos humanos. Una visión multidimensional*, McGraw-Hill. 1ª ed., México, 2023.
 - , *Introducción al derecho*, 4ª ed., McGraw-Hill, México, 2020.
 - , “La situación de los derechos humanos en México. Un *approach* teórico-funcional”, en *Diritto e Processo*, Anuario giuridico della Università degli Studi di Perugia, Perugia, 2016.
 - , “Los presupuestos teórico-funcionales de los derechos humanos como teoría de la justicia”, *Derechos Humanos México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, año 1, número 1, 2006.
 - , “Sobre el artículo 1.º de las Constituciones de 1857 y 1917”, en *Jurípolis. Revista de Derecho y Política. Departamento de Derecho, División de Humanidades y Ciencias Sociales*, No. 7, Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, México, 2007.
- ▶ Amnistía Internacional, México: “Militarizar la seguridad pública generará más violaciones de derechos humanos y perpetuará la impunidad”, en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulomexico-militarizar-la-seguridad-publica-generara-mas-violaciones-de-derechos-humanos-y-perpetuara-la-impunidad/>
- ▶ APOLINAR VALENCIA, Benjamín, “Arraigo penal, una forma constitucional de tortura y violación a derechos humanos”, en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37734.pdf>

- ▶ BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Editorial Porrúa, México, 1988.
- ▶ COCA, Fernando, “Es un despropósito: Adán Augusto se lanzó contra la Corte IDH por sentencia contra la prisión preventiva”. El titular de la SEGOB aseguró que no había poder alguno por encima de la Constitución ni del Estado mexicano, en <https://www.infobae.com/mexico/2023/02/04/es-un-desproposito-adan-augusto-se-lanzo-contra-la-corte-idh-por-sentencia-contra-la-prision-preventiva/>
- ▶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Resolución N.º 01/9017 de mayo de 1990 sobre los Casos 9768, 9780 y 9828 (México), en <http://www.cidh.org/annualrep/89.90span/cap3d.htm>
- ▶ Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C., “El arraigo hecho en México: violación a los derechos humanos. Informe ante el Comité Contra la Tortura con motivo de la revisión del 5º y 6º informes periódicos de México”, en https://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/CMDPDH_OMCT_Mexico_CAT49_sp.pdf
- ▶ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. México, 5 de octubre de 2009, en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7984.pdf>, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
 - , *Caso García Rodríguez y otros vs México*, Sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
 - , *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
 - , *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
 - , *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*. Sentencia de 7 de noviembre de 2022 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
- ▶ Cossío, José Ramón *et al.*, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 298/2011 y 21/2011, Editorial Porrúa, México, 2015.
- ▶ DE LA ROSA, Yaret, “Ministro Luis María Aguilar retira el proyecto sobre prisión preventiva oficiosa. El ministro Luis María Aguilar señaló que presentará un nuevo proyecto con las coincidencias de los integrantes de la SCJN”, en <https://www.forbes.com.mx/ministro-luis-maria-aguilar-retira-el-proyecto-sobre-prision-preventiva-oficiosa/>

- ▶ DÍAZ-SILVERIA SANTOS, Cintia, “La cláusula de derechos humanos y democráticos en las relaciones entre la UE y América Latina y el Caribe”, en https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_1_2007_1/REI-B_01_C_Diaz-Silveira.pdf
- ▶ FERRAJOLI, Luigi, “Sui fondamenti dei diritti fondamentali. Un approccio multidisciplinare”, en *Rivista Studi sulla questione criminale*, 2/2010, maggio-agosto, Cresci Editore.
- ▶ GÓMEZ FIERRO, Juan Pablo, *Una nueva acción de inconstitucionalidad en México*, Tirant lo Blanch, México, 2023.
- ▶ GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios y PEÑA RANGEL, Emilio, *Violación al derecho de presunción de inocencia en el proceso penal acusatorio*, El Colegio de Morelos, Morelos, 2023.
- ▶ GUTIÉRREZ, Juan Carlos y CANTÚ, Silvano, “El arraigo y la securitización de la justicia penal”, en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28473.pdf>
- ▶ Human Rights Watch, “México: La militarización de la seguridad pública amenaza los derechos humanos”, en <https://www.hrw.org/es/news/2022/08/26/mexico-la-militarizacion-de-la-seguridad-publica-amenaza-los-derechos-humanos> y <https://la-lista.com/derechos-humanos/2022/11/04/la-militarizacion-tendra-efectos-en-mexico-por-decadas-juanita-gobertus>
- ▶ IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política e ideología* (trad. Francisco Beltrán Adell), Editorial Paidós, Barcelona, 2003.
- ▶ JUÁREZ SÁNCHEZ, Ana Leslye, “Mecanismos de cumplimiento de las sentencias que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Estado mexicano”, en EPIKEIA, *Revista del Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades*, Universidad Iberoamericana, León, Número 45, Septiembre 2022.
- ▶ SERRANO GUZMÁN, Silvia, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2015.
- ▶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Acción de inconstitucionalidad 20/2003 de 5 de enero de 2005*, en https://DOF.gob.mx/nota_to_doc.php?codnota=4987308
 —, *Contradicción de Tesis 293/201 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito*, en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/CT%20293-2011.pdf>

- ▶ ZEDRIK, Raziél, “Morena impulsa una reforma para evitar que los acusados queden libres cuando se dan fallos en el debido proceso”, en <https://elpais.com/mexico/2023-03-05/morena-impulsa-una-reforma-para-evitar-que-los-acusados-queden-libres-cuando-se-dan-fallos-en-el-debido-proceso.html>

