
¿NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES? EL ARRAIGO PENAL EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

JUAN ÁNGEL ARROYO KALIS

SUMARIO: I. Introducción. II. La instauración del poder público en beneficio del pueblo: breve análisis del artículo 39 constitucional. III. El arraigo penal en la Constitución mexicana: el combate a la delincuencia organizada. IV. ¿Normas constitucionales inconstitucionales? El arraigo penal a la luz del artículo 39 constitucional. V. El Tribunal Constitucional ante las normas constitucionales inconstitucionales. VI. Conclusiones.

Resumen: El presente estudio se dirige a demostrar la incompatibilidad imperante entre la figura del arraigo penal y lo dispuesto por el artículo 39 constitucional. Ello permitirá, a su vez, estar en condiciones de afirmar que, por tanto, existen normas constitucionales inconstitucionales, esto es, disposiciones que, a pesar de ser producto de una reforma constitucional por cumplir los requisitos formales para tal efecto, son, en razón de su

contenido material, contrarias a las decisiones políticas fundamentales de la Carta Magna, es decir, a los valores o principios esenciales e inherentes a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde su promulgación.

Palabras clave: arraigo penal, reforma constitucional, decisiones políticas fundamentales.

Abstract: The present study intends to demonstrate a prevailing incompatibility between the pre-trial detention and what is established in the article 39 of the constitution. This will allow to make the allegation that, in consequence, there are irregular constitutional regulations, meaning that, inspite of those provisions of the constitutional reform with the purpose of meeting the new requirements, they are in fact, given by their nature, quite the opposite of the key policy decisions in the Charta Magna; in other words, the values or essential principles attached to the political constitution of the United Mexican States since its promulgation.

Key words: pre-trial detention, constitutional reform, key policy decisions.

“Una vez que el orden constitucional sacrifica su compromiso con la libertad, sacrifica rápidamente todo lo demás”

Michael Ignatieff

I. INTRODUCCIÓN

El presente documento aborda una de las cuestiones concernientes al derecho constitucional que mayor controversia ha generado desde su aparición. La misma, se traduce en la posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales, esto es, que ciertos preceptos o disposiciones introducidas en el texto de la Constitución, como producto de una reforma constitucional, sean, a su vez, contrarios a los valores y principios que ella detente, por lo que, en consecuencia, deban ser tildados de inconstitucionales.

En lo particular, se abunda en el estudio de una de las figuras jurídicas que, desde el inicio de su práctica en nuestro país, ha provocado un intenso debate en la opinión pública y, sobre todo, en el ámbito académico: el arraigo penal. La diversidad de opiniones en torno al mismo puede clasificarse en dos grandes grupos; por un lado, quienes afirman que se trata de una de las medidas más necesarias para hacer frente al combate del delito y, por otro, quienes aseguran que, en realidad, se hace referencia a una figura retrógrada y violatoria de derechos humanos.

Con todo, hoy en día el arraigo penal forma parte de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde el 2008, al ser incluido dentro del artículo 16. Lo anterior, obedeció primordialmente al combate (mal llamado guerra) que, desde el comienzo del actual sexenio, se ha venido librando en contra de la delincuencia organizada, argumentándose, por parte de la autoridad, que tal medida conformará uno de los mayores elementos jurídicos que impulsen la obtención de resultados satisfactorios en dicha encomienda.

Lo que interesa al ensayo que sigue a estas líneas es, entonces, definir si existen normas constitucionales inconstitucionales en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

a partir de la figura del arraigo penal. Para tal efecto, en un primer apartado se desarrolla un concreto examen de los enunciados que componen el precepto 39 constitucional, fundamento filosófico y jurídico de la Carta Magna, con la intención de profundizar en sus premisas, especialmente en lo referente a que todo poder público dimana del pueblo y se instituye para su beneficio.

Aunado a lo anterior, en un segundo capítulo, se exponen las principales características del arraigo penal, la postura que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado sobre éste, así como la manera, condiciones y razones vertidas para que el mismo lograra ser adicionado en la ley constitucional; todo ello, dentro del contexto de la aludida lucha en contra de la criminalidad organizada.

Posteriormente, en un tercer apartado, se lleva a cabo el contraste de la esencia y alcances de la multicitada figura del arraigo penal a la luz del artículo 39 constitucional, con el objeto principal de concluir si, a partir de dicho examen, se coincide o no con la postura que afirma la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, en esta ocasión dentro de la Constitución mexicana. Del mismo modo, se presenta una precisa reflexión respecto de la correlación que debe prevalecer entre la seguridad pública y la vigencia de los derechos humanos en el país.

Finalmente, una vez desahogado el asunto principal, se determina si toda disposición, por cumplir con el procedimiento para reformar la Constitución, debe ser susceptible de formar parte de ella a pesar de que su contenido sea adverso a su esencia. En ese sentido, se propone el papel que, en dicho tema, tendría que jugar el Tribunal Constitucional mexicano; en otras palabras, se procede a definir una postura acerca del control jurisdiccional del aspecto material de la reforma constitucional efectuada por el órgano revisor de la Constitución.

II. LA INSTAURACIÓN DEL PODER PÚBLICO EN BENEFICIO DEL PUEBLO: BREVE ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 39 CONSTITUCIONAL

El artículo 39 representa, sin lugar a dudas, el precepto de mayor relevancia dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Podría decirse, con razón, que se está frente a la “Constitución de la Constitución”, es decir, ante el precepto constitucional del que emanan los demás que integran la Carta Magna y sin el cual, carecería de toda esencia y fundamento que le permitiesen continuar gozando de una efectiva vigencia en nuestro país.

En las siguientes líneas se llevará a cabo un análisis de los enunciados que componen tal disposición con la finalidad de comprender, con mayor profundidad, la naturaleza y sentido del mismo. Dicho cometido se realiza, asimismo, con la intención de efectuar con posterioridad una reflexión en torno a la figura del arraigo (elevado a rango constitucional dentro del artículo 16 desde el 2008) y estar en condiciones de definir, a partir del caso particular, si existen normas constitucionales inconstitucionales en la Constitución mexicana.

Así, en un primer término, el precepto en comento señala expresamente que “*La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo*”. La soberanía ha representado, desde su aparición, un concepto controvertido que ha propiciado profundos estudios y reflexivos debates acerca de su importancia y alcances. Hoy en día, continúa siendo uno de los principios más trascendentes en toda estructura jurídico-política de la organización estatal; sin embargo, conviene puntualizar las dos acepciones que históricamente han surgido alrededor de ella.

En ese sentido, la teoría principal que desarrolla la idea de la *soberanía popular* remite a la máxima obra de Juan Jacobo Rousseau: *El contrato social*.¹ Con base en ella es posible afirmar,

¹Es importante destacar que esta doctrina se vio reflejada en el pensamiento de José María Morelos y Pavón, al afirmar en el célebre *Sentimientos de la Nación*: “La Soberanía dimana inmediatamente del Pueblo”. El documento referido puede hallarse en: www.inehrm.gob.mx/pdf/sentimientos.pdf Consultado el 11 de febrero de 2012.

en términos generales, que la soberanía se traduce en la expresión de la voluntad general que corresponde al pueblo, por lo que cada individuo dispone de una fracción de aquélla. El pueblo es, entonces, el titular del poder soberano sin que pueda hallarse poder distinto que restrinja su ejercicio. Tal poder es inalienable, indivisible e imprescriptible, y permite que el mismo pueblo, a través de su ejercicio, se brinde un orden jurídico determinado así como la estructura social y política que más convengan al bien común.²

Por su parte, la tesis concerniente a la *soberanía nacional*, analizada por Emmanuel Sieyes en su obra: *¿Qué es el Tercer Estado?*, invoca una concepción de soberanía que igualmente reside en el pueblo pero entendido no como un conjunto de hombres concretos, sino como un ente abstracto, estable, con pasado y tradición, de asociados viviendo bajo una ley común y representados por una misma legislatura, a lo que denomina nación. De ese modo, el ejercicio de la soberanía se delega en un cuerpo colegiado de representantes quienes adoptan el derecho de hablar por la nación y decidir quiénes pueden contribuir a formar su voluntad por medio del voto.³

Como se aprecia, el primer enunciado del precepto en estudio incluye y armoniza ambas acepciones, pues en un inicio alude a la soberanía nacional e inmediatamente después advierte que la misma reside esencial y originariamente en el pueblo, nombrando de esa forma la soberanía popular. Este doble aspecto ha sido contemplado, a través de una redacción similar, desde la Constitución de 1857.⁴

Ahora bien, el segundo enunciado de la multicitada disposición enuncia que *"Todo poder público dimana del pueblo y se ins-*

²Cfr. Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, Época, México, 1998, pp. 19-23, 28-31, 99-106.

³Cfr. Sieyes, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, traducción de Marta Lorente Sariñena y Lidia Vázquez Jiménez, Alianza, Madrid, 2008, pp. 92, 96, 103, 108, 139-142.

⁴El texto original de esta norma constitucional puede verse en: www.agn.gob.mx/independencia/Imagenes/index1.php?CodigoReferencia=MX09017AGNCONSTITUCION1857 Consultado el 11 de febrero de 2012.

tituye para beneficio de éste". Lo anterior parte de la premisa que sostiene la imposibilidad de que el pueblo pueda gobernarse a sí mismo de manera colectiva, por lo que es necesario que delegue su poder a órganos que, en su nombre, ejerzan el poder público. Esto es así, en razón de que no sería posible (ni deseable) que cada individuo tomara decisiones y las llevara a cabo por voluntad propia atendiendo a sus propios intereses sin encontrar restricción alguna para ello, lo que innegablemente generaría un caos total.

Por ello, al hablar de poder público es debido concebir el conjunto de órganos en que se encuentra depositada la autoridad de los diferentes poderes del Estado.⁵ Para efectos del presente documento, interesa enfatizar que el poder público detenta su origen en la voluntad popular y que, por lo tanto, su creación y actuar deben dirigirse perennemente al bienestar del pueblo. Esta aseveración constituirá el punto de partida idóneo para analizar y determinar, dentro de un apartado ulterior, si la naturaleza, objetivo y efectos de la figura del arraigo son acordes con lo indicado.

Finalmente, el precepto concluye indicando que "*El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno*". Con ello se reafirma lo asentado en un inicio, pues al residir la soberanía en el pueblo es lógico deducir que goce de la facultad de modificar o alterar la forma de su gobierno, o sea, la modalidad que presenta la organización del gobierno del Estado así como diversos aspectos relativos a la manera de ser del Estado, de entre los que destacan la organización económica, la estructura social, los conceptos ideológicos orientadores o la configuración política de las autoridades.⁶

Una de las cuestiones que mayor disenso ha ocasionado en relación con la interpretación del enunciado previo, tiene

⁵Cfr. De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 33ª ed., Porrúa, México, 2004, p. 411.

⁶Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 14ª ed., Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999, Tomo I, p. 480.

que ver con el método a emplear para que el pueblo efectúe la mencionada alteración o modificación de la forma de su gobierno. Ante tal disyuntiva se han pronunciado un gran número de reconocidos estudiosos del derecho constitucional; desde el procedimiento de reforma constitucional que la misma Carta Magna fija actualmente hasta la vía revolucionaria se han sugerido como la solución idónea para alcanzar dicho objetivo.

Profundizar en este momento sobre este último punto, desviaría la atención del objetivo primario del presente ensayo, por lo que, en consecuencia, me limitaré a afirmar que, a reserva de retornar a este tema con posterioridad, el mecanismo adecuado para realizar dicha modificación tendría necesariamente que, por un lado, situarse dentro de los cauces jurídicos y, por otro, reflejar notoriamente la voluntad popular de emprender tal delicada acción.

Para finalizar este primer apartado, es dable asentar que el precepto 39 constitucional debe ser una guía permanente para la actuación de cualquier autoridad en el entendido de que cuando lleva a cabo sus funciones, su misión principal, toda vez que ha protestado cumplir y hacer cumplir la Constitución, es vigilar que sus determinaciones beneficien al pueblo; suponer lo contrario sería admitir que el mismo pueblo, como titular indiscutible del Poder Constituyente, ha decidido, al constituir un gobierno, obrar en su contra permitiendo que el poder público menoscabe los derechos humanos de sus integrantes.

III. EL ARRAIGO PENAL EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: EL COMBATE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

En nuestro país no se ha producido, desde hace varios años, una declaración de guerra en términos de lo dispuesto por los artículos 73, fracción XII, y 89, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁷ La última ocasión, remi-

⁷Tales artículos advierten lo siguiente: Art. 73.- El Congreso tiene facultad: XII. Para declarar la guerra, en vista de los datos que le presente el Ejecutivo; art. 89.-

te a la Segunda Guerra Mundial en donde las fuerzas armadas mexicanas desempeñaron una función menor y, por fortuna, la población nacional no padeció las desastrosas consecuencias que conlleva un conflicto de esta naturaleza.

A pesar de lo anterior, no es posible ignorar que desde el inicio del actual sexenio quien ejerce la titularidad del Poder Ejecutivo se decidió por utilizar indebidamente la consigna “guerra contra la delincuencia” (siendo desde entonces reproducida por los medios masivos de comunicación y difundida entre la opinión pública) para hacer alusión al combate emprendido contra la delincuencia organizada en aras de erradicar la amenaza que constituye para el Estado mexicano y ordenando, para tal efecto, la intervención de las fuerzas armadas ante el escepticismo de la eficacia de los cuerpos policiacos.⁸

Con la finalidad de lograr el objetivo planteado se impulsaron determinadas modificaciones a la norma constitucional, siendo una de las más trascendentes la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, avocada a sentar las bases para una profunda transformación del sistema penal mexicano a partir de temas como la procuración de justicia, la administración de justicia y la seguridad pública, primordialmente.⁹

Las principales razones vertidas para sustentar tal medida, alegan que para la mayoría de los mexicanos: el problema más importante del país es la inseguridad pública; no existe confianza plena en la prevención de delitos por parte de la policía

Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: VIII. Declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos, previa ley del Congreso de la Unión.

⁸Dicha intervención, que en realidad conforma una tarea de seguridad pública, resulta violatoria de la primera parte del precepto 129 constitucional, que enuncia: “En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”.

⁹Esta reforma constitucional tocó diez artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los cuales: siete corresponden a la materia penal (16-22), uno versa sobre la facultades del Congreso de la Unión (73), uno sobre desarrollo municipal (115) y uno más en materia laboral (123). El texto íntegro de los cambios efectuados se encuentra disponible en: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08_ima.pdf Consultada el 13 de febrero de 2012.

municipal, estatal y federal; los agentes del Ministerio Público no saben investigar y, por lo tanto, integran deficientemente las averiguaciones previas; los jueces son indolentes y en muy pocas ocasiones están presentes en las audiencias; la tasa de impunidad alcanza niveles cada vez más altos, pues 5 de cada 100 delitos son perseguidos y castigados; no se respeta el principio de presunción de inocencia, sino que se es culpable hasta que se demuestre lo contrario; el Ejército debe auxiliar a las policías en el combate a la delincuencia organizada.¹⁰

Así, mediante esta reforma se pretendió manifestar, por parte de los poderes Ejecutivo y Legislativo, la preocupación sobre el deterioro de las condiciones de seguridad pública en buena parte del país. En ese contexto, se llevó a cabo la constitucionalización del arraigo penal (artículo 16, octavo párrafo) cuyo debate ha sido intenso entre quienes consideran que conforma una medida regresiva en materia de derechos humanos y los que aseveran que resulta necesaria en el ánimo de que la autoridad cuente con mayores elementos jurídicos en la lucha contra la criminalidad organizada.

Siguiendo el texto constitucional, el arraigo de una persona podrá ser decretado por la autoridad judicial a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada (entendiendo por ésta una organización de hecho de tres o más personas para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley en la materia), 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 de la acción de la justicia, no pudiendo exceder, en un inicio, los cuarenta días.

El plazo apuntado podrá prorrogarse hasta por otros cuarenta días, siempre que el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que dieron origen a la medida precautoria. Como se aprecia, por mandato constitucional una persona podrá per-

¹⁰Cfr. *Reforma constitucional de seguridad y justicia. Guía de consulta. ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma*, Gobierno Federal, Cámara de Diputados, Cámara de Senadores, México, 2008, p. 8.

manecer arraigada hasta por ochenta días sin que le haya sido resuelta su situación jurídica. En pocas palabras, esta modificación permitirá que la autoridad respectiva detenga a un individuo y entonces después proceda a reunir los elementos suficientes contra quien ya ha sido privado de su libertad, esto es, *detener para averiguar y no averiguar para detener*. Curiosa práctica.

El estudio del arraigo penal no es un tema de reciente aparición en México; durante los últimos años, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha visto obligada a meditar a fondo la naturaleza y alcances de esta controvertida figura. En lo que interesa al presente documento, vale la pena detenerse un momento en conocer, desde una perspectiva general, la postura externada por el máximo tribunal de nuestro país en lo tocante a este asunto.

En tal tesitura, debe mencionarse que inicialmente se formó jurisprudencia en el sentido de que el arraigo no afectaba la libertad personal, sino que solamente vulneraba la libertad de tránsito.¹¹ Empero, con posterioridad surgió un criterio antagónico que sin haber alcanzado la categoría de jurisprudencia sostuvo, en tres ejecutorias, que el arraigo sí permeaba la libertad personal,¹² lo que resultó suficiente para sustentar la contradicción ante el primer criterio denunciada por el Presidente del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, correspondiendo a la Primera Sala de la SCJN resolver para que, sin entrar al estudio de la constitucionalidad del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales por no ser tema de contradicción entre las tesis sostenidas, determinara que la orden de arraigo domiciliario sí afecta la libertad personal.¹³

Del mismo modo, emergieron acciones de inconstitucionalidad que provocaron que, en septiembre de 2005, el Pleno de la Corte considerara que el artículo 122 bis del Código Procesal

¹¹Tesis I 1o.P. J/12, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, enero de 1999, p. 610.

¹²Tesis I.4o.P.18 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, enero de 1999, p. 828.

¹³Tesis 1a./J. 78/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 55.

Penal del Estado de Chihuahua era violatorio de diversas garantías contempladas por la Carta Magna del país, declarando por mayoría de ocho votos la inconstitucionalidad del arraigo domiciliario para retener hasta por 30 días a probables delincuentes en aras de efectuar las investigaciones correspondientes y reunir los elementos de prueba en su contra. En síntesis, se reiteró que esa medida violaba la libertad de tránsito, consagrada en el artículo 11 constitucional, así como la libertad personal prevista en los preceptos 16, 18, 19, 20 y 21 de la misma ley constitucional mexicana.¹⁴

Tal resolución posee efecto obligatorio y declaratorio de invalidez ya que, como se apuntó, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 105 constitucional se dieron los ocho votos necesarios para ello basándose sobre todo en la consideración de que la Constitución mexicana no permitía privaciones de libertad por parte del Ministerio Público por más de 48 horas y hasta 96 horas en casos de delincuencia organizada, lo cual, si bien aludió únicamente a la legislación penal chihuahuense, no constituía impedimento alguno para hacer extensivos tales razonamientos al resto de los códigos penales que, aún en la actualidad, contienen tal medida precautoria.

No obstante lo descrito en líneas precedentes, poco o nada importaron a los poderes Ejecutivo y Legislativo los valiosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con este sensible tema, y en una especie de “revancha política”, decidieron incorporar el arraigo penal en la Constitución federal con el ánimo de que, según su óptica, al formar parte del texto constitucional no fuera posible argumentar que era contrario al mismo, o sea, que la Constitución fuera contraria a sí misma.

En el siguiente apartado se desarrollará una concreta confrontación de la esencia, impacto y efectos de la multicitada figura del arraigo penal, elevado a rango constitucional como producto de una reforma a la Carta Magna, a la luz del artículo

¹⁴Tesis: P. XXII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1170. Tesis: P. XXIII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1171.

39 constitucional (previamente analizado) con el objeto principal de concluir si, a partir de dicho examen, se coincide o no con la postura que afirma la existencia de normas constitucionales inconstitucionales (en esta ocasión, dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

IV. ¿NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES? EL ARRAIGO PENAL A LA LUZ DEL ARTÍCULO 39 CONSTITUCIONAL

Una de las cuestiones que genera mayor controversia dentro del estudio del derecho constitucional, tiene que ver con la posibilidad de que un precepto constitucional, consecuencia de una reforma constitucional, resulte contrario a los valores y principios que la propia Constitución detenta. Por plantearlo en términos distintos, dicho conflicto se centra en la oportunidad de que existan ciertas disposiciones constitucionales que, en razón de su contenido, sean adversas a la Constitución misma y, por lo tanto, se hallen viciadas de inconstitucionalidad.

En comparación con otros temas, pocos son los autores que han decidido entrar al estudio del fondo de este asunto, pues no se desconoce que representa un tema realmente delicado, complejo y álgido en varios sentidos. Asentir que la Constitución (norma suprema para muchos) contiene preceptos opuestos a ella misma no puede provenir de un pensamiento ambiguo, estéril, sin fundamentos; por el contrario, requiere de una seria reflexión que construya argumentos sólidos y precisos encaminados a sustentar tal aseveración.

La Constitución mexicana, siguiendo el modelo de otros textos semejantes, se integra por dos grandes tipos de normas: las concernientes a los derechos de toda persona que se encuentre dentro del territorio nacional (sección dogmática), y las relativas a la organización de los poderes públicos así como a su ámbito de competencia (sección orgánica).¹⁵ En ambas, se iden-

¹⁵Cfr. Carbonell, Miguel, *Dilemas de la democracia constitucional*, H. Cámara de Diputados-LX Legislatura, Comisión Estatal de Derechos Humanos-Aguascalientes,

tifican *principios o decisiones políticas fundamentales* establecidas previamente por el titular del Poder Constituyente, es decir, el pueblo en la democracia, las cuales conforman la esencia de la Constitución y, a su vez, la dotan de validez; son decisiones políticas concretas que diseñan la forma política de ser del pueblo y representan el supuesto básico para todas las ulteriores normaciones, por lo que solamente el mismo pueblo podrá alterarlas y no un órgano constituido.¹⁶

Luego entonces, estas decisiones se consolidan como aquellas que cimientan el sistema constitucional mexicano en su conjunto, de entre las que es debido mencionar: la soberanía popular, la cual conlleva implícita la soberanía nacional (art. 39); la instauración de una República representativa, democrática y federal (art. 40); la división de poderes (art. 49); el reconocimiento y protección de derechos individuales y sociales (arts. 1, 3, 4, 6, 7, 9, 27, 123, por revelar algunos indistintamente); la rectoría del Estado sobre el desarrollo nacional (art. 25); la separación entre el Estado y las Iglesias (art. 130), principalmente.¹⁷

Pretender modificar sustancialmente alguna de ellas a través del procedimiento de reforma constitucional tendría que ser rechazado al conformar éstas, como se ha apuntado, los principios y valores que individualizan y fundamentan el orden constitucional mexicano, los que al ser instituidos por el Poder Constituyente se traducen en límites implícitos respecto del actuar del órgano revisor o poder reformador de la Constitución, integrado por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados.

Asimismo, tales decisiones se traducen en las directrices jerárquicamente superiores para presidir la interpretación del ordenamiento jurídico, comenzando por la Constitución misma. En consecuencia, cualquier interpretación del texto cons-

Miguel Ángel Porrúa, México, 2009, pp. 11 y 12.

¹⁶Cfr. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 1982, pp. 45-48.

¹⁷Cfr. De la Madrid Hurtado, Miguel, *Constitución, Estado de derecho y democracia*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 92.

titucional deberá realizarse atendiendo, en todo momento, las decisiones políticas fundamentales, de entre las que se identifica la soberanía en su doble aspecto.¹⁸

Por ello, las normas que al ser incorporadas formalmente a la Constitución deriven violatorias de tales decisiones deben ser consideradas como inconstitucionales. En ese supuesto se encuadra claramente el artículo 16 que contempla la ya analizada figura del arraigo penal en nuestro país; su permanencia en la ley constitucional no debe tolerarse más, pues, a la luz de su naturaleza, contradice notoriamente la máxima de que todo poder público se instituye para beneficio del pueblo (cuestión inherente a la vigencia y protección de los derechos humanos), como lo reafirman los argumentos que a continuación se expresan.¹⁹

En primer lugar, la incorporación del arraigo penal en un modelo procesal acusatorio y oral como el propuesto por la reforma constitucional de 2008, dentro de cuyos principios generales, previstos en el artículo 20 constitucional, se establece que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos y proteger al inocente, sobre todo si se presume la inocencia de todo imputado mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa, hace por demás evidente una antinomia entre tal modelo y la figura del arraigo.

Así, en cualquier paradigma que se diga ser de tipo procesal acusatorio, no tendrá cabida un acto privativo de libertad que permea drásticamente contra el principio de presunción de inocencia, o que más bien, es acorde a un principio de presunción

¹⁸Cfr. García Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1982, pp. 97-99.

¹⁹Este razonamiento no ha sido compartido por la SCJN, ya que ha manifestado que “la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás (por lo que) la Constitución no puede ser inconstitucional (...) ninguna de sus disposiciones puede ser considerada inconstitucional (...) la Constitución únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con los procedimientos que ella misma establece”. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, vol. 39, Primera Parte, p. 22; Tesis: XXXIX/90, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. V, Primera Parte, enero a junio de 1990, p. 17.

de culpabilidad característico de un sistema inquisitivo. Esta grave contradicción afecta la estabilidad del sistema penal, pues al no permitir siquiera que el individuo goce del derecho a una adecuada defensa o a aportar pruebas a su favor, se aleja de un verdadero modelo penal garantista propio de un Estado democrático de derecho.

Se dice, por parte de la autoridad, que al elevar a rango constitucional la figura del arraigo se “acabará con una práctica común de abogados de delincuentes peligrosos, que alegan violación de la Constitución y obtienen la libertad de sus defendidos”. También se advierte que el mandato constitucional se circunscribe únicamente a casos de delincuencia organizada y que, quienes nos pronunciamos en contra de tal figura, ignoramos la verdadera peligrosidad de tal criminalidad organizada, no sólo en México sino en el mundo entero; este tipo de medidas, según las mismas autoridades, coadyuvarán a prevenir el daño que se podría derivar de no ser tomadas en cuenta, ya que de no hacerlo, el juicio estaría predestinado a fracasar.²⁰

Como se aprecia, la estrecha visión que pretende justificar dicha adición constitucional nada abunda sobre el riesgo que implica respecto de los derechos humanos. Parecería, entonces, que quienes presuntamente forman parte de bandas de delincuencia organizada merecen un trato completamente diferente al de otros presuntos delincuentes, lo cual nos dirige a la prevalencia de la doctrina del derecho penal del enemigo que pugna por un tratamiento distinto a la generalidad, una especie de discriminación conforme a la cual se debe separar el derecho penal de los ciudadanos del *enemigo*, cuyo fin es su exclusión mediante la imposición de ciertas reglas radicales.

Dentro de tales reglas, sobresale la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico en cuya hipótesis el sujeto enemigo se personaliza en razón de su ocupación, en este caso, de la delincuencia organizada. Igualmente, se inclina por una relativización o flexibilización de los derechos humanos, obligando a los particulares a sacrificar ciertos ámbitos de su

²⁰Cfr. *op. cit.*, nota 10, pp. 6 y 7.

libertad para dotarlos de una aparente seguridad, lo que surge inconcebible en un Estado democrático de derecho. Este tratamiento es el que parece darle la legislación mexicana a las prácticas del arraigo penal, que no encuentran un sólido respaldo que las armonice con un modelo penal netamente garantista.²¹

En mi opinión, la instauración del arraigo penal en la Constitución federal en realidad deriva de la ineficacia de la investigación ministerial así como de la actividad de inteligencia policial. Las autoridades encargadas de la prevención, investigación y persecución del delito han tratado de acreditar, con notable insistencia, que los pobres resultados obtenidos en el ejercicio de sus funciones responden a la falta de herramientas legales que les permitan desarrollar a cabalidad las mismas, pues las vigentes no son suficientes para hacer frente a la cada vez más poderosa criminalidad organizada. En otras palabras, es, según ellas, responsabilidad del legislador la baja efectividad de sus acciones a partir de disposiciones jurídicas “poco propicias” para emprenderlas con efectos satisfactorios.

Existen miles de ciudadanos sumamente afectados por la desmedida violencia generada en torno al combate contra la delincuencia organizada; ello, sin duda, es lamentable y preocupante, pero, asimismo, estoy convencido de que existe una enorme confusión al contraponer la seguridad pública y los derechos humanos. Los derechos humanos no son “obstáculos jurídicos” cuya limitación o desconocimiento pueda dar como resultado una mejor procuración de justicia y, por lo tanto, incrementar los niveles de seguridad pública; lo que en verdad entorpece el trabajo de las autoridades es la corrupción y la poca preparación reflejada en su actuar.

Nadie podría refutar que la delincuencia organizada conforma un lacerante problema para el Estado democrático de derecho en nuestro país; empero, ello no puede excusar que se siga una es-

²¹Cfr. Orozco Solano, Víctor, “Breves notas sobre el derecho penal máximo o del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, año XV, 2009, pp. 434-436.

trategia que no atienda la importancia que, para el mismo Estado, representan los derechos humanos. Cualquier persona que presuntamente ha delinquido tiene derecho a un debido proceso, a que presente pruebas a su favor y sean valoradas conforme a derecho, a ser tratado como inocente en tanto no se demuestre lo contrario, lo cual se debe seguir garantizando sin vacilación alguna.

Dejar de lado la vigencia y observancia de los derechos humanos no puede vislumbrarse, a la luz de la interpretación del artículo 39 constitucional, como un acto en beneficio del pueblo. Autoridades responsables y comprometidas con el bienestar de éste no pueden plantear de ningún modo tal clase de alternativas que no resolverán el problema de raíz; de hacerlo, se estaría condenando la viabilidad del Estado al optar por la negación de la protección de los derechos humanos.

Para concluir este apartado se debe precisar que, partiendo de un análisis del precepto 39 constitucional, es dable reiterar que la figura del arraigo penal es evidentemente antagónica al actuar del poder público en beneficio del pueblo. Una figura encaminada a la privación anticipada de la libertad hasta por 80 días, sin que existan los elementos suficientes para ello, es violatoria de distintos derechos de la persona. Medidas como ésta no pueden ser compaginables con un Estado constitucional de derecho, pues ni siquiera ante un enorme desafío como es el del crimen organizado debe permitirse el recorte de nuestras libertades; aquéllas que tanto han costado conquistar y defender a lo largo de nuestra historia.

V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES

En estrecha vinculación con lo apuntado, otra de las cuestiones que merece analizarse radica en la posibilidad de que toda disposición, por cumplir con el procedimiento señalado en la Constitución para su reforma, pueda ser incorporada en la misma a pesar de que vaya en contra de las aludidas decisiones políticas fundamentales.

En lo que toca al arraigo, los responsables de su adhesión a la ley constitucional supusieron que a pesar de haber sido considerada como una medida inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al incluirla en la Constitución dejaría de serlo. Bajo esta línea de pensamiento (en exceso simplista, desde mi punto de vista), ante toda figura señalada como inconstitucional por el Tribunal Constitucional del país, bastaría con abusar del procedimiento de reforma para introducirla a la Constitución en un ejercicio carente de respeto por la división y el equilibrio de poderes en el Estado mexicano.

La reforma constitucional no es un ejercicio simple, las propuestas de cambio que se presenten, antes de efectuarse, demandan un productivo intercambio de ideas en torno a su conveniencia para lo cual se necesita de una visión general de las condiciones que guarda el Estado mexicano, así como de un profundo conocimiento de las consecuencias que acarrearían en relación con el bienestar del pueblo. En caso contrario, como atinadamente sintetiza Giovanni Sartori, cuando no se sabe a bien qué es lo que debe cambiarse de la norma constitucional y cómo hacerlo se ocasiona que “las reformas realizadas lleven la huella de reformadores muy incompetentes”.²²

En este último capítulo, se desarrollará una reflexión en torno al papel que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional, tendría que ejercer en lo tocante a las normas constitucionales inconstitucionales. Así pues, se fijará una postura referida al control jurisdiccional de la reforma constitucional en nuestro país, definiendo si, en este caso, se podría vigilar el contenido material de la misma, efectuada por el órgano revisor de la Constitución.

En su más reciente interpretación, la propia Corte ha señalado que el poder reformador de la Constitución debe respetar las normas del procedimiento de reforma contenidas en la misma ley constitucional, ya que de no hacerlo es posible ejercer medios de control constitucional ante una presunta violación de

²²Cfr. Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, traducción de Roberto Reyes Mazzoni, 3ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 12.

ellas. Aunque su pronunciamiento se centró en las violaciones a las formalidades del precepto 135 constitucional, bien puede entenderse como un valioso inicio para lograr que tales medios de control procedan en contra del aspecto material de las reformas constitucionales que vulneren las multicitadas decisiones políticas fundamentales.²³

En este contexto, estimo que la supremacía de las decisiones políticas fundamentales constituiría un límite efectivo, infranqueable, ante cualquier nocivo exceso de las mayorías parlamentarias que pudieran dañar los derechos humanos, los que se deben colocar fuera del alcance de éstas así como de cualquier interés político o económico que pudiese perjudicarlos. Si ello implica que deban declararse como inconstitucionales determinados artículos constitucionales, tendría que hacerse.

Defender la posibilidad de que ciertos preceptos del texto constitucional sean inconstitucionales significa tomarse la Constitución en serio, entenderla como algo más que un simple conjunto de disposiciones jurídicas escritas, o sea, que en ella predominan valores y principios inalterables a los cuales no pueden existir contrarios que se les opongan porque estarían afectando la propia esencia de la Constitución. Luego entonces, se estaría invocando un enfoque superior al positivismo, al concepto de Constitución en sentido puramente formal, abriendo la posibilidad de la inconstitucionalidad de una reforma constitucional en su aspecto material.

Ya se ha precisado que dichas decisiones fueron establecidas por el Poder Constituyente al dotarse el pueblo de una Constitución, por lo que admitir que sean modificadas o afectadas por un órgano constituido, como lo es el órgano revisor de la Constitución, sería situar en un mismo nivel a ambos órganos, lo cual es incorrecto.

El Poder Constituyente se caracteriza, en término generales, por contar con las siguientes particularidades: a) su titular

²³Tesis: P.LXXVI/2009, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 15.

¿NORMAS CONSTITUCIONALES INCOSTITUCIONALES?

es el mismo titular de la soberanía: el pueblo; b) se ejerce en función inmediata de la soberanía que reside en el pueblo, el cual no puede desprenderse de esta potestad; c) es un poder de origen; d) es el poder creador de todo el orden jurídico; e) es, en principio, un poder ilimitado pues habrá de respetar los derechos humanos en aras de una Constitución democrática; f) su función se ciñe en darse una Constitución y, en su caso, reformarla a través de referendos.²⁴

Por su parte, los poderes constituidos, como lo es el órgano revisor de la Constitución, se identifican como sigue: a) derivan de la Constitución; b) son creados por el propio Poder Constituyente en la Constitución; c) poseen diversas funciones, las cuales se encuentran especificadas en la propia Constitución; d) son, por naturaleza, órganos limitados por la norma constitucional.²⁵

Una vez manifestado lo anterior, existen condiciones suficientes para responder si es posible que el Tribunal Constitucional pueda controlar una reforma constitucional en su aspecto material, aprobada por el órgano revisor de la Constitución. Partiendo de la función central del primer órgano es factible advertir que sí se puede efectuar ese control, pues si ella consiste en proteger la Constitución, cuanto más la serie de valores y principios que le dan tal calidad, esto es, las partes que configuran el núcleo legitimador de todo el sistema; de otro modo se estaría aceptando que el órgano revisor de la Constitución carece de límites, de todo control, actuando como un auténtico Poder Constituyente.

A decir de Otto Bachof, la inconstitucionalidad de las normas constitucionales, producto de una reforma constitucional, es un asunto que no puede ser excluido del control jurisdiccional con la intervención del Tribunal Constitucional, ya que cae

²⁴Cfr. Carpizo, Jorge, "El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, nueva serie, año XLII, núm. 125, mayo-agosto 2009, pp. 393 y 394.

²⁵*Idem.*

dentro de una de sus funciones consustanciales como defensor de la Constitución.²⁶

No se desconocen los riesgos que, con razón, se podrían suscitar al colocar en una posición superior al Tribunal Constitucional respecto del órgano revisor de la Constitución, transitando a lo que no pocos juristas han apuntado como el “gobierno de los jueces”. Tal inquietud es legítima, pero atendiendo al presente estudio, no es compartida, pues proteger las decisiones políticas fundamentales incrustadas en la Constitución debe ser, sin lugar a dudas, una de las principales acciones del Tribunal Constitucional mexicano como órgano especializado en la materia y custodio de la ley constitucional.

Lo que se pretende no es dotar de facultades desmedidas al Tribunal Constitucional, sino que actúe a favor de que la Constitución continúe siendo una norma efectiva, congruente, que siga una línea garantista y protectora de derechos humanos; la forma de lograrlo consistirá en combatir jurídicamente y expulsar de ella normas como la que prevé el arraigo penal, las que afectan severamente la esencia de la Carta Magna así como los derechos de los gobernados y, asimismo, evitar que en un futuro se produzca la incorporación de otras similares.

Así pues, la Suprema Corte de Justicia de la Nación necesita vigorizar su actuar frente a las normas constitucionales inconstitucionales, manteniendo y reiterando su dicho de inconstitucionalidad de ciertas figuras sobre todo si, posteriormente, son incluidas en la Constitución. Tal órgano deberá estar a la altura de la responsabilidad que lo anterior conlleva y no verse influenciado por intereses externos que lo desvíen de un desempeño independiente e imparcial, apegado a derecho y cuyo único compromiso sea con la norma constitucional y el beneficio del pueblo.

Finalmente, resta proponer el mecanismo mediante el cual, en mi opinión, pudieran ser modificadas o alteradas las decisiones políticas fundamentales. Me parece que dicha encomienda

²⁶Cfr. Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, traducción de Leonardo Álvarez Álvarez, Palestra, Lima, 2008, pp. 20 y 21.

tendría que llevarse a cabo, necesariamente, a través del referéndum, siendo el pueblo (titular indiscutible del Poder Constituyente) quien apruebe o repruebe el contenido de un proyecto de reforma constitucional, por lo que una vez cumplido el procedimiento que demanda el artículo 135 constitucional, dicho proyecto tendría que someterse al voto popular (en los términos que para tal efecto sean fijados en ley).

Con base en este nuevo mecanismo estimo que, por un lado, se combatiría la nociva práctica de reformar la Constitución constantemente y, por otro, se mejoraría en gran medida el pensamiento democrático que tanta falta hace en nuestro país. Sin embargo, se debe apuntar que inclusive en tratándose de este instrumento, los derechos humanos no podrían estar a disposición de ninguna mayoría, ni siquiera de la unanimidad, por lo que tendría que partirse de la idea de que los mismos se hallan asegurados en una especie de “esfera de lo indecible”²⁷ o “coto vedado”.²⁸

VI. CONCLUSIONES

Una vez desarrollado el cuerpo del presente documento, se procede a formular las siguientes conclusiones:

- a) El artículo 39 constitucional conforma el fundamento filosófico y político de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En su contenido, se vislumbra claramente el concepto de soberanía en su doble aspecto: nacional y popular. Con base en el mismo, es debido comprender que al residir ella en el pueblo, todo poder público dimana del mismo y, en consecuencia, se instituye en be-

²⁷Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2006, p. 24.

²⁸Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, “El consenso democrático: fundamento y límites del poder de las minorías”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM-Fontarama, México, núm. 12, abril 2000, pp. 20-24

neficio de éste; de lo contrario, se estaría admitiendo que el pueblo ha decidido actuar en contra de sí mismo.

b)El combate a la delincuencia organizada ha propiciado el advenimiento de diversas medidas jurídicas con la finalidad de elevar los niveles de seguridad pública en nuestro país. En ese orden de ideas, se adicionó, mediante reforma constitucional del 18 de junio de 2008, el arraigo penal en la norma constitucional mexicana en aras de contar con más y mejores herramientas jurídicas para hacer frente a dicha situación.

c)La Suprema Corte de Justicia de la Nación, durante los últimos años, se ha pronunciado en determinadas ocasiones sobre la naturaleza del arraigo penal, señalando que resulta violatorio de distintas libertades garantizadas por la Carta Magna e inclusive tildándolo de inconstitucional en lo que respecta al estado de Chihuahua, en septiembre del 2005.

d)Dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es posible identificar, en su sección dogmática así como en la orgánica, distintos *principios o decisiones política fundamentales* establecidas por el Poder Constituyente, los que forman la esencia misma de la ley constitucional así como las directrices superiores para presidir su propia interpretación y la del ordenamiento jurídico en general. De entre ellos, destaca la soberanía en su doble acepción.

e)El arraigo penal es contrario a la máxima contenida en el artículo 39 constitucional: “todo poder público se instituye para beneficio del pueblo”; su práctica implica la violación de derechos humanos, los cuales poseen estrecha vinculación con el bienestar del pueblo. Asimismo, resulta incompatible con un modelo procesal acusatorio y oral, garantista, pues no permite que, durante la privación de la libertad, el individuo goce a una defensa adecuada, que se

respete su principio de inocencia, ni que ofrezca pruebas en su defensa, entre otras cuestiones.

f) En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sí existen normas constitucionales inconstitucionales; la que contempla el arraigo penal es un claro ejemplo de ello con base en la contradicción señalada.

g) El aspecto material de una reforma constitucional sí puede ser controlado jurisdiccionalmente, siendo el Tribunal Constitucional quien lleve a cabo tal importante actividad al constituir la defensa de la Constitución una de sus responsabilidades primordiales.

h) Hoy en día, necesita vigorizarse la función de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional, en relación con las normas constitucionales inconstitucionales, la cual debe consistir en combatir y expulsar tales disposiciones de la Carta Magna así como evitar que en un futuro se produzca la incorporación de otras similares.

Recibido: 23-03-2012
Aprobado: 31-05-2012