



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DEL ESTADO DE MÉXICO**



FACULTAD DE DERECHO

**ARRAIGO VIOLA EL DERECHO HUMANO DE
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

TESIS

**PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO**

PRESENTA:

LIC. HÉCTOR ABASOLO GARCÍA

COMITÉ TUTORIAL:

TUTOR ACADÉMICO:

DR. C.P. RAÚL HORACIO ARENAS VALDÉS

ADJUNTOS:

DR. D. ALEJANDRA FLORES MARTÍNEZ

DR. D. RAFAEL SANTACRUZ LIMA

TOLUCA, ESTADO DE MÉXICO, DICIEMBRE 2019.

INTRODUCCIÓN.

Luego de la Reforma Constitucional de 18 de junio de 2008 en torno a la modernización del Sistema de Justicia Penal en México, se reformaron diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que permitirán un proceso de naturaleza acusatoria. En relación al proceso, el apartado A del artículo 20 constitucional comprende el diseño y las reglas generales del proceso penal en sus distintas fases, investigación sometida a control judicial, etapa de preparación de juicio oral, y audiencias que requieren contradicción, entre otros. Los apartados B y C prevén, respectivamente, los derechos de la persona imputada, y los de la víctima u ofendido.¹ En relación a los derechos del imputado, la propuesta en el apartado B, reconoce expresamente el derecho a la presunción de inocencia.² Por otra parte el párrafo octavo del artículo 16 establece la figura del arraigo; al establecer la procedencia, la forma y términos en sé que autorice esta medida cautelar tratándose de delitos de delincuencia organizada; del precepto en cita en el párrafo decimocuarto se establece la figura del juez de control, cuya función es resolver en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados.³ Así las cosas como ha quedado de manifiesto por lo que respecta a los derechos del imputado en el artículo 20 apartado B. De los derechos de toda persona imputada en su fracción primera refiere a la presunción de inocencia, al sostener: “a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”. Posterior a la Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal en México, en materia de derechos humanos, el 10 de junio de 2011 se publica en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁴

La implementación de un nuevo paradigma, en junio de 2008, de corte acusatorio, oral y adversaria nos ha permitido en México enfrentarnos a una forma diferente de justicia penal, o por lo menos, no como lo conocíamos; las cual ha generado una forma de interpretar los principios constitucionales y las reglas desarrolladas en el Código Nacional de Procedimientos Penales. Lo anterior, nos establece que la academia y la investigación deben ir de la mano, con la firme intención de contribuir de manera novedosa en la generación de un nuevo conocimiento. Es una reforma tan profunda, que implica cambios en la cultura jurídica, es entendible que haya

¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. “del sistema Inquisitorio al Moderno sistema Acusatorio en México. edit. Color, S.A de C.V., México D.F., 2011. p.561.

² *Ibidem*. p. 562

³ Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Párrafos octavo y décimo cuarto.

⁴ Publicado en el Diario Oficial de La Federación del 10 de junio de 2011

escepticismo, dudas y resistencia al cambio, por ello, resulta importante detectar áreas de oportunidad y lecciones que deben ser aprendidas para desarrollar todo el potencial del nuevo sistema y evitar dificultades y sesgos que impidan lograr los objetivos planteados y las expectativas sociales sobre la reforma.⁵ En síntesis, se consideró establecer un nuevo sistema que responda a la necesidad de llevar a cabo una reforma integral y de fondo (sustantiva) en materia de justicia penal en México. Ello, en reconocimiento a que las leyes han sido rebasadas por el fenómeno delictivo, por ende, adecuarlas y contar con instrumentos jurídicos para combatir con éxito a la delincuencia, la cual genera impunidad e inseguridad jurídica. Sin embargo, ello no debe violentar los derechos fundamentales establecidos, tanto en nuestra constitución como en los instrumentos internacionales.⁶ Por lo que respecta a la reforma en materia de derechos humanos. En su conjunto, las normas reformadas delimitan un nuevo paradigma en el constitucionalismo mexicano, porque, por un lado, introducen al concepto de los derechos humanos como eje central de la articulación estatal (sustituyendo la figura arcaica de las “garantías individuales”) y, por el otro, incorporan como normas de máximo rango en el ordenamiento jurídico mexicano las disposiciones en materia de derechos de origen internacional. De esta manera, imponen una nueva exigencia a los actores políticos de todos los niveles para transformar a la realidad en clave democrática y constitucional.⁷ Considero que es importante visualizar que con la reforma del 18 de Junio de 2008 en materia de justicia penal en México, aunado a la de 10 de junio de 2010 en materia de derechos humanos, resultan ser trascendentales para que las estructuras del Estado respondan en forma adecuada al problema social que representa la comisión de los delitos, y que estos sean castigados mediante el Derecho Penal; pero por otro lado la reforma en materia de derechos humanos implica una doble tarea para el Estado, no solamente en castigar los delitos sino que también dentro del marco legal, respetar los derechos humanos contenidos en La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano es parte. No solamente en el fuero común sino que también en el fuero federal y sobre todo tratándose de la delincuencia organizada, respetando el derecho humano constitucional de presunción de inocencia, como principio fundamental del nuevo Sistema Acusatorio y Oral en materia de justicia penal en el Estado mexicano.

⁵ ZEPEDA LECUONA, Guillermo. Citado por DR. En D. Rafael Santacruz Lima. Coordinador Reflexiones a la Justicia Penal y Seguridad Pública en México. 1ª. ed. 2017. P. 11.

⁶ Aguilar López Miguel Ángel Presunción de Inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, A.C., División Editorial. 2ª. ed. México 2009. Págs. 30-31.

⁷ Coordinadores Miguel Carbonell, Pedro Salazar. La Reforma Constitucional de derechos Humanos. Un Nuevo Paradigma. Edit. Porrúa. S.A de C.V. México D.F. 1ª. ed. 2012. P. XI

La reforma en materia de justicia penal es sin lugar a dudas una tarea de enorme envergadura para la actuación del Estado, misma que para su implementación requiere de un enorme esfuerzo, por parte de los operadores de este; de ser así el nuevo sistema de justicia penal en México, contará con proceso penal más justo, más eficiente y desde luego más expedito.

El presente trabajo de investigación para su estudio se encuentra dividido en cuatro capítulos; en el capítulo primero se analiza la reforma por el que se modifica la denominación del capítulo primero, título primero y reforma a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos; en el segundo capítulo las medidas cautelares, el papel del Juez de Control respecto a la solicitud de las mismas, sobre todo la creación de los Jueces Federales Penales especializados, en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones; en el Tercer capítulo se analiza lo referente a la medida cautelar del arraigo tratándose de delincuencia organizada, con las modalidades de tiempo que la ley señala. Y finalmente el capítulo cuarto que se relaciona con el análisis y estudio del derecho humano de la presunción de inocencia, contemplada en la fracción primera apartado B del artículo 20 de nuestro Pacto federal, del cual se realiza un análisis del papel que desempeña en el nuevo sistema de corte acusatorio y oral como nuevo modelo de justicia penal en el Estado mexicano.

Del contenido del presente trabajo de investigación se podrá observar que todos los puntos han sido comentados por estudiosos de los derechos humanos que han dedicado arduas horas al tema de investigación; así como destacados tratadistas en materia penal, tanto nacional como de otros países; se citan preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; disposiciones contenidas en el Código Nacional de Procedimientos Penales; criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tratados Internacionales en materia de derechos Humanos de los que el Estado mexicano es parte, así como organismos internacionales en materia de derechos humanos. Es posible que el presente trabajo de investigación no resuelva todas y cada una de las dudas que sobre el particular se presentan, la finalidad de la presente investigación radica en ofrecer un contenido elemental de aquellos conocimientos respecto a los derechos humanos, las medidas cautelares, el arraigo y la presunción de inocencia, temas relacionados con el nuevo paradigma en materia de justicia penal en el Estado mexicano; la probable utilidad que proporcione el presente trabajo, va encaminada a dotar de una visión de conjunto que, ayude a discernir correctamente frente a situaciones respecto al tema que trata solo aspectos del arraigo frente al derecho humano de presunción de inocencia.

Bien quiero de modo optimista pensar que la lectura del presente trabajo de investigación llegue a servir en el sentido en que se indica, de ser así tendré la

satisfacción de haber cumplido con una de mis metas la elaboración de mi tesis para obtener el grado de maestro en Derecho.

LIC. HÉCTOR ABASOLO GARCÍA.

Aspirante a obtener el grado de Maestro en Derecho por la UAEM.

ÍNDICE.

PAG.

INTRODUCCIÓN.-----1.

CAPÍTULO I.

DERECHOS HUMANOS.

1.1. Marco Normativo y regulatorio. Decreto por el que reforma la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 10 de junio del año 2011.----- 8.

1.2. Los Derechos Humanos.----- 10.

1.3. Tratados Internacionales marco normativo y regulatorio.----- 16.

1.4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos.-----23.

1.5. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.----- 26.

1.6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. ----- 28.

1.7. Las Garantías para la protección de los Derechos Humanos.----- 30.

1.7.1. El Juicio de Amparo. ----- 30.

1.7.2. La Acción de Inconstitucionalidad.----- 32.

1.7.3. Comisión Nacional de Derechos Humanos Artículo 102 inciso B. de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos.----- 35.

1.8. Principios de Interpretación de los Derechos Humanos. ----- 39.

1.8.1. Interpretación Conforme. ----- 39.

1.8.2. Interpretación Pro-personae.-----40.

1.8.3. Principios de optimización interpretativa de los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.----- 42.

1.8.3.1. a). Promover; b). Respetar; c). Proteger y; d) Garantizar.-----42.

1.8.3.2. a). Universalidad; b).interdependencia; c).indivisibilidad y, d).-progresividad.----- 44.

1.8.4.- Obligaciones del Estado en materia de Derechos Humanos. a).-Prevenir; b).- investigar; c).- sancionar, y d).- reparar. ----- 46.

CAPÍTULO II.

MEDIDAS CAUTELARES.

2.1.- Marco normativo y regulatorio reforma constitucional en materia de medidas cautelares de 18 de junio de 2008.-----	49.
2. 1.1. El Juez de Control.-----	49.
2.2. Naturaleza jurídica de las medidas cautelares.-----	51.
2.3. Concepto de medidas cautelares.-----	54.
2.4. Finalidad de las medidas cautelares.-----	56.
2.5. Clasificación de las medidas cautelares.-----	59.
2.6. El Juez Federal Penal Especializado en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones, frente a la medida cautelar del arraigo.-----	63.

CAPÍTULO III.

EL ARRAIGO.

3.1. Marco constitucional y legal del arraigo como medida cautelar, respecto de la reforma en materia de justicia penal de 18 de junio de 2008.-----	71.
3.2. Concepto de arraigo.-----	73.
3.3. El arraigo antes de la reforma de 18 de junio de 2008. En materia de justicia penal.-----	75.
3.4. Arraigo su finalidad.-----	78.
3.4.1. Modalidades de lugar y tiempo que la ley señale. -----	79.
3.4.2. El arraigo necesario para el éxito de la investigación.-----	82.
3.5. Arraigo tratándose de delitos de delincuencia organizada. -----	86.
3.6. Arraigo como medida cautelar pre procesal excepcional. -----	91.
3.7. Arraigo y los derechos humanos violados.-----	93.

3.7.1. Párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.-----	94.
3.7.2. Las formalidades esenciales del procedimiento y garantía de audiencia.---	96.
3.7.3. Artículo 20 apartado B. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los derechos de toda persona imputada.-----	99.
3.7.3.1. Derecho a la presunción de inocencia.-----	99.
3.7.3.2. Derecho a guardar silencio. -----	100.
3.7.3.3. Información.-----	101.
3.7.3.4. Oportunidad de ofrecer pruebas.-----	105.
3.7.3.5. Derecho a una defensa adecuada.-----	107.
3.7.3.6. Defensa adecuada e información del proceso para la defensa.-----	109.

CAPÍTULO IV.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

4.1. Marco normativo y regulatorio de la presunción de inocencia artículo 20 inciso B. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. -----	112.
4.2. Presunción de inocencia, concepto, su composición.-----	115.
4.2.1. Principio del debido proceso legal.-----	119.
4.2.2. Principio acusatorio.-----	123.
4.2.3. Presunción de inocencia alcances, límites y, repercusión tanto procesal como sustantiva. -----	125.
4.2.4. Presunción de inocencia como regla probatoria y, como regla de juicio.---	129.
4.2.5. El arraigo, interpretación conforme, principio pro personae y, presunción de inocencia.-----	133.
 CONCLUSIONES.-----	 142.
BIBLIOGRAFIA.-----	148.

CAPÍTULO. I.
DE LOS DERECHOS HUMANOS.

1.1. MARCO NORMATIVO Y LEGAL, DECRETO POR EL QUE SE MODIFICA LA DENOMINACIÓN DEL CAPÍTULO I DEL TÍTULO PRIMERO Y REFORMA DIVERSOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PROMULGADA EL 10 DE JUNIO DEL AÑO 2011.

DOF: 10/06/11.

DECRETO por el que se modifica la denominación del capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. _____

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.

FELIPE DE JESÚS CALDERÓN HINOJOSA; Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que la Comisión Permanente del Honorable congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente:

DECRETO.

LA COMISIÓN PERMANENTE DEL HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN, EN USO DE LA FACULTAD QUE LE CONFIERE EL ARTÍCULO 135 CONSTITUCIONAL Y PREVIA LA APROBACIÓN DE LAS CÁMARAS DE DIPUTADOS Y SENADORES DEL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ASÍ COMO LA MAYORÍA DE LAS LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS.

DECLARA.

SE APRUEBA EL DECRETO POR EL QUE SE MODIFICA LA DENOMINACIÓN DEL CAPÍTULO I DEL TÍTULO PRIMERO Y REFORMA DIVERSOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

ARTÍCULO ÚNICO.- Se modifica la denominación del Capítulo Primero del Título Primero; el primero y quinto párrafos del artículo 1º; el segundo párrafo del artículo

3º; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102; y el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105; la adición de los nuevos párrafos, segundo y tercero, al artículo 1º; y recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11, los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden y los nuevos párrafos quinto, octavo, y décimo primero, recorriéndose los actuales en su orden, al artículo 102 del Apartado B; todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 1º.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.¹

Al respecto refiero; se aprobó la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011. Respecto del Título Primero, Capítulo I. “De los Derechos Humanos y sus Garantías” se trata por su contenido, sentido y alcance de una reforma normativa que contrasta en forma radical con la realidad, es una reforma prometedora y que aspira a consagrarse por su contenido a la realización efectiva de las prerrogativas para el desarrollo integral de la persona. En su conjunto, los preceptos reformados

¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de Junio de 2001.

conducen a delinear un nuevo paradigma en el constitucionalismo del Estado mexicano; por un lado introducen en su contenido el concepto de derechos humanos como parte central de la articulación, sustituyendo el concepto de “garantías individuales”; por otro lado, la reforma en comento, incorpora como norma de máximo rango constitucional en el ordenamiento jurídico mexicano a los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte. De esta forma, imponen una nueva exigencia a las autoridades de los tres niveles, para llevar a cabo una transformación a la realidad como eje toral democrático y constitucional.

La reforma en comento contiene cambios sustantivos, estos derivan básicamente de la armonización constitucional con el derecho internacional de los derechos fundamentales, lo que incluye a destacar por su importancia como ya lo hemos referido: del capítulo I. la modificación a la denominación de garantías individuales, por De los Derechos Humanos y sus Garantías; el reconocimiento de rango constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado mexicano es parte; los derechos humanos como principio de la política exterior mexicana. Otro de los cambios de forma operativa, o al sector de protección que les otorgan herramientas para tal efecto por su importancia destacan los siguientes: La interpretación conforme; el principio pro persona; los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; las obligaciones de prevención, investigación, sanción, y reparación de violaciones a los derechos humanos; la exigencia de que las autoridades, funden, motiven y hagan públicas, en su caso, la negativa de aceptar o cumplir las recomendaciones que les dirijan las comisiones de derechos humanos, así como la posibilidad correspondientes a explicar los motivos de su negativa; el traslado de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de la facultad investigadora asignada originalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación; la posibilidad de que las acciones de inconstitucionalidad que puedan presentar la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los organismos respectivos de las entidades federativas, en el ámbito de su respectiva competencia, así como de tratados internacionales, se puedan enderezar respecto a violaciones a los derechos humanos previstos en el pacto federal, pero también en los tratados internacionales de derechos humanos. Como puede apreciarse la reforma constitucional en materia de derechos humanos, por la trascendencia y dimensión que representa debe cumplir con las expectativas para la cual fue diseñada.

1.2. LOS DERECHOS HUMANOS.

“La reforma constitucional en materia de derechos humanos promulgada en junio de 2011 tiene una importante dimensión internacional y está llamada a ejercer un notable impacto en la conducción de la política exterior de México por diversas vías.

Destacan al menos dos de ellas. Primero, se fortalece el estatus jurídico de los tratados internacionales de derechos humanos precisando su jerarquía de rango constitucional, al establecer, entre otras cosas, que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución. Ello, por ejemplo, dará una nueva dimensión al litigio de ciudadanos mexicanos ante las instancias internacionales de derechos humanos. Segundo, se introduce en el artículo 89, fracción X, “el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos” como principio normativo que debe guiar la conducción de la política exterior, con lo cual se consagra jurídicamente la idea de que tales derechos son un componente esencial de la identidad política que México desea proyectar al resto del mundo. El asunto no es menor: la modificación del artículo 89 constitucional se basa en la premisa de que los derechos humanos encarnan valores que son comunes a todos los mexicanos y, por ende, eleva su protección y promoción en el sistema internacional a una política de Estado que, como tal, responde al interés nacional por encima de las diferencias programáticas de los gobiernos en turno.

Aunque la reforma es en muchos sentidos un parte aguas, en lo que concierne a la política exterior y, especialmente a la modificación del artículo 89, no debe pensarse como un punto de partida, sino como el resultado de un largo proceso de transformación política y social mediante el cual la preocupación por la protección de los derechos humanos se incorporó en la agenda pública mexicana. Este es un proceso que avanzó desde la sociedad hasta la clase gobernante y desde ahí hacia las instituciones estatales; a lo largo de las décadas contó con el concurso de fuerzas sociales y políticas de diverso signo, por lo que es una conquista de todas ellas, y de ninguna manera exclusiva. Esto es lo que da pie y fundamento sólido a la incorporación de la protección y promoción de los derechos humanos como principio que inspira a la política exterior del Estado mexicano: no es el producto de una retórica vacía, sino la cristalización de un consenso social, que con idas y vueltas, avances y contradicciones, hemos ido forjando los mexicanos respecto a qué es lo que se considera legítimo en el ejercicio de la autoridad estatal. Como sucede con el resto de los principios de política exterior, éste es también el fruto de nuestra experiencia histórica. Sin embargo, reviste dos peculiaridades. La primera es que mientras los demás principios se fraguan como respuesta a las vicisitudes de las relaciones internacionales del país (guerras, intervenciones extranjeras, etcétera), la protección y promoción de los derechos humanos tiene una matriz doble o intermística: Se finca sobre todo en las luchas democratizadoras correspondientes al ámbito político interno, aunque, como se verá en este capítulo, es producto también de la dinámica de interacción con el resto del mundo. En segundo lugar, los siete principios originales atañen primordialmente a las relaciones interestatales, mientras que el novel octavo principio se refiere a las relaciones entre autoridades políticas e individuos en todo el mundo y, por obligada

consistencia, en la propia jurisdicción nacional. Esta singularidad refleja, sin duda, la evolución que han experimentado las relaciones internacionales a raíz de la globalización y la progresiva erosión de las fronteras entre el ámbito interno e internacional en temas tan variados como el medio ambiente, las enfermedades epidemias, el crimen organizado y, por supuesto, los derechos humanos.²

El Doctor Jorge Carpizo expone: El hombre, ser que se mueve por sí como los animales, se diferencia de estos por la voluntad y la inteligencia. Estos dos elementos constituyen los medios con los cuales se constituye su destino, y el ser biológico como tal, se convierte en persona; es decir que el hombre, por el fenómeno natural de existir, tiene derechos y obligaciones. Algunos escritores piensan que la persona tiene una dignidad intrínseca por el hecho de estar en relación directa con lo absoluto.

Pensamos que no es correcto plantear en esta forma el problema, sino que la dignidad de la persona radica en su destino, y nadie puede legítimamente impedir a otro la realización de su fin. El hombre sólo puede realizar su destino dentro de la comunidad social, y esta comunidad no tiene otro fin que servir al hombre. El fin de la comunidad es la realización de una obra en común y la obra en común consiste en que cada hombre viva como persona, es decir, que venciendo las estructuras económicas, tenga tiempo para dedicar al ocio, a sus diversiones y sobre todo a la cultura. El destino del hombre es realizarse como tal, alcanzar su esencia de libertad, y cumplir correctamente, en la medida de sus posibilidades particulares, el trabajo que le ha tocado realizar en su lapso de vida.

El hombre se percató de que es imposible vivir-vivir, no biológicamente, sino como persona si no se le aseguraban ciertos derechos, que él sentía como suyos. Los derechos humanos son límites exteriores de existencia. Son la base de la actuación humana, y al saber que ellos no serán violados, el hombre se moviliza con libertad para lograr el destino de que hemos hablado.

Los derechos humanos, históricamente, están comprendidos en dos declaraciones: la del hombre y el ciudadano y la de derechos sociales. La base de estas declaraciones es la misma: que el hombre se realice como hombre. Una declaración complementa a la otra. Son los dos brazos de un mismo cuerpo

Problema de gran trascendencia es la naturaleza de los derechos humanos: ¿existen principios inmutables que conforman a los derechos humanos, o es el

² Saltalamacchia Ziccardi Natalia, Covarrubias Velasco Ana. Coordinadores Miguel Carbonell, Pedro Salazar. La Reforma Constitucional de Derechos Humanos, un Nuevo Paradigma. Edit. Porrúa S.A de C.V., México, D.F, 1ª. ed. 2012, págs. 1-2-3

orden jurídico quien los crea? ¿Puede dejar un Estado a sus ciudadanos sin otorgarles o sin reconocerles estos derechos? ³

¿QUÉ SON LOS DERECHOS HUMANOS?: Son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos, sin discriminación alguna, estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

Los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas o situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.⁴

La Comisión Nacional de Derechos Humanos establece: Los derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución política, tratados internacionales y las leyes. El respeto hacia los derechos humanos de cada persona es un deber de todos. Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen, nacionalidad o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles. Todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, proteger, y garantizar los derechos humanos consignados en favor del individuo. ⁵

IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO: A lo largo de la historia ha habido un debate sobre la construcción y fundamentación de los derechos humanos entre dos corrientes del pensamiento: el iusnaturalismo y el positivismo.

El positivismo afirma que solo es derecho aquello que está escrito en un ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la única fuente de derecho, el único origen de

³ Carpizo Jorge "La Constitución Mexicana de 1917", 7ª. ed. Edit. Porrúa, S.A de C.V., México D.F., 1986, págs. 135,136.

⁴ Disponible en: http://www.Ohchr.org.mx/index.php?option=com_content&id=448&Itemid=249 fecha de consulta 22 de marzo de 2018.

⁵ Disponible en: cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos. fecha de consulta 23 de marzo de 2018.

la norma se fundamenta en el hecho de que está por escrito y vigente en un país, en un determinado momento histórico. Es lo que se conoce como la ley positiva.

“los derechos no es algo que exista ya dado en la naturaleza y que nosotros nos limitamos a descubrir, como los cromosomas o los continentes. Los derechos los creamos nosotros mediante nuestras convenciones. Así que la pregunta relevante no es ¿qué derechos tiene la criatura?, sino ¿qué derechos queremos que tenga?”.

Jesús Mosterín Creando derechos. El País, 29-8-99.

>>fragmento ampliado.

En cambio, **el iusnaturalismo sostiene que el origen de los derechos humanos no reside en la ley positiva, sino que parte de la naturaleza propia del ser humano**. Una naturaleza que es superior y precedente a cualquier ley positiva. Una definición clásica del iusnaturalismo es la siguiente: el derecho natural es aquél que la naturaleza da a los seres humanos por el simple hecho de serlo. En el caso de las tradiciones religiosas, los derechos naturales son una de las características con las que dios dota a los seres humanos.

“sólo si están arraigados en bases subjetivas de la naturaleza que el creador ha dado al hombre, los derechos que se le han atribuido pueden ser afirmados sin temor de ser desmentidos (...). Por tanto, es importante que los organismos internacionales no pierdan de vista el fundamento natural de los derechos del hombre. Eso los pondría a salvo del riesgo, por desgracia siempre al acecho, de ir cayendo a una interpretación meramente positivista de los mismos”

Benedicto XVI. Mensaje con motivo de la jornada mundial de la paz, 1-1-2007.

Hay que añadir, no obstante, que no existe un único tipo de iusnaturalismo ni de positivismo: hablar de positivismo e iusnaturalismo sin mencionar las distintas corrientes dentro de cada una de las dos tendencias, al desarrollo evolución de estas posturas a lo largo de la historia, así como de los intentos de síntesis de algunas propuestas, implica una simplificación excesiva, pero aquí es inevitable por razones de espacio.

Durante la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se produjeron debates acerca de estas cuestiones, optándose finalmente por mencionar el tema: en lo que se estaba de acuerdo era en la necesidad de proteger los derechos de las personas de esta protección, sino sencillamente proclamarla.⁶

Por su parte MIGUEL CARBONELL al hablar de derechos humanos establece: Los derechos fundamentales son derechos que están asignados constitucionalmente a

⁶ Disponible en: amnistíacatalunya.org/edu/es/historia/inf-intro3.html#ret. fecha consulta 24 de marzo de 2018.

todas las personas, como regla general (de acuerdo con el artículo I párrafo primero de la Carta Magna). De forma excepcional hay ciertos derechos cuya titularidad recae solamente en quienes sean ciudadanos mexicanos, es decir, en quienes teniendo la nacionalidad mexicana (por nacimiento o por naturalización), sean además mayores de 18 años.

Los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna; siguiendo a Ernesto Garzón Valdés podemos entender por bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral.⁷

Lo anterior significa que una persona puede no necesitar que el derecho a fumar sea un derecho fundamental ya que fumando o no fumando es posible que, en términos generales pueda desarrollar de forma autónoma su plan de vida, pudiéndolo trazar por sí mismo y contando para tal efecto con un amplio abanico de posibilidades. Pero ese plan de vida y la capacidad de un individuo para llevarlo a la práctica se verán claramente afectados si el ordenamiento no contempla la libertad de tránsito o el derecho a la integridad física, ya que en ese caso la persona puede verse impedida de viajar donde quiera o podría llegar a ser torturado o mutilado.

Lo que hay que enfatizar que cuando hablamos de derechos fundamentales estamos hablando de la protección de los intereses más vitales de toda persona, con independencia de sus gustos personales, de sus preferencias o de cualquier otra circunstancia que pueda caracterizar su existencia. Por eso se puede decir que los derechos fundamentales deben ser universales, porqué bienes con los que debe contar toda persona, con independencia del lugar en que haya nacido, de su nivel de ingresos de sus características físicas.⁸

Por mi parte comento: La Comisión Nacional de los Derechos Humanos define a los derechos humanos de la manera siguiente: son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. A partir de la reforma constitucional de junio de 2001, se fortalece el estatus jurídico de los derechos humanos con la inclusión de los tratados internacionales en la materia, lo que quiere decir que ahora los titulares de estos derechos podrán acudir a instancias internacionales en caso

⁷ Garzón Valdés Ernesto, "Derecho, Ética y Política", Madrid. CEC, 1993, pág. 531

⁸ CARBONELL Miguel, Leyes y Códigos de México, "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Porrúa, México, 17ª ed. Actualizada. Págs. 8,9.

de violación a estas prerrogativas; por otro se introduce en el artículo 89 fracc. X, el respeto, la protección, y promoción de los derechos humanos; así como también faculta al ejecutivo federal dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales. Luego entonces los tratados internacionales vinculados con los derechos humanos, son de observancia general para todas las autoridades del país; así, lo hace saber el artículo I, párrafo tercero parte inicial del Pacto Federal cuando establece que “todas las autoridades, en el ámbito de su competencia tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; así también es obligación del Estado prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley.

1.3. TRATADOS INTERNACIONALES MARCO NORMATIVO Y REGULATORIO.

El párrafo primero del artículo 1º de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

El artículo 76 del citado ordenamiento legal establece en su párrafo segundo respecto de las facultades exclusivas del Senado: “Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos”.

El artículo 89 del Pacto Federal, por lo que respecta a las facultades y obligaciones del Presidente de la República en su fracción X. estipula: “Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos, la no intervención; la solución pacífica de controversias, la proscripción de las amenazas o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales”.

Por tratado internacional debemos entender lo siguiente: Un Tratado internacional es una norma jurídica de naturaleza internacional, vinculante y obligatoria para los Estados que lo suscriben, normalmente escrita por sujetos de Derecho internacional y que se encuentra regido por este, que puede constar de uno o varios instrumentos

jurídicos y siendo indiferente su denominación. Como acuerdo implica siempre la concurrencia mínima de dos personas jurídicas.

Por ejemplo los gobernantes de cada país se reúnen para ponerse de acuerdo con sus límites de países para no tener problemas con sus territorios. Lo más común es que tales acuerdos se realicen entre Estados, aunque pueden celebrarse entre Estados y organizaciones internacionales. Los primeros están regulados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; los segundos, por la convención de Viena sobre el derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales de 1986.

Los Tratados internacionales deben realizarse por escrito aunque pueden ser verbales. En este último caso no se registrarán por la Convención de Viena de 1969 Su denominación es indiferente pues, si se dan las condiciones anteriores, nos encontramos ante un Tratado internacional independientemente del nombre que reciba.⁹

CONVENCIÓN DE VIENA, SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS ENTRE ESTADOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES O ENTRE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.

ARTÍCULO 2.

TÉRMINOS EMPLEADOS.

1.- Para los efectos de la presente convención:

a). se entiende por “tratado” un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito:

i) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o

ii) entre organizaciones internacionales ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

b). se entiende por “ratificación” el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;

b.bis.) Se entiende por “acto de conformidad formal” un acto internacional que corresponde al de la ratificación por un Estado y por el cual una organización internacional hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;

⁹ Disponible en: [Wikipedia.org/wiki/tratado_internacional](https://es.wikipedia.org/wiki/tratado_internacional). Fecha de consulta 27 de abril de 2018.

b. ter.). Se entiende por “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, según el curso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado o una organización internacional hace constar en el ámbito su consentimiento en obligarse por un tratado;

c). Se entiende por “plenos poderes” un documento que emana de la autoridad competente de un Estado o del órgano competente de una organización internacional y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado o a la organización en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado o de la organización en obligarse por un tratado, para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado;

d). se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización;

e). se entiende por “Estado negociador” y por “organización negociadora” respectivamente:

i). un Estado, o

ii). Una organización internacional, que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado.

f). se entiende por “Estado contratante” y por “organización contratante”, respectivamente:

i). un Estado

ii). Una organización internacional, que ha consentido obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado;

g). se entiende por “parte” un Estado o una organización internacional que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual o a la cual el tratado está en vigor;

h). se entiende por “tercer Estado” y por “tercera organización”, respectivamente:

i). un Estado, o

ii). Una organización internacional, que no es parte en el tratado;

i).- se entiende por “organización internacional” una organización intergubernamental;

j). se entiende por “reglas de la organización” en particular los instrumentos constitutivos de la organización, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con estos y su práctica establecida.

2.- Las disposiciones del párrafo 1 sobre los términos empleados en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado o en las reglas de una organización internacional.¹⁰

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y JERARQUÍA NORMATIVA.

Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de las entidades federativas.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y ARTÍCULOS RELACIONADOS CON EL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Para efectos del presente trabajo señalaré sólo los artículos: primero, segundo, séptimo, octavo, noveno ,y decimo de este documento que considero son los básicos por estar vinculados directamente con el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el presente trabajo.

Convención publicada en el diario Oficial de la Federación, el jueves 7 de mayo de 1981.

PARTE I.

DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS.

CAPÍTULO I.

Enumeración de deberes.

Artículo1.- Obligación de respetar los Derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole,

¹⁰ Disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/12.pdf fecha de consulta 30 de abril 2018.

origen nacional o social, posición económica, nacimientos o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Para los efectos de esta convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya organizado 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.

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

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

Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7.- Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.

Artículo 8. Garantías Judiciales.

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

de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas.
 - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho a la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Sin con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello.

Artículo 10. Derecho de Indemnización.

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Al efecto es aplicable el siguiente criterio jurisprudencial:

IUS: 2003847

Décima Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXI, junio de 2013, Tomo1, p. 602, aislada, constitucional.

1ª CXCVI/2013 (10ª.)

DERECHOS HUMANOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ÉSTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos los Estados, históricamente, son los principales responsables de velar por que los derechos humanos de los ciudadanos sujetos a su soberanía sean respetados cabalmente en su espacio territorial, de donde se infiere la fórmula tradicional de que el ámbito internacional de protección tiene solamente una función <<complementaria>>. Esto es, la efectividad de un convenio internacional radica en que los propios Estados parte actúen de buena fe y que, voluntariamente, acepten cumplir los compromisos adquiridos frente a la comunidad internacional, en el caso concreto, los relativos a la protección y/o defensa de los derechos humanos de sus gobernados. Esta afirmación se conoce con el aforismo *pacta sunt servanda* –locución latina que se traduce como <<lo pactado obliga>>-, que expresa que toda convención debe cumplirse fielmente por las partes de acuerdo con lo estipulado y en términos del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ahora bien, de la interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el numeral 4º de la Ley sobre la Celebración de Tratados, se advierte que tanto la Constitución como los referidos tratados internacionales son normas de la unidad del Estado Federal cuya observancia es obligatoria para todas las autoridades, por lo que resulta lógico y jurídico que dichos instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por nuestro país, con énfasis prioritario para aquellos vinculados con derechos humanos, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), sean de observancia obligatoria para todas las autoridades del país, previamente a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011. Sobre el particular, destaca que la razón por la cual se modificó nuestro marco constitucional de junio de 2011, no fue para tornar <<exigibles>> a cargo de nuestras autoridades estatales la observancia de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales,

toda vez que, dicha obligación ya se encontraba expresamente prevista tanto a nivel constitucional (artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), como a nivel jurisprudencial; así, como esta Primera Sala ha sustentado en diversos precedentes, dicha reforma, entre otros objetivos, tuvo la inherente finalidad de fortalecer el compromiso del Estado mexicano respecto a la observancia, respeto, promoción y prevención en materia de derechos humanos, así como de ampliar y facilitar su justiciabilidad en cada caso concreto, a través del denominado sistema de control convencional.

Ahora bien al respecto paso a comentar lo siguiente: La reforma en materia de derechos que entró en vigor a partir del 11 de junio de 2011, entre otras cosas incluye en el artículo 1º. Párrafo primero de nuestra Constitución “los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. Atendiendo el concepto de tratado la convención de Viena en su artículo 2, inciso a) establece que por tratado debemos entender: un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito; y en el inciso g) se entiende por “aparte” un Estado o una organización internacional que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual o a la cual el tratado está en vigor. Por otra parte el artículo 133 Constitucional establece que: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de las Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la Republica, con aprobación del Senado, serán Ley Suprema de toda la Unión..” En efecto el máximo tribunal de nuestro país en criterio jurisprudencial ha establecido: que los tratados internacionales tienen solamente una función complementaria. Esto es, la efectividad de un convenio internacional radica en que los propios Estados parte actúen de buena fe y que, voluntariamente acepten cumplir los compromisos adquiridos frente a la comunidad internacional, en el caso concreto, los relativos a la protección y/o defensa de los derechos humanos. Esta afirmación se conoce con el aforismo *pacta sunt servanda* -locución latina que se traduce como lo pactado obliga.

1.4. LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El pasado 10 de diciembre se celebró el Día Internacional de los Derechos Humanos, conmemorando 68 años de que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que ha servido de base para la adopción de mayores instrumentos en la materia, tanto de índole global como regional, con los cuales se busca en todo momento ampliar las defensas de protección y reconocimiento a los derechos, libertades y dignidad del ser humano.

Uno de los instrumentos regionales que recoge los postulados del bastión moral, político y social que es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el pacto de San José de Costa Rica, mejor conocida como Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada al interior de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y primer eslabón del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyos pilares indispensables son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Fue redactado por los delegados de los Estados miembros de la OEA en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, efectuada en noviembre de 1969 en San José Costa Rica, reconociendo que el ideal del ser humano libre, exento de temor y de miseria sólo es posible si existen condiciones que permiten a cada persona gozar de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, y que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana, sin importar nacionalidad, raza y credo, por lo que es necesaria una protección internacional de naturaleza convencional, que complemente la que contiene el derecho interno de cada uno de los Estados miembros de la organización.

Por medio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados signatarios de la misma se obligan a respetar los derechos y libertades contenidos en ella, además de garantizar en su territorio a todo ser humano el libre y pleno ejercicio de esos derechos y libertades, sin discriminación de ningún tipo, y a dictar la legislación necesaria para hacerlos efectivos.

Entre los derechos y libertades previstos en el articulado de la Convención encontramos el reconocimiento a la personalidad jurídica, derechos a la vida, a la integridad personal, prohibición de la esclavitud y servidumbre, derecho a la libertad, garantías judiciales, el principio de legalidad y de aplicar o no la retroactividad de la ley, derecho a indemnización, protección a la honra y la dignidad, libertad de pensamiento y de expresión. El derecho a rectificación pública por informaciones inexactas o agraviantes, derecho de reunión, libertad de asociación, protección a la familia, derecho al nombre, a la nacionalidad, derechos del niño, a la propiedad privada, de circulación y residencia, derechos políticos, igualdad ante la ley, protección judicial, derechos económicos, sociales y culturales, al desarrollo progresivo, así como la suspensión de garantías en caso de guerra, peligro público o contingencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.

Asimismo, contiene una cláusula federal, según la cual el gobierno nacional de cada Estado signatario cumplirá las disposiciones relacionadas sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y establece normas de interpretación y deberes del hombre para con la familia, la comunidad y la humanidad, y que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás.

Entre las partes fundamentales de la Convención se encuentra la creación de los pilares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos competentes para conocer del cumplimiento de los compromisos contraídos mediante la propia Convención: la Comisión y la Corte interamericanas. La primera fórmula recomendaciones a los Estados para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos Humanos, prepara estudios e informes a los Estados partes acerca de las medidas adoptadas en materia de derechos humanos, atiende consultas y da asesoría respecto al tema, entre otras facultades.

Por su parte, la Corte tiene competencia para conocer sobre la interpretación y aplicación de los mandamientos de la Convención, cuando los Estados le sometan casos a su conocimiento; tiene la facultad de decidir si hay violación o no de los derechos o libertades, y tomar medidas provisionales, así como dar opinión acerca de la compatibilidad entre leyes internas y los instrumentos internacionales

La importancia de instrumentos como el Pacto de San José es incuestionable, pero su pleno entendimiento y aplicación es necesario conocer su clausulado y las atribuciones de la Comisión y la Corte, instituciones que se han erigido en referentes indispensables para la aplicación, respeto y garantía de los derechos humanos. Dada su relevancia, es muy importantes y positivo conocerlos a fondo.¹¹

Respecto al tema comento lo siguiente: La Convención Americana de Derechos Humanos, fue suscrita en la Ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978. En efecto esta convención reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos. Por otra parte y mediante la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos en el Estado mexicano se incluyeron los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que quiere decir esto, que mediante estos instrumentos internacionales el Estado mexicano adquiere el compromiso de respetar y proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos contemplados primeramente en el derecho interno como en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica; por otra parte es importante resaltar cuál es la función jurisdiccional que tiene esta convención: por medio de ella, los Estados signatarios se obligan a respetar los derechos y libertades contenidos en ella, además de garantizar en su territorio a todo ser humano el libre y pleno ejercicio de esos derechos y libertades, sin

¹¹ "Periódico La Prensa Información General", Así es el Derecho, Magistrado Bautista Pardo Elfego, pág. 27 de fecha 14 de diciembre de 2016.

discriminación de ningún tipo, y a dictar legislaciones necesarias para hacerlos efectivos.

1.5. LA COMISIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), es un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el Continente Americano y representa a todos los afiliados de la OEA. La integran siete miembros de alta autoridad moral y reconocida versación en la materia. Son elegidos por la Asamblea General de la OEA, de entre una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros. Duran cuatro años en el cargo y podrán ser reelegidos una vez, no puede haber más de un miembro de la misma nacionalidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos realiza su trabajo con base en tres pilares: el sistema de petición individual, el monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros y la atención a líneas temáticas prioritarias.

Su función principal es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos. Para ello, estimula en los pueblos de América la conciencia de los derechos humanos, formula recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros, para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos y les solicita que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en la materia.

Atiende las consultas que le hacen los Estados miembros por conducto de la Secretaría General de la OEA, en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y les presta asesoría cuando lo requieren.

Asimismo, responde las peticiones con quejas o denuncias por la violación del Pacto de San José, que le envíe cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental, legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, también recibe y examina las comunicaciones en que un Estado parte, alega que otro ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en el pacto anteriormente señalado, las cuales sólo se pueden admitir y examinar, si son presentadas por un Estado parte que reconozca la competencia de la Comisión.

Para que una petición o comunicación presentada ante la CIDH sea admitida es necesario que previamente se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la notificación de la violación, que la materia de la petición o comunicación no esté

pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, que la petición contenga el nombre, nacionalidad, profesión, domicilio y la firma de la persona o personas, o del representante legal de la entidad que la formula. Ya que recibe una petición o comunicación, si considera su admisibilidad, solicitará información al Estado involucrado, la cual deberá ser enviada dentro de un plazo razonable, fijado por la misma Comisión.

Una vez recibida la información o transcurrido el plazo fijado sin que sea recibida, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación, de no existir o subsistir, mandará archivar el expediente. Realizará un examen del asunto planteado y, de ser necesario, realizará una investigación para lo cual solicitará a los Estados interesados le brinden todas las facilidades para el caso. Puede recibir exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados, propondrán solución amistosa a las personas. Si éstas aceptan y hay solución, redactarán un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados parte en esta Convención y, enviado con breve exposición de los hechos y de la solución lograda al secretario general de la Organización de los Estados Americanos para su publicación.

Si no es posible la solución, realizará un informe con las exposiciones verbales o escritas de los interesados, así como las opiniones de los miembros de la CIDH que discrepen, el cual será transmitido al Estado o Estados involucrados con las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas. Si pasados tres meses de la remisión del informe el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado, la comisión puede emitir su opinión y conclusiones, así como realizar las recomendaciones pertinentes, fijando un plazo al Estado responsable para tomar las medidas que remedien la situación. Una vez transcurrido el plazo, la Comisión decidirá si el Estado tomó las medidas adecuadas y si publica o no el informe.

Como la defensa de los Derechos Humanos puede realizarse más allá de nuestras fronteras, es oportuno conocer las instituciones y procedimientos con que se cuenta para garantizarla.¹²

Al respecto comento: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es uno de los dos pilares fundamentales en la cual la Convención Americana de derechos Humanos realiza las facultades para la cual fue creada; esto quiere decir que mediante la Comisión se promueve la observancia y la defensa de los derechos humanos, en efecto estimula a los Estados miembros la conciencia de los derechos humanos, formula recomendaciones a los Estados que forman parte de su

¹² "Periódico La Prensa Información General", Así es el Derecho, Magistrado Bautista Pardo Elfego, pág. 9 de fecha 21 de diciembre del 2016.

jurisdicción, para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos y les solicita le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en la materia. Por otro lado es función prioritaria recibir y responder quejas y peticiones o denuncias por la violación del Pacto de San José que le envíe cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental, legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización entre otras.

1.6. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Uno de los pilares más relevantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es la Corte, cuyas facultades y procedimientos podemos encontrar en la Convención Americana de Derechos Humanos, también reconocido como Pacto de San José, así como en el reglamento y estatuto que la misma Corte realiza con la aprobación de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Está compuesta por siete jueces, quienes son propuestos por los estados miembros de la (OEA) y elegidos por su Asamblea General, todos ellos juristas de autoridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos, quienes deben cubrir los requisitos para ejercer las más altas funciones judiciales en su país de origen, duran seis años en su encargo y pueden ser reelegidos por una ocasión.

Los jueces no pueden conocer casos de su nacionalidad, salvo en los casos interestatales en los que es posible que los Estados parte nombren un juez ad-hoc, de la nacionalidad de los involucrados en el caso en cuestión, al interior de la Corte, las decisiones se toman por cinco votos y en cada uno de los casos de su conocimiento debe comparecer la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan su competencia.

Realiza dos tipos de funciones, la consultiva y la contenciosa, la primera de ellas implica la posibilidad que responda las consultas que formulan los Estados miembros de la OEA o los organismos de la misma respecto a la compatibilidad de las normas internas con la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la interpretación de la misma, o de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados miembros.

Por su parte, la función contenciosa permite a la Corte determinar si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por violar alguno de los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos o en otros tratados

aplicables al sistema interamericano, cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la convención, puede disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y que se reparen las consecuencias de la violación de sus derechos, así como condenar al pago de una justa indemnización a la parte lesionada, además cuenta con la posibilidad de supervisar el cumplimiento de sus sentencias.

En casos de gravedad o urgencia por decisión propia o a solicitud de la comisión, para evitar daños irreparables puede tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. El quórum necesario para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces y en cada uno de los casos sometidos a su consideración debe comparecer la Comisión, sus fallos deben ser motivados y expresar la opinión unánime de los jueces o bien el voto disidente, además son definitivos e inapelables. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte puede interpretarlo a solicitud de cualquiera de las partes, presentada dentro de los noventa días siguientes a la notificación del fallo.

Es importante conocer los medios e instituciones competentes para la defensa y protección de los Derechos Humanos, ya sean nacionales o internacionales como los inspeccionados en las últimas colaboraciones, para garantizar el goce de los mismos a cada uno de los ciudadanos.¹³

Por mi parte considero que la función más relevante del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo constituye la Corte ya que en ella se encuentran contenidas las normas adjetivas para hacer valer los derechos humanos contenidos en la parte sustantiva de la Convención. La Corte tiene competencia jurisdiccional la interpretación y aplicación de las disposiciones contenidas en la Convención Americana, respecto a los derechos fundamentales que le sean sometidos a su competencia; tiene asignada una función consultiva que implica la posibilidad que responda a las consultas que formulan los Estados miembros de la OEA, respecto a la compatibilidad de las normas internas con la Convención; otra función es la contenciosa que permite a la Corte determinar si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por violar algunos derechos contenidos en la Convención Americana de derechos Humanos o en los Tratados Internacionales aplicables al sistema interamericano.

¹³ "Periódico La Prensa Información General", Así es el Derecho, Magistrado Bautista Pardo Elfego, pág. 30, de fecha 28 de diciembre del 2016

1.7. LAS GARANTÍAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Como se desprende del texto del Título Primero, Capítulo I. Artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los Derechos Humanos y sus garantías establece: En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de “las garantías para su protección”, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece:

Conforme a dichos términos, en el contenido de los derechos humanos residen expectativas de actuación por parte de los entes de autoridad, por lo que las personas deben contar con los medios que garanticen la realidad de tales aspiraciones. Para ello, las garantías de protección de los derechos humanos son técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de los mismos; en su ausencia, el goce de los derechos que reconoce nuestro orden constitucional no puede materializarse en las personas.

1.7.1. EL JUICIO DE AMPARO.

Ilustres jurisconsultos han conceptualizado el juicio de amparo, así la concepción de Ignacio Burgoa Orihuela dice: el amparo es un medio jurídico de tutela de la Constitución y de tutela indirecta de la ley secundaria, preservando, bajo este último aspecto y de manera extraordinaria y definitiva, todo el derecho positivo.¹⁴

Por su parte Carlos Arellano García considera al amparo de la manera siguiente: Es la institución jurídica por la que una persona física o moral, denominada “quejoso”, ejercita el derecho de acción, ante un órgano jurisdiccional Federal o local, para reclamar de un órgano del Estado, Federal local o municipal, denominado “autoridad responsable”, un acto o una ley, que el citado quejoso estima, vulnera las garantías individuales o el régimen de distribución competencial entre la Federación y Estados, para que se le restituya o mantenga en el goce de sus presuntos derechos, después de agotar los medios de impugnación ordinarios¹⁵

Por su parte Rafael de Pina, Rafael de Pina Vara conceptúa al amparo como: Protección y tutela del derecho; acción y efecto de dispensar justicia por parte de los órganos de la jurisdicción. En México, el juicio destinado a impugnar los actos de autoridad violatorio de los derechos reconocidos por la Constitución Política de

¹⁴ Burgoa Orihuela Ignacio, “El juicio de Amparo”, edit. Porrúa, 18ª. ed. México, D.F, 1982, pág. 173.

¹⁵ Arellano García Carlos, “Práctica Forense del Juicio de Amparo”, edit. Porrúa, Décima tercera edición, México, D.F, 1999, pág. 1.

los Estados Unidos Mexicanos a nacionales y extranjeros y a mantener el respeto a la legalidad, mediante la garantía de la exacta aplicación del derecho.¹⁶

El artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que respecta al Juicio de Amparo por violación a Derechos Humanos, en su fracción primera establece:

ARTICULO 103. Los Tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite.

- I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

ARTICULO 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en material electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

- I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocido en esta constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa.

De lo anterior comento lo siguiente: El título primero capítulo I. del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecía “De las garantías Individuales, “que todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución”, posteriormente a la reforma del 10 de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos, en el mismo título y capítulo señala “que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado se parte, así como de las garantías para su protección” es muy importante que estos términos no deben confundirse

¹⁶ De Pina Rafael, De Pina Vara Rafael, “Diccionario de Derecho”, edit. Porrúa, 37ª. Ed., México D.F, 2008, pág. 79.

¹⁷ HAMDÁN AMAD, Fauzi. “La acción de inconstitucionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coor), t. I, óp. Cit., pp. 367-368. Citado por Suprema Corte de Justicia de La Nación. las pruebas en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad. Colección figuras procesales constitucionales. 3. 1ª. ed. diciembre de 2005. Pág. 44.

tomando en cuenta que el Constituyente reformador de la Constitución elevó a rango constitucional la distinción entre estos dos términos; en consecuencia el capítulo I cambió su denominación a “los derechos humanos y sus garantías”, en el artículo lo se especifica “que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales, Así como de las garantías para su protección, luego entonces los derechos humanos y sus garantías no son lo mismo, ya que estas las otorga el estado para proteger los derechos humanos.

En efecto el Juicio de amparo respecto de las garantías para la protección de los derechos humanos, en el artículo 103 constitucional fracción I, establece que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite “por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías para su protección por esta Constitución, así como los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”. De lo que concluimos que una de las garantías en el ámbito jurisdiccional cuando se cometen violaciones a los derechos humanos es el Juicio de Amparo

1.7.2. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

La acción de inconstitucionalidad se instauró por las aludidas reformas de 1994, aunque se han identificado antecedentes que se remontan al Acta de reforma de 1847.¹⁷ Tiene su origen en el modelo europeo-kelseniano de control constitucional.¹⁸

Donde se contemplan procedimientos especiales para “declarar la inconstitucionalidad de nuevas leyes”.¹⁹ De ahí que las acciones abstractas de inconstitucionalidad se desvinculen de controversias concretas.²⁰ En varios países

¹⁸ CHONG CUY, Ma. Amparo y Juan José Olvera López “El artículo 105 constitucional y la redefinición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como estabilizadora del poder público”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), óp. Cit., t. II, p. 1020. Citado por Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad. óp. Cit. Pág. 44.

¹⁹ Tienen que ser nuevas leyes porque la acción de inconstitucionalidad se tiene que promover dentro de los treinta días siguientes a la publicación de la norma general en el diario Oficial de la federación. Citado por Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad. óp. Cit. Pág. 44.

²⁰ FIX-FIERRO, Héctor, “acciones de inconstitucionalidad, en VV.AA., Nuevo diccionario..., t. I., óp. Cit., p.55. Citado por Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad. óp. Cit. 45.

europesos, su instauración obedeció a la necesidad de que las minorías parlamentarias pudieran impugnar las disposiciones aprobadas por la mayoría.²¹

En la exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional de 1994 se propuso abrir la posibilidad de que un porcentaje de los integrantes de las Cámaras del Congreso de la Unión, las Legislaturas Locales, La Asamblea Legislativa o, en su caso, el Procurador General de la República, plantearan ante la Suprema Corte de Justicia, en el ámbito de sus atribuciones, la inconstitucionalidad de leyes, previniéndose que las resoluciones anularan, con efectos generales, la norma declarada inconstitucional.²²

La controversia constitucional es el juicio de única instancia que la Federación, un Estado, el Distrito Federal o un Municipio plantean ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para demandar la reparación de un agravio producto de una norma general o un acto que, en ejercicio excesivo de sus atribuciones constitucionales, fue responsabilidad de alguno de los órganos de gobierno citados, lo que conculca el federalismo, la división de Poderes y la soberanía popular.²³

La acción de inconstitucionalidad es el procedimiento abstracto de control que el 33% de los integrantes de las Cámaras Legislativas Federales y Locales y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como los partidos políticos y el Procurador General de la República, demandan ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que se resuelva sobre la posible contradicción de una norma general –con el carácter de ley- o un tratado internacional y la Constitución Federal en su integridad y, en su caso, se declare la invalidez total o parcial de aquellos, a fin de garantizar la regularidad constitucional y la certeza del orden jurídico nacional.²⁴

Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fracción segunda:

²¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor y Salvador Valencia Carmona, derecho y comparado, 2ª. ed., México, Porrúa/UNAM, 2001, p. 858. Citado por Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas en la controversia constitucional, y en la acción de inconstitucionalidad. óp. cit. Pág. 45.

²² Exposición de motivos de la de la reforma a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 5 de diciembre de 1994. Citado por Suprema corte de Justicia de la Nación, las pruebas en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad. óp. Cit. Pág. 45.

²³ ¿Qué son las controversias constitucionales?, 2ª. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, p. 24; HERNANDEZ CHONG CUY, María Amparo, La defensa jurisdiccional del municipio y la controversia constitucional, México, Universidad Panamericana (sede Guadalajara), 1998, p. 56. Semanario Judicial de la federación y su Gaceta, Novena Época, t, septiembre de 1999, p. 708. Citado por Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad. Op. Cit. Pág. 47.

²⁴ ¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?, óp. Cit., p.22. citado por Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad. Op. Cit. P. 48.

“La Suprema Corte de justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad, podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

- a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales;
- b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- c) El Ejecutivo Federal por conducto del consejero jurídico de Gobierno, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas;
- d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguna de las Legislaturas en las entidades federativas en contra de las leyes expedidas por el propio órgano;
- e) Se deroga;
- f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro en una entidad federativa, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por la legislatura de la entidad federativa que les otorgó el registro.

Por mi parte comento: otra de las garantías en materia jurisdiccional para la protección de los derechos humanos, es la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 105 fracción II de Nuestro Pacto Federal al establecer: que las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución”. En efecto el citado precepto legal establece un catálogo de los organismos públicos que pueden promover esta garantía de protección de los derechos humanos y el término cuando se trata de violación a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte. Esta acción puede ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma impugnada.

1.7.3. LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS ARTÍCULO 102 INCISO B. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos es una institución pública comprometida con sus obligaciones relacionadas con la transparencia, la rendición de cuentas y el derecho a la información.

Los Derechos Humanos no constituyen un renglón aparte o un apartado específico de la acción del Estado o de la vida social. Su vigencia y cumplimiento están relacionados con toda la operación del poder público y con el ámbito de libertad y seguridad que atañe a todos los sectores sociales.

Protección y Defensa. Esta Comisión Nacional conoce de las violaciones a los derechos humanos que son atribuidas a personas servidoras públicas del orden federal, aunque cuando en un mismo hecho están involucradas tanto autoridades de la federación, como de las entidades federativas o municipios, la competencia corresponde a la comisión. Además, ésta resuelve sobre las inconformidades que se presentan en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones equivalentes en las entidades federativas. Es importante señalar que cuando se le solicita intervenir en algún asunto que no es de su competencia, la CNDH brinda orientación jurídica a la persona peticionaria, o bien remite el caso a la autoridad correspondiente para su atención.

Una vez que esta Comisión Nacional ha emitido una recomendación al haber acreditado la responsabilidad, por acción u omisión, de una o varias autoridades en la violación de derechos humanos, lleva a cabo el seguimiento de la misma hasta su total cumplimiento, incluyendo las denuncias penales y los procedimientos administrativos derivados de las recomendaciones y conciliaciones.

La CNDH protege los derechos humanos mediante la formulación de acciones de inconstitucionalidad ante la SCJN en contra de leyes de carácter federal y estatal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Norma Fundamental y en los tratados internacionales previamente ratificados por México. Para la CNDH es de alta prioridad atender a las personas que acuden a ella solicitando apoyo. La atención se realiza por diversas vías, principalmente, de manera personal, mediante la recepción de documentos, vía telefónica y correo electrónico, todo ello con la finalidad de orientar, recibir quejas, dar seguimiento a algún asunto, así como brindar acompañamiento a las personas agraviadas y/o a sus familiares, para la protección y defensa de sus derechos humanos. Las atenciones brindadas por la Comisión Nacional a la población a través de sus oficinas centrales y foráneas, durante el año que se

informa (2017), fueron las siguientes: 188 mil 660 atenciones personales; 129 mil 483 recepciones de documentos; 19 mil 919 atenciones por medios electrónicos, y 10 mil 116 atenciones telefónicas.²⁵

El constituyente permanente se pronunció respecto a la creación de organismos de protección de los derechos humanos, el artículo 102 inciso: B) párrafo primero del Pacto Federal establece: inciso B. El congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Párrafo cuarto: El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos, contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

Párrafo Último: La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, los titulares de los poderes ejecutivos de las entidades federativas.

La CNDH tiene la facultad de presentar acciones de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en contra de leyes de carácter federal, estatal y de la Ciudad de México, así como de tratados internacionales celebrados por el ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en la norma fundamental y en los tratados internacionales previamente ratificados por México. Así lo establece el artículo 105 fracción II, inciso g) de nuestro Pacto Federal.

Artículo 105. Fracción II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Inciso g). La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de

²⁵ “Revista Proceso Semanario de Información y Análisis” No. 2162, 8 de abril de 2018. Informe de actividades del 1º de enero al 31 de diciembre de 2017 de la Comisión Nacional de Derecho Humanos.

protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de las leyes expedidas por las legislaturas.

Al efecto es aplicable la Jurisprudencia Constitucional del rubro siguiente:

IUS 2007057.

Décima época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 9, agosto de 2014, Tomo I, p. 529, aislada, constitucional.

1ª. CCLXXXVI/2014 (10a)

DERECHOS HUMANOS. NATURALEZA DEL CONCEPTO <<GARANTÍAS DE PROTECCIÓN>>, INCORPORADO AL ARTÍCULO 1º. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, VIGENTE DESDE EL 11 DE JUNIO DE 2011.

El texto del artículo 1º, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente desde el 11 de junio de 2011, establece que las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en dicho ordenamiento fundamental y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como las garantías para su protección. Conforme a dichos términos, en el contenido de los derechos humanos residen expectativas de actuación por parte de los entes de autoridad, por lo que las personas deben contar con los medios que garanticen la realidad de tales aspiraciones. Por ello, las garantías de protección de los derechos humanos son técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de los mismos; en su ausencia, el goce de los derechos que reconoce nuestro orden constitucional no puede materializarse en las personas.

IUS: 2008815.

Décima época, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del semanario Judicial de la Federación, libro 17, abril de 2015, Tomo II, p. 1451, jurisprudencia constitucional XXVII. 3º. J/14 (10ª).

DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS. SU DISTINCIÓN.

Antes de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, las voces <<derechos humanos y sus garantías>>, eran términos que solían confundirse, ambigüedad que posiblemente derivaba de la anterior denominación del capítulo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, titulado <<De las garantías individuales>>. Sin embargo, el Poder Reformador de la Constitución, con las citadas reformas, elevó a rango constitucional su distinción, como deriva de las siguientes menciones: i) el capítulo I cambió su denominación a <<De los derechos humanos y sus garantías>>; ii) en el artículo 1º. Se especificó que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los

tratados internacionales <<así como de las garantías para su protección>>, y iii) en el numeral 103, fracción I, se especificó que los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por infracción a los derechos humanos y las <<garantías otorgadas para su protección>>. Luego, para el Constituyente Permanente los derechos y sus garantías no son lo mismo, ya que estas se otorgan para proteger los derechos humanos; constituyen, según Luigi Ferrajoli. Los <<deberes consistentes en la obligación de prestación o en prohibición de lesión, según que los derechos garantizados sean derechos positivos o derechos negativos>>, es decir, son los requisitos, restricciones, exigencias u obligaciones previstas en la constitución y en los tratados, destinadas e impuestas principalmente a las autoridades, que tienen por objeto proteger los derechos humanos, de ahí que exista una relación de subordinación entre ambos conceptos, pues las garantías sólo existen en función de los derechos que protegen; de tal suerte que pueden existir derechos sin garantías pero no garantías sin derechos. Así, a manera de Ejemplo: puede decirse que el derecho humano a la propiedad tiene, entre otras garantías, las de audiencia y legalidad, pues prohíbe a la autoridad molestar a un particular sin mandamiento escrito en el que funde y motive la causa legal del procedimiento, y que los gobernados sean privados de la propiedad sin previa audiencia.

En lo particular considero que con la creación de la CNDH, se creó un sistema nacional no jurisdiccional de protección y defensa de los derechos humanos: A partir de la reforma de 10 de junio de 2001, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, entre otras funciones se encuentran las contempladas en el artículo 102 apartado B. del Pacto Federal respecto de los Organismos de protección de los derechos humanos. Una de las funciones importantes a desempeñar por la comisión es la relacionada en el párrafo décimo segundo del citado precepto legal respecto a la investigación de violaciones graves de los derechos humanos al establecer: “La Comisión Nacional de los derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, los titulares de los poderes ejecutivos de las entidades federativas o las legislaturas de estas”; facultad que hasta antes de la reforma se encontraba a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; no menos importante respecto a la actuación de la CNDH, en la protección y defensa de los derechos humanos es la comprendida en el artículo 105 fracción II constitucional respecto de la acción de inconstitucionalidad que tenga por objeto plantear la posible⁴ contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución; el inciso g) del precepto y fracción en comento establece: “La comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el

Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte”. Luego entonces la CNDH es un organismo no jurisdiccional de protección y defensa de los derechos humanos en cuanto a las garantías para la protección de los mismos, como lo señala el artículo 1º de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos.

1.8 .PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

1.8.1. INTERPRETACIÓN CONFORME.

Por lo que hace a la interpretación del término que aquí se emplea de conformidad, aunado al concepto *pro personae*, podemos señalar lo siguiente: en el primer caso, el principio de interpretación conforme implica que al interpretar, aplicar y observar el contenido de los derechos humanos se deben vincular en su aplicación con otros documentos internacionales de derechos humanos; esto en realidad lo hacen Jueces, Magistrados y Ministros al dictar sus resoluciones normalmente, sin embargo es bueno que se haya incluido como principio constitucional.

La interpretación conforme se aplica al existir una norma que tiene más de una interpretación y debe hacerse prevalecer a aquella conforme con la Constitución, tomando en cuenta la presunción de constitucionalidad de la ley, se trata de armonizar la interpretación de una norma o un derecho humano a los principios fundamentales de la Constitución. La interpretación conforme a la Constitución es aquella que elabora un Juez respecto de una ley cuya constitucionalidad ha sido puesta en duda. Este tema, desde luego, es de relevancia para el derecho constitucional en todos sus aspectos, entre otros el de Federalismo, el de Supremacía Constitucional, ya que hay que aplicar las leyes conforme al principio “pro-homine”.

Tratándose de derechos humanos se debe interpretar que la norma de mayor jerarquía es la que mejor protege los derechos humanos y esto queda a cargo del que interpreta.²⁶ Es importante tomar en cuenta que la propia Constitución Mexicana nos suministra algunas pautas interpretativas que deben de ser tomadas en cuenta. Como se sabe, a partir de la importante reforma del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, en el artículo primero constitucional se recoge la figura de <<interpretación conforme>>, al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea) se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales en la materia. Esto implica

²⁶ Pacheco Pulido Guillermo, “La inmensidad del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, edit. Porrúa, 1ª. ed. /2ª reimpresión, México D:F, 2016, págs. 32-33.

la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrado no solamente por la carta magna, sino también por los propios tratados internacionales), a la luz de la cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano.

Aunque la llamada <<interpretación conforme>> es algo que se desprende de la posición que guarda la Constitución dentro del ordenamiento y de su carácter normativo, no está demás hacerlo explícito, sobre todo teniendo en cuenta lo poco que han usado nuestros jueces esta técnica interpretativa.²⁷

1.8.2 INTERPRETACIÓN PRO-PERSONAE.

El principio pro personae supone que, cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano. Y también significa que, cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que (igualmente) proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano.

Para decirlo en otras palabras, podemos afirmar que el principio pro personae tiene dos variantes principales:

- A) Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir de entre todas las interpretaciones válidas que estén disponibles para resolver un caso concreto la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los sub principios de favor libertatis de protección a las víctimas o favor debilis, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de indubio pro operario, de indubio pro reo, de indubio pro actione, etcétera). Se debe entender que una interpretación <<optimiza>> más un derecho fundamental cuando amplía el ámbito de los sujetos protegidos por el derecho o cuando amplía el perímetro material protegido por el derecho (el perímetro material equivale al ámbito de la realidad que el derecho regula).
- B) Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, sí puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquél que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables, ahora prevista por nuestro artículo 1º constitucional tiene uno de sus antecedentes en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁷ Carbonell Miguel, González Caballero Edgar S. “La Constitución interpretada. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con jurisprudencia”, edit. Tirant lo Blanch, 2ª. ed. Ciudad de México, D.F, 2016, págs. 22-23.

Como puede verse, el principio de preferencia interpretativa nos suministra una guía para que el aplicador de una norma jurídica que tiene varios significados pueda elegir correctamente el significado que mejor proteja el derecho humano que dicha norma tutela. El intérprete, a la luz del principio pro persona, no es libre de elegir la interpretación que le parezca mejor, sino que tiene que optar necesaria y obligatoriamente por aquella interpretación que permita una protección más amplia del derecho humano.

Lo mismo cabe decir del principio de preferencia de normas. En este caso el intérprete debe resolver un caso al que resultan aplicables dos o más normas jurídicas. Los que nos indica el principio pro persona es que el intérprete no es libre de elegir la norma que prefiera, sino que debe optar necesaria y obligatoriamente por aquella que proteja mejor el derecho humano en cuestión. Esta obligación debe ser entendida con independencia del lugar que cada una de las normas aplicables tenga en el ordenamiento jurídico, de modo que el aplicador debe buscar entre todo el material normativo aquella solución que optimice de manera mejor el derecho.²⁸

En relación al principio pro persona la Suprema Corte ha dictado una tesis interesante, que en buena medida refleja lo antes señalado.

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1º. Constitucional. Modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable –en materia de derechos humanos– atenderá a criterios de favorabilidad del individuo lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una

²⁸ *Ibidem*, pág. 24.

diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.²⁹

En relación a los principio que nos ocupan refiero lo siguiente: La reforma constitucional en materia de derechos humanos que entró en vigor a partir del once de junio de 2011, en el Título primero, Capítulo I, artículo 1º párrafo segundo de nuestro Pacto Federal, entre otras cosas establece: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Ahora bien los principios de conformidad y pro personae se consideran como los aforismos en la cual las autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano deben regir su actuación; en consecuencia que entender por principio de conformidad; la interpretación conforme se aplica al existir una norma que tiene más de una interpretación y debe hacerse prevalecer aquella conforme con la constitución. Tratándose de derechos humanos se debe interpretar que a la norma de mayor jerarquía es la que mejor protege los derechos humanos y esto queda a cargo del que interpreta. Por lo que respecta al principio pro personae su forma de operación se establece ya mediante la integración de una norma sobre derechos humanos proveniente de fuentes distintas que sean más protectoras, es decir derechos provenientes de un tratado internacional con respecto a las normas de derechos interno, esto quiere decir que regularmente se sigue la tendencia de establecer la preferencia de los tratados internacionales, porque supone, al menos en nuestro contexto, que siempre es más protector, lo que además se corrobora con el propio diseño normativo; es decir los tratados establecen principios que son de aplicación general para los Estados parte.

1.8.3. PRINCIPIOS DE OPTIMIZACIÓN INTERPRETATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS. RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

1.8.3.1. A).PROMOVER; B). RESPETAR; C).PROTEGER Y, D) GARANTIZAR.

²⁹ Amparo directo 28/2010. ++++++. 23 DE NOVIEMBRE DE 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario. Javier Mijangos y González. Tesis aislada XIX/2011, Décima Época.

Tradicionalmente se ha considerado que las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales tienen tres diversos niveles: respetar, proteger y cumplir o realizar.

La obligación de respetar significa que el Estado –lo que incluye, como ya se ha señalado a todos sus organismos y agentes, sea de cualquier nivel de gobierno en el que se encuentren y sea cual sea la forma de organización administrativa que adopten debe abstenerse de cualquier cosa que viole la integridad de los individuos, de los grupos sociales o ponga en riesgo sus libertades y derechos; lo anterior incluye el respeto del Estado hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacer estos derechos por los medios que consideren más adecuados.

La obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos fundamentales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones (como lo podría ser la creación de procesos jurisdiccionales o sistemas de tutela administrativa), sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho.

La obligación de cumplir o realizar significa que el Estado debe adoptar medidas activas, incluso acciones positivas en favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos cuando no puedan hacerlo por sí mismos.

Las obligaciones de los poderes públicos en materia de derechos fundamentales que genéricamente se acaban de describir han sido detalladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su observación general (OG) 3, referida justamente a la índole de las obligaciones de los Estados, dictada en su quinto periodo de sesiones, en 1990.³⁰

Al respecto es aplicable el siguiente criterio Jurisprudencial:

IUS: 2008517

Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 15, febrero de 2015, Tomo III, p. 2257, jurisprudencia constitucional.

³⁰ Miguel Carbonell, Pedro Salazar. Óp. Cit. Pág. 75

DERECHOS HUMANOS, OBLIGACIÓN DE RESPETARLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1º, PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El párrafo tercero del artículo 1º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores, de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a los derechos fundamentales, debe de evaluarse si se apega o no a la obligación de respetarlos, y ésta puede caracterizarse como el deber de la autoridad que le impide interferir con el ejercicio de los derechos o ponerlos en peligro, ya sea por acción u omisión; es decir, la autoridad, en todos sus niveles (federal, estatal o municipal) y en cualquiera de sus funciones (ejecutiva, legislativa o judicial), debe mantener el goce del derecho y, por ende, su cumplimiento es inmediatamente exigible puesto que, aun cuando primeramente está dirigida a los órganos del Estado, también incluye la conducta de los particulares, que igualmente se encuentran obligados a no interferir en el ejercicio de los derechos; por tanto, esta obligación alcanza la manera en que las autoridades entienden las restricciones a los derechos, tanto en su formación (a cargo el Poder Legislativo) como en su aplicación (Poder Ejecutivo) e interpretación (Poder Judicial).

1.8.3.2. A). UNIVERSALIDAD; B). INTERDEPENDENCIA; C). INDIVISIBILIDAD Y, C). PROGRESIVIDAD.

El tercer párrafo del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone, entre otras cuestiones, que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los que consisten en lo siguiente: i) universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana, pues lo razonable es pensar que se adecúan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales son

indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente; y iii) progresividad: constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre todo educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización integral de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económico, sociales y culturales.³¹

Al respecto es aplicable el siguiente criterio Jurisprudencial:

IUS: 2001718.

Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XII, septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1946, aislada, constitucional.

IV. 2º.A.15 K (10ª)

PRINCIPIOS DE OPTIMIZACIÓN INTERPRETATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD). ORIENTAN LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES EN ESA MATERIA Y SON DE INELUDIBLE OBSERVANCIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES.

El 10 de junio de 2011 se promulgaron reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, de las que sobresale la modificación de su artículo 1º. Que establece la obligación de toda autoridad, de promover, respetar y garantizar los derechos humanos, favoreciendo la protección más amplia posible a favor de la persona, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En virtud de éstos, la valoración de los derechos fundamentales queda vinculada a la premisa de que deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión,

³¹ González Obregón Diana Cristal, "Manual Práctico del Juicio Oral", edit. Tiran lo Blanch, 3ª. ed. México D.F, 2014, págs. 59-60.

ideas, condición económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias (universalidad), además, tales derechos han de apreciarse como relacionados de forma que no sería posible distinguirlos en orden de importancia o como prerrogativas independientes, prescindibles o excluyentes unas ante otras, sino que todos deben cumplirse en la mayor medida posible, así sea en diferente grado por la presencia de otro derecho fundamental que también deba respetarse y que resulte eventualmente preferible, por asegurar un beneficio mayor al individuo, sin que el derecho fundamental que ceda se entienda excluido definitivamente (indivisibilidad e interdependencia); asimismo, con el entendimiento de que cada uno de esos derechos, o todos en su conjunto, obedecen a un contexto de necesidades pasadas y actuales, mas no niegan la posibilidad de verse expandidos, por adecuación a nuevas condiciones sociales que determinen la necesidad y vigencia de otras prerrogativas que deban reconocer a favor del individuo (progresividad). De esta guisa los referidos principios orientan la interpretación de los restantes preceptos constitucionales en materia de derechos fundamentales, conduciendo a su realización y observancia más plena e inmejorable posibles, vinculando el proceder de toda autoridad en el cumplimiento del mandato de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de la materia, por lo que se constituyen como auténticos principios de optimización e interpretación constitucional que el legislador decidió objetivar en la Norma Suprema y, que por ende, resultan de ineludible observancia para todas las autoridades, y más aún para las jurisdiccionales.

1.8.4 OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

A). PREVENIR; B). INVESTIGAR; C). SANCIONAR Y; C). REPARAR.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1º. Establece en la última parte del tercer párrafo: “En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”. De los cuales se desprende que la Constitución faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia de prevención, investigación, y sanción y reparación de violación a los derechos humanos.

A).PREVENIR.

Son las acciones u omisiones a que está obligado el Estado (por vía de sus tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial) con miras a no violar una obligación internacional en materia de derechos humanos. Dicha obligación se deriva a su vez, de la obligación que tiene el Estado de cumplir, de buena fe, con los tratados

internacionales (pacta sunt servanda). Esta obligación también incluye a las normas de origen consuetudinario.

B).INVESTIGAR.

Es la obligación que tiene el Estado de proveer a las víctimas que han sufrido la violación de sus derechos humanos, de un proceso o procesos de investigación diligente, efectivo dentro del debido proceso. La obligación de investigar los hechos que dieron motivo a la violación de normas de los derechos humanos, se deriva de la CADH y debe de cumplirse “siguiendo estrictamente las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la convención americana”. La investigación que el Estado debe de realizar debe cumplir con ciertos requisitos que la misma Corte IDH ha venido estableciendo en su jurisprudencia.

C).SANCIONAR.

Es la obligación que tienen los Estados de procesar y en su caso sancionar a los responsables de una violación de derechos humanos; es decir, aplicar la consecuencia jurídica-normativa de la violación de una norma de derechos humanos. Esta obligación de sancionar deriva de la CADH y debe ser aplicada para la autoridad competente, siguiendo estrictamente las normas del debido proceso establecido en el artículo 8 de la misma. Además, la Corte-IDH la ha reconocido en varias de sus resoluciones.³²

D).REPARAR.

En el sistema de derecho internacional, el incumplimiento de la normatividad está acompañado de una consecuencia concreta que es precisamente la responsabilidad internacional que se encuentra en gran medida en el derecho consuetudinario internacional. En el marco de la CADH, la responsabilidad internacional del Estado puede generar por actos u omisiones de cualquier poder u órgano o agente de este independientemente de su jerarquía, que violen derechos protegidos por la CADH. Por su parte, el artículo 2 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados elaborado por la omisión de derecho Internacional de la ONU determina que: “hay hechos internacionalmente ilícitos de un Estado cuando un comportamiento consiste en una acción u omisión: es atribuible al Estado según el derecho internacional y constituye una violación internacional del Estado”. De acuerdo con la doctrina, de esta definición se desprenden dos elementos: el elemento subjetivo, que se refiere a que el comportamiento, acción u omisión, sea atribuible al Estado según el derecho internacional; y el elemento objetivo, que se

³² Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/libros/bjv/libros/8/3567/10.pdf> fecha de consulta 23 de junio de 2018.

refiere a que la acción del Estado constituya una violación de una obligación internacional del Estado.

Al efecto es aplicable la siguiente tesis aislada:

IUS: 2010422

Décima época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la federación, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo 1, p. 971, aislada, constitucional.

1ª. CCCXL/2015/ (10ª.)

DERECHOS HUMANOS. TODAS LAS AUTORIDADES ESTAN OBLIGADAS A CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETO Y GARANTÍA.

Del artículo 1º, de la constitución federal, así como de los artículos 1.163.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es claro que todas las autoridades se encuentran obligadas a cumplir con el mandato constitucional y convencional de respeto y garantía –dentro de esta última se encuentra la obligación de reparar- de los derechos humanos. Así, todas las autoridades tienen que respetar los derechos humanos y, en el ámbito de su competencia, garantizar su ejercicio y reparar cuando se cometen violaciones contra estos derechos. El deber de respeto presupone obligaciones negativas, es decir, que las autoridades no perpetren violaciones de derechos humanos; por su parte el deber de garantía presupone obligaciones positivas, que implica que las autoridades tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos humanos reconocidos a través de ese precepto constitucional. Dentro del deber de garantía se encuentran los aspectos de prevención, protección, investigación y reparación.

Por mi parte pienso: Por lo que respecta a los principios y obligaciones en materia de derechos humanos, es parte de la dimensión trascendental del contenido del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto quiere decir que las autoridades en sus tres niveles de gobierno dentro del Estado mexicano, tienen la obligación de cumplir dentro de sus respectivas competencias cuando se presenten violaciones a los derechos humanos.

CAPITULO II.

MEDIDAS CAUTELARES.

2.1. MARCO NORMATIVO Y REGULATORIO, REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES DE 16 DE JUNIO DE 2008.

2.1.1. EL JUEZ DE CONTROL.

Algunos de los textos introducidos en la Constitución nos proporcionan varios nortes que orientan los puntos clave para el diseño de la nueva estructura judicial, para el seguimiento del proceso en el Sistema Acusatorio. En principio, sabemos que de acuerdo con el artículo 21, párrafo tercero, de la Constitución: “La imposición de penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”. También sabemos que una de las garantías del imputado, según el artículo 20, apartado B fracción V, es que: “Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal”. Asimismo, sabemos que se requiere de un Juez que autorice un arraigo y su prórroga, (art. 16, 7º. párrafo); autorice la intervención de comunicaciones (art. 16, 12º. Párrafo); autorice las órdenes de cateo (art. 16, 10º. Párrafo); dicte las órdenes de aprehensión (art. 16, 2º párrafo); dicte un auto de vinculación a proceso (art. 19. 1º párrafo); resuelva sobre la prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público (art. 19, 2º, párrafo, 1ª. parte); dicte la prisión preventiva oficiosa (art. 19, 2o. párrafo, 2ª. parte) y revoque la libertad concedida (art. 19, 3º. Párrafo); suspenda el proceso (art. 16, 6º. Párrafo); vigile el cumplimiento de las obligaciones de protección del Ministerio Público (art. 20, apartado C, fracción V, 2º. Párrafo), supervise en materia penal, los casos de los mecanismos alternos de solución de controversias, que determine la ley (art. 17, 3º. Párrafo), así como que valore las pertinencias de la prueba (art. 20, B, fracc. IV), todo ello, cumpliendo con los principios que la propia Constitución señala para el proceso.

Al parecer todos estos actos judiciales previos a la celebración del juicio oral deben ser realizados por el Juez de control a que se refiere el artículo 16, 13º. Párrafo, en tanto que en el dictamen de los Diputados de fecha 11 de diciembre de 2007, el Constituyente Permanente indicó: “Una propuesta de impacto transversal, por estar vinculada a varias modificaciones del artículo 16 de la ley fundamental es el establecer jueces federales y locales, denominados de Control, que se avoquen fundamentalmente a resolver los pedimentos ministeriales de medidas cautelares, providencias precautorias, técnicas de investigación para resolverlos de forma inmediata, para minimizar los riegos de la demora en la ejecución de la diligencia”. De este modo, el artículo 16, párrafo 13º. De la propia Constitución señala:

“Los poderes contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos”.

En términos constitucionales estas serían algunas de las funciones que deberá realizar el juez de control, entre otras que deberán ser explicitadas, por el legislador secundario, al redactar sus leyes y códigos procesales correspondientes.¹ En México ya se tenía desde hace mucho tiempo, al “juez de instrucción”; “este juez de Garantía es unipersonal y [...], en el ámbito jurisdiccional resuelve en forma individual, por ello se habla de un tribunal unipersonal de composición múltiple, encargado de asegurar que no se vulneren los derechos de los intervinientes en el procedimiento, incluidas las víctimas u ofendidos, testigos e indiciados”.²

Aunque ya ha sido detectado en el párrafo décimo cuarto del artículo 16, a la luz de las atribuciones del Juez de control a lo largo de las normas que predeterminan el sistema de justicia penal es posible, igualmente, en y desde la Constitución Política, a ese mismo Juez. Ahora bien, la interpretación constitucional puede hacerse de varios modos, que pasamos a desglosar:

- Juez de Control puede ser, el que aparece en el párrafo catorce del artículo 16, esto es: “que resolverá, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos.”³

En este sentido comento: Que hasta antes de la reforma de junio de 2008 en materia de justicia penal, dada la naturaleza del Sistema Mixto Inquisitivo que por décadas permaneció en el Estado Mexicano, la actuación de dos funcionarios el Juez Penal y el Ministerio Público dentro de las etapas procedimentales daban el carácter a este sistema de justicia; la función del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como la integración de la averiguación previa, recibir declaraciones y admitir pruebas para la integración de la causa; posteriormente, poner al indiciado a disposición del Juez Penal, quien únicamente se limitaba a realizar las actuaciones tendientes a confirmar lo actuado por el Ministerio Público, dictar un auto de sujeción a proceso o formal prisión, recibir algunas pruebas o en su caso ampliar las ofrecidas por el Ministerio Público en la etapa de investigación, buscando

¹ Suprema Corte de Justicia de La Nación. “Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México. Edit. Color, S.A. de C.V., México, D.F, 2011. Págs., 696-697-699.

² Casanueva Reguart Sergio, citado por González Obregón Diana Cristal, “Manual Práctico del Juicio Oral”, edit. Tiran Lo Blanch, 3ª. ed. México, D.F, 2014, pág. 61.

³ Hesbert Benavente Chorres, José Daniel Hidalgo Murillo. Código Nacional de Procedimiento Penales Comentado, Flores Editor y distribuidor, S, A de C.V. Editorial flores, 2ª. ed. México, D. F, 2015, Pág. 374.

la defensa del acusado restar el valor y la eficacia de dichas pruebas, terminado este periodo, paso a los alegatos y finalmente la sentencia. La metodología desarrollada es típica de un sistema Mixto Inquisitivo. La Reforma en materia de Justicia penal de 2008, trajo figuras novedosas en cuanto a los personajes del nuevo sistema, entre otras encontramos la creación del Juez de Control, y es en el artículo 16 constitucional donde encontramos algunas de las actuaciones de relevancia; en el párrafo 14º del citado precepto legal se establece: que los Poderes Judiciales contarán con jueces de control, que resolverán en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos; así también en el 7º párrafo autoriza el arraigo y su prorroga tratándose de delincuencia organizada. Esto quiere decir que a partir de la reforma en comento, el Juez de Control o de garantías desarrolla un papel fundamental para el éxito del nuevo paradigma en materia de justicia penal en el Estado mexicano.

2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

La doctrina, generalmente por medio del método lógico inductivo, partiendo del estudio de algunas disposiciones normativas en particular, que tienen en común el estar orientadas a asegurar la efectividad práctica de la sentencia, ante el peligro que supone la mora procesal (*periculum in mora*), ha tratado de determinar cuál es la relación constante de tales disposiciones, cuáles los principios por las que se rigen y cuáles son sus características comunes, así como también en qué se diferencian de otras instituciones procesales afines.

El tema de las medidas cautelares tiene particular relevancia en el ámbito procesal, pues sabido es que en no pocas ocasiones, después de un costoso proceso tanto para el Estado como para las partes que en él intervienen, finalmente al pronunciarse sentencia definitiva ésta no puede ser ejecutada, por no haberse adoptado las medidas provisionales (cautelares) que permitan hacer efectiva la resolución.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han identificado a la tutela cautelar como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Esto es así, pues conforme a lo dispuesto por el artículo 17 de la Constitución, luego de que prohíbe hacerse justicia de propia mano, se establece el derecho de toda persona a que se le imparta “justicia de manera completa” por los tribunales, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Se entiende que la tutela judicial es una garantía constitucional de las personas para la defensa procesal de sus derechos e intereses legítimos, como forma de control a la inobservancia de las normas jurídicas, lo cual implica que el Estado establezca los medios prácticos idóneos para hacer respetar el derecho los que configuran lo que se viene llamando función jurisdiccional.⁴

Se ha puesto de manifiesto que la tutela judicial que dispensan los tribunales “carecería de toda eficacia si el fallo que pronuncie el órgano jurisdiccional (después de un proceso prolongado) no puede al final cumplirse”, entre otras causas, porque durante la pendencia del proceso se haya modificado la situación de hecho, existente al iniciarse el proceso o se produzcan daños de imposible reparación; situaciones las cuales las medidas cautelares tratan de evitar, protegiendo provisionalmente los bienes o derechos objeto del proceso para que la sentencia que en su día (lejana tal vez) se pronuncie pueda cumplirse sin obstáculos de ninguna especie, permitiendo así que la tutela judicial sea realmente efectiva.

Debemos tomar en cuenta además, que la naturaleza de las medidas cautelares es de carácter procesal, pues no constituyen un derecho subjetivo privado previsto en la legislación substantiva, tampoco son derechos que se derivan de una relación jurídica establecida antes de iniciado el proceso, sino que surgen ante la violación de un derecho o como consecuencia de la amenaza contra el derecho, establecida la relación jurídico procesal y regulado el desarrollo de las medidas por los códigos procesales.⁵

Las medidas de cautela respecto de su naturaleza jurídica han sido encasilladas en los siguientes criterios:

- Como acción cautelar:

Tomando en cuenta que corresponde al Estado la Facultad de ejercer ese derecho de acción, aunque las partes también lo pueden hacer: como en el caso de los ofendidos, cuando buscan protección y/o restitución de sus derechos.

- _ Como proceso cautelar:

En virtud de que es una actividad jurisdiccional por lo tanto, responde a la necesidad de hablar en proceso, con todos los elementos que llevan a considerarlo como tal. Dicho proceso tendrá por objeto la tutela cautelar o preventiva que sirve

⁴ Giuseppe Chioyenda. Citado por Héctor González Chévez. “Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal” Ediciones Coyoacán. S.A de C.V. México, D.F., 2009, 1ª. ed. Pág. 61

⁵ González Chévez Héctor, “Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal”. Óp. Cit., págs. 61-62.

como mecanismo jurídico procesal para garantizar la pretensión declarativa y de ejecución.⁶

Este proceso resulta una forma de facilitar los efectos que corre paralelo al proceso principal, configurándose como un verdadero tertium genus – que se añade a los de cognición y ejecución-.

El criterio de naturaleza jurídica asignada a las medidas cautelares, resulta más palpable en un proceso civil.

- Como acto de aseguramiento:

Evidentemente, las medidas cautelares tienen asignada una función preventiva, ya que tratan de proteger contingencias que se presentan en el mismo proceso penal que colocan su existencia ante la espera de un resultado.⁷

Un argumento más en torno a esta postura es que se anticipan parte de las actuaciones que forman la ejecución futura, cuyo carácter instrumental le impide contar con la autonomía propia del proceso, ya que la cautela por sí sola no se justifica, pues ella es el medio de protección de un derecho o estado que peligra.

El sistema jurídico mexicano, tiene perfectamente definida la naturaleza jurídica de las medidas cautelares que favorecen a los fines del proceso penal, principalmente el arábigo 16 de la CPEUM contiene las bases relativas, aunque con la reforma constitucional de junio del año de 2008, se establece también como garantía individual de los ofendidos o víctimas de un delito, la facultad de solicitarlas para la protección de sus intereses o la restitución de los mismos, lo cual quedó inmerso en el distinto 20 del mismo cuerpo normativo.

El Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 153 sobre las Reglas generales de las medidas cautelares establece: “Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.”

“Corresponde a las autoridades competentes de la Federación y de las entidades federativas, para medidas cautelares, vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.”

⁶ Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Las medidas cautelares. Citado por José Luis Embriz Vázquez “Medidas Cautelares su Transición al Sistema Acusatorio, Adversarial y Oral en México”, Edit. Porrúa, S.A de C.V. México D.F, 2011, 1ª. edición pág. 194.

⁷ Quiroga Cubillos, Héctor Enrique, citado por José Luis Embriz Vázquez, “Las Medidas Cautelares Su Transición al Sistema Acusatorio Adversarial y oral en México.”, óp. Cit., pág. 194.

Por mi parte considero que la naturaleza jurídica de las medidas cautelares dentro del Proceso Penal Acusatorio, Adversarial y Oral cumplen con el objeto de la reforma en materia de justicia penal de junio de 2008, en el artículo 20 apartado A. de los principios generales del proceso, fracción I. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos entre otras cosas establece: “El proceso penal tendrá por objeto proteger al inocente, y que los daños causados por el delito se reparen”. Así también, en el apartado C. fracción IV del citado precepto legal respecto a los derechos de la víctima o del ofendido establece: que se le repare el daño. En los casos en que procedente el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. Finalmente concluyo que mediante la aplicación de medidas cautelares que imponga la autoridad jurisdiccional se cumpla con uno de los objetivos básicos del proceso, esto es que se repare el daño en beneficio del ofendido, cuando el inculpado mediante resolución judicial ha sido condenado por la comisión de un delito.

2.3.- CONCEPTO DE MEDIDAS CAUTELARES.

Atendiendo a su naturaleza y la finalidad que persiguen se puede formular un concepto de medidas cautelares penales y se dice que son: garantías constitucionales, de carácter procesal, que se adoptan por el órgano jurisdiccional o por la autoridad administrativa, destinadas a garantizar provisionalmente la efectividad de una eventual sentencia condenatoria, así como a evitar que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia e impedir que obstaculice el normal desarrollo de la investigación o el proceso y a salvaguardar la integridad personal de las víctimas u ofendidos o el pago de la reparación de daños; asimismo, orientadas a evitar que se originen daños de imposible reparación a la sociedad o a los derechos sustantivos del imputado. Determinadas por el peligro o la urgencia que supone el inevitable retardo de la resolución definitiva, por el devenir temporal del proceso.⁸

Dícese de aquellas establecidas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo.⁹

⁸ González Chévez Héctor, “Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal”. óp. Cit., págs. 70-71

⁹ De Pina Rafael, De Pina Vara Rafael, “Diccionario de Derecho”, edit. Porrúa, 37ª. ed., México D.F, 2008, pág. 369.

Dentro de las múltiples acepciones, el vocablo medida significa disposición, prevención U. m. en pl. Adoptar medidas; bajo esta línea de ideas, entonces una medida se refiere al medio que se emplea para ejecutar un propósito, o para evitar o atenuar un mal.¹⁰

Por su parte, la expresión providencia (del latín providentia), igualmente tiene una variedad de connotaciones, la que nos conduce a explicar el tópico en el que se centra nuestra atención es el que significa disposición anticipada o prevención que mira o conduce al logro de un fin.¹¹

Es así, que gramaticalmente podemos concluir diciendo que el uso indistinto de las dos expresiones –medida o providencia-, por su significado son correctas, pues ambas dejan clara una idea de prevención, de una disposición anticipada, ya que busca preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin; se busca prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio o bien, precaver, evitar estorbar o impedir algo.

Luego entonces, dentro de la temática en que se desarrolla el presente análisis, se puede afirmar que las dos expresiones son perfectamente válidas, su uso indistinto no se antepone al significado gramatical asignado por la Real Academia de la Lengua Española.

Ahora bien, en cuanto a las expresiones “cautelar” y “precautoria”, de la misma manera, se analiza su significado:

La palabra cautelar proviene de cautela: prevenir, precaver, o bien, precaverse, recelarse; es un adjetivo que en la ciencia del derecho significa preventivo, precautorio, aplicable a una medida o de una regla: destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo.¹²

A su vez precautorio (ría), es un adjetivo cuyo significado es que precave o sirve de precaución.¹³

Bajo esta tesitura, se estima que las formas (cautelar o precautoria) son correctas, ya que el sentido gramatical del vocablo tiene asignado un significado idéntico por la Real Academia de la Lengua Española, de ahí que se concluye que su uso indistinto es correcto.

Más aún, el uso alternado de las expresiones analizadas, es correcto, ya que se puede utilizar indistintamente medida cautelar, medida precautoria, providencia

¹⁰ Diccionario de la Lengua española, 22ª. ed., edición en CD-ROM, Buenos Aires Argentina, 2003. Citado por José Luis Embriz Vásquez, óp. Cit. Pág. 126.

¹¹ óp. Cit. Pág. 126.

¹² óp. Cit. Pág. 127.

¹³ óp. Cit. Pág. 127.

cautelar o providencia precautoria, lo cual, desde el punto de vista lingüístico no implica imprecisión alguna, ya que el idioma castellano posibilita inclusive el uso alternado de tales expresiones.

De acuerdo a los elementos antes analizados, con una inicial noción podemos concluir que “las medidas cautelares son una institución procedimental que a través del poder coactivo estatal, conlleva la adopción provisoria de actividades dirigidas al imputado, restringiéndolo de determinados derechos con propósitos asegurativos de su presencia en diversos actos procesales, con el fin de favorecer el buen desarrollo del proceso penal, de preservar datos de prueba, de proteger a la sociedad y garantizar que la víctima u ofendido pueda obtener protección y restitución de sus derechos, en forma tal, que si el proceso hace necesario dictar una sentencia definitiva, con ello se garantice su efectiva ejecución.

La medida cautelar son instrumentos procesales que afectan la esfera de la libertad del imputado así como derechos conexos a tal libertad, o bien, el patrimonio de este, cuando de por medio se cuenten con indicios de una causa probable del delito y la probable intervención del imputado, así como la presencia de una teoría del riesgo que justifica afectar, de manera proporcional y racional, los derechos antes mencionados, incluyendo la presunción de inocencia.¹⁴

Al respecto manifiesto: que comparto los conceptos de diferentes autores en cuanto a qué son las medidas cautelares; me parece que estos conceptos van relacionados con la naturaleza jurídica de estas, esto es así, porque como podemos apreciar, estas medidas cautelares son garantías de carácter procesal, pueden ser impuestas por el órgano jurisdiccional, o la autoridad administrativa tendientes a garantizar no sólo los derechos de los inculcados, sino que así también de las víctimas u ofendidos, no obstante su aplicación como acción del Estado, tiende a respetar los derechos de los inculcados. En fin una de las novedades del nuevo Sistema de Justicia Penal para garantizar la integración del proceso.

2.4. FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo, el cobro ejecutivo de créditos en los, juicios ejecutivos mercantiles), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la incierta

¹⁴ Herbert Benavente Chorres, José Daniel Hidalgo Murillo, Óp. Cit. Pág. 456.

actividad o conducta del activo del delito;¹⁵ de la misma manera, se pretende con las medidas en estudio, asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad; ya que de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial; sin perder de vista que se busca garantizar la efectividad de lo que se resuelva en la sentencia; siendo así tan indispensable, que sin ellas el proceso resultaría inocuo y el fallo ilusorio.¹⁶

Precisamente en este rubro, podemos encontrar los fines del proceso definidos perfectamente en la CPEUM –reformada el 18 de junio de 2008, en su ordinal 20 apartado A fracción I, que señala como objeto del proceso penal “el esclarecimiento de los hechos, protección al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.”

En otro sentido nuestra propia Constitución General de la República no advierte precisar el fin de las medidas cautelares, al considerar lo siguiente.

Art. 19.-.

“El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.”

A partir del texto constitucional supra citado, se puede advertir el fin –u objeto- de las medidas cautelares, que evidentemente tienden a prever el peligro en la dilación de la resolución definitiva en un juicio, supliendo interinamente la falta de aquellas precisamente para asegurar su eficacia si se llegaran a dictar, por lo que tales medidas, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo

¹⁵ De la Corte Constitucional Colombiana las sentencias, Antonio Barrera Carbonell. Citado por José Luis Embris Vásquez. Medidas Cautelares su Transición al Sistema Acusatorio Adversarial y Oral en México. 2ª. ed. México 2013, pág. 145.

¹⁶ De la Corte Constitucional Colombiana las sentencias. Alfredo Beltrán Sierra. Citado por José Luis Embris Vásquez. Medidas Cautelares su Transición al Sistema Acusatorio Adversarial y Oral en México. 2ª. ed. México 2013, pág. 145.

titular estima que puede sufrir un menoscabo, constituyen un instrumento no solo de otra resolución, sino también del interés público.¹⁷

La definición de las medidas cautelares ha de buscarse a la finalidad a la que están pre ordenadas; es por ello que para elaborar un concepto de dichas medidas se debe responder a la pregunta ¿Cuál es el fin que se persigue con la tutela cautelar? Esta cuestión ha sido ya resuelta, en parte, por la doctrina y la legislación, señalando que tales medidas provisionales tienen por objeto asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria, y evitar que durante la pendencia el proceso se puedan producir daños de imposible reparación.

En materia penal, las medidas cautelares además de los fines genéricos de asegurar la eficacia del fallo y evitar que durante la pendencia del proceso se produzcan daños de imposible reparación, la legislación establece fines específicos.

Con carácter previo se debe destacar que por el insuficiente desarrollo legislativo y la diversidad de medidas cautelares en materia penal , no es conveniente establecer a priori cual es la finalidad a la que están pre ordenadas, sino que se requiere analizar su regulación en el ordenamiento, para luego determinar la finalidad común a que tienden todas ellas, es decir partiendo del estudio de los fines que en particular la norma establece, se trata de arribar de manera inductiva a su finalidad genérica.

Del examen de las disposiciones constitucionales relacionadas con la tutela cautelar penal en México se puede observar que, en la mayoría de las medidas cautelares restrictivas de la libertad personal la Constitución, antes de la reforma, no refiere cual es la finalidad que se persigue con dicha medida, llámese detención en flagrancia, retención por el Ministerio Público durante las 48 horas, la orden de aprehensión, la prisión preventiva por 72 horas o la formal prisión.

Si acaso, tratándose de la detención ordenada por el Ministerio Público en los casos de urgencia (art. 16, párrafo V), se establece que la detención será procedente, entre otros supuestos, cuando se trate de “delito grave y ante el riesgo fundado de que el indiciado puede sustraerse a la acción de la justicia”

Conforme a las últimas reformas constitucionales en materia de justicia penal la finalidad a la que están pre ordenadas las medidas penales cautelares es determinable a partir de los precedentes legislativos y del texto mismo de la Constitución reformada.¹⁸

El Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 167, causas de procedencia de las Medidas Cautelares párrafo primero establece:

¹⁷ *Ibidem*. Págs. 145-146-147.

¹⁸ *Ibidem*, págs. 62-63-64

“El Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de Control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente código”.

Al respecto comento: Que las medidas cautelares son garantías constitucionales que tienden a preservar la integridad del proceso y sus consecuencias; luego entonces me parece que la finalidad primordial de estas es evitar que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia; esto es así, derivado de esta finalidad se garantiza en forma provisional la efectividad de una posible sentencia condenatoria, la reparación de los daños causados por la comisión de un delito; así también se impide que el indiciado obstaculice el normal desarrollo de la investigación o del proceso, de igual forma salvaguarda la integridad personal de las víctimas, ofendidos o en su caso de los testigos que pudieran deponer en contra del inculpado, con la aplicación de medidas cautelares de evita que se originen daños en la sociedad de imposible reparación; también a los derechos sustantivos del imputado. Todo ello encuentra su fundamento en lo establecido en el artículo 16º párrafo 14º del Pacto Federal al determinar: que los jueces de control resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial.

2.5. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Al respecto Héctor González Chévez establece: Puesto que el proceso penal tiene como fines genéricos, de resultar condenatoria la sentencia, la imposición de una pena privativa de libertad, la reparación de daños, el cumplimiento de las sanciones pecuniarias, el decomiso de bienes o el pago de multas y obligaciones procesales, a asegurar esos mismos fines tienden las medidas cautelares penales, aunque con la particularidad de que lo hacen de manera provisional, mientras dure el proceso, garantizando la eficacia de una eventual sentencia condenatoria que en un futuro se pronuncie.

Es por ello que en las primeras diligencias del proceso, desde la investigación incluso, es necesario adoptar medidas cautelares o precautorias dirigidas a asegurar provisionalmente los resultados tanto de la pretensión penal (condena) como la civil, garantizando así la eficacia de la función jurisdiccional en su finalidad última: hacer ejecutar lo juzgado.

Si toda la medida cautelar penal tiende a garantizar la efectividad de una eventual sentencia condenatoria y como en el proceso su contenido es de tres tipos: uno penal, que se basa en la imposición de una pena o medida de seguridad; otro de naturaleza civil consistente en la condena de la reparación del daño o indemnizatorio y un tercero de carácter procesal consistente en el pago de las obligaciones procesales; desde esta perspectiva las medidas cautelares en el proceso penal se clasifican en penales, civiles y procesales.

Desde otro ángulo la doctrina clasifica las medidas cautelares penales en personales y reales o patrimoniales, las primeras atendiendo a que están vinculadas con la libertad personal, como la detención, la orden de aprehensión, el arraigo, la prisión preventiva, la libertad bajo protesta y la libertad bajo caución. La segunda porque inciden en el patrimonio del inculcado, como el aseguramiento de bienes, el embargo precautorio penal, fianzas o la anotación registral, entre otras.¹⁹

JOSÉ LUIS EMBRIS VÁSQUEZ, señala: Por el tipo de derecho restringido, es el criterio quizá más conocido en el procedimiento penal, porque inclusive es el adoptado por los Códigos de Procedimientos Penales en México, aquí encontramos comúnmente a las medidas de cautela personales y reales, aunque de acuerdo a las reglas del sistema acusatorio, se agregan otras restricciones de diversos derechos.

Las personales imponen limitaciones del derecho a la libertad de los gobernados, específicamente la deambulatoria o de tránsito, son restrictivas o privativas de la libertad personal, que puede adoptar un tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento.²⁰

Por ejemplo, dentro de las medidas limitativas a la libertad de locomoción de las personas se pueden mencionar la detención (en delito flagrante, caso urgente, por cumplimiento de orden de aprehensión o por comparecencia voluntaria del activo del delito), la prisión preventiva, arraigo etc.

Dentro de este tipo de instrumentos de cautela, La Ley Procesal Penal del sistema acusatorio adversarial y oral comprende varios tipos, como medidas con o sin custodia, de prevención.

Reales: deben ser entendidas por tales las que imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes; por ejemplo puede perfectamente

¹⁹ González Chevéz Héctor, Óp. Cit. Págs. 71-72.

²⁰ López Masle, Julián. Citado por José Luis Embris Vásquez, Medidas Cautelares su Transición al Sistema Acusatorio, Adversarial y Oral en México, 2ª. ed. México, 2013. Pág. 192.

intentarse una medida cautelar real con el objeto de satisfacer una pretensión penal el pago de una multa.²¹

Esta categoría, se enfoca a su contenido eminentemente patrimonial, se refieren aquéllas que pretenden limitar la libre disposición del patrimonio de una persona, con el objeto de asegurar las responsabilidades pecuniarias de cualquier clase que puedan declararse en un proceso penal. Sobre este particular, conviene remarcar que las medidas cautelares asegurarán los pronunciamientos patrimoniales de cualquier clase (art. 589 LECRE), por lo tanto, no sólo la responsabilidad civil “ex delito” derivada de la acción civil acumulada a la penal (restricción de la cosa e indemnización de daños y perjuicios), sino también, los pronunciamientos penales con contenido patrimonial (la pena de multa y las costas procesales fundamentalmente). Evidentemente, aunque sea está asegurando cosas distintas, el objeto final es el mismo, el pago de una cantidad de dinero.

Dentro de los ejemplos que se pueden mencionar en el rubro que nos ocupa, encontramos principalmente: libertad provisional bajo caución, embargo precautorio, restricción de bienes y aseguramiento de objetos.²²

El Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 155 establece: “A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:

- I.- La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;
- II.- La exhibición de una garantía económica;
- III.- El embargo de bienes;
- IV.- La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;
- V.- La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
- VI.- El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;
- VII.- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares;

²¹ MORENO CATENA, Víctor Y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. Citados Por José Luis Embris Vásquez, Medidas Cautelares su Transición al Sistema Acusatorio, Adversarial y Oral en México, 2ª ed. México, 2013. Pág. 192.

²² José Luis Embris Vásquez, óp. Cit. Págs. 192-193.

VIII.- La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

IX.- La separación inmediata del domicilio;

X.- La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;

XI.- La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;

XII.- La colocación de localizadores electrónicos;

XIII.- El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o

XIV.- La prisión preventiva.

Las medidas cautelares no podrán ser utilizadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad, o como sanción penal anticipada.

Al respecto mi apreciación es: que atendiendo a la finalidad de las medidas cautelares y los fines que se persiguen, de resultar condenatoria la sentencia en el proceso entiendo, atendiendo al fin del mismo a las personales que son restrictivas o en el peor de los casos privan de la libertad de tránsito y deambulatoria a las personas; esto es así, encontramos a la prisión preventiva oficiosa, el artículo 19 párrafo segundo de la CPEM, establece en catálogo de los delitos en que es procedente esta medida cautelar. Así también tratándose de flagrancia, caso urgente, libertad bajo protesta entre otras. Otra clasificación de esta medida cautelar que priva de la libertad en forma parcial las encontramos en el Código Nacional de Procedimientos Penales en el artículo 155 en sus fracciones V, VII, la primera de ellas la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares; así como la prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que se afecte el derecho de defensa. Las medidas cautelares reales inciden en el patrimonio del inculcado, como son: la exhibición de una garantía económica, el embargo de bienes, la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero; contempladas en las fracciones II, III, IV, en el ordenamiento ante citado. Cabe mencionar que las medidas cautelares impuestas ya por el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa, son de manera provisional tendientes a preservar el objeto del proceso, el dictado de una posible sentencia condenatoria, pero lo más importante asegurar la presencia del inculcado y obtener la reparación del daño causado por la comisión de un delito.

2.6. EL JUEZ FEDERAL PENAL ESPECIALIZADO EN CATEOS, ARRAIGOS E INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES. FRENTE A LA MEDIDA CAUTELAR DEL ARRAIGO.

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: "...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 puede 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 de ochenta días..."

ACUERDO GENERAL 75/2008 DEL PLENO DE LA JUDICATURA FEDERAL.

(Primera Sección) DIARIO OFICIAL jueves 4 de diciembre de 2008.

CONSEJO DE LA JURICATURA FEDERAL.

ACUERDO General 75/2008 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se crean Juzgados Federales Penales especializados en Cateos, Arraigos, intervención de comunicaciones.

Al margen un sello con el escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Consejo de la Judicatura Federal.- Secretaria Ejecutiva del Pleno.

ACUERDO GENERAL 75/2008, DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICTURA FEDERAL, POR EL QUE SE CREAN JUZGADOS FEDERALES PENALES ESPECIALIZADOS EN CATEOS, ARRAIGOS E INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES.

CONSIDERANDO.

PRIMERO.- En términos de lo dispuesto por los artículos 94, párrafo segundo; 100, párrafos primero y octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 68 y 81, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Consejo de la Judicatura Federal es el órgano encargado de la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial de los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, con independencia técnica de gestión y para emitir sus resoluciones; además está facultado para expedir acuerdos generales que permitan el adecuado ejercicio de sus funciones.

SEGUNDO.- Los artículos 94, párrafo sexto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 81 fracciones IV, VI Y XXIV de la Ley Orgánica del

Poder Judicial de la Federación establecen que son atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal determinar el número, límites territoriales y, en su caso, especialización por materia de los Jueces de Distrito y dictar las disposiciones necesarias para regular el turno de los asuntos de su competencia, cuando en un mismo lugar haya varios de ellos;

TERCERO.- Las reformas a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos han cambiado radicalmente el sistema de justicia penal modificaciones de tal magnitud que impactan de una manera directa la estructura, presupuesto y organización del Poder Judicial de la Federación;

CUARTO.- Es indiscutible que, para concretar los objetivos de las reformas constitucionales de manera integral, la ley secundaria deberá reglamentar su aplicación, actividad que incumbe directamente a los órganos legislativos; sin embargo, es innegable que los textos constitucionales constituyen normas legales de la más alta jerarquía que deben ser acatadas indefectiblemente, esas normas fundamentales instauran la figura de jueces que, entre otras facultades, deben ocuparse de conocer de las medidas cautelares que requieran la investigación de los delitos, así como la prevención, disuasión, contención y desactivación de amenazas a la seguridad nacional, implementación que se hace necesaria para cumplir con la reforma constitucional al sistema penal acusatorio y con el Acuerdo Nacional por la Seguridad, la Legalidad y la Justicia, expedido el veintiuno de agosto de dos mil ocho, en cuyo punto XXXVIII, se asumió el compromiso de establecer juzgados especializados que se encarguen de responder ágil y oportunamente las solicitudes de órdenes de cateo, órdenes de arraigo, y autorización para la intervención de comunicaciones;

QUINTO.- El nuevo texto del artículo 16 constitucional determina que deben existir jueces que resuelvan, entre otras cosas, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos;

SEXTO.- La creación de Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones implica, aún antes de la expedición de la norma secundaria, un avance importante en la implementación de las reformas, que coadyuvará a satisfacer las cargas de trabajo que deberán enfrentarse, acatar los tiempos en que deba resolverse, así como a definir y especializar los mecanismos que resulten indispensables para la puesta en marcha de esas reformas; lo que permitirá a los Jueces Federales Penales adelantarse para que estén en condiciones de enfrentar con excelencia, profesionalismo, eficacia y

oportunidad, todas y cada una de las actividades que ya exige la moderna función judicial penal;

SEPTIMO.- Ante estas circunstancias, el Consejo de la Judicatura Federal estima conveniente la creación de “Juzgados Federales Penales especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones” cuya competencia debe acotarse, en un primer momento, al conocimiento de sólo determinados asuntos, con independencia de que gradualmente se vayan ampliando sus facultades, conforme a su ámbito competencial establecido en la Constitución, al conocimiento y resolución de las providencias precautorias y demás técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial, debiendo atender en su caso, a la legislación secundaria aplicable, una vez que se expidan las reformas conducentes.

En consecuencia, con fundamento en los artículos constitucionales y legales antes invocados, el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal expide el siguiente:

ACUERDO.

CAPÍTULO I.

De los Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones.

Artículo 1. Se crean seis órganos jurisdiccionales denominados “Juzgados Federales Penales especializados en Cateos, Arraigos e intervención de comunicaciones”.

Artículo 2. La residencia de los Juzgados a que se refiere este acuerdo general, será la Ciudad de México, Distrito Federal, en las instalaciones que determine el Consejo de la Judicatura Federal.

Artículo 3. Cada Juzgado Federal Penal especializado contará, al menos, con cuatro secretarios y con el personal administrativo que determine el Consejo de la Judicatura Federal, atendiendo a las necesidades del servicio.

Artículo 4. Los Jueces Federales Penales que sean adscritos a los órganos jurisdiccionales a que se refiere este acuerdo, serán designados por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, a propuesta de la comisión de Adscripción.

CAPÍTULO II

De la competencia y funcionamiento de los Jueces Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e intervención de comunicaciones.

Artículo 5. Los Jueces Federales Penales Especializados serán competentes para conocer y resolver las peticiones que, en toda la República, solicite el Ministerio Público de la Federación en la etapa de averiguación previa que se refieran a:

I. Cateo;

II. Arraigo

III. Intervención de Comunicaciones.

De igual forma serán competentes para conocer de las solicitudes de intervención de comunicaciones, que sean formuladas por el Centro de Investigación y Seguridad Nacional, en los términos de la ley de la materia.

Artículo 6. Para la solicitud y resolución de las medidas previstas en este acuerdo general, así como los plazos a observar y el procedimiento en general, incluida la verificación en su ejecución, se estará a lo dispuesto por el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y la Ley de Seguridad Nacional.

Artículo 7. Con el objeto de que el Ministerio Público de la Federación y el Centro de Investigación y Seguridad Nacional, tengan la posibilidad de acudir en cualquier momento ante los Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones, éstos funcionarán en turnos de veinticuatro horas laborables por cuarenta y ocho horas de descanso, cada turno comenzará con una diferencia de doce horas.

Con independencia del turno a que se alude en el párrafo anterior, cada Juzgador Federal Penal Especializado designará un Secretario, el cual tendrá un horario fijo de lunes a viernes de 9.00 a 19.00 horas, con la finalidad de que desahogue de forma expedita todas las peticiones y requerimientos que se refieran al trámite de los asuntos ya resueltos por el Juzgador Federal Penal de que se trate.

Artículo 8. En caso de sustitución de un Juez Federal Penal especializado éste deberá ser suplido de acuerdo con el horario que le corresponda, con la finalidad de impedir que se interrumpa la continuidad del funcionamiento de los Juzgados Federales Penales Especializados.

Artículo 9. El cambio de turno de los Jueces Federales Penales Especializados, deberá coordinarse con el objeto de que siempre se cumpla de manera eficiente con la alta función para la que fueron creados los Juzgados Federales Penales especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones.

CAPÍTULO III.

De la solicitud de Cateo, Arraigo o Intervención de Comunicaciones.

Artículo 10. El Ministerio Público de la Federación y el Centro de Investigación y Seguridad Nacional podrán solicitar, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, conforme a la ley que corresponda, el cateo, arraigo o intervención de comunicaciones al Juez Federal Penal Especializado en turno.

Artículo 11. La solicitud deberá presentarse a través del sistema informático que permita hacer llegar, por medios electrónicos, todos esos pedimentos al Juzgado Federal Penal Especializado en turno.

De igual manera, las pruebas o datos que el solicitante estime necesarias para sustentar la procedencia de la medida cautelar, tales como documentos digitalizados, fotografías, videos u otras análogas, podrán ser transmitidas mediante el uso de medios electrónicos, con las garantías de seguridad, certeza y confidencialidad que el sistema informático en comento ofrece.

CAPITULO IV.

De la Resolución a la Solicitud de Cateo, Arraigo o Intervención de comunicaciones.

Artículo 12. El Juez Federal Penal Especializado deberá resolver, antes de que termine su turno, sobre la procedencia del cateo, arraigo o intervención de comunicaciones que le hayan sido solicitados. En el expediente que se forme para el trámite del pedimento de que se trate, se integrará versión escrita de la determinación emitida por el Juzgador Penal Federal Especializado, la constancia de su notificación y en su caso, los informes que el solicitante haga llegar.

Artículo 13. Tan luego se firme y autorice la resolución que conceda o niegue el cateo, arraigo o intervención de comunicaciones, deberá incorporarse al sistema electrónico con la finalidad de que, además del juez que la dictó, sólo esté disponible para el personal autorizado por la Procuraduría General de la República y por el Director General del Centro de Investigación y Seguridad Nacional, quienes podrán obtener copia electrónica inmodificable para realizar la impresión correspondiente.

Para todos los efectos legales a que haya lugar, la primera consulta que el solicitante haga de ese archivo electrónico deberá ser registrada mediante la clave aleatoria digitalizada (firma electrónica) que genere automáticamente el sistema, con la que se tendrá por hecha la notificación de conformidad con el artículo 111 del Código Federal de Procedimientos Penales, y en términos del convenio correspondiente.

Artículo 14. En caso de que un Juez de Distrito, que conozca de un proceso penal federal, requiera copia certificada de una resolución que conceda o niegue una medida cautelar que se encuentre relacionada con esa causa penal, el Juez Federal

Penal especializado que la haya emitido formará un testimonio de la resolución que enviará al juez requirente.

Artículo 15. El conocimiento de los recursos interpuestos en contra de las resoluciones que, en términos del presente acuerdo general, emitan los Jueces Federales Penales Especializados, corresponderá a los Tribunales Unitarios en Materia Penal del Primer Circuito.

Con el objeto de que el Tribunal de Alzada cuente con la información suficiente para substanciar los recursos que se interpongan, el Juez Federal Penal Especializado deberá remitirle conforme a la legislación aplicable, el expediente a que alude el artículo 12 de este acuerdo general, así como en formato electrónico todas las constancias que por ese medio haya presentado la autoridad ministerial.

CAPITULO V.

Del Acceso al sistema Electrónico.

Artículo 16. Para acceder al sistema electrónico a que se refiere este acuerdo general se requiere de una firma digital. Los Agentes del Ministerio Público de la Federación, el Director General del Centro de Investigación y Seguridad Nacional y las personas autorizadas por éste, que por razón de su función deban ingresar al sistema, podrán obtener esta firma previo trámite ante el Consejo de la Judicatura Federal.

La firma digital permitirá a la representación social federal y al Centro de Investigación y Seguridad Nacional certificar la autenticidad de los documentos que remita a los Juzgados Federales Penales Especializados a través del sistema electrónico, en el entendido que serán copia fiel de los que obren en la averiguación previa o en el expediente del que emana la solicitud, y en un apartado de observaciones se deberá especificar, de cada constancia que se envíe, si la copia electrónica se reprodujo de un documento original, copia certificada o copia simple.

Artículo 17. Las circunstancias no previstas en este acuerdo general serán resueltas por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.

TRANSITORIOS.

PRIMERO. El presente acuerdo general entrará en vigor a las ocho horas del cinco de enero de dos mil nueve, en que iniciarán funciones los Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones.

SEGUNDO. Publíquese el presente acuerdo en el Diario Oficial de la Federación, el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, así como en uno de los periódicos de mayor circulación.

TERCERO. La implementación del sistema informático a que se refiere este acuerdo, se pondrá en operación conforme lo permita el presupuesto y normativa del Consejo de la Judicatura Federal; entre tanto, podrán utilizarse otros medios electrónicos o de comunicación en general que, el Consejo de común acuerdo con el Ministerio Público de la Federación o con el Centro de Investigación y Seguridad Nacional, estimen confiables.

CUARTO. A efecto de dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 16, párrafo décimo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 50 TER de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación relativos a las solicitudes de autorización de intervención de comunicaciones que sean formuladas en los términos previstos en las legislaciones locales y por el titular el Ministerio Público de alguna entidad federativa, una vez que se establezca la coordinación con las Procuradurías Generales de los Estados, la aplicación del presente acuerdo también será extensiva a dichas entidades; mientras tanto los Juzgados de Distrito que conozcan de proceso penal federal seguirán siendo competentes para resolver las mencionadas solicitudes.

QUINTO. Se abroga el acuerdo general 5/2005 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.

EL LICENCIADO **GONZALO MOCTEZUMA BARRAGAN**, SECRETARIO EJECUTIVO DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, CERTIFICA: Que este Acuerdo General 75/2008, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se crean los Juzgados Federales Penales especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones, fue aprobado por el Pleno del propio Consejo, en sesión ordinaria de veintiséis de noviembre de dos mil ocho, por unanimidad de votos de los señores consejeros: Presidente Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Luis María Aguilar Morales, Elvia Díaz de León D´Hers, María Teresa Herrera Tello, Indalfer Infante González y Oscar

Vázquez Marín.- México distrito Federal, a veintiséis de noviembre de dos mil ocho.-
Conste.- Rúbrica.

Al respecto comento lo siguiente: El nuevo paradigma de la reforma constitucional de junio de 2008 en materia de justicia penal, trajo consigo diferentes cambios entre otros la creación de Jueces de Control, contemplado en el artículo 16 del Pacto Federal; ahora bien es preciso determinar que entre sus atribuciones se encuentra “resolver en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial”, cabe señalar que esta facultad es ejercida para el efecto de cumplir con los fines y metodología del proceso penal en materia del fuero común. Al efecto la reforma en comento creó un régimen especial tratándose de

delincuencia organizada, de lo anterior se debe distinguir que las medidas cautelares que resuelve el Juez de control del fuero común no opera por lo que respecta a la Delincuencia Organizada. Esto es así, como consecuencia de lo anterior el Consejo de la Judicatura Federal mediante acuerdo 75/2008 de fecha 4 de diciembre de 2008, crea los Juzgados Penales Federales Especializados en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones, considerando entre otras cosas que está facultado para expedir acuerdos generales que permitan el adecuado ejercicio de sus funciones. En efecto el citado acuerdo, en su capítulo I De los Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e intervención de comunicaciones, en su artículo I. Se establece: Se crean seis órganos Jurisdiccionales denominados “Juzgados Federales Penales especializados en Cateos, Arraigos e intervención de Comunicaciones.

CAPÍTULO III.

EL ARRAIGO.

3.1.- MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL ARRAIGO COMO MEDIDA CAUTELAR, RESPECTO DE LA REFORMA EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL DE 18 DE JUNIO DE 2008.

“Luego de la iniciativa presidencial de marzo de 2004, para la reforma del sistema de Justicia Penal, cuya función principal podemos identificar como la de abrir el debate nacional en torno a la modernización del Sistema de Justicia Penal, trajo diversas consecuencias, que como vimos, derivaron en movimientos reformistas que impulsaron las transformaciones procesales penales en los Estados de Nuevo León, Estado de México, Chihuahua y Oaxaca, así como una serie de iniciativas de reforma constitucional, que dieron bases más claras para la implementación de un sistema Acusatorio en materia penal en el país. De este modo, los diversos partidos políticos desde finales de noviembre de 2006, promovieron ante la Cámara de Diputados una serie de reformas a la Constitución con la intención de transformar el texto de diversos artículos, que permitieran un proceso de naturaleza acusatoria. Por otro lado, el Ejecutivo de la Unión promovió una iniciativa ante el Senado de la República, que permitiera un marco constitucional más acorde para la lucha contra el crimen organizado y la salvaguarda de los derechos de la víctima.

Efectivamente entre el 29 de septiembre de 2006 y el 4 de octubre de 2007, la Cámara de Diputados como Cámara de Origen, recibió diez iniciativas de reforma a la Constitución, promovidas por legisladores de diversos grupos parlamentarios, tendientes a transformar el diseño del Sistema Procesal Penal. Del análisis de estas propuestas las comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, emitieron un dictamen que fue sometido al Pleno de este cuerpo colegiado, en el que se contempló la inclusión al Texto constitucional de las siguientes figuras jurídicas: la reducción del estándar probatorio para librar las órdenes de aprehensión; una nueva definición de flagrancia, la figura del arraigo como medida cautelar, la definición de delincuencia organizada; la facultad de acceder a información clasificada en casos de delincuencia organizada; celeridad en el otorgamiento a las solicitudes de órdenes de cateo; el ingreso policiaco a domicilio sin orden judicial; la grabación de comunicaciones entre particulares con autorización judicial; jueces de control; mecanismos alternos de solución de controversias; el cambio de denominación de pena corporal; el cambio de denominación de reo por sentenciado; el cambio de denominación de readaptación por reinserción; los centro de alta seguridad para los casos de delincuencia organizada y otros internos que requieran seguridad especial; excepciones

penitenciarias en casos de delincuencia organizada; la transformación de la denominación del auto de formal prisión por auto de vinculación con diversas consecuencias procesales y la prisión preventiva; la figura de delitos inexcusables; la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal y del proceso en delincuencia organizada....”

Finalmente apreciamos el establecimiento del marco constitucional para reorganizar y esclarecer las funciones de los órganos del Estado que integran el sistema Nacional de Seguridad Pública, pilar básico para el adecuado funcionamiento del nuevo modelo de Justicia Penal Acusatorio adoptado por nuestra Constitución”.

Luego entonces para efecto efectos del estudio del arraigo se establece lo siguiente:

Artículo 16...

(Adicionado 8º Párrafo)

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.¹

Por lo que respecta al presente apartado expongo: es importante resaltar que en el nuevo paradigma en materia de justicia penal en el Estado mexicano, está diseñado para que los operadores del nuevo sistema respondan adecuadamente a la problemática social que representa la comisión de los delitos y que se encuentra contemplado en este diseño a partir de 8 de junio de 2008. Es importante resaltar que a partir de la reforma constitucional en materia de justicia penal de corte acusatorio y oral, se crearon nuevas instituciones y figuras procesales; entre las cuales por la importancia para la elaboración del presente trabajo la figura del Juez de Control, las medidas cautelares, la figura del arraigo como medida cautelar no obstante que la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo había declarado inconstitucional, un régimen especial para la delincuencia organizada; por lo que respecta a los derechos del imputado el derecho humano a la presunción de inocencia; así también de los derechos de las víctimas u ofendido. Por lo que respecta al proceso en cuanto a los principios generales se considera que su objeto es el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable

¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México, Edit. Primera ed. 2011, México D.F, págs.560-561-569.

o quede impune y que los daños causados por el delito se reparen; así también que este se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Ello obedece a que el sistema Inquisitivo Mixto había sido rebasado por la creciente ola de violencia en la comisión de los delitos, causando impunidad y una creciente inseguridad social.

3.2.- CONCEPTO DE ARRAIGO.

Respecto al concepto de del arraigo, algunos destacados tratadistas en la materia aportan con acierto su conceptualización respecto de la institución penal del arraigo.

Fernando García Silva dice: La definición del arraigo –para su constitucionalidad y convencionalidad- debe excluir en forma absoluta la idea consistente en que su objeto es “primero detener a la persona para después investigarla”. El arraigo debe entenderse como una medida cautelar dirigida a restringir la libertad de una persona cuando, entre otros requisitos, existe una investigación que reporta indicios razonables sobre su participación en la comisión de un delito grave o de delincuencia organizada, cuando es necesaria la restricción contemplada, pero por circunstancias excepcionales resulta imposible aplicar una de las figuras ordinarias contempladas en la Carta Magna, para realizar una detención. En ese orden de Ideas, del propio concepto de arraigo se desprenden ya tres condiciones esenciales en materia penal: La existencia del delito grave o de delincuencia organizada; una investigación e indicios razonables sobre la participación del sujeto en la comisión del ilícito. Sin esas tres condiciones esenciales el arraigo se ubicaría como una figura propia de los sistemas autoritarios y antidemocráticos, puesto que en un Estado de Derecho resulta inconcebible la posibilidad de privar de la libertad a personas en cuya contra, a esas alturas, no existen elementos que hagan probable su participación en algún ilícito.²

Por su parte Isabel Claudia Martínez Álvarez expone: El arraigo es una forma de detención arbitraria introducida en nuestro Derecho a raíz de la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública de 2008; esta práctica permite la vigilancia permanente del Ministerio Público en personas sospechosas de cometer algún delito o que tenga información relacionada a éste; su fin es incrementar el tiempo con el que cuenta la autoridad para reunir pruebas contra la persona arraigada. El objetivo del arraigo no es determinar si una persona es inocente o culpable, sino que se priva a la persona de su libertad con el fin de obtener información que pudiera ser utilizada con posterioridad para la etapa de juicio. Es decir, la investigación no se realiza para detener a una persona, sino que

² Fernando Silva García coordinador, Gigantismo Judicial, Presunción de Inocencia, Edit. Porrúa, Primera ed. 2014, México D, F., págs. 411-412.

la persona es detenida arbitrariamente para ser investigada, contraviniendo los principios básicos de justicia en una democracia. La persona afectada queda así sin garantías ni situación jurídica clara, ya que no es ni indiciada ni inculpada. Lo que es más ni siquiera está vinculada a proceso legal alguno, simplemente se le ha privado de la libertad para ponerla a plena disposición de la autoridad investigadora.³

José Luis Embriz Vásquez respecto del arraigo se pronuncia: Tan pronto emerge el arraigo en el sistema jurídico mexicano, se pronuncia la Procuraduría General de la República sobre este instrumento con la siguiente noción:

“El arraigo penal es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculcado en la investigación previa o durante el proceso penal, cuando se trate de delitos imprudenciales o de aquellos en los que no proceda la prisión preventiva.”⁴ Continúa diciendo para concluir, el arraigo penal (lato sensu) es una medida cautelar personal de carácter temporal, decretada por un órgano jurisdiccional a petición de parte, que subordina a un sujeto a no abandonar un espacio geográfico específico –toda una demarcación o un domicilio- en virtud de la investigación de hechos posiblemente constitutivos de delito en los cuales se ve inmiscuido.

A su vez el arraigo domiciliario (strictu sensu) en el sistema jurídico mexicano tiene una doble connotación, de acuerdo a su diseño en razón del sistema procesal al que pertenece, de tal suerte, que por lo que respecta al sistema mixto tradicional, es una medida cautelar personal de carácter temporal, privativa de la libertad, decretada por un órgano jurisdiccional a petición del Ministerio Público, que busca preservar la investigación, evitando que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia cuando exista el riesgo fundado de que esto sea posible, para favorecer la integración y perfeccionamiento de la averiguación previa, logrando con ello que esta tenga como resultado el ejercicio de la acción penal y a posteriori el libramiento de la orden de aprehensión.

Mientras que dentro del sistema procesal penal de corte acusatorio, adversarial y oral, por arraigo domiciliario, entendemos en strictu sensu, la medida cautelar personal de carácter temporal, privativa de la libertad, decretado por un órgano judicial a petición de parte y en contra del imputado, a fin de asegurar su presencia en el procedimiento penal, favorecer el buen desarrollo de la investigación y/o la

³ Silvano Cantú, Isabel Claudia Martínez Álvarez coordinadora, Derecho Penal del Enemigo y Derechos Humanos, Edit. Ubijus, S.A de C. V., México D.F. 2015. Págs. 37-38.

⁴ Procuraduría General de la República, Citado por José Luis Embriz Vásquez, La reforma jurídica de 1983 en la Administración de Justicia, México, 1984, pág. 54.

protección de la víctima u ofendido de la sociedad, que se ejecuta en el domicilio de aquel o en el que designe el juez, con o sin vigilancia de autoridad.⁵

Luego de las diferentes conceptualizaciones que han realizado los tratadistas en comento. Por mi parte entiendo que el arraigo en materia penal es una medida cautelar excepcional arbitraria, que priva de la libertad a una persona que se encuentra relacionada en la comisión de delitos de la delincuencia organizada. Luego entonces es arbitraria porque viola en perjuicio de la persona arraiga derechos humanos previstos no sólo en la Constitución, sino también en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte; en conclusión a partir de la reforma constitucional en materia de justicia penal en nuestro país, la institución del arraigo penal es una de las figuras más polémicas dentro del sistema procesal mexicano, equivocadamente se ha afirmado que se trata de uno de los instrumentos más útiles con los que cuenta la Fiscalía dentro de la etapa de investigación, lo que me lleva a considerar que la aplicación de esta medida cautelar resume la incapacidad investigadora del Estado en la comisión de los delitos, de delincuencia organizada.

3.3.- EL ARRAIGO ANTES DE LA REFORMA DE 18 DE JUNIO DE 2008. EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL.

En el traje nuevo del emperador; Andersen explora que hay hechos y situaciones que generan verdades aparentes, cuya nueva evaluación es capaz de evidenciar la existencia de realidades diversas y desenmascarar anteriores apreciaciones que se tenían por inmovibles. En el año 2005, el arraigo en materia penal fue declarado inconstitucional por el pleno de la SCJN, al implicar la detención de una persona cuando la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que el detenido tenga probable responsabilidad penal, sin que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.⁶ Posteriormente, en el año 2008 el Poder revisor revistió dicha decisión y colocó un traje nuevo al arraigo penal, al convertir dicha medida cautelar en una figura de carácter constitucional, por introducirla en el artículo 16 de la Norma Suprema. Es decir el arraigo se constitucionalizó. Esa constitucionalización ha llevado a la idea consistente en que el arraigo siempre es

⁵ José Luis Embris Vásquez. El Arraigo Domiciliario del Sistema Acusatorio y Oral Edit. Flores editor y Distribuidor, S.A de C.V. México., D.F. 2012. Págs. 11-13-14.

⁶ [TA]; 9ª. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXIII, Febrero de 2006; Pág. 1170. ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULO 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCION FEDERAL, citado por Fernando Silva García coordinador. Garantismo Judicial Presunción de Inocencia, 1ª. ed., 2014 México D.F., 409.

válido por el simple hecho de estar previsto en la Norma Suprema. Se ha interpretado que si se afecta el arraigo penal se afecta el principio de supremacía constitucional. Se ha pensado que el nuevo ropaje constitucional del arraigo tiende a blindarlo y a resistir cualquier tipo de control de regularidad constitucional o convencional proveniente de la rama judicial. En ese sentido, la experiencia ha puesto de manifiesto que el arraigo en materia penal se ha utilizado para detener a personas por hasta 40 u 80 días sin que exista investigación alguna a esos efectos; es decir, las autoridades han entendido que se ha constitucionalizado y es válido el método consistente en “primero detener para después investigar”; lo que ha generado que las autoridades conciban al arraigo penal como una especie de método cautelar metaconstitucional que permite sobreponerse, en términos absolutos, al contenido esencial de los derechos fundamentales a la libertad personal, a la presunción de inocencia, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.⁷

ARRAIGO PENAL, EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia y no se pueda acudir ante un juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al imputado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del juez de la causa y éste determine su situación jurídica.

⁷ Fernando Silva García. Óp. Cit. Págs. 409-410.

Ahora bien, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.

Diputados integrantes de la sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 19 de septiembre de 2005. Mayoría de cinco votos. Ausentes: José Ramón Cosío Díaz y Juan N. Silva Meza. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente Juan Díaz Romero. Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza. El Tribunal pleno, el cinco de enero en curso, aprobó, con el número XXII/2006, la tesis aislada que antecede el cinco de enero de dos mil seis.

Al respecto realizo la siguiente observación: en el año de 2005 nuestro máximo tribunal declaró inconstitucional el arraigo, entre otras cosas por considerar que esta medida cautelar vulneraba la libertad personal del gobernado; además de que no se actualizaban las condiciones de los plazos que señalan las formas ordinarias de la privación de la libertad como son: mediante flagrancia, en caso urgente, orden de aprehensión, auto de formal prisión y, tratándose de infracciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, cada uno de ellos fija la forma y términos de la privación de la libertad personal. Luego entonces a partir de la reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal en el Estado mexicano, el constituyente reformador consideró que la ola de violencia y la comisión de los delitos había rebasado el sistema de enjuiciamiento, así también que había que dotar a las autoridades del Estado de mejores herramientas para la investigación de los mismos procurando que no siga existiendo impunidad e inseguridad social; en esas condiciones constitucionaliza el arraigo como medida cautelar en el periodo de investigación, dejando atrás el criterio de nuestro alto tribunal. En síntesis resumo que no se trata de aprobar instituciones que priven de la libertad a presuntos delincuentes, violando derechos humanos contenidos en nuestro Pacto Federal, así como en los tratados internacionales sino que nuestros gobernantes deben fijar su atención que se trata de impulsar políticas de gobierno en materia de seguridad pública, la constitucionalización del arraigo no soluciona el problema de impunidad, tampoco de inseguridad social.

3.4. EL ARRAIGO SU FINALIDAD.

El artículo 16 constitucional establece que la finalidad constitucional del arraigo radica en el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o que exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Por ende, la validez del arraigo requiere que el Ministerio Público y el Juez demuestren (aportación de pruebas, fundamentación y motivación) que dichos objetivos constitucionales se actualizan en el caso concreto, máxime cuando la persona que se pretende arraigar se presuma inocente, pues ello genera que la carga de la prueba para restringir su libertad personal recaiga en el MP y en el Juez competente para emitir el arraigo, por lo tanto debe acreditar con pruebas, razones y motivos objetivos, que la medida cautelar es necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o el riesgo fundado de que el "inculpado" se sustraiga a la acción de la justicia (artículo 16, párrafos primero y octavo, constitucional). Asimismo la Corte Interamericana ha establecido que no es suficiente que toda causa de privación de la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que la aplicación de este respete los siguientes requisitos: i) que la finalidad de las medidas que privan de la libertad sean compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos; ii) Que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido. En este orden de ideas, el Tribunal Interamericano ha señalado que toda limitación a la libertad personal debe ser excepcional, tomando en cuenta el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad por un lado y, por otro, las ventajas que se obtienen mediante la restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. *"cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención"*.⁸

Comento: De la sola lectura del artículo 16 constitucional se desprende: "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" Entiendo entonces que se trata de la finalidad de la medida cautelar del arraigo. En este tenor para su validez requiere que la Fiscalía aporte pruebas al juez competente, quien a su vez podrá otorgar la petición motivada y fundada y se cumpla así con los objetivos constitucionales que en su momento actualizan el caso concreto. No debemos olvidar que cuando esto sucede la persona a arraigar por mandato constitucional se presume inocente, de tal suerte que en el caso concreto corresponde al Ministerio Público la carga de la prueba para solicitar

⁸ Fernando Silva García, óp. Cit., págs.422-423.

la privación de una persona. De esta forma con la aportación de pruebas, motivos y razones fundamentadas se cumple con la finalidad de la medida cautelar del arraigo. En este sentido se ha pronunciado la convención americana de Derechos Humanos estableciendo que toda limitación a la libertad personal debe ser excepcional tomando en cuenta la restricción al derecho humano a la libertad. "Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto viola el artículo 73. De la Convención.

Finalmente concluyo que la medida cautelar del arraigo en el periodo de investigación, se detiene para después investigar, es un método típico de un Estado antidemocrático y autoritario; y finalmente me pregunto con la aplicación de la medida cautelar personal del arraigo ¿tienen éxito todas las investigaciones? La respuesta es no.

3.4.1. MODALIDADES DE LUGAR Y TIEMPO QUE LA LEY SEÑALE.

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su párrafo octavo establece: "La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público 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...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 de ochenta días."

En este tenor, el arraigo revela simultáneamente la esencia de la medida cautelar de carácter personal que posee y el lugar donde debe cumplirse, situación que jurídicamente corresponde a la esencia de la medida en cita, esto es, que permanezca en algún lugar determinado, por ejemplo su domicilio, a disposición del Ministerio Público, para fines de la averiguación previa, más no al hecho de ocultarlo en algún sitio distinto a aquél, como, por ejemplo, los separos de la policía, un hotel, una casa de las llamadas de "seguridad" de las procuradurías, etcétera, pues ello viola los artículos 14, 16 y 20 constitucionales, por lo que el juez está impedido para autorizar esto último –so pena de incurrir en responsabilidad- y, más aún, para conceder el arraigo debe expresamente indicar el lugar donde permanecerá detenido, donde se cumplimentará la medida cautelar, previa prueba que le presente el Ministerio Público del cuerpo del delito y de su probable responsabilidad, en acatamiento a la Constitución.⁹

⁹ Marco Antonio Díaz de León. Revista Defensa Penal Interpretación Y Análisis, Año 6, Número 42, julio 2014
Publicación mensual editada por: LEX, Grupo Editorial Omega Lex, S.A de C.V., pág. 41.

Esto tiene que ver con la obligada distinción que debe hacerse entre el arraigo y la prisión disfrazada. El arraigo debe entenderse como un confinamiento regional o, cuando mucho, domiciliario para que el arraigado no abandone la localidad o, en todo caso, para que no abandone su domicilio, pero dentro de él debe encontrarse en absoluta libertad. Al domicilio no deben entrar los guardianes, pero pueden entrar sus invitados. En su domicilio puede vestir como quiera, dormir con la luz apagada, jugar dominó, hacer una fiesta o hasta emborracharse.

En la realidad, el arraigo se instala en una casa de seguridad, con vigilantes al interior, con restricción de visitas y hasta con limitación de ingesta. Eso, si no somos imbéciles, no nos pueden decir que es un arraigo, sino una prisión. Con esta reforma constitucional surgen, como excepciones a la regla constitucional de privación de libertad ya enunciada, el arraigo en sus dos formas de calificado y prorrogado. Éstas son dos formas previstas por el octavo párrafo del nuevo artículo 16 constitucional y no consideradas por el texto anterior. Es por ello que, durante décadas, fueron tachadas de inconstitucionales, aunque las preveía la legislación secundaria. Hoy con el dispositivo constitucional reformado adquiere un estatus de validez, siempre y cuando sea decretada por la autoridad judicial, se haya solicitado por el Ministerio Público, se trate de delitos de delincuencia organizada y ella fuere necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de La justicia. El plazo inicial no puede exceder de 40 días y puede prorrogarse hasta por 80 días más.

¡Cuidado con los trucos y las simulaciones! Por ejemplo, la ley permite la prisión en algunos casos, pero no la define ni la describe. Entonces ¿un calabozo o un apando o una cadena pueden ser considerados como prisión constitucional? No le mintamos a los demás porque un día nosotros seremos los engañados.¹⁰

La Ley Federal contra la delincuencia Organizada en su artículo 12 establece:

ARTÍCULO 12.- “El Juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2º. De esta Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su condición y mando inmediato de la investigación. La duración del arraigo podrá

¹⁰ José Elías Romero Apis. Revista Defensa Penal Interpretación y Análisis. Año 3, Número 40, diciembre de 2012 Publicación Mensual Editada por: LEX, Grupo Editorial Omega LEX, S.A de C.V., págs.13- 17.

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

Como es posible observar, mientras que la Constitución establece que deberá ser el legislador quien determine el lugar de ejecución del arraigo; en cambio, la ley transcrita pasa por alto dicha encomienda y establece que el MP bien puede determinar el lugar de ejecución de dicha medida cautelar; de lo cual podemos desprender que el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada se sobrepone, anula y distorsiona el mandato constitucional previsto en el octavo párrafo del artículo 16 de la Norma suprema.¹¹

En este sentido cabe destacar: Que el párrafo octavo del artículo 16 constitucional establece entre otras cosas: “con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale”. Me parece que el precepto en mención no señala el lugar para la ejecución del arraigo, pero si se prevé una reserva de ley para que sea el constituyente quien debe determinar el lugar de la ejecución de la medida cautelar; en este sentido se entiende que el lugar ejecutar el arraigo sea determinado únicamente al legislador, de no ser así e incumplir con este mandato constitucional en estas condiciones se interpreta que cede a la Fiscalía General la tarea que encomienda al órgano legislativo a esos efectos; por consiguiente y respecto a la ley secundaria tratándose de delincuencia organizada en su artículo 12 entre otras cosas establece: ”y se realice con la vigilancia de la autoridad la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato de la investigación. Concluyo que para la ejecución de la medida cautelar actualmente existen centros de arraigo, pero es importante precisar que las leyes secundarias, lógicamente no pueden dejar sin efecto normas constitucionales. Por lo que refiere el párrafo octavo del artículo 16 constitucional respecto al tiempo que la ley señale, no puede exceder de cuarenta días, pero este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite la subsistencia de las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días. Me parece que el término establecido en la primera hipótesis resulta ser suficiente para efectos de realizar una investigación por parte del Ministerio Público, su prorroga resultaría una privación ilegal de la libertad, y en consecuencia se configura un abuso de autoridad, añadiendo que en los tratados internacionales disponen que la privación de la libertad a la puesta a disposición de la autoridad judicial, no puede durar más que el tiempo absolutamente necesario. Concluyo la duración en tiempo de esta medida cautelar y su prorroga en su caso, pone en duda si realmente la autoridad investigadora cuenta con indicios de la probable participación de una persona en comisión de comisión de un delito.

¹¹ Fernando Silva García, Óp., cit., págs. 423-426-427.

3.4.2. EL ARRAIGO NECESARIO PARA EL ÉXITO DE LA INVESTIGACIÓN.

El Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos párrafo octavo entre otras cosas establece "...Siempre que sea necesario para el éxito de la investigación...". Primero el arraigo debe ser necesario para el éxito de la investigación. Este extremo de procedencia debe ser probado por la fiscalía solicitante de la medida cautelar. ¿Cómo prueba que con el arraigo la investigación tendrá éxito? ¿Qué garantiza "fundadamente" que el arraigo sirva para triunfar en la investigación futura? Lo más probable es que esta exigencia constitucional sea constantemente sobajada a mera palabrería en cada solicitud de arraigo y que los jueces de control la tomen a la ligera; es decir, nada más con que el Ministerio Público exprese que será para el "éxito de la investigación" el juez la concede "ni más ni más"¹² Significa, se requiere, para decretar el arraigo, primero, que exista una averiguación previa donde se implique al afectado como interviniente en un hecho considerado como delito, además que en contra de aquél existan suficientes indicios que puedan, en su caso, llevarlo a la condición de probable responsable, situación que de no darse viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que en la averiguación previa todavía no arroje datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 40 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.¹³

El artículo 16 constitucional establece que la finalidad constitucional del arraigo radica en 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. Por ende, la validez del arraigo requiere que el MP y el Juez demuestren (aportación de pruebas y fundamentación) que dichos objetivos constitucionales se actualizan en el caso concreto, máxime cuando la persona que se pretende arraigar se presume inocente, pues ello genera que la carga de la prueba para restringir su libertad personal recaiga en el MP y en el Juez competente para emitir el arraigo. Por lo tanto, debe acreditar con pruebas, razones y motivos objetivos, que la medida cautelar es necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o el riesgo fundado de que el "inculpado" se sustraerá a la acción de la justicia (artículo 16, párrafos primero y octavo constitucional).

¹² José Elías Romero Apis. Revista Defensa Penal Interpretación y Análisis, Óp. Cit., Pág. 14.

¹³ Marco Antonio Díaz de León, Revista Defensa Penal Interpretación y Análisis, Óp. Cit., Pág. 41.

Asimismo la Corte Interamericana ha establecido que no es suficiente que toda causa de privación de libertad este consagrada en la ley, sino que es necesario que la aplicación de esta respete los siguientes requisitos: i) que la finalidad de las medidas que priven la libertad sea compatible con la Convención americana sobre Derechos Humanos; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido. En este orden de ideas, el Tribunal Interamericano ha señalado que toda limitación a la libertad personal debe ser excepcional, y estrictamente proporcional, tomando en cuenta el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad por un lado, y por otro, las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. *“cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto violará el artículo 7.3 de la Convención”*.¹⁴

“El pasado 26 de septiembre en el Juzgado Tercero de Distrito en Materia de Procesos Penales Federales del Estado de México. En Almoloya de Juárez, hubo una diligencia clave en el caso de la PGR contra Ángeles Dauahare, Escorcia, Dawe, Pérez Ramírez, Hernández Soto y Reyna.

De acuerdo con la información que **Proceso** obtuvo de esa diligencia, la Barbie amplió su declaración inicial y afirmó ante el juez Raúl Valerio Ramírez que el pasado 21 de mayo –días después de la detención de los oficiales del Ejército-, funcionarios de la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada (SIEDO, ahora SEIDO), lo visitaron en el penal del Altiplano.

Asegura que lo hostigaron y amenazaron para que declarará contra los militares y que le mostraron fotografías para que los identificara, aunque él afirma que les dijo que no los conocía.

“Querían que yo declarara en contra de ellos para ayudar a la SIEDO. Yo les pregunté en qué querían que les ayudara si yo no los conocía, traían como una 20 hojas como de oficio y ahí observé el nombre de Roberto López Nájera, con clave Jennifer”, afirmó Valdez Villarreal al Juez que lleva la causa penal.

“La primera vez que vinieron les indique que tenía que hablar con mi licenciado, que estaba en Estados Unidos de América, para ver si me convenía o no”, siguió narrando. -¿Cómo supo que las fotografías que le fueron presentadas por la SIEDO

¹⁴ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez. Vs. Ecuador. Citado por Fernando Silva García Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de Noviembre de 2007. Serie C. No. 170; Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C. No. 141. Óp. Cit. Págs. 422-423.

era de militares?- preguntó el abogado del general Pérez Ramírez en la ampliación de declaración en la que estaban presentes todos los acusados.

-porque venían los nombres de las personas y unos venían vestidos como si ya estuvieran vestidos (de civil) y otros con ropa militar, incluso con gorra respondió.

El abogado también les preguntó si las personas que estaban en las fotografías eran las mismas que ahora están coprocesadas con él en la causa penal 44/2012-III. “De las fotografías en las que venían de militares no se parecen mucho a esas personas porque ya estaban viejas, pero en las que aparecían vestidas de civil se veían recientes y corresponden a alguna de esas personas que se encuentran conmigo. Recuerdo a quienes hoy responden a los nombres de Iván Reyna Muñoz, Silvio Isidro de Jesús Hernández Soto, Tomás Ángeles Dauahare, Ricardo Escorcía Vargas, Rubén Pérez Ramírez, y Roberto Dawe González.

“Quiero agregar que además de las fotografías que corresponden a las personas que indiqué me mostraron como otras cuatro o cinco personas que no se encuentran en esta sala de audiencias.”

La Barbie afirmó en su declaración que los funcionarios de la SIEDO lo amenazaron con que si no cooperaba con ellos le iban a imputar unos homicidios. “Yo les dije que sacaran lo que ellos quisieran pues estaba seguro que yo nunca había matado ni mandado matar a nadie”.

Silencio en la PGR.

El episodio de la supuesta presión contado por la Barbie coincide con el que reveló el mayor Reyna Muñoz en entrevista con **Proceso** en junio pasado (número1860).

Reyna afirmó que la SIEDO lo presionó para que declarara contra el ex subsecretario de la Defensa Nacional Tomás Ángeles Dauahare y contra Ricardo Escorcía, detenidos entre el 15 y 17 de mayo pasado, así como contra los generales Moisés Augusto García Ochoa (uno de los principales candidatos a suceder al actual titular de la Secretaría de la Defensa, Guillermo Galván Galván) Cuauhtémoc Antúnez Pérez, Juan Manuel Rico Gámez, Luis Rodríguez Bucio, y Roberto Aguilera quien ya está retirado. Lo señalado por Reyna a **Proceso** lo reiteró a modo de ampliación de declaración en la misma audiencia del 26 de septiembre último. El mayor abundó en detalles y afirmó al Juez que cuando los funcionarios de la SIEDO lo amenazaron para que declarará, le mostraron fotografías de su esposa Magali.

“Por cierto, mira quien acaba de llegar a tu casa”, le dijeron, y para presionarlo dice, le mostraron un teléfono celular con una imagen de su esposa en el momento de llegar a su domicilio.

Bajo esa presión Reyna dijo haber dado testimonio falso contra Ángeles Dauahare sobre un supuesto encuentro con narcotraficantes en Cuernavaca, quienes le habían enviado dinero al general preso.

A su vez La Barbie afirmó que funcionarios de la SIEDO volvieron el 13 de julio, días antes de que venciera el plazo de **arraigo** Ángeles Dauahare, Escorcía y Dawe, para preguntarle que había decidido de su propuesta, ya que les “urgía” que declarara contra “los generales”.

“Les contesté que no me interesaba.” En la ampliación de declaración de la Barbie el abogado de Dawe le preguntó qué beneficio específico le había ofrecido la SIEDO si declaraba.

“Aparte de que me dijeron que iban a hablar con el fiscal de Estados Unidos para lo de mi extradición, me dijeron que me podían dar más comodidades aquí en el penal y me ofrecieron ser testigo protegido. Pero les dije que no me interesaban sus ofrecimientos.”

El abogado de Ángeles Dauahare preguntó en dicha diligencia a la Barbie específicamente qué le pidió la SIEDO que declarara contra el general.

“No me dijeron nada en contra de alguna persona, me lo dijeron en forma general, más que nos íbamos a basar en lo que ellos ya traían; me imagino que eran unas declaraciones. Pero como yo no acepté, no me hicieron del conocimiento de lo que ahí decía ni lo que tenía que decir.

Respecto de las declaraciones de Jennifer de que la Barbie recibía protección de Ángeles Dauahare, Valdés afirmó: “No conozco al tal Jennifer no tengo tratos con él...”Y sobre Mateo: “Tampoco lo conozco”.

Aunque esto no fuera verdad, su declaración complica ante el Juzgado que lleva la causa penal el valor y autenticidad de las declaraciones de los dos testigos de cargo, que son la base principal de la averiguación previa que tiene a los militares en prisión.

Los funcionarios de la SIEDO a quienes la Barbie acusó directamente de las presiones y ofertas que le hicieron el 21 de mayo en el penal del Altiplano son Martín Ulises Mejía Rodríguez y al Agente del Ministerio Público de la Federación Gustavo Adolfo Flores.

Fuentes allegadas al proceso señalan que desde que los militares quedaron encarcelados en el Altiplano, la PGR ha descuidado el caso. En vez de que envíen a funcionarios de las oficinas centrales, como lo hacen en los asuntos prioritarios, van funcionarios de su delegación en el Estado de México.

Durante la audiencia del 26 de septiembre los representantes de la PGR no formularon una sola pregunta.¹⁵

En este sentido considero: De la sola lectura del párrafo octavo del artículo 16 constitucional entre otras cosas establece que la autoridad judicial podrá decretar el arraigo “siempre que sea necesario para la investigación”, luego entonces para que el arraigo tenga validez como medida cautelar, requiere que el Ministerio Público aporte pruebas y la autoridad judicial funde y motive la solicitud del arraigo, en estas condiciones se cumplen los objetivos constitucionales, y que la medida cautelar es necesaria para el éxito de la investigación. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre otras cosas ha sostenido que: Que la finalidad de las medidas que priven la libertad sea compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos; que las medidas adoptadas sean idóneas para cumplir con el fin perseguido; que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa.

3.5. EL ARRAIGO TRATÁNDOSE DE DELITOS DE DELINCUENCIA ORGANIZADA.

EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN PARA DELINCUENCIA ORGANIZADA. La reforma de justicia penal de 2008 consta de dos partes incompatibles entre sí: por una parte, la ampliación en el reconocimiento de derechos de los sujetos procesales y un funcionamiento más efectivo del sistema de justicia penal, que se convierte en un sistema acusatorio, oral y adversarial en el cual la presunción de inocencia es un derecho básico; y por la otra, se ha establecido un régimen de excepción en materia de delincuencia organizada que flexibiliza los derechos del acusado, privilegia los esquemas pre-condenatorios o cautelares de proceso penal, incluyendo formas de privación de la libertad que implica la imposición de penas sin condena o de penas sin proceso, facultando al Estado a ampliar su poder de castigar a discreción, todo lo cual se identifica con la incorporación a la Constitución de figuras tales como el arraigo, la prisión preventiva automática, los cateos exprés y la intervención de comunicaciones.

El principal problema con esta segunda parte es el debilitamiento de la protección de las garantías judiciales democráticas, aunada al hecho de que los destinatarios de las normas, los enemigos, pueda ser cualquiera, lo que hace ilusoria la contención que pretendería oponer a la arbitrariedad el presuntamente compartimentado régimen de excepción. No, hay en cambio, excepción ni en su frecuencia ni en su subjetividad.

¹⁵ Revista Proceso Semanario de Información y Análisis No. 1881. 18 de noviembre de 2012. Págs. 7-8-10.

México no ha sido un país en el que se vea representada la actuación del Estado a través de una política criminal sólida y eficaz, pese al incremento de normas y políticas de combate a la delincuencia organizada. Por el contrario, la “guerra contra la delincuencia organizada” y sus componentes penales y de seguridad han carecido en todo momento de rumbo, diseño y evaluación, quedando así la intervención del Estado en esas materias enmarcada en: 1) un régimen de excepción que mezcla la justicia con la policía y la policía con lo militar; 2) supeditado por un populismo punitivo avocado más a la generación de notas periodísticas que al combate efectivo a la criminalidad, la reducción de la violencia y la recomposición del tejido social, régimen en el que tienen cabida; 3) la flexibilización sistemática de los derechos sustantivos y procesales de las personas; 4) una deficiente investigación criminal; 5) un pobre control jurisdiccional de la investigación y el proceso penal, y 6) una corrupción endémica que cruza por entero el sistema de justicia.

Bajo este modelo fallido de seguridad mixtificada con la justicia, la implementación del Derecho Penal del enemigo ha conducido al aumento de la represión penal como única vía para satisfacer la seguridad, a costa de considerar como enemigos a quienes se apartan de los lineamientos del derecho, quienes son expulsados de su condición de ciudadanos y estigmatizados como peligrosos.

La regularidad con la que se extiende el poder punitivo sobre posibles miembros de células de la delincuencia organizada configura una mezcla de los sistemas de justicia penal y de seguridad pública, en el cual el primero se vuelve una mera herramienta del segundo. El régimen de excepción para delincuencia organizada es un sistema penal paralelo consistente en la aplicación de penas pre-condenatorias que adelgazan la efectividad de las garantías individuales de las personas colocándolas en un limbo jurídico en el que no son ni indiciadas ni inculpadas, hay un escamoteo sistemático del reconocimiento a la personalidad jurídica y de las garantías judiciales, derechos insuspenables incluso bajo estados de excepción regulares. En la mayoría de los casos, una persona es detenida solamente con base en el testimonio de “testigos anónimos” o en confesiones autoinculpatorias (por demás sospechas de coacción).

Existe además del deficiente desempeño de la persecución de delitos de delincuencia organizada, deficiencias e inconsistencias de diseño en la definición que nos dan las normas sobre o que es la Delincuencia Organizada. La definición que consta en la Ley Federal, a la que se refiere el artículo 16 constitucional, parecería hecha con deliberada vaguedad, como si estuviera diseñada justamente para que nadie se salve de una imputación, como se colige de las formulas “acuerden organizarse o se organicen”, “de forma permanente o reiterada” y “conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno

o algunos de los delitos siguientes...”. La redacción bordea la mera asociación delictiva, se incluyen en el tipo los trabajos preparatorios sin especificar qué estándar probatorio habría de dar cuerpo a una acusación por la materialización de actos conducentes a la comisión del delito, y le da alcance sobre la intención y el resultado, sin ofrecer mayores distinciones.¹⁶

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 16 párrafo octavo establece “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...”

El citado precepto legal en su párrafo noveno establece: “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.”

LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

TÍTULO PRIMERO.

DISPOSICIONES GENERALES.

CAPÍTULO ÚNICO.

NATURALEZA, OBJETO Y APLICACIÓN DE LA LEY.

Artículo 2º.- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:...”

TÍTULO SEGUNDO.

DE LA INVESTIGACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

CAPÍTULO PRIMERO.

DE LAS REGLAS GENERALES PARA LA INVESTIGACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Artículo 8º.- La procuraduría General de la Republica deberá contar con una unidad especializada en la investigación y procesamiento de delitos cometidos por

¹⁶ Silvano Cantú, Claudia Martínez Álvarez coordinadora Derecho Penal del Enemigo y Derechos Humanos. Óp. Cit. Págs. 33-34-35.

personas que formen parte de la delincuencia organizada, integrada por Agente del Ministerio Público de la Federación, quienes tendrán bajo su mando y conducción a policías y peritos.

CAPÍTULO CUARTO. DEL ARRAIGO.

Artículo 12.- El Juez de Control podrá decretar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, tratándose de delitos previstos en esta Ley, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia.

El Arraigo no podrá exceder de cuarenta días, y se realizará con la vigilancia de la Autoridad del Agente del Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación.

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

Artículo 12 Bis.- La petición de arraigo o su ampliación deberá ser resuelta por la autoridad judicial de manera inmediata por cualquier medio que garantice su autenticidad, o en audiencia privada con la sola comparecencia del Agente del Ministerio Público de la Federación, en un plazo que no exceda de las seis horas siguientes a que se haya recibido.

En la solicitud se deberá expresar las modalidades de lugar, tiempo, forma, así como las autoridades que lo ejecutan.

Artículo 12 Ter.- La resolución judicial que ordena el arraigo deberá contener cuando menos:

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

vi. Las autoridades que realizaran la ejecución del arraigo.

Si la resolución se admite o registra por medios diversos al escrito, los puntos resolutive de la orden de arraigo deberán transcribirse y entregarse al Agente del Ministerio Público de la Federación.

Artículo 12 Quáter.- En caso de que el Juez de Control niegue la orden de arraigo o su ampliación, el Agente del Ministerio Público de la Federación podrá subsanar las deficiencias y solicitar nuevamente la orden.

La negativa a la solicitud o ampliación de arraigo admite la apelación, la cual debe ser resuelta en un plazo no mayor de doce horas contadas a partir de que se interponga.

Artículo 12 Quintus.- El agente del Ministerio Público de la Federación, notificará la resolución a la persona sujeta al arraigo así como a su defensor. De la misma forma procederá al fenecimiento de la medida.

En este sentido comento: de la lectura del párrafo octavo del artículo 16 constitucional entre otras cosas señala “La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada podrá decretar el arraigo de una persona”. Posteriormente en el párrafo noveno se define a la delincuencia organizada como: una organización de hecho de tres o más personas para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia. Ahora bien la reforma de 2008 en materia de justicia penal considera en forma excepcional a la delincuencia organizada señalando un régimen especial para; en este sentido entiendo que dadas las condiciones sociales de criminalidad, una pobreza lacerante, un sistema de justicia que se había vuelto inoperante, impunidad y corrupción, así como una ola desmedida de violencia el Estado mediante a reforma dota de herramientas a la autoridad investigadora en la comisión de delitos de delincuencia organizada, entre estas está el arraigo. Pero no se trata de privar de sus derechos a las personas, tampoco de violar sus derechos humanos, sino que el trasfondo es la creación de políticas públicas funcionales en materia de seguridad, para atacar las causas de fondo y evitar que aumente la violencia y criminalidad, en vez de privilegiar el uso de la fuerza y nuevas instituciones que conllevar a agravar el problema de la inseguridad.

3.6. EL ARRAIGO COMO MEDIDA CAUTELAR PRE-PROCESAL. EXCEPCIONAL.

El arraigo debe entenderse como una medida cautelar dirigida a restringir la libertad de una persona cuando entre otros requisitos, existe una investigación que reporta indicios razonables sobre su participación en la comisión de un delito grave o de delincuencia organizada; cuando es necesaria la restricción contemplada, pero por circunstancias excepcionales resulta imposible aplicar una de las figuras ordinarias contempladas en la Carta Magna, para realizar una detención. En este orden de ideas, del propio concepto de arraigo se desprenden tres condiciones esenciales del arraigo en materia penal: La existencia del delito grave o de delincuencia organizada; una investigación e indicios razonables sobre la participación del sujeto en la comisión del ilícito. Sin estas condiciones esenciales del arraigo se ubicaría como una figura propia de los sistemas autoritarios y antidemocráticos, puesto que en un Estado de Derecho resulta inconcebible la posibilidad de privar de la libertad a personas en cuya contra, a esas alturas, no existen elementos que hagan probable su participación en algún ilícito.

Por otro lado, es preciso recordar que nuestra carta magna ya contempla una serie de figuras ordinarias que permiten la detención de una persona (los casos de delito flagrante, caso urgente, y por orden judicial de aprehensión). El arraigo en tanto medida precautoria excepcional no puede sustituir dichas figuras ordinarias, sino que se debe interpretar de manera complementaria como medida aplicable cuando se encuentren cumplidos los requisitos constitucionales e internacionales para privar de la libertad a una persona, pero por circunstancias excepcionales las figuras ordinarias de flagrancia, urgencia u orden judicial no pueden aplicarse, situación que por definición será de una temporalidad estrictamente limitada. Tomando en cuenta los amplios alcances de las figuras ordinarias, podemos concluir que en la gran mayoría, si no la totalidad de los casos, serán suficientes estas para posibilitar la detención.

Es verdad que la Constitución reformada autorizó el arraigo penal y revirtió la jurisprudencia de la SCJN. Sin embargo, debe destacarse que el artículo 16 Constitucional no solo autoriza el arraigo penal, sino que lo sujeta a toda una serie de condiciones, garantías y exigencias constitucionales para su validez. Asimismo, dicha medida cautelar constitucional está condicionada actualmente por los Tratados Internacionales sobre derechos humanos adoptados por el Estado Mexicano. De forma que el “arraigo” requiere cumplir con una serie de condiciones de validez muy estrictas, por ser una figura que tiende a convertir la excepción (disponibilidad de la libertad personal) en la regla general. Es así como el alcance del arraigo en materia penal debe definirse y entenderse a partir de una

interpretación sistemática de la Norma Suprema y de una interpretación conforme con los Tratados Internacionales.¹⁷

El arraigo es una forma de detención arbitraria introducida en nuestro derecho a raíz de la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública. De 2008; esta práctica permite la vigilancia permanente del Ministerio Público en personas sospechosas de cometer algún delito o que tengan información relacionada a este; su fin es incrementar el tiempo con el que cuenta la autoridad para reunir pruebas contra la persona arraigada. El objetivo del arraigo no es determinar si una persona es inocente o culpable, sino que se priva a la persona de su libertad con el fin de obtener información que pudiera ser utilizada con posterioridad para la etapa de juicio. Es decir, la investigación no se realiza para detener a una persona, sino que la persona es detenida arbitrariamente para ser investigada, contraviniendo los principios básicos de una justicia democrática. La persona afectada queda así sin garantías ni situación jurídica clara, ya que ni es indiciada ni inculpada. Lo que es más, ni siquiera vinculada a proceso penal alguno, simplemente se le ha privado de la libertad para ponerla a plena disposición de la autoridad investigadora.

La consistencia normativa del arraigo es por lo demás insatisfactoria. La norma constitucional que da vida al arraigo penal (el artículo 16 reformado en 2008) dista muchos de cumplir con la regla de control normativo que impone un Estado Democrático de Derecho. Ya en 1999, la SCJN había sentado jurisprudencia¹⁸ sosteniendo que esta medida, en su modalidad domiciliaria, es inconstitucional, por vulnerar la libertad personal de quienes resultan afectados. Los legisladores procedieron entonces a su constitucionalización, pero esta operación arduamente remedió las deficiencias de la medida por lo que hace a su constitucionalidad, se trató de un mero redimensionamiento en la jerarquía de la norma (que además profundizó la restricción a la libertad personal de quienes resultan afectados), rompiendo la coherencia interna del texto constitucional. Incluso podríamos sostener que mediante la constitucionalización del arraigo, la Constitución devino en inconstitucional. La presunción de inocencia y las garantías de libertad y seguridad jurídica son escamoteadas.

Todos somos arraigables, no solamente debido a la vaguedad de la definición de delincuencia organizada, sino por la vaguedad de los destinatarios del arraigo per se. Una de sus principales falacias estriba justamente en que el decreto de reforma de 2008 se limita a señalar que la autoridad judicial, “a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una

¹⁷ Fernando Silva García Coordinador, óp. Cit., Págs. 412-414.

¹⁸ Novena Época. No. De Registro 192829. Instancia Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Noviembre de 1999. MATERIAS (S) penal. TESIS: 1ª/J 78/99. Pág. 55.

persona”, pero no esclarece el estatus jurídico de las personas quienes se les aplica la medida. No nos dice si el vínculo entre “delitos de delincuencia organizada” y “una persona” responde a su condición de sospechoso, indiciado, inculpado, víctima o testigo; en cambio, señala un conjunto de supuestos que son aplicables a cualquiera de estos potenciales sujetos procesales: “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”.

En todo caso, la construcción del destinatario de la norma es tan amplia que en un principio debía admitir la existencia de más de un proceso para que la medida fuese dictada por el juez en cada supuesto, así como para determinar cuál es el motivo fundado para privar de su libertad a víctimas y testigos (lo que repugna a la lógica de todo derecho democrático). A la fecha no se ha reglamentado sobre estas hipótesis.¹⁹

Al efecto sostengo: La medida cautelar del arraigo se decreta por la necesidad de tener éxito en la investigación, protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista el riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, lo cierto es que estas hipótesis se presentan hasta antes de que este sea conducido a proceso, en este sentido se considera como una institución pre procesal. Bajo estas circunstancias y al no encontrarse dentro de las formas ordinarias previstas en la Constitución de privar de la libertad a una persona, como son: en caso de flagrancia, detenciones urgentes, orden de aprehensión, auto de vinculación a proceso e infracciones administrativas decretadas por la autoridad administrativa; en este contexto estas detenciones que privan de la libertad a las personas fijan plazos para poner al indiciado a disposición de la autoridad competente. En este orden de ideas el arraigo no se encuentra comprendido en estas hipótesis, por ello se considera una medida cautelar, extraordinaria y desde luego excepcional.

3.7. EL ARRAIGO Y LOS DERECHOS HUMANOS VIOLADOS.

Con la reforma de junio de 2008, entre otros derechos que se derivan de las disposiciones relacionadas con la investigación, el proceso y la ejecución de sentencias, en el apartado B del artículo 20 constitucional se reconocen los derechos de toda persona imputada bajo el nuevo diseño procesal penal, como lo son: la presunción de inocencia; su derecho a declarar o guardar silencio; a conocer desde su detención los motivos para ello y sus derechos constitucionales desde ese momento; la prohibición de incomunicación, intimidación y tortura y la nulidad del valor probatorio de la confesión sin la asistencia del defensor; a tener desde su

¹⁹ Silvano Cantú, Claudia Martínez Álvarez, Coordinadora. Derecho Penal del enemigo y Derechos Humanos. Óp. cit. Págs. 37-38-39.

detención, o su primera comparecencia al Ministerio Público y ante el Juez, información de los hechos que se le imputan y de sus derechos constitucionales; a que se le reciban pruebas y recibir el apoyo del Estado para recabarlas; a ser juzgado en audiencia pública por juez y tribunal, expresándose algunas excepciones al principio de publicidad por razones de protección; tener acceso a la investigación antes de declarar ante cualquier autoridad policiaca, del Ministerio Público o del Juzgador. Se confirma su garantía respecto de la duración del proceso; su derecho a una defensa adecuada y a contar con un defensor público en caso de ser necesario, así como el establecimiento de una temporalidad máxima para la prisión preventiva.

Podríamos relacionar el catálogo de derechos de esta fracción especialmente con dos principios fundamentales en el proceso penal: La presunción de inocencia y el derecho a la defensa, en igualdad de circunstancias que el acusador. Dentro de este apartado, el constituyente incluye algunas excepciones a los principios generales, tratándose de la delincuencia organizada.²⁰

En este sentido cabe estacar por mi parte que, con la reforma en materia de justicia penal de 2008, el constituyente permanente consideró privilegiar derechos a favor del imputado, ello permite dotar de herramientas a las personas sometidas a cualquier tipo de detención y desde en el proceso y de esta forma encontrarse en igualdad procesal que la parte acusadora, cumpliendo así con el objeto del proceso, y su metodología con respecto a los principios que lo rigen como son: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

3.7.1 PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

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

Conviene señalar a título de análisis general que la disposición del artículo 14 tiene un alcance subjetivo universal; es decir, es aplicable a todas las personas que se encuentran en el territorio nacional, ya que las palabras “Nadie...” significa –a *contrario sensu*- que todos están protegidos en contra de los actos privativos que se pretendan llevar a cabo sin apegarse a lo que dispone el resto del párrafo en cuestión.

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México, Óp. Cit. Pág. 598.

El antecedente histórico de este párrafo se remonta a las Enmiendas 5 y 14 de la Constitución de los Estados Unidos, los cuales a su vez tienen su origen en diversas disposiciones del *Common Law* en Inglaterra.²¹

ACTOS PRIVATIVOS.

Lo primero que hay que hacer para comprender el sentido del artículo 14 párrafo segundo es delimitar su universo aplicativo, es decir, saber a qué cuestiones se puede aplicar; para ello hay que definir que es un acto privativo, que es a lo que se refiere ese precepto cuando señala que “Nadie puede ser privado...”.

En virtud de la ya mencionada indeterminación sistemática del precepto en cuestión, debemos de nuevo guiarnos por los pronunciamientos jurisprudenciales, que han jugado un papel central para su adecuada comprensión.

La jurisprudencia ha definido el acto privativo al oponerlo al concepto de acto de molestia que está previsto en el artículo 16 constitucional. El criterio jurisprudencial más relevante al respecto es el siguiente (las cursivas son agregadas.):

ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los *actos privativos* respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que *son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado*, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto en el artículo 16, siempre y cuando proceda mandamiento escrito girado por una autoridad con

²¹ Orth, Jhon V., Due process of Law. Citado por Miguel Carbonell El Debido Proceso, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, A.C. Primera Edición, Enero de 2018. Pág. 56.

competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esta distinción *debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional.* Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Julio de 1996, tesis: P/J 40/96, página 5.

El criterio anterior nos indica que estaremos frente a un acto privativo siempre que una actuación de la autoridad produzca una disminución, menoscabo o supresión *definitiva* de un derecho del gobernado; si esa merma o menoscabo es solamente *provisiona* entonces no estaremos ante un acto de ese tipo y no se aplicarán los requisitos que establece el párrafo segundo del artículo 14 constitucional.

3.7.2. LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO Y GARANTÍA DE AUDIENCIA.

En el mismo párrafo segundo del artículo 14 constitucional establece "...sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido: A través de la labor interpretativa que despliegan los órganos jurisdiccionales federales, se ha definido al proceso como el conjunto de actos desarrollados por el órgano jurisdiccional, las partes interesadas y los terceros ajenos a la relación sustancial, cuya finalidad consiste en aplicar una ley o disposición general, al caso concreto controvertido para darle la solución correspondiente.²³

Con todo, el proceso no es precisamente lo que se agota para la resolución del litigio. Ocurre que el proceso es un concepto abstracto, de ahí que no tenga lugar en el tiempo ni en el espacio. Puede compartirse la opinión de que el proceso es un género, de que el *procedimiento* es una especie.²⁴ Ciertamente, el procedimiento

²³ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.* Novena Época, t. XVI, septiembre de 2002, p. 1355; IUS: 186031.

²⁴ VIZCARRA DAVALOS José. Citado por MANUAL del JUSTICIABLE. Elementos De Teoría General del Proceso, Suprema Corte de Justicia de La Nación. Poder Judicial de la Federación, Primera edición: octubre 2003, pág. 10.

actualiza al proceso y deriva de él, pues no puede existir un procedimiento sin un proceso, así como éste debe provenir de la existencia de un litigio. En resumen mientras que el proceso es una sucesión de actos vínculos entre sí, respecto de un objeto común, que es la solución de una controversia entre partes, el procedimiento es *el conjunto de actos que se verifican en la realidad dentro de un proceso, que habrá sido instaurado a causa de un litigio.*

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO.

José Antonio Caballero Juárez ha señalado que este párrafo “se ha interpretado típicamente como el derecho a un juicio justo. Es decir, la cláusula protege el derecho de las personas a ser juzgadas en procesos en los que efectivamente tengan oportunidad de ser escuchadas, controvertir en igualdad de circunstancias la evidencia y tener todas las oportunidades necesarias para hacer valer su posición”.²⁵

Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P. /J. 47/95, Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, de rubro: “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.” Sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exige que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor

²⁵ José Antonio Caballero JUÁREZ. Citado Miguel Carbonell. El Debido Proceso Óp. Cit. Págs. 60-61.

o interprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quien ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.

GARANTÍA DE AUDIENCIA.

El derecho de audiencia comprende la obligación del órgano público de dictar una resolución en la que dirima las cuestiones planteadas por las partes.

La jurisprudencia sobre el derecho de audiencia es muy abundante. Los diversos criterios jurisprudenciales han ido contribuyendo y dándole contenido, a ese derecho, que en buena medida está indeterminado en el texto constitucional:

IUS 169143

Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVIII, agosto de 2008, p. 799, jurisprudencia, común.

1.7º.A J/41.

AUDIENCIA COMO SE INTEGRA ESTA GARANTÍA.

De entre las diversas garantías de seguridad jurídica que tiene el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, destaca por su primordial importancia, la de la audiencia previa. Este mandamiento superior, cuya esencia se traduce en una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, impone la ineludible obligación a cargo de las autoridades para que, de manera previa al dictado de un acto de privación, cumpla con una serie de formalidades esenciales, necesarias para oír en defensa a los afectados. Dichas formalidades y su observancia, a las que se unen, además, las relativas a la garantía de legalidad contenida en el texto del primer párrafo del artículo 16 constitucional, se constituyen como elementos fundamentales útiles para demostrar a los afectados por un acto de autoridad, que la resolución que los agravia no se dicta de un modo arbitrario y anárquico sino, por el contrario, en estricta observancia del marco jurídico que la rige. Así, con arreglo en tales imperativos, todo procedimiento o juicio ha de estar supeditado a que en su desarrollo se observen, ineludiblemente, distintas etapas que configuran la garantía formal de audiencia en favor de los gobernados, a saber, que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, así como de la cuestión que habrá de ser objeto de debate y de las consecuencias que se producirán con el resultado de dicho trámite, que se le otorgue la posibilidad de presentar sus defensas a través de la organización de un sistema de comprobación tal, que quien sostenga una cosa tenga oportunidad de demostrarla, y quien estime lo contrario, cuente a su vez con el derecho de acreditar sus excepciones; que cuando se agote dicha etapa probatoria se le dé oportunidad de formular las alegaciones correspondientes y, finalmente, que el procedimiento iniciado concluya

con una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas, fijando con claridad el tiempo y forma de ser cumplidas.

Un problema que se ha generado en la práctica respecto de la observancia por parte de las autoridades del derecho de audiencia y, en general, de las formalidades esenciales del procedimiento, tiene que ver con el hecho de que algunas leyes no establecen el procedimiento necesario para notificar a los afectados, para recibir y valorar pruebas, para que se pudieran formular alegatos o para regir la emisión de las resoluciones.

Ante estas lagunas, la jurisprudencia ha considerado que el derecho de audiencia debe respetarse incluso si la ley no contempla alguno de los aspectos mencionados es decir; el órgano encargado de emitir un acto privativo debe de observar las formalidades esenciales del procedimiento aplicando directamente la Constitución, incluso frente a una ley omisa.

Comento: Que nuestro máximo Tribunal en el país ha considerado que todo gobernado tiene oportunidad de defensa previa al acto privativo de la vida, la libertad, posesiones o derechos, y este respeto impone la obligación a las autoridades entre otras cosas que se cumplan con las formalidades esenciales del procedimiento, previstas en el párrafo segundo del artículo catorce constitucional, y que entre los requisitos a cumplir se encuentra: la notificación de inicio del procedimiento, el derecho a ofrecer y desahogar pruebas, el derecho a alegar y el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. Esto desde luego son los componentes de la audiencia previa al acto privativo y en este sentido la norma secundaria deberá prever los mecanismos procesales para que dentro de un procedimiento se dé cumplimiento a los mecanismos procesales adecuados.

3.7.3. ARTICULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. APARTADO B. DE LOS DERECHOS DE TODA PERSONA IMPUTADA.

3.7.3.1. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

A que se presuma su inocencia mientras no se declare mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, ARTÍCULO 113 DERECHOS DEL IMPUTADO.

I. A ser considerado y tratado como inocente hasta que se demuestre su responsabilidad.

Derecho que será tratado en el capítulo siguiente respecto al derecho a la presunción de inocencia.

En este sentido comento: Que la presunción de inocencia permea dentro de los restantes derechos de toda persona imputada. Debemos recordar que a partir de la reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal, la presunción de inocencia se considera un derecho fundamental de todo imputado dentro del proceso jurisdiccional, y al respecto opera por un lado el derecho a la consideración y el trato de no autor o no partícipe en la comisión de hechos de carácter delictivo o análogos a estos. Y por otra parte este derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de a prueba.

3.7.3.2. DERECHO A GUARDAR SILENCIO.

II. A declarar o aguardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio.

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, ARTÍCULO 113 DERECHOS DEL IMPUTADO.

III. A declarar o a guardar silencio, en el entendido que su silencio no podrá ser utilizado en su perjuicio.

La fracción segunda del apartado B, nos ofrece en relación con los derechos del imputado cuatro garantías relacionadas con la intención de impedir la posibilidad de utilizar al imputado como un medio de prueba, especialmente respecto que de las autoridades, puedan obtener su confesión por medio de apremios o presiones de cualquier naturaleza. El texto constitucional, con esta medida, trata de desincentivar cualquier autoridad para recurrir a estos mecanismos y obtener pruebas que garanticen el éxito de su investigación, pese a que las mismas se logren a través de la violación de los derechos fundamentales.

Como mecanismos constitucionales de protección del derecho del imputado de “declarar o guardar silencio”, la reforma constitucional de junio de 2008, que también establece la obligación de la autoridad administrativa de llevar los registros correspondientes desde el momento de la detención del imputado (artículo 16 cuarto párrafo, segunda parte), amplía esta garantía para que sea desde el momento mismo de la detención cuando se le hagan saber sus derechos, especialmente el derecho a guardar silencio y a informarle que esta decisión no puede ser utilizada en su perjuicio dentro del proceso; esto es, que su abstención de declarar no puede

ser utilizada como una falta de colaboración con la justicia, o como el reconocimiento tácito de su participación o culpabilidad, ya que como recordamos, el imputado se encuentra cubierto desde ese momento por la presunción de inocencia.²⁶

Para Miguel Carbonell, esta fracción unida a la tercera, conforman lo que se denomina como la “lectura de derechos”, con una arraigada tradición anglosajona, especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica, derivada principalmente del caso “Miranda versus Arizona”, y que consiste en que en el momento de su detención, el imputado debe ser informado de los derechos constitucionales que le asisten, por parte de la autoridad. Para este autor la lectura de derechos cobra sentido frente al gran porcentaje de procesados que rindieron sus primeras declaraciones frente al Ministerio Público o en la declaración preparatoria ante la autoridad judicial, así el hecho de que las personas detenidas conozcan sus derechos desde el momento de ser detenidos, puede ser de gran ayuda práctica, ya que el impacto de este principio puede evitar abusos “...tanto en el momento de la detención como incluso durante el tiempo que transcurre entre esta y la puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial”.²⁷

Al particular digo: Que este derecho fundamental inherente al imputado, es considerado en el sentido de que no puede ser usado en su perjuicio desde el momento de su detención, no puede usarse como presunción de culpabilidad; además de que en este derecho queda prohibida la incomunicación intimidación o tortura, ello con la finalidad de obtener pruebas en contra del detenido, y así obtener una confesión artificial que redundaría en la violación de este derecho fundamental.

3.7.3.3. INFORMACIÓN.

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el Juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial, podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

²⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Del Sistema Inquisitivo al Moderno Sistema Acusatorio en México. Óp. Cit. Págs. 608-610.

²⁷ Carbonell, Miguel citado por Suprema Corte de Justicia de la Nación, Del Sistema Inquisitivo al Moderno Sistema Acusatorio en México. Óp. Cit. Pág. 612.

La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada.

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, ARTÍCULO 113 DERECHOS DEL IMPUTADO.

V. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el Juez de Control, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten, así como en su caso, el motivo de la privación de su libertad y el servidor público que la ordenó, exhibiéndosele, según corresponda, la orden emitida en su contra.

La información que prevalece en relación con el debido proceso exige lealtad procesal, es decir, la posibilidad de que el imputado, al tener conocimiento de una investigación conozca sus derechos y, sepa que los mismos son derechos que puede ejercer ante cualquier autoridad, uno de ellos, quizá el más importante – motivo constante del juicio de amparo- es la libertad personal.

En el sistema acusatorio siendo excepcional la prisión preventiva y, siendo una posibilidad los mecanismos alternativos de solución de controversias y/o las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva que, siempre benefician al imputado y lo mantienen sujeto al proceso, ofrece mejores soluciones, para muchos, de enfrentar el proceso penal en libertad. De Ahí la importancia del principio pro libertate.

El imputado debe ser informado, en razón del debido proceso, de todos sus derechos y garantías constitucionales.

El derecho de ser informado “nace”, en la concepción del debido proceso al que venimos refiriéndonos “desde el momento de su detención, de que se practique alguna otra medida precautoria o cautelar, o se formule la imputación”. Los jueces y tribunales, en el ámbito de sus competencias, deberán dar a conocer, haciéndolos visibles en los lugares públicos, los derechos de los imputados.

Todas las autoridades vinculadas con el ejercicio de estos derechos estarán obligadas a colaborar para llevar a cabo esta difusión. En el cumplimiento de esta tarea, los jueces y tribunales indicados podrán coordinarse con los organismos públicos de protección a los derechos humanos.

Vale agregar que no basta la lectura de una cartilla de derechos. De hecho esto no es necesario si en realidad se respetan los derechos. ¿Cómo?

La mejor expresión de la tutela de derechos es la presencia del abogado defensor desde el preciso momento de su detención.

Hoy es típico que el imputado niegue la lectura de sus derechos durante la detención policial y, lo mismo durante la detención ministerial. El juez de control suple esa ausencia con la lectura de los derechos. Pero, ¿la lectura de derechos suple la ausencia de los mismos? El problema no es suplir la lectura sino, la presencia real, técnica y material de esos derechos.²⁸

RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN PARA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

“...Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.”

La reforma de justicia penal de 2008 consta de dos partes incompatibles entre sí: por una parte la ampliación en el reconocimiento de derechos de los sujetos procesales y un funcionamiento más efectivo del sistema de justicia penal, que se convierte en un sistema acusatorio, oral y adversarial en el cual la presunción de inocencia es un derecho básico; por otra parte se ha establecido un régimen de excepción en materia de delincuencia organizada que flexibiliza los derechos del acusado, privilegia los esquemas pre condenatorios o cautelares del proceso penal, incluyendo formas de privación de la libertad que implican la imposición de penas sin condena o de penas sin proceso, facultando al Estado a ampliar su poder de castigar a discreción, todo lo cual se identifica con la incorporación a la Constitución de figuras tales como el arraigo, la prisión preventiva *automática*, los cateos express y las intervenciones de comunicaciones.

El principal problema con esta segunda parte es el debilitamiento de la protección de las garantías judiciales democráticas aunada al hecho de que los destinatarios de las normas, los *enemigos*, pueda ser cualquiera, lo que hace ilusoria la contención que pretendería oponer a la arbitrariedad el presuntamente compartimentado régimen de excepción. No hay en cambio, excepciones ni en su frecuencia ni en su subjetividad.

México no ha sido un país en el que se vea representada la actuación del Estado a través de una política criminal sólida y eficaz, pese al incremento de normas y *políticas* de combate a la delincuencia organizada. Por el contrario, “la guerra contra la delincuencia organizada” y sus componentes penales y de seguridad han carecido en todo momento de rumbo, diseño y evaluación, quedando así la intervención del Estado en esas materias enmarcadas en: 1) un régimen de excepción que mezcla la justicia con la policía y la policía con lo militar; 2) supeditado por un populismo punitivo avocado más a la generación de notas periodísticas que al combate efectivo de la criminalidad, la reducción de la violencia

²⁸ Herbert Benavente Chorres, José Daniel Hidalgo Murillo, Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado, Flores Editor y distribuidor. S. A de C.V. Editorial flores, 2ª. ed. México, D.F, 2015. Págs. 292-293-294.

y la recomposición del tejido social, régimen en el que tiene cabida; 3) la flexibilización sistemática de los derechos sustantivos y procesales de las personas; 4) una deficiente investigación criminal; 5) un pobre control jurisdiccional de la investigación y el proceso penal, y 6) una corrupción endémica que cruza por entero al sistema de justicia.

Bajo ese modelo fallido de seguridad mixtificada con la justicia, la implementación del derecho penal del enemigo ha conducido al aumento de la represión penal como única vía para satisfacer la seguridad, a costa de considerar como enemigos a quienes se apartan de los lineamientos del derecho, quienes son expulsados de su condición de ciudadanos y estigmatizados como peligrosos.

La regularidad con la que se extiende el poder punitivo sobre posibles miembros de células de la delincuencia organizada configura una mezcla de los sistemas de justicia penal y de seguridad pública, en el cual el primero se vuelve una mera herramienta del segundo. El régimen de excepción para delincuencia organizada es un sistema penal paralelo consistente en la aplicación de penas pre-condenatorias que adelgazan la efectividad de las garantías judiciales de las personas colocándolas en un limbo jurídico en el que no son ni indiciadas ni inculpadas, hay un escamoteo sistemático del reconocimiento a la personalidad jurídica y de las garantías judiciales, derechos insuspendibles incluso bajo estados de excepción regulares. En la mayoría de los casos, una persona es detenida solamente con base en el testimonio de “testigos anónimos” o en confesiones autoinculpatorias (por demás sospechas de coacción).²⁹

Al respecto comento: Otro derecho fundamental en favor del inculpado es que se le informe desde el momento de su detención los hechos que se le imputan, pero contrario a este principio tratándose de delincuencia organizada la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador. En este sentido me parece que tratándose de la medida cautelar del arraigo no puede haber reserva alguna en cuanto al nombre del acusador, puesto que en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio y oral, lo es el Ministerio Público en efecto; en forma paradójica concede beneficio a favor del inculpado, procesado o sentenciado cuando preste ayuda para la investigación y persecución de delitos en materia del crimen organizado, cuando que en una primera instancia desconoce el nombre de su acusador.

²⁹ Miranda Warning. Coordinadora Isabel Claudia Martínez Álvarez. Derecho Penal del Enemigo y derechos Humanos. Edit. Ubijus. S.A de C.V. México. D.F., 1ª ed. 2015. Págs. 33-34-35.

3.7.3.4. OPORTUNIDAD DE OFRECER PRUEBAS.

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley.

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, ARTÍCULO 113 DERECHOS DEL IMPUTADO.

IX. A que se le reciban los medios pertinentes de prueba que ofrezca concediéndosele el tiempo necesario para tal efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite y que no pueda presentar directamente, en los términos establecidos por este código.

En términos generales, la defensa adecuada respecto de cualquier acto de autoridad, fue identificada por el pleno del Alto Tribunal a partir de la interpretación de la garantía de audiencia derivada del artículo 14 constitucional, que consiste principalmente en otorgar la oportunidad al gobernado de defenderse ante el acto privativo de la autoridad, imponiendo a ésta el cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento.

Según la Suprema Corte para dar cumplimiento a esta defensa adecuada resulta necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) la notificación del procedimiento y consecuencias; b) oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas en las que se finque la defensa; c) oportunidad de alegar; y d) que se dicte una resolución que resuelva las cuestiones debatidas.

En materia penal, esta defensa adecuada se refleja en diversas fracciones y apartados relacionados con las garantías del imputado de acuerdo con la interpretación que hace la Primera Sala del Alto Tribunal a la fracción V del artículo 20 apartado A del Texto Constitucional, previo a la reforma de junio de 2008. Así este principio implica: a) una prohibición para el Estado, que consiste en no entorpecer el derecho del gobernado para su defensa y b) un deber de actuar en el sentido de: 1) informarle el nombre de su acusador y los datos que obren en su causa; 2) brindarle la oportunidad de nombrar un defensor; 3) no impedirle que se entreviste de manera previa y en privado con su defensor y, 4) en general no impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que corresponden dentro del proceso penal, para desvirtuar la acusación del Ministerio Público.³⁰

³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Del Sistema Inquisitivo al Moderno Sistema Acusatorio en México. Óp. cit. Págs. 618-619.

Al respecto la jurisprudencia mexicana ha sostenido la siguiente tesis, que es importante en la medida en que descompone los elementos que integran la “fórmula compleja” que contiene el concepto de “formalidades esenciales del procedimiento”:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”. Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejará de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado. Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: II, diciembre de 1995, Tesis: P/J. 47/95, página 133.

Como se desprende de esta tesis, las formalidades esenciales del procedimiento protegen en México el llamado “derecho de audiencia”.

La primera formalidad esencial de todo procedimiento es que la parte afectada sea llamada ante el órgano de autoridad a fin de que pueda defenderse correctamente; el ser llamado no solamente comprende la posibilidad de que el particular sea “avisado” de que se pretende ejecutar un acto privativo en su contra o de que existe un procedimiento que pudiera culminar con la emisión de un acto privativo, sino que –de forma más amplia- exige poner a su disposición todos los elementos que le permitan tener una “noticia completa” tanto de una demanda interpuesta en su contra (incluyendo los documentos anexos) como en su caso del acto privativo que pretende realizar la autoridad.³¹

En este sentido manifiesto: Este derecho fundamental en favor del indiciado no es otra cosa otorgar al gobernado la oportunidad en su defensa previa al acto privativo de la libertad y su debido respeto impone a las autoridades como obligación que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento, siendo requisito indispensable para garantizar una defensa eficaz la oportunidad de ofrecer pruebas y desahogar las mismas en que se finque la defensa, así lo hace saber el párrafo segundo del

³¹ Ovalle Favela, José. Garantías Constitucionales del Proceso. Citado por Miguel Carbonell. El Debido Proceso. Óp. Cit. Págs. 64-65.

artículo 14 constitucional cumpliendo con la obligación de respetar, uno de los elementos esenciales e inherentes a derecho de audiencia en favor del inculpado, desde el momento de su detención. Cabe destacar que el párrafo segundo de la fracción en comento refiere por lo que respecta a los medios de prueba en materia de delincuencia organizada, que las actuaciones en la fase de investigación podrán tener valor probatorio cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos y víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra, esto reafirma el derecho de excepción de materia de delincuencia organizada.

3.7.3.5. DERECHO A UNA DEFENSA ADECUADA.

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso, y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, ARTÍCULO 113 DERECHOS DEL IMPUTADO.

XI. A tener una defensa adecuada por parte de un licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional, el cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención y, a falta de este, por el defensor público que le corresponda, así como a reunirse o entrevistarse con él en estricta confidencialidad.

Resulta del primer párrafo de la fracción en comento, que la defensa del imputado deberá ser realizada por un abogado, esto es, por un profesional del derecho. Con esta medida el constituyente permanente se asegura de homologar en toda la república, que las legislaciones Federal y Estatales garanticen al imputado una defensa técnica profesional, ya sea pública o particular, como un mecanismo para hacer respetar uno de los aspectos del principio de igualdad entre las partes en materia procesal, pilar fundamental del nuevo Sistema Acusatorio.

Resulta importante hacer notar que en congruencia con las demás disposiciones de este apartado y los principios del proceso penal, para coartar posibles abusos de la autoridad, característicos del sistema Inquisitivo Mixto, el imputado tiene derecho a nombrar a su defensor incluso desde su detención, esto es, cuando la persona conoce su calidad de imputado por así hacérselo saber la autoridad, la que en ese momento se informará sobre los motivos de su detención, así como su derecho a declarar o abstenerse de hacerlo, también le deberá hacer saber que tiene el

derecho de nombrar un abogado, con el que podrá entrevistarse para que lo asista técnicamente, y para lo cual mencionaremos más adelante, tener acceso a los registros de la investigación, antes de tomar la decisión de declarar o abstenerse de hacerlo.³²

DEFENSA ADECUADA. FORMA EN QUE EL JUEZ DE LA CAUSA GARANTIZA SU VIGENCIA. La garantía individual de defensa adecuada contenida en el artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008) entraña una prohibición para el Estado consistente en no entorpecer el ejercicio de derecho de defensa del Gobernado y un deber de actuar, en el sentido de informarle el nombre de su acusador, los datos que obren en la causa, brindarle la oportunidad de nombrar un defensor, no impedirle que se entreviste de manera previa y en privado con él, en general, no impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que corresponden dentro del proceso penal para desvirtuar la acusación del Ministerio Público. Así, para proteger la citada garantía es necesario que la citada labor de quien funja como defensor sea eficaz, pues aquélla no puede concebirse como un mero requisito formal, sino que debe entenderse en el sentido de permitir una implementación real para tener oportunidades de descargo, básicamente, permita al imputado una efectiva participación en el proceso. Ahora bien, el juez de la causa garantiza la posibilidad de la defensa al permitir que se den todas las condiciones necesarias para que el inculcado sea debidamente asistido (tanto formal como materialmente); de manera que si en los hechos no es posible calificar de adecuada la defensa del inculcado – de la forma en que se conduce el defensor respectivo-, ello no significa que el juez de la causa viole la garantía en cuestión, pues el control de la correcta o incorrecta actitud procesal del defensor, del debido ejercicio de las cargas procesales, así como de su pericia jurídica, sólo podrían ser materia de responsabilidad profesional, en términos de las leyes administrativas penales, y según se trate de un defensor de oficio o particular. Esto es, el juez respeta la garantía de defensa adecuada (i) al no obstruir en su materialización (como ocurre cuando niega el derecho a una entrevista previa y en privado o interfiere y obstaculiza la participación efectiva del asesor) y (ii) al tener que asegurarse, con todos los medios legales a su alcance, que se satisfacen las condiciones que posibilitan la defensa adecuada, sin que el juzgador esté en condiciones de revisar la forma en que los defensores efectivamente logran su cometido, pues ello excede las facultades que tiene a su cargo para vigilar que en el proceso se garantice una defensa adecuada.

³² Suprema Corte de Justicia de la Nación. Del sistema Inquisitivo al Moderno Sistema Acusatorio en México. Óp. Cit. Págs. 623-624.

Amparo Directo 9/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz: Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Noviembre de 2009, Novena Época, Primera Sala, Materia (s): Constitucional, Penal, Tesis aislada, Tesis: 1ª. CXCVIII/2009, Página: 406 No. Registro: 165,999.

En este sentido agregó: Uno de los aspectos a que se refiere este derecho fundamental, es nombrar abogado inclusive desde el momento de su detención. Esto es por un profesional del derecho con capacidad profesional para ejercer el cargo, no se concibe la idea que sea una persona que ignora el derecho y carece de experiencia para representar los intereses del detenido frente a la parte acusadora; de no ser así se interpreta que el acusado no se encontraba en igualdad de asistencia técnica, frente al poder punitivo del Estado.

3.7.3.6. DEFENSA ADECUADA E INFORMACIÓN DEL PROCESO PARA LA DEFENSA.

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez, podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de ese momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa.

CÓDIGO NACIONAL DEL PROCEDIMIENTOS PENALES, ARTÍCULO 113 DERECHOS DEL IMPUTADO.

VIII. A tener acceso él y su defensa a los registros de la investigación, así como a obtener copia gratuita de los mismos, en términos del artículo 217 de este Código.

ARTICULO 217. Registro de los actos de investigación.

El Ministerio Público y la Policía deberán dejar registro de todas las actuaciones que se realicen durante la investigación de los delitos, utilizando al efecto cualquier medio que permita garantizar que la información recabada sea completa, integra y exacta, así como el acceso a la misma por parte de los sujetos que de acuerdo con la ley tuviere derecho a exigirlo.

Cada acto de investigación se registrará por separado, y será firmado por quienes hayan intervenido. Si no quisieren o no pudieren firmar, se imprimirá su huella digital. En caso de que esto no sea posible o la persona se niegue a imprimir su ella, se hará constar el motivo.

El registro de cada actuación deberá contener por lo menos la indicación de la fecha, hora y lugar en que se haya efectuado, identificación de los servidores públicos y demás personas que hayan intervenido y una breve descripción de la actuación y, en su caso, de sus resultados.

La información sobre los datos del proceso también forma parte del principio de defensa adecuada, del cual también se derivan otras modalidades del mismo, contemplados en la fracción II relativa a la detención del imputado, en la que se le hará saber los motivos de su detención, así como con la fracción VI del propio apartado B, respecto al acceso a los datos tanto del proceso como de la investigación.

Entendemos que la fracción habla de que la autoridad le informará de los motivos de dicha detención y de los hechos que se le imputan desde el momento en que esta ocurra, (como lo refiere la fracción II de este mismo artículo), así como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el Juez, ya que las razones por las que una detención se realice pueden ser distintas, esto es, el conocimiento de que una persona se le imputa un hecho delictivo, puede ser cuando la policía o ciudadano detengan al sujeto en flagrancia, o cuando tras una investigación sea detenido por la policía, por instrucciones del Ministerio Público, o en el caso de que el imputado sea detenido por instrucciones del Juez de Control; de este modo, el imputado debe conocer los motivos y los hechos de dicha detención, al momento de la misma y en la primera comparecencia ya sea, ante la autoridad del Ministerio Público o ante el Juez.

La segunda parte de esta fracción y el segundo párrafo de la misma, se refieren al tema de la delincuencia organizada, el primero establece una excepción respecto de la información que debe darse al imputado y la segunda habla de los beneficios que puedan establecerse en la ley a quien acepte colaborar con la autoridad para la investigación y persecución de los delitos

Para los efectos de una defensa adecuada, esta fracción II, deberá relacionarse con la primera y la segunda parte de la fracción VI, que establece la obligación de la autoridad de facilitar al imputado todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso, así como la ampliación de dicha garantía, al reconocer la oportunidad de tener acceso también a los registros de investigación del Ministerio Público, ya que en la segunda parte de la fracción, se establece el derecho del

imputado o su defensor, en caso de que el primero se encuentre detenido, tener acceso a los registros de la investigación.

Con ello, el ser informado de los hechos, de los derechos constitucionales y el tener acceso pleno a los registros de la investigación, debe actualizarse antes de cualquier diligencia en la que el imputado deba decidir si hace o no uso de su derecho a declarar, ya sea ante la policía, ante el Ministerio Público o ante el Juez de Control ³³

En este sentido expongo: que este derecho fundamental también forma parte de la defensa adecuada, el imputado y su defensor tendrán derecho a los registros de la investigación, en el caso de la medida cautelar del arraigo debe ser informado de los hechos que se le imputan y en su caso hacer uso de su derecho a declarar o guardar silencio.

³³ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Del Sistema Inquisitivo al Moderno Sistema Acusatorio en México. Óp. cit. Págs. 629-631-632.

CAPITULO IV.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

4.1. MARCO NORMATIVO Y REGULATORIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ARTÍCULO 20 APARTADO B. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SU PERSPECTIVA.

B. De los derechos de toda persona imputada:

I.- A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES ARTÍCULO 13. PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA.

“Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano Jurisdiccional, en los términos señalados en este Código”.

La fracción primera, del apartado B. de este artículo 20 constitucional, establece un principio, que si bien se reconocía doctrinaria y legalmente en nuestro marco jurídico nacional, además de estar presente en diversos tratados internacionales adoptados por nuestro país, carecía de base constitucional explícita, por lo que moderadamente, para dar un contenido más claro a este principio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debió realizar la interpretación de diversos artículos constitucionales de los cuales se deriva la existencia implícita del texto de la Carta Magna de este principio.

El principio de presunción de inocencia es conceptuado por nuestra Constitución de la siguiente manera: “B. de los derechos de toda persona imputada”.

- I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

Respecto del principio de presunción de inocencia, en el dictamen de la Cámara de Diputados del 11 de diciembre de 2007, se establece que: “El principio permite enmarcar el proceso como una práctica para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, y mientras no se satisfaga, ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. La culpa y no la inocencia deben ser demostradas. Por su parte, el Senado de la República en el dictamen de 13 de diciembre de 2007, menciona que: “la presunción de inocencia constituye un derecho fundamental a favor de todas las personas sometidas a un proceso jurisdiccional, para que estas no sean consideradas sin fundamento alguno como culpables, por lo que dicha

presunción sólo podrá desvirtuarse mediante sentencia emitida por el juez de la causa”. [Asimismo en su dictamen agrega]: “Este principio, además de ser uno de los principios básicos del derecho penal moderno, es primordialmente un derecho fundamental reconocido implícitamente en nuestra Carta Magna, ya que aunque parezca extraño, la presunción de inocencia no está aún establecida en la Constitución mexicana, pese a que se trata de una cuestión central en todo sistema democrático de justicia que tiene por objeto preservar la libertad, la seguridad jurídica y la defensa social, busca proteger a las personas en cuanto a los límites mínimos para que pueda perder o ver limitado algún derecho”.¹

Al efecto comento: Con el nuevo paradigma en materia de justicia penal de junio de 2008 en el Estado mexicano, el constituyente permanente señaló de manera determinante en el artículo 20 constitucional apartado B. fracción I. que la presunción de inocencia es un derecho fundamental y debe considerarse el eje rector del sistema de justicia penal mexicano, el cumplimiento de este mandato constitucional es fundamental para salvaguardar los derechos de los gobernados, y desde luego para transformar diversas prácticas en las funciones de los órganos de procuración e impartición de justicia y su objetivo principal es reafirmar la tarea de estas instituciones y que sean capaces de realizar investigaciones en la comisión de los delitos, así como juzgar de forma eficaz, confiable y apegada a la ley, evitando que haya impunidad y generar seguridad y paz social.

LA PERSPECTIVA.

Con las reformas constitucionales de junio de 2008 (en materia penal) y junio de 2011 (en materia de derechos humanos), el poder reformador señaló de manera decisiva que la presunción de inocencia, lejos de ser un mero propósito o acto de caridad, es un derecho fundamental y debe ser el eje rector del sistema de justicia penal mexicano. El cumplimiento de este mandato constitucional es preciso no solamente para salvaguardar los derechos de la ciudadanía sino para transformar diversas prácticas recurrentes en los órganos de procuración e impartición de justicia, con el fin de que dichas instituciones sean capaces de investigar de manera eficaz, confiable y apegada a la ley. Sin embargo, tan necesario avance no se actualizará si no entendemos o no estamos de acuerdo con el papel que deberá jugar la presunción de inocencia en el sistema de justicia; es decir, si la presunción de inocencia sigue concibiéndose, como actualmente ocurre en innumerables casos como un elemento prescindible o inexistente en el proceso penal. En tal escenario, al vasto universo de las víctimas de delito en el país se seguirán sumando víctimas de detenciones y condenas injustificadas, de manera tal que, en lugar de dar justicia a familias devastadas por el crimen, se creen otras familias devastadas por el actuar

¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Del Sistema Inquisitivo al Moderno Sistema Acusatorio en México. Edit. 1ª. ed. 2011, México Distrito Federal., Págs. 599-600-601.

arbitrario del Estado. Y es que día a día somos testigos de un desconocimiento de los componentes básicos de la presunción de inocencia, con consecuencias terribles para personas y familias en las situaciones ya mencionadas, y para la sociedad en general. La actual lucha contra la inseguridad ha venido a agudizar y dejar manifiesta la deuda histórica que tiene el Estado en materia de procuración e impartición de justicia. Las investigaciones, en vez de ser profesionales y eficaces, se caracterizan por una falta de la debida diligencia –independientemente de los actos de corrupción-, garantizando la impunidad para los responsables de delitos. Como complemento de lo anterior, se constata un patrón de detenciones arbitrarias, actos de tortura y fabricación de pruebas, lo que nos lleva a la consignación de personas, muchas veces inocentes, ante los órganos judiciales con el objeto de justificar ante la sociedad la eficiencia institucional en materia de procuración de justicia. Ante ello, en innumerables casos las y los operadores de justicia se limitan a ratificar las acusaciones del Ministerio Público y descartar las pruebas de desahogo, convalidando los vicios aludidos y encarcelando a las personas sin bases sólidas que demuestren su culpabilidad, o incluso a pesar de pruebas de su inocencia.

Estamos generalizando, no porque todos los actores del sistema se conduzcan del mismo modo, sino porque el patrón se presenta con tanta frecuencia, en tantos lugares, a diversos niveles, con base en los mismos criterios, que podemos afirmar que dicho patrón es representativo de las prácticas vigentes en el país y signos de deficiencias de corte estructural. El resultado es un sistema penal que de entrada no distingue sistemáticamente entre culpables e inocentes, y mucho menos garantiza los derechos humanos. Por lo tanto, nos debe preocupar profundamente que en dicho contexto de actuaciones arbitrarios y casos débiles en 2001 el 87.7% de las personas objeto de una sentencia en primera instancia en el fuero común y el 93.4% en el fuero federal fueran condenadas.² Según la Procuraduría General de la República (PGR), el porcentaje de sentencias dictadas en sentido condenatorio en el fuero federal era de 94.4% entre septiembre de 2011 y junio de 2012.³

Desde luego, el problema se extiende más allá de las procuradurías y los juzgados: la sociedad, golpeada por la violencia, muchas veces prefiere creer en la culpabilidad de las personas detenidas, antes de aceptar que personas inocentes

² Instituto Nacional de Estadística y Geografía “INEGI”, porcentaje de sentenciados con resolución judicial condenatoria respecto al total de registrados en juzgados de primera instancia según fuero 2000 a 2011.

³ Del 1 de Septiembre de 2011 al 30 de junio de 2012, “[e]n el rubro de sentencias condenatorias [...] fueron dictadas 25 mil 725 sentencias, de las cuales 24 mil 290 fueron condenatorias, 1 mil 388 absolutorias y 47 mixtas. Las delegaciones de Baja California Sur, Nuevo León, Puebla, Morelos y Querétaro, destacaron obteniendo el mayor número de sentencias condenatorias. El porcentaje de eficiencia en el rubro es de 94.4 por ciento”. PGR, *Sexto Informe de labores, 2012*, p. 73.

puedan terminar siendo procesadas y condenadas injustamente. Esta reacción, aunque se sienta reconfortante en el corto plazo, termina lastimando a la propia ciudadanía que se deja caer en ella: se queda con un sistema que, en vez de consolidarse como pilar del Estado de derecho se conforma con procurar encarcelarles e impartir condenas.

Nos corresponde a todos exigir y garantizar el pleno respeto de la presunción de inocencia, requisito básico para la eficacia del uso del poder punitivo del Estado y Derecho fundamental de las personas.⁴

Al particular entiendo: que el derecho humano a la presunción de inocencia es un tema central de todo sistema democrático de justicia, que tiene como finalidad preservar la libertad, seguridad jurídica; igual busca proteger a los gobernados en cuanto a límites para que puedan perder o limitar algún derecho; en consecuencia debemos estar atentos con este mandato constitucional para salvaguardar los derechos de los gobernados, hacer realidad la transformación de diversas prácticas en la investigación de los delitos e impartición de justicia dentro del marco de la ley. En efecto es necesario entender cuál es el papel que desempeña la presunción de inocencia dentro de un Estado democrático, de no ser así estaríamos condenando al fracaso al nuevo sistema de justicia penal en nuestro país.

4.2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA CONCEPTO, SU COMPOSICIÓN.

Si bien tiene antecedentes en el derecho romano, el concepto conocido hoy como la presunción de inocencia empezó a cobrar relevancia a partir de la publicación en 1764 del tratado *De los delitos y de las penas* de Cesare de Bonesana Marqués de Beccaria. Al encontrarse frente a un sistema penal arbitrario y cruel, Beccaria planteó que si bien la sociedad tenía derecho a castigar las transgresiones cometidas en su contra, tal castigo y la forma de determinar su imposición se debían ajustar a la gravedad de la conducta, entendida en términos del daño ocasionado a las personas; la eficacia de la pena elegida para prevenir futuros delitos; las distinciones entre la actividad judicial y las facultades de los otros poderes del Estado; y los derechos inherentes del individuo juzgado. En este orden de ideas, propuso tanto racionalizar el catálogo de delitos y sus correspondientes penas, como resguardar ciertos principios procesales incluyendo la presunción de inocencia, sobre la cual escribió:

“Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los

⁴ Stephanie Erin Brewer. Coordinador Fernando Silva García. Garantismo Judicial, Presunción de Inocencia, Edit. Porrúa, 1ª. ed. 2014, México D.F., Págs. XIV-XV-XVI.

pactos bajo los que le fue concedida”⁵ ... La presunción de inocencia se vio reflejada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa en 1789, cuyo artículo noveno establece que toda persona se presume inocente hasta que sea declarada culpable, y gozará de la protección de la ley en contra de afectaciones innecesarias a sus derechos en el marco de la detención.⁶ Veinticinco años después, al otro lado del atlántico, el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814 dispuso en su artículo 30: “Todo ciudadano se reputa inocente mientras no se declare culpado”. En otro de sus artículos consagraba el derecho a ser oído (derecho de audiencia); prohibía las detenciones sin fundamento y las restricciones innecesarias de derechos durante la detención preventiva; y establecer que se decretarán sólo aquellas penas muy necesarias, proporcionadas a los delitos y útiles a la sociedad.⁷

Miguel Ángel Aguilar López dice: “Para entender el contenido de la presunción se debe, en primera instancia, recurrir al Diccionario de la Lengua española, que entiende **presunción** como proveniente de la palabra **praesumptio** que a su vez es un derivado de **praesumo**, la cual significa: tomar antes, tomar como cierto un hecho o una afirmación que es dudosa pero que tiene cierta verosimilitud gracias a la concurrencia de otros hechos, o afirmaciones que están probadas o son evidentes”⁸ Rafael de Pina afirma: “Principio generalmente admitido que exige para la sanción de la persona acusada la prueba evidente y plena de que es autora del acto delictivo objeto de la acusación”.

Esta presunción se basa en la consideración elemental de que toda persona tiene derecho a ser tenida como no culpable en tanto no se le prueba lo contrario. La presunción de inocencia no puede ser destruida sino por medio de una prueba practicada en el juicio penal correspondiente y que no permita duda alguna acerca de la veracidad del acto incriminatorio y el ser autora del mismo la persona imputada”.⁹ Luzón Cuesta, citado por Raúl Cárdenas Rioseco señala que: “...La

⁵ César Becharia, De los Delitos y de las Penas, citado por Fernando Silva García coordinador Garantismo Judicial, Presunción de Inocencia, óp. Cit. Pág. XVIII.

⁶ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, art. 9: “Siendo que todo hombre se presume inocente hasta que sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona deberá reprimirse severamente por la ley”. Texto original en francés: www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp.

⁷ Decreto Constitucional, para la libertad de la América Mexicana sancionado en Apatzingán a 22 de octubre de 1814. Ver artículo 31 y 21-23, respectivamente

⁸ Aguilar López Miguel Ángel, Presunción de Inocencia Principio Fundamental en el Sistema Acusatorio. Instituto Nacional de Estudios Superiores de Derecho Penal. A.C. División Editorial. 2ª. ed. México 2009, pág. 134.

⁹ Rafael de Pina, Rafael de Pina Vara, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, 37ª ed. Actualizada por Juan Pablo de Pina García, México 2008, pág. 416.

presunción de inocencia es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental que posee su eficacia en un doble plano por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos; por otro lado el referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba”.¹⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que la presunción de inocencia: “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.¹¹ Gerardo Armando Urosa Ramírez dice: “En síntesis, la presunción de inocencia es un principio (referente a la carga de la prueba) y un derecho de audiencia, por lo que se garantiza a toda persona a no ser condenada sin ser oída ni vencida en juicio, es decir, sin pruebas”.¹²

En lo particular comento: diversos autores así como organismos internacionales han conceptualizado el derecho fundamental de la presunción de inocencia el cual comparto; más sin embargo, debemos señalar que a partir de la reforma en materia penal de junio de 2008, se elevó a rango constitucional el derecho fundamental de presunción de inocencia, se entiende que toda persona debe tenerse y tratarse como inocente hasta que exista una resolución judicial firme de autoridad competente y se le tenga como responsable en la comisión de algún delito. Hasta antes de la mencionada reforma en materia de justicia penal la presunción de inocencia ya había sido reconocida en diferentes organismos y tratados internacionales firmados por el Estado mexicano, más si embargo no se había regulado en nuestra legislación interna. En este orden de ideas nuestro máximo tribunal interpretó en tesis de jurisprudencia que el derecho fundamental de presunción de inocencia se encontraba implícito en la Constitución federal. En forma desafortunada, este criterio sólo hace referencia a este derecho como regla de prueba, y que la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público como parte acusadora e impulsora de la acción penal ante los tribunales; en este orden de ideas pienso que la presunción de inocencia va más allá de la carga de la prueba, esta es tan sólo una de sus acepciones y considero que se deja de lado otra de gran

¹⁰ Cárdenas Rioseco Raúl F. La Presunción de Inocencia, 2ª. ed., México., Edit. Porrúa 2006, pág. 23. Citado Por Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Sistema Inquisitivo al Moderno Sistema Acusatorio en México. Op. Cit. Pág. 602.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de Agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 120. Citado por Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño. Presunción de Inocencia y Nuevo Sistema Penal, Inacipe. Impreso en México. 1ª. ed. agosto 2017. Págs. 4-5.

¹² Gerardo Urosa Ramírez, Introducción a los juicios orales en Materia Penal, Porrúa, México, 2013, p. 26. Citado por Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño, Presunción de Inocencia y Nuevo Sistema Penal. Óp. cit. Pág. 5.

importancia: la de regla de trato al imputado antes y dentro del proceso. Finalmente su composición se encuentra integrada por dos principios fundamentales como son el principio del debido proceso legal que implica que el inculpado se le reconozca el derecho a su libertad y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo existiendo suficientes elementos incriminatorios y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por la otra el principio acusatorio mediante al cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de estos.

La fracción primera, del apartado B. de este artículo 20 constitucional, establece un principio, que si bien se reconocía doctrinaria y legalmente en nuestro marco jurídico nacional, además de estar presente en diversos tratados internacionales adoptados por nuestro país carecía de base constitucional explícita, por lo que moderadamente, para dar un contenido más claro a este principio, la Suprema corte de Justicia de la Nación debió realizar la interpretación de diversos artículos constitucionales de los cuales se deriva la existencia implícita en el texto de la carta magna de este principio.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19 párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de estos, tal y como se desprende de los dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole

“buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de estos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso, principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.

El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXV/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.

Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Novena Época, Tomo XVI, agosto de 2002, Pleno, constitucional, Penal, Tesis aislada P. XXXV/2002, p. 14, Registro: 286185.

4.2.1. PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO LEGAL.

ARTÍCULO 14 PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

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

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, ARTÍCULO 12 PRINCIPIO DE JUICIO PREVIO Y DEBIDO PROCESO.

“Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un Órgano Jurisdiccional previamente establecido, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los tratados y las leyes que de ellos emanen”.

El maestro Rafael de Pina al referirse al debido proceso dice que es una: Garantía exigida para la privación de los derechos de vida, libertad y propiedad, de los que

nadie puede ser despojado sino mediante proceso legalmente instituido, seguido ante tribunales previamente establecidos. La del “debido proceso” que la Constitución política norteamericana contiene, se encuentra en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las de todos los Estados de derecho.

Nuestra Constitución dispone (art. 14) que nadie “podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio, seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

El “debido proceso” no es un hallazgo del pensamiento jurídico norteamericano, ya que desde los tiempos más remotos, constituye una exigencia indeclinable para la resolución de los conflictos “entre partes” y una garantía de los intereses legítimos, cualquiera que fueren sus titulares.¹³ Por su parte el destacado jurista Sergio García Ramírez se refiere respecto del debido proceso legal: al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.¹⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el artículo 8.1 de la Convención consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal”, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos. Mientras que el artículo 8.2 de la Convención establece adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. *Es un derecho humanos el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas. Las garantías mínimas deber respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión puede afectar los derechos de las persona.*

2000540

DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO. ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN.

¹³ Rafael de Pina, Rafael de Pina Vara, Diccionario de Derecho. Óp. Cit. Pág. 215.

¹⁴ Sergio García Ramírez, El Debido Proceso Criterios de la Jurisprudencia Interamericana. Edit. Porrúa, 3ª. ed. México. Ciudad de México. 2016. Pág. 22.

El artículo 14, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce el derecho humano al debido proceso al establecer que “nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”. Ahora bien este derecho ha sido un elemento de interpretación constante y progresiva en la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, del cual cabe analizar un recuento de sus elementos integrantes hasta la actualidad en dos vertientes: 1) la referida a las formalidades esenciales del procedimiento, la que a su vez, puede observarse a partir de dos perspectivas, esto es: a) desde quien es sujeto pasivo en el procedimiento y puede sufrir un acto privativo, en cuyo caso adquieren valor aplicativo las citadas formalidades referidas a la notificación del inicio del procedimiento y de sus consecuencias, el derecho a alegar y a ofrecer prueba, así como la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas y, b) desde quien insta la función jurisdiccional para reivindicar un derecho como sujeto activo, desde la cual se protege que las parte tengan una posibilidad efectiva e igual de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones, dimensión ligada estrechamente con el derecho de acceso a la justicia; y, 2) por las que se enlistan determinados bienes sustantivos constitucionalmente protegidos, mediante las formalidades esenciales del procedimiento, como son : la libertad, las propiedades, y las posesiones o los derechos. De ahí que previo a evaluar si existe una vulneración al derecho al debido proceso, es necesario identificar la modalidad en la que se ubica el reclamo respectivo.

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO.

Artículo 14 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

El mismo párrafo segundo del artículo 14 constitucional exige que todo acto privativo sea dictado por tribunales previamente establecidos, en un juicio en el que se observen las formalidades esenciales del procedimiento. José Antonio Caballero Juárez ha señalado que este párrafo “se ha interpretado típicamente como el derecho a un juicio justo. Es decir, la cláusula protege el derecho de las personas a ser juzgadas en procesos en los que efectivamente tengan oportunidad de ser

escuchadas, controvertir en igualdad de circunstancias la evidencia y tener todas las oportunidades necesarias para hacer valer su posición.¹⁵

El concepto de “formalidades esenciales del procedimiento” es de carácter complejo e involucra cuestiones muy diversas. Con este término la Constitución hace referencia en parte, a lo que en otros sistemas jurídicos se denomina el “debido proceso” o también el “debido proceso legal”. Así lo hace la jurisprudencia de los tribunales mexicanos en la siguiente tesis:

2005716.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO SU CONTENIDO.

Dentro de las garantías del debido proceso existe un “núcleo duro”. Que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al “núcleo duro”, las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la “garantía de audiencia”, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, de rubro: “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIO AL ACTO PRIVATIVO.”, sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición,

¹⁵ Caballero Juárez, José Antonio, “Artículo 14. Párrafos I. II Y III” en Cossío, José Ramón (coordinador), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, cit., Tomo I, p. 303*. Citado por Miguel Carbonell El concepto de formalidades esenciales del procedimiento Carbonell El debido Proceso. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell. A.C. Primera ed. Enero de 2018, págs. 60-61

nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mismo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.

En este sentido comento que: el debido proceso legal se encuentra contemplado en la fracción segunda del artículo 14 constitucional respecto a las formalidades esenciales del procedimiento, que contiene límites a la actuaciones de las autoridades respecto a la privación de los derechos fundamentales entre otros a la libertad, sin ceñirse a juicios previos ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Es así, que el debido proceso legal requiere de un procedimiento jurisdiccional, este procedimiento debe agotarse ante una autoridad competente y, que para el efecto de privar de algún derecho fundamental como es el caso de la libertad, deberá deberán aplicarse disposiciones procesales aplicable al caso concreto. De no ser así se está frente a una violación a la garantía del debido proceso, piedra angular del derecho fundamental de la presunción de inocencia.

4.2.2. PRINCIPIO ACUSATORIO.

ARTÍCULO 19 PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se le impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

ARTÍCULO 21 PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

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

ARTÍCULO 102 APARTADO A, FRACCIÓN VI. SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

“Corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, solicitará las medidas cautelares contra los imputados; buscará y presentará las pruebas que acrediten la participación de estos en hechos que las leyes señalen como delito; procurará que los juicios federales en materia penal se sigan con toda regularidad para que la impartición de justicia sea pronta y expedita; pedirá la aplicación de las penas, e intervendrá en todos los asuntos que la ley determine”.

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, CAPÍTULO V. MINISTERIO PÚBLICO.

ARTÍCULO 127. Competencia del Ministerio Público:

“Compete al Ministerio Público conducir la investigación, coordinar a las Policías y a los servicios periciales durante la investigación, resolver sobre el ejercicio de la acción penal en la forma establecida por la ley y, en su caso, ordenar las diligencias pertinentes y útiles para demostrar o no, la existencia del delito y su responsabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión”.

ARTÍCULO 130. Carga de la prueba.

“La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal”.

En la reforma de junio de 2008, se observa la manera en que los amplios poderes de esta institución se reequilibran y se distribuyen con otros actos del sistema de justicia y la figura del Ministerio Público adquiere una fisonomía más técnica frente al proceso. Así lo ha hecho saber nuestro más alto Tribunal en el país en la siguiente tesis aislada:

IUS: 165954

Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXX, noviembre de 2009, P. 409, aislada, constitucional, penal.

1ª. CXCIII/2009.

MINISTERIO PÚBLICO, ES EL ÚNICO ÓRGANO DEL ESTADO COMPETENTE PARA FORMULAR E IMPULSAR LA ACUSACIÓN PENAL.

Conforme a los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Ministerio Público tiene a su cargo la persecución e investigación de los delitos, lo que significa que es el único órgano estatal competente para formular e impulsar la acusación o imputación delictiva. Así, la persecución e investigación

de los delitos es una labor de carácter administrativo que por definición excluye a la judicial. Esto es, los artículos constitucionales aludidos deben leerse en el sentido de que establecen obligaciones a cargo del Ministerio Público de manera que la investigación y persecución de los delitos no constituyen una prerrogativa a su cargo y, por tanto, no puede renunciar a su ejercicio, el cual es revisable en sede constitucional. Por otra parte la posesión del monopolio no debe entenderse en el sentido de que la Constitución General de la República prohíbe la intervención de la víctima o del ofendido en el proceso penal como partes del mismo, en términos del artículo 20, apartado B, constitucional, pues el reconocimiento de este derecho coexiste con el indicado mandato constitucional a cargo del Ministerio Público. Así, a nivel constitucional también se dispone que deben existir medios de defensa que posibiliten la intervención de la víctima o del ofendido para efectos de impugnar, por ejemplo, el no ejercicio de la acción penal. Es decir, la división competencial es clara en el sentido de que el único órgano del Estado facultado para intervenir como parte acusadora en un proceso penal es el Ministerio Público, en su carácter de representante social, y –de manera concomitante, aunque no necesaria- con la propia sociedad (cuando se trate de la víctima o el ofendido), en los términos que establece la propia Constitución Federal.

Al respecto expongo: Que derivado de la composición del derecho humano a la presunción de inocencia, el principio acusatorio forma parte importante en su contenido, en la función persecutoria y la investigación de los delitos, así el artículo conforme al artículo 21, párrafo primero, y 102 párrafo segundo de nuestro pacto federal. En efecto el principio establece que corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de estos.

4.2.3. PRESUNCION DE INOCENCIA ALCANCES, LÍMITES, Y REPERCUSIÓN – TANTO PROCESAL COMO SUSTANTIVA-

Los planteamientos constitucionales propuestos desde la demanda de amparo y las respectivas respuestas contenidas en las consideraciones de la sentencia recurrida, se refirieron a temáticas relativas al Principio de Presunción de Inocencia (desprendidos del entendimiento de los artículos 14, 16, 17 y 20, apartado A y B, fracción I. constitucionales y su repercusión en el caso); alcances, límites y repercusión –tanto procesales como sustantiva- de la cláusula constitucional relativa a la detención del inculcado y su inmediata puesta a disposición de la representación social ministerial (de necesaria interpretación del artículo 16, párrafos cuarto y quinto, de la Constitución Federal) a la definición de varios conceptos relacionados con el Derecho Humano Fundamental del Debido Proceso en Materia Penal (artículos 14, 16, 17 y 20, apartados A y B); tópicos de Defensa

Adecuada en su Modalidad Especial Aplicable a Extranjeros Sujetos a Proceso Penal, especialmente las desarrolladas, tanto en la regla procedimental de derecho interno contenida en el artículo 128, fracción IV, in fin, del Código Federal de Procedimientos Penales (asistencia consular como formalidad esencial del procedimiento y garantía de defensa especial en procesos relacionados con extranjeros en México), como en la diversa interpretación de los alcances y límites del Derecho a la Asistencia consular para la Culturización del Proceso, que es un Derecho Humano Fundamental de orden convencional y, por ende, de carácter constitucional desprendido del artículo 36 de la Convención de Viena sobre relaciones Consulares (tema en último, por cierto, sin precedentes en el Alto Tribunal).¹⁶

Artículo 14. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Párrafo Segundo: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Artículo 16. De La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Párrafo Cuarto: “La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal”.

Párrafo Quinto: “Cualquier persona puede detener al indicado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención”.

Artículo 17. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Párrafo Segundo: “toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

Artículo 20. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Apartado A. De los principios generales:

¹⁶ Emanuel Rosales Guerrero: El caso Cassez (sentencia de la SCJN en el Amparo Directo en Revisión 517/2001, dictada el 23 de enero de 2013). Garantismo Judicial y Presunción de Inocencia. Op. Cit. Págs. 450-451-452.

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito de reparen.

Apartado B. De los derechos de toda persona imputada:

I A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

CONVENCION DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES.

24 abril de 1963.

Entró en vigor el 19 de marzo de 1967.

ARTÍCULO 36

COMUNICACIÓN CON LOS NACIONALES DEL ESTADO QUE ENVÍA.

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con las necesidades del Estado que envía:
 - a) Los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;
 - b) Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán formular sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma detenido puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le mencionan en este apartado;
 - c) Los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando este se oponga expresamente a ello.
2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo

entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

Artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales fracción IV, (asistencia consular como formalidad esencial del procedimiento y garantía de defensa especial en procesos relacionados con extranjeros en México).

IV.- Cuando el detenido pertenezca a un pueblo o comunidad indígena o fuere extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el español, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Tratándose de indígenas, el traductor y el defensor que deberán asistirle, deberán tener además conocimiento de su lengua y cultura. Si se tratare de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda.

Al particular refiero: Que hoy en día la presunción de inocencia no sólo es una garantía constitucional de carácter procesal, sino que también es un principio de los sistemas democráticos que limitan el poder legítimo de la fuerza del Estado. Pues por naturaleza es de interés social, en este sentido no solo sanciona a los individuos como autores o partícipes de la comisión de un delito, sino que también que aquellos gobernados que siendo inocentes son sujetos a un proceso penal, cuenten con los mecanismos propios a una defensa adecuada que les permita probar su inocencia, recuperando así el gozo de sus derechos fundamentales en el menor tiempo posible. Así también opera en las situaciones extraprocesales, y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe antes y durante el proceso penal.

IUS: 2003692

Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XX, mayo de 2013, Tomo 1, p. 563, aislada, constitucional, penal.

1ª. CLXXVII/2013 (10ª)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. INFLUENCIA DE SU VIOLACIÓN EN EL PROCESO PENAL.

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que como regla de trato, el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que cualquier persona imputada por la comisión de una conducta tipificada como delito, sea tratada como inocente durante el trámite del procedimiento e, incluso, desde antes de que se inicie, puede ser el caso de que ciertas actuaciones de los órganos del estado –sin limitarlos a quienes intervienen en la función jurisdiccional propiamente dicha- incidan negativamente en dicho tratamiento. En este sentido, la violación a esta faceta de la presunción de inocencia puede afectar de una forma

grave los derechos relativos a la defensa del acusado, ya que puede alterar la evolución del proceso al introducir elementos de hecho que no se correspondan con la realidad y que, en el ánimo del tribunal, y sobre todo de las víctimas y de los posibles testigos, actúen después como pruebas de cargo en contra de los más elementales derechos de la defensa. Así, la presunción de inocencia como regla de trato, en sus vertientes procesal y extraprocesal, incide tanto en el proceder de las autoridades en su consideración a la condición de inocente de la persona, como con la respuesta que pueda provenir de las demás partes, involucradas en el juicio. Particularmente, la violación a la regla de trato de la presunción de inocencia puede influir en un proceso judicial cuando la actuación indebida de la policía que pretenda manipular la realidad, tienda a referirse a: (i) la conducta, credibilidad, reputación o antecedentes penales de alguna de las partes, testigos o posibles testigos; (ii) la posibilidad de que se produjere una confesión, admisión de hechos, declaración previa del imputado o la negativa a declarar; (iii) el resultado de exámenes o análisis a los que hubiese sido sometido alguien involucrado en el proceso; (iv) cualquier opinión sobre la credibilidad del detenido; y, (v) el hecho de que alguien hubiera identificado al detenido, entre muchas otras.

4.2.4. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA Y, COMO REGLA DE JUICIO.

Lo mismo se puede decir respecto del diseño del Sistema de Justicia Penal Acusatorio realizado por el Poder Reformador de la Constitución en la reforma de junio de 2008, cuando al establecer el modelo de relación entre el acusado y el Estado contempla la carga de la prueba para el Ministerio Público, las medidas cautelares diferentes de la prisión preventiva, la plena culpabilidad como requisito para el juez para el dictado de la sentencia, entre otras.¹⁷

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA.

El principio de presunción de inocencia en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, es un derecho fundamental que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende a la órbita del debido proceso. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extraprocesales, y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de “no autor o no participe” en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias de los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en

¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Sistema Inquisitivo al Moderno Sistema Acusatorio en México. Op. Cit. Pág. 608.

cualquier materia, lógica que se reconoce en el artículo 8.2 de La Convención Americana sobre derechos Humanos;¹⁸ Con relación al mismo, se señala en la ejecutoria que la Corte Interamericana ha destacado su importancia al señalarlo como un fundamento de las garantías judiciales, según el cual las personas deben ser consideradas inocentes hasta que se acredite plenamente su culpabilidad.

La presunción de inocencia como regla probatoria es un derecho que establece los requisitos que debe cumplir la actividad probatoria y las características que deben reunir los medios de prueba para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado. En consecuencia, no cualquier prueba puede enervar la presunción de inocencia, sino que esta debe de practicarse de acuerdo con ciertas garantías y de una determinada forma para cumplir con esa finalidad. En esta línea deben existir pruebas que puedan entenderse de cargo, es decir, pruebas sobre la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, y que hayan sido suministradas por el Ministerio Público con respeto a los principios y garantías constitucionales que rigen su práctica. Así, puede decirse que este derecho entra en juego en un momento anterior a la valoración de las pruebas, cuando el juez examina si las pruebas presentadas por la acusación pueden considerarse válidamente como pruebas de cargo.¹⁹

Artículo 20 de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, apartado A fracciones V y IX.

V.-“La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. La partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente”.

IX. “Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y.

IUS: 2006093

Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del semanario Judicial de la federación*, Libro 5, abril de 2014, Tomo 1, p. 478, jurisprudencia, constitucional.

1ª. /J. 25/2014 (10ª.)

PRESUNCIÓN DE INOECIA COMO REGLA PROBATORIA.

¹⁸ El texto de dicho fundamento es el siguiente: “8.2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. (...)”.

¹⁹ Emanuel Rosales Guerrero: El caso Cassez (Sentencia de la SCJN, en el Amparo Directo en Revisión 517/2011, dictada el 23 de enero de 2013). *Garantismo Judicial Presunción de Inocencia.*, Op Cit. Págs. 466-467-468.

La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de <<poliédrico>> en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de esas vertientes se manifiesta como regla probatoria, en la medida en que este derecho establece las características que debe reunir los medios de prueba y quien debe aportarlos para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE JUICIO.

La presunción de inocencia como regla de juicio o estándar probatorio puede entenderse como una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculpados cuando durante el proceso no se haya aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia de delito y la responsabilidad de la persona. Así, entendida, la presunción de inocencia no aplica al procedimiento probatorio (la prueba entendida como actividad), sino al momento de la valoración de la prueba (entendida como resultado de la actividad probatoria); en este punto, la Primera Sala destacó que al resolverse el amparo directo en revisión 715/2010 se estableció que para considerar que existen indicios que constituyan prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, el juez debe, entre otras cosas, cerciorarse al valorar el material probatorio disponible de que estén desvirtuadas la hipótesis de inocencia efectivamente alegadas por la defensa en el juicio y, al mismo tiempo, descartar la existencia de contra indicios que den lugar a una duda razonable sobre la hipótesis de culpabilidad. Sustentada por la parte acusadora, lógica en la cual es importante señalar que la valoración de la prueba es, en principio, una facultad exclusiva de los tribunales ordinarios. Sin embargo, existen ocasiones en las que los jueces y tribunales de amparo deberán examinar la actividad probatoria desarrollada en el proceso ante el tribunal ordinario, para determinar si la misma tiene el valor jurídico necesario para contrarrestar la presunción de inocencia. No se trata de que el tribunal de amparo sustituya la interpretación de los hechos realizados por el tribunal ordinario por entenderla más correcta o más adecuada, sino que, por el contrario, solo ha de extenderse a aquellos supuestos en los que la resolución judicial pueda poner en riesgo la vigencia de un derecho fundamental apoyándose en una indebida valoración de las pruebas

Se destacó también la existencia de otra modalidad de la presunción de inocencia menos estudiada: *la presunción de inocencia como regla de trato en su vertiente extraprocesal*, faceta en la cual constituye un *derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina, por ende, el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los*

efectos jurídicos aunados a hechos de tal naturaleza. En pocas palabras, la Constitución no permite condenas anticipadas.²⁰

Artículo 20 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, apartado A. fracción VIII.

VIII.- “El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado”

IUS: 2006091.

Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 476, jurisprudencia, constitucional.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA.

La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de <<poliédrico>>, en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de esas vertientes se manifiesta como <<estándar de prueba>> o <<regla de juicio>>, en la medida en que este derecho establece una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculcados cuando durante el proceso no se hayan aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona; mandato que es aplicable al momento de la valoración de la prueba. Dicho de forma precisa, la presunción de inocencia como estándar de prueba o regla de juicio comporta dos normas: la que establece las condiciones que tiene que satisfacer la prueba de cargo para considerar que es suficiente para condenar; y una regla de carga de la prueba, entendida como la norma que establece a cuál de las partes perjudica el hecho de que no se satisfaga el estándar de prueba, conforme a la cual se ordena absolver al imputado cuando no se satisfaga dicho estándar para condenar.

Al respecto considero: que el derecho fundamental a la presunción de inocencia opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. En este sentido como regla probatoria impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al Ministerio Público. Como regla de juicio el juez debe,

²⁰ La Segunda Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se pronunció sobre esta cuestión en el amparo en revisión 89/2007, resuelto el 21 de marzo de 2007, del cual derivó la tesis aislada de rubro: “PRESUNCION DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado extensamente este tema. En este sentido, véanse los casos: Lizaso vs. España, sentencia de 28 de junio de 2011; Kamasinski vs. Austria, sentencia de 19 de diciembre de 1989; Allenet de Ribemont vs. Francia, sentencia de 10 de febrero de 1995; Viorel Burzo vs. Rumania, sentencia de 30 de junio de 2009; Moullet vs. Francia, sentencia de 13 de septiembre de 2007. Citado por Emanuel Rosales Guerrero: El caso Cassez (sentencia de la SCJN, en el Amparo Directo en revisión 517/2011, dictada el 23 de enero de 2013). Garantismo Judicial. Presunción de inocencia. Op. Cit., págs. 468-469

entre otras cosas cerciorarse al dar valor al material probatorio disponible de que estas desvirtúan al derecho fundamental de presunción de inocencia.

4.2.5. EL ARRAIGO, INTERPRETACIÓN CONFORME, PRINCIPIO PRO PERSONAE Y, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

EL ARRAIGO PENAL.

La definición del arraigo –para su constitucionalidad y convencionalidad- debe excluir en forma absoluta la idea consistente en que su objeto es “*primero detener a la persona para después investigarla*”. El arraigo debe entenderse como una medida cautelar dirigida a restringir la libertad de una persona cuando, entre otros requisitos, *existe una investigación que reporta indicios razonables sobre su participación* en la comisión de un delito grave o de delincuencia organizada; cuando es necesaria la restricción contemplada, pero por circunstancias excepcionales resulta imposible aplicar una de las figuras ordinarias contempladas en la carta magna, para realizar una detención. En ese orden de ideas, del propio concepto se desprenden ya tres condiciones esenciales del arraigo en materia penal: la existencia del delito grave o de delincuencia organizada; una investigación e indicios razonables sobre la participación del sujeto en la comisión del ilícito. Sin esas tres condiciones esenciales el arraigo se ubicaría como una figura propia de los sistemas autoritarios y antidemocráticos, puesto que en un Estado de Derecho resulta inconcebible la posibilidad de privar de la libertad a persona en cuya contra, a esas alturas, no existen elementos que hagan probable su participación en algún ilícito.

Hace algunos años (2005), el pleno de la SCJN declaró inconstitucional el arraigo penal previsto en una legislación estatal. Los Ministros destacaron que el arraigo penal contemplado en la ley autoriza la afectación de la libertad personal:

(...) no obstante que la averiguación previa todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de treinta días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.²¹

²¹ [TA]: 9ª. Época; Pleno; S.J.F Y Gaceta; XXIII, Febrero de 2006; Pág. 1170. ARRAIGO PENAL. EL ARTICULO 122 BIS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTICULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCION FEDERAL.

Años después el Poder Revisor de la Constitución revirtió la jurisprudencia de la SCJN e introdujo el arraigo en materia penal en el artículo 16 constitucional, en los términos siguientes:

Art. 16. (...) 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 e 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.

Es verdad que la constitución reformada autorizó el arraigo penal y revirtió la jurisprudencia de la SCJN. Sin embargo, debe destacarse que el artículo 16 constitucional no sólo autoriza el arraigo penal, sino que lo sujeta a toda una serie de condiciones, garantías y exigencias constitucionales para su validez. Asimismo, dicha medida cautelar constitucional está condicionada actualmente por los Tratados Internacionales sobre derechos humanos adoptados por el Estado Mexicano. De forma que el “arraigo” requiere cumplir con una serie de condiciones de validez muy estrictas, por ser una figura que tiende a convertir la excepción (disponibilidad de la libertad personal) en la regla general. Es así como el alcance del arraigo en materia penal debe definirse y entenderse a partir de una *interpretación sistemática* de la Norma suprema y de una *interpretación conforme con los Tratados Internacionales*.²² De conformidad con el siguiente criterio:

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA.- En virtud de cada uno de los preceptos contenidos en la Norma Fundamental forma parte de un sistema constitucional, al interpretarlos debe partirse por reconocer, como principio general, que el sentido que se les atribuya debe ser congruente con lo establecido en las diversas disposiciones constitucionales que integran ese sistema, lo que se justifica por el hecho de que todos ellos se erigen en el parámetro de validez al tenor del cual se desarrolla el orden jurídico nacional, por lo que de aceptar interpretaciones constitucionales que pudieran dar lugar a contradecir frontalmente lo establecido en otras normas de la propia Constitución, se estaría atribuyendo a la voluntad soberana la intención de

²² Fernando Silva García: Presunción de Inocencia y Arraigo Penal. Garantismo Judicial Presunción Inocencia. óp. Cit. Págs. 411-412-413-414.

provocar incertidumbre entre los gobernados al regirse por una Norma Fundamental que es fuente de contradicciones; sin dejar de reconocer que en ésta pueden establecerse excepciones, las cuales debe preverse expresamente y no derivar de una interpretación que desatienda los fines del Constituyente.

Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XXIII, Febrero de 2006. Tesis: PXII/2006. Página: 25.

INTERPRETACIÓN CONFORME.

El segundo párrafo del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: “Las normas relativas a los derechos Humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Es importante tomar en cuenta que la propia Constitución mexicana nos suministra algunas pautas interpretativas que deben ser tomadas en cuenta. Como se sabe, a partir de la importante reforma del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, en el artículo primero constitucional recoge la figura de la <<interpretación conforme>>²³, al señalar que todas las normas relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea) se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales en la materia. Esto implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrado no solamente por la carta magna sino también por los propios tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano.²⁴

Aunque la llamada <<interpretación conforme>> es algo que se desprende de la posición que guarda la Constitución dentro del ordenamiento y de su carácter normativo, no está demás hacerlo explícito, sobre todo teniendo en cuenta lo poco que han usado nuestros jueces esta técnica interpretativa.²⁵

²³ En general sobre este tipo de interpretación, Gascón Abellán, Marina, <<Interpretación conforme (con la UNAM, 2009, constitución)>> en VV.AA., Diccionario de Derecho Constitucional, 3ª edi, México, Porrúa, tomo II, pp. 796-801. Citado por Miguel Carbonell, Edgar S. Caballero González. La constitución Interpretada, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con jurisprudencia. . edit. Tirant lo Blanch. 2ª ed. Ciudad de México 2016, págs., 22-23.

²⁴ Caballero Ochoa, José Luis, <<La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1, segundo párrafo, de la Constitución)>> en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro Coordinadores), La reforma constitucional de derechos humanos, cit., páginas 103 y ss.

²⁵ Ver al respecto el muy documentado y profundo texto de Ferrer Mac Gregor, Eduardo, <<>> Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano>> en Carbonell y Salazar (coordinadores), La reforma constitucional de derechos humanos, cit., páginas 339 y ss.

La idea de la <<interpretación conforme>> también se encuentra recogida en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, cuyos artículos 6 y 7 establecen lo siguiente:

Artículo 6.- La interpretación del contenido de esta ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.

Artículo 7.- Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias.

Por lo que hace a la interpretación del término que aquí se emplea de conformidad, aunado al concepto *pro personae*, podemos señalar lo siguiente: en el primer caso, el principio de interpretación conforme implica que al interpretar, aplicar, y observar el contenido de los derechos humanos se debe vincular en su ampliación con otros documentos internacionales de derechos humanos; esto en realidad lo hacen Jueces, Magistrados y Ministros al dictar sus resoluciones normalmente, sin embargo es bueno que se haya incluido como principio constitucional. La interpretación conforme se aplica al existir una norma que tiene más de una interpretación y debe hacerse prevalecer a aquella conforme con la Constitución, tomando en cuenta la presunción de constitucionalidad de la ley, se trata de armonizar la interpretación de una norma o un derecho humano a los principios fundamentales de la Constitución.²⁶

PRINCIPIO PRO PERSONAE.

Al establecer el envío normativo sobre derechos humanos, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a los tratados internacionales, el artículo 1º., segundo párrafo in fine, señala: "...favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia". Además de la interpretación conforme, la reforma de junio de 2011 incorpora también en el párrafo segundo del artículo 1º constitucional el principio de interpretación *pro personae*, muy conocido en el derecho internacional de los derechos humanos y en la práctica de los tribunales internacionales encargados de la protección y tutela de los mismos derechos.

El principio *pro personae* supone que, cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano. Y también significa que, cuando en un caso concreto se

²⁶ Guillermo Pacheco Pulido. La Inmensidad del Artículo 1º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, edit. Porrúa. 1ª. ed. 2013, 2ª. reimpresión 2014. Ciudad de México 2016. Págs. 32-33.

puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete deberá elegir aquella que (igualmente) proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano.

Para decirlo en otras palabras, podemos afirmar que el principio *pro personae* tiene dos variantes principales:

a). Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir de entre todas las interpretaciones válidas que estén disponibles para resolver un caso concreto, la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los sub principios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *indubio pro actione*, etcétera). Se debe entender que una interpretación <<optimiza>> más un derecho fundamental cuando amplía el ámbito de los sujetos protegidos por el derecho o cuando amplía el perímetro material protegido por el derecho (el perímetro material equivale al ámbito de la realidad que el derecho regula).

b). Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables, ahora prevista por nuestro artículo 1º constitucional tiene uno de sus antecedentes en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.²⁷ Al principio “pro persona” también se le aplican los criterios de ponderación y el *ius cogens* que son principios universales en el tema de los derechos humanos. La interpretación será a favor del más débil. No se pueden aplicar normas restrictivas de protección a las víctimas. Independientemente de la jerarquía normativa se aplicará la que más favorezca a las personas. La autoridad actuará ex officio sólo cuando se trate de derechos humanos.²⁸

Sobre el principio *pro persona* la Suprema Corte ha dictado una tesis interesante, que en buena medida refleja lo que se acaba de señalar. Es la siguiente:

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DRECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1º. Constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política

²⁷ Miguel Carbonell, Edgar S. Caballero González, La Constitución Interpretada. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Tirant lo Blanch. 2ª. ed. Ciudad de México. 2016. Págs. 23-24.

²⁸ Guillermo Pacheco Pulido, La Inmensidad del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Óp. Cit. Pág. 34.

de los Estados Unidos Mexicanos; y b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano se parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable –en materia de derechos humanos–, atenderá a criterios de favorabilidad del individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º. Constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que presente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.²⁹

Sobre el mismo principio, también es importante considerar el siguiente criterio jurisprudencial.

PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN DE ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL. El segundo párrafo del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exige que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de los que México es parte, de forma que favorezca ampliamente a las personas, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de tales derechos a partir del principio pro personae que es un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud del cual debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria, es decir, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la

²⁹ Amparo directo 28/2010. *****. 23 de noviembre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Tesis aislada XIX /2011, Décima Época.

existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Esto implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio. Por tanto, la aplicación del principio *pro personae* en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro.³⁰

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

El reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comporta un cambio esencial en la naturaleza de esta regla básica de la ordenación de un proceso penal. Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata.³¹

Así las cosas, la presunción de inocencia, además de constituir un principio o criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental.

El proceso penal es el mecanismo necesario para obtener la prueba de que un individuo ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular no puede considerarse que se ha cometido delito alguno y tampoco que hay un sujeto culpable que pueda ser sancionado.³² La presunción de inocencia es uno de los pilares del derecho penal referido al Estado de Derecho.³³ La Constitución Federal establece este principio en el artículo 20, Apartado B, fracción

³⁰ Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 659, aislada, Constitucional. Número de tesis: 1ª. XXVI/2012 (10ª.).

³¹ Véanse las tesis aisladas: P.XXXV/2002 de rubro: "PRESUNCION DE INOCENCIA. "EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA ÍMPLICITA EN LA CONSTITUCION FEDERAL" Y I /2012 (10ª) de rubro: "PRESUNCION DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO ESTA CONSIGNADO EXPRESAMENTE EN ALA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS , A PARTIR DE LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008".

³² Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (Madrid: Trotta, 1995). P 549. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*. Citado por Emanuel Rosales Guerrero Epilogo: EL CASO CASSEZ. Garantismo Judicial Presunción de Inocencia. óp. Cit. Pág. 554.

³³ Magistrado Winfried Hassemer, *límites del Estado de Derecho apara e debate contra la criminalidad organizada*, trabajo presentado en la reunión de ala Europäische Rechtsakademie de Tier, traducción de Alfredo Chirino Sánchez, p. 5. Citado por Emanuel Rosales Guerrero. Epilogo: EL CASO CASSEZ. Garantismo Judicial, Presunción de Inocencia. óp. Cit. Pág. 555.

I. que hablando de los derechos de toda persona imputada prescribe: “que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad penal mediante sentencia emitida por el juez de la causa”. Este derecho fundamental consta de dos significados: como regla de tratamiento del imputado –que excluye o al menor restringe al máximo la limitación de la libertad personal- y como regla de juicio –que impone la carga acusatoria de la prueba al Ministerio Público y la absolución en caso de que no existan elementos de prueba suficientes-.³⁴

Existe, por tanto, un deber del tribunal de ocuparse de motivar la valoración de la prueba que obliga, en rigor, a confrontarse con ella en una clave de racionalidad explícita, estableciendo, de este modo, un estándar de exigibilidad sobre ella. A fin de establecer que algunos enunciados acerca de los hechos que fueron declarados probados, en realidad no lo están.

El principio de presunción de inocencia que en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, es un derecho fundamental que la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza en general, *cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso*. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de “no autor o no partícipe” en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre su culpabilidad, por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia.

En esta lógica, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a la presunción de inocencia en su artículo 8.2, el cual establece lo siguiente:

8.2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. (...).

La Corte Interamericana ha destacado la importancia del derecho a la presunción de inocencia al señalarlo como un fundamento de las garantías judiciales,³⁵ según

³⁴ Luigi Ferrajoli, Derecho Y Razón, p. 551. Citado por Emanuel Rosales Guerrero. Garantismo Judicial, Presunción de Inocencia. óp. Cit. Pág. 555.

³⁵ Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de Noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77; Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No 111, párr. 153; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de Noviembre de 2007. Serie Con. 170, párr. 145; y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo de Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 182.

el cual las personas deben ser consideradas inocentes hasta que se acredite plenamente su culpabilidad.³⁶

En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que

El derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante (todo el) proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme, (de modo que este) derecho implica que el *acusado* no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa.³⁷

Al respecto comento: la idea consistente en primero detener para después investigar debe ser desatendida. En estas condiciones se debe entender el arraigo como una medida cautelar personal que restringe la libertad de una persona cuando existe una investigación que reporta indicios razonables sobre su participación en la comisión de un delito de delincuencia organizada; detener para después investigar es un método propio de los sistemas autoritarios y antidemocráticos. Por otro lado en lo que respecta al principio de la interpretación conforme se entiende que al interpretar, aplicar y observar el contenido de los derechos humanos se debe vincular en su ampliación con otros documentos internacionales de derechos humanos; y en cuanto al principio *pro personae* dispone que cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que proteja más al titular de un derechos humano: finalmente y en cuanto al derecho fundamental de presunción de inocencia considerar que una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (*indubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y es de aplicación inmediata. Concluyendo, deben ser aplicados los principios de interpretación conforme y *pro persona* en el arraigo en materia penal contrario a lo que dispone el artículo 16 constitucional por considerar que la duración de este excede por mucho la privación de la libertad, en atención a que en documentos internacionales en materia de derechos humanos, y en cuanto a la privación de la libertad, no puede durar más del tiempo absolutamente necesario.

Finalmente e cuanto a la presunción de inocencia, es un derecho fundamental que el Pacto Federal, reconoce y garantiza en general, su alcance trasciendo al debido proceso, principio incluyente en la composición de este derecho fundamental.

³⁶ Corte IDH. Caso Suárez Rosero. Fondo, párr. 77; y Caso Ricardo Canece, párr. 153 Y Caso Cabrera García y Montiel Flores, párr. 182.

³⁷ Caso Ricardo Canece, párr. 154 y Caso Cabrera García y Montiel flores, párr. 182 y 183.

CONCLUSIONES.

1.- Sin duda alguna las reformas constitucionales aprobadas el 10 de junio de 2011 han cambiado el rostro constitucional de los derechos humanos en el Estado Mexicano. Las disposiciones reformadas del pacto federal delimitan un nuevo modelo en el constitucionalismo mexicano, por un lado, introducen el concepto de los derechos humanos como eje central de la articulación estatal y, por el otro, incorporan como normas de máximo rango en el ordenamiento jurídico mexicano las disposiciones en materia de derechos humanos de origen internacional. En este orden de ideas, fortalece la exigencia a las autoridades de todos los niveles de gobierno para transformar la realidad de los derechos humanos.

La reforma incluye cambios sustantivos del capítulo I del título primero, así como de diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este contexto se trata sin duda alguna, de un cambio constitucional en materia de derechos humanos de los últimos tiempos, que fortalece al nuevo paradigma para constituir y fortalecer el respeto, la protección, y garantizar los derechos humanos.

En consecuencia se sustituye el concepto de “las garantías individuales” por el de “derechos humanos”.

2.- En el nuevo paradigma en materia de derechos humanos se contienen cambios sustantivos; así como cambios operativos al sector de garantía. Los primeros derivan básicamente de un bloque de constitucionalidad con el derecho internacional de los derechos humanos, los que incluye entre otros: El otorgamiento de rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte; los derechos humanos como principio de la política exterior mexicana. Los segundos de contienen las garantías para su protección, medios procesales de hacer valer los derechos ante las autoridades de los tres niveles de gobierno del Estado mexicano. En este sentido se les otorgan herramientas para tal efecto; entre los que se encuentran: La interpretación conforme; el principio pro persona; los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; las obligaciones de prevención, investigación, y reparación de violaciones a los derechos humanos; la exigencia de que las autoridades funden, motiven y hagan pública en su caso, la negativa de aceptar o cumplir las recomendaciones que les dirijan las comisiones de derechos humanos, así como la posibilidad de que las autoridades comparezcan ante los órganos legislativos correspondientes a explicar los motivos de su negativa; el traslado a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de la facultad investigadora asignada originalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación; La posibilidad de que las acciones de inconstitucionalidad que puedan presentar La Comisión

Nacional de los Derechos Humanos, y los órganos respectivos de las entidades federativas, en el ámbito de su respectiva competencia,

3.- Las medidas cautelares tienen particular relevancia en el ámbito procesal en materia penal, importante es destacar que entre otras finalidades por su importancia evitan que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Pues sabido es que en no pocas ocasiones después de un costoso proceso tanto para el Estado como para las partes intervinientes, finalmente al pronunciarse una sentencia definitiva esta no puede ser ejecutada, por no haberse adoptado las medidas provisionales que permitan hacer efectiva la resolución.

4.- La medida cautelar del arraigo a que se refiere el artículo 16 constitucional en su párrafo octavo, por sus características priva la libertad personal, es además extraprocesal y excepcional; en primer término su imposición es con fines de investigación de los delitos en materia de delincuencia organizada por parte del Ministerio Público; es excepcional por que no se encuentra comprendida dentro de las formas ordinarias contempladas por la Constitución como son: la flagrancia, caso urgente, orden de aprehensión, auto de vinculación a proceso, prisión preventiva e infracciones administrativas. Finalmente concluimos que las medidas cautelares dentro del proceso penal, acusatorio, adversarial y oral, cumplen con el objeto de la reforma en materia de justicia penal de junio de 2008, en el artículo 20 apartado A. de los principios generales del proceso, fracción I. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece: “El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”.

5.- El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo octavo establece la medida cautelar personal del arraigo; en sus formas ordinario cuarenta días, prorrogado ochenta días. La institución del arraigo en materia de delincuencia organizada, es una forma de detención personal arbitraria, consistente en detener para después investigar, típico de un Estado autoritario y antidemocrático. El arraigo en materia penal se ha utilizado para detener a personas sin que exista investigación alguna a esos efectos; es decir, las autoridades han entendido que se ha constitucionalizado y es válido el método consistente en “primero detener para después investigar”; lo que ha generado que las autoridades conciban al arraigo penal como una especie de medida cautelar metaconstitucional que permite sobreponerse, en términos absolutos, al contenido esencial de los derechos fundamentales a la libertad personal, a la presunción de inocencia, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva; en tales condiciones el arraigo en materia penal compromete el Estado de Derecho, así como diversos derechos humanos reconocido tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales adoptados por el Estado mexicano.

6.- El arraigo como medida cautelar personal, es además excepcional cuando no puedan justificarse la inviabilidad de las diversas formas ordinarias que autorizan la privación de la libertad personal del individuo. En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que la Constitución permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos de los artículos 16, 19 y 21 del Pacto Federal.

Flagrancia: Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido; Detenciones urgentes: Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delitos graves así calificados por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia. Orden de aprehensión: No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. Auto de Vinculación a Proceso: Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso. Prisión preventiva: cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia de imputado, en el juicio, en el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Infracciones Administrativas: Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por la infracción de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad.

Como se advierte, para nuestro máximo tribunal en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal se prevén plazos breves , señalados inclusive en horas, para que si resultare el caso sea puesto a disposición inmediata del juez de la causa y este determine su situación jurídica.

7.- En términos de lo dispuesto por el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se propone la reforma al artículo 16 párrafo octavo. y desaparezca la medida cautelar del arraigo, por considerar que en una medida cautelar personal arbitraria de la autoridad ministerial en el periodo de investigación de los delitos y hace inaplicables los derechos humanos a la libertad personal, a la presunción de inocencia y al debido proceso por lo que se refiere a la delincuencia organizada, permitiendo el método primero detener a una persona para después investigarla, sin que acredite elemento alguno que relacione al sujeto con la

comisión de algún delito, dicha medida cautelar permite restringir los movimientos de una persona privándola de su libertad sin que exista una investigación e indicios que hagan probable su participación en la comisión de un delito. Con el fin de garantizar el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el arraigado se sustraiga a la acción de la justicia.

El método consiste en primero detener a la persona para después investigarla es una de las acciones representativas de los sistemas autoritarios, en razón a que implica que todas las personas sean tratadas eventualmente como presuntos culpables y presupone la inexistencia del derecho a la libertad personal, tomando en cuenta que el Estado estaría en posibilidad de disponer de la libertad de las personas en cualquier momento, sin investigación ni defensa alguna bastando para ello la sola voluntad y el señalamiento unilateral proveniente de las autoridades ministeriales; consecuentemente pone en riesgo el derecho a la integridad personal del detenido, ya que su sola estancia en un centro de arraigo por hasta 40 u 80 días serviría en sí mismo como instrumento de coacción y podría abrir la posibilidad de actos de intimidación y tortura para obtener una confesión artificial de los hechos respectivos. Es por ello que el arraigo penal ni siquiera podría ser definido como el método consistente en primero detener a la persona para después investigarla, su objeto sería contrario al sistema constitucional e internacional de los derechos humanos.

8.- Con la reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal aprobada por el constituyente permanente la institución de presunción de inocencia dejó de ser un principio, hoy en día constituye un derecho humano contenido en el artículo 20 apartado B. fracción I. De nuestro Pacto Federal a favor de todas las personas sometidas a un proceso jurisdiccional, para que estas no sean consideradas sin fundamento alguno como culpable, en este sentido dicha presunción sólo podrá desvirtuarse mediante sentencia emitida por el juez de la causa. Este principio, además de ser uno de los principios básicos del derecho penal moderno, es primordialmente un derecho fundamental reconocido implícitamente en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicana es parte, porque se trata de una cuestión central en todo sistema democrático de justicia que tiene por objeto preservar la libertad, la seguridad jurídica y la defensa social, busca proteger a las personas en cuanto a límites mínimos para que puedan perder o ver limitado algún derecho. Con ello el derecho humano de presunción de inocencia consiste en la prerrogativa que tiene todo individuo de ser considerado inocente de la comisión de un delito mientras no se acredite plenamente su culpabilidad en el proceso jurisdiccional. Se entiende pues, que la presunción de inocencia es una garantía procesal de nivel constitucional, que debe permanecer con el inculpado hasta que se demuestre de manera fehaciente la responsabilidad de aquél en la

comisión de algún delito. Existe un periodo que inicia cuando la autoridad tiene conocimiento del hecho y concluye cuando un juez dicta una resolución firme, en la cual se determina que se ha acreditado jurídicamente que dicha persona efectivamente realizó la conducta delictiva imputada y que como consecuencia debe sufrir la merma o disminución de alguno de sus derechos, entre otras consecuencias, o que por el contrario, dicha conducta no ha sido acreditada.

9.- La fracción primera, del apartado B. del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece el principio de presunción de inocencia además de estar presente en diversos tratados internacionales adoptados por nuestro país. Al efecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que por una parte el principio del debido proceso legal, que implica: “que el inculcado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable”.

Artículo 14 párrafo segundo: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Entendiendo por formalidades esenciales del procedimiento: “El derecho a un juicio justo. Es decir, la cláusula protege el derecho de las personas a ser juzgadas en procesos en los que efectivamente tengan oportunidad de ser escuchadas, controvertir en igualdad de circunstancias la evidencia y tener todas las oportunidades necesarias para hacer valer su posición”.

10.- El derecho humano a la presunción de inocencia tiene distintas manifestaciones relacionadas a regular distintos aspectos en el proceso penal: Como estándar de prueba o regla de juicio: en la medida en que este derecho establece una norma que obliga a los órganos jurisdiccionales a absolver a los inculcados cuando durante el proceso no se hayan aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona; Como regla de trato extra procesal y procesal, o de regla de tratamiento del imputado: comporta el derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria; Como regla probatoria: En la medida en que este derecho establece las características que deben reunir los medios de prueba y quien debe aportarlos para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así la presunción de inocencia que tiene todo procesado.

BIBLIOGRAFIA.

Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, respecto de la reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos.

CARBONELL MIGUEL, SALAZAR PEDRO, coordinadores. “La Reforma Constitucional de Derechos Humanos, un nuevo paradigma”. Edit. Porrúa S.A de C.V. México, D.F, 4a ed. 2012.

CARPIZO JORGE, “La Constitución Mexicana de 1917”. Edit. Porrúa. S.A de C.V. México D.F, 1986.

Disponible:

en:https://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=448&Itemid=249

Fecha de consulta 22 de marzo de 2018.

Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/cuales-son-los-derechos-humanos>

Fecha de consulta: 23 de marzo de 2018.

Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>.

Fecha de consulta 24 de marzo de 2018.

GARZÓN VALDÉS ERNESTO, “Derecho, Ética y Política”. Madrid. CEC, 1993.

CARBONELL MIGUEL, “Leyes y Códigos de México. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Edit. Porrúa. México, 17ª ed. Actualizada.

Disponible en: [Wikipedia.org/wiki/tratado_internacional](http://www.wiki.org/wiki/tratado_internacional). Fecha de consulta 27 de abril de 2018.

Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/I2.pdf> fecha de consulta 30 de abril de 2018.

PERIODICO LA PRENSA, Información General. “Así es el derecho”. Magistrado BAUTISTA PARDO ELFEGO. De fecha 14 DE Diciembre de 2016.

PERIODICO LA PRENSA, Información General. “Así es el derecho”. Magistrado BAUTISTA PARDO ELFEGO. De fecha 21 de diciembre del 2016.

PERIODICO LA PRENSA, Información General. “Así es el Derecho”. Magistrado BAUTISTA PARDO ELFEGO. De fecha 28 de diciembre de 2016.

BURGOA ORIHUELA IGNACIO. “El Juicio de Amparo”. Edit. Porrúa, 18ª ed. México D.F, 1982.

ARELLANO GARCÍA CARLOS. "Practica forense del Juicio de Amparo". Edit. Porrúa, 13ª.ed. México D.F, 1999.

DE PINA RAFAEL, DE PINA VARA RAFAEL. "Diccionario de Derecho". Edit. Porrúa, 37ª ed. México D.F, 2008.

SUPREMA CORTE DE JUUSTICIA DE LA NACION. "Las Pruebas en la Controversia Constitucional y en la Acción de Inconstitucionalidad". SCJN. 1ª ed. diciembre de 2005.

REVISTA PROCESO SEMANARIO DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS. No. 2162. 8 de abril de 2015. "información de actividades del 1º. De Enero al 31 de Diciembre de 2017, de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

PACHECO PULIDO GUILLERMO. "La inmensidad del Artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Porrúa, 1ª ed. México D.F, 2016.

CARBONELL MIGUEL, GONZÁLEZ CABALLERO EDGAR S. "La Constitución Interpretada, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con Jurisprudencia". Edit. Tiran Lo Blanch. 2ª. ed. Ciudad de México, D.F, 2016.

GONZÁLEZ OBREGÓN DIANA CRISTAL. "Manual del Juicio Oral". Edit. Tirant lo Blanch. 3ª ed. México. D.F., 2014.

Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/10.pdf>

Fecha de consulta 23 de junio de 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. "Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México. Edit. Color. S.A de C.V. México D.F, 2011.

HESBERT BENAVENTE CHORRES, HIDALGO MURILLO JOSÉ. "Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado". Flores Editor y Distribuidor. S.A de C.V. 2ª ed. México D.F, 2015.

GONZÁLEZ CHÉVEZ HÉCTOR. "Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal". Ediciones Coyoacán. S.A de C.V 1ª. ed. México. D.F, 2009.

VÁSQUEZ EMBRIS JOSÉ LUIS. "Medidas Cautelares su Transición al Sistema Acusatorio Adversarial y Oral en México". Edit. Porrúa. 2ª ed. México D.F, 2013.

ACUERDO GENERAL 75/2008, DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, POR EL QUE SE CREAN JUZGADOS FEDERALES PENALES ESPECIALIZADOS EN CATEOS, ARRAIGOS E INTERVENCION DE COMUNICACIONES. (PRIMERA SECCIÓN) DIARIO OFICIAL. Jueves 4 de diciembre de 2008.

GARCÍA SILVA FERNANDO, coordinador. "Garantismo Judicial Presunción de Inocencia. Edit. Porrúa. 1ª. ed. 2014. México. D.F.

CANTÚ SILVANO, MARTINEZ ALVAREZ ISABEL CLAUDIA. "Derecho Penal del Enemigo y derechos Humanos". Edit. Ubijus. S.A de C.V. México D.F, 2015.

EMBRIS VÁSQUEZ JOSE LUIS. "El arraigo domiciliario del Sistema Acusatorio y Oral Teoría y Práctica". Edit. Flores Editor y Distribuidor. S.A de C.V. México D.F 2012.

DÍAZ DE LEON MARCO ANTONIO. "Revista Defensa Penal Interpretación y Análisis". Año 6, número 42, Julio 2014. Publicación mensual editada por. LEX. Grupo Editorial Omega. LEY. S.A de C.V.

ROMERO APIS JOSÉ LUIS. "Revista defensa Penal Interpretación y análisis". Año 3. Número 40. Diciembre de 2012, Publicación mensual Editada por: LEX, Grupo Editorial Omega. LEX. S.A de C.V.

REVISTA PROCESO "Semanario de Información y análisis". No. 1881. 18 de noviembre de 2012.

LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. LFCDO.

CARBONELL MIGUEL. "El Debido Proceso". Centro de Estudios Jurídicos Carbonell. A.C. 1ª ed. enero de 2018.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. "Manual del Justiciable Elementos de Teoría General del Proceso" 1ª ed. Octubre de 2003. Novena reimpresión: junio de 2001.

AGUILAR LÓPEZ MIGUEL ANGEL. "Presunción de Inocencia Principio Fundamental en el Sistema Acusatorio". Instituto Nacional de Estudios Superiores de Derecho Penal. A.C División Editorial, 2ª ed. México 2009.

GARCÍA RAMÍREZ SERGIO "El Debido Proceso Criterios de la Jurisprudencia Interamericana". Edit. Porrúa. 3ª ed. Ciudad de México 2016.