UACM
Universidad Autónoma
de la Ciudad de México
Nada humano me es ajeno

COLEGIO DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

LICENCIATURA EN DERECHO

"EL RETROCESO DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 17 DE JUNIO DE 2008, EN MATERIA PENAL"

TRABAJO RECEPCIONAL PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ISMAEL RICARDO AGUILAR SÁNCHEZ

DIRECTOR DEL TRABAJO RECEPCIONAL:

MTRO. TONATIUH HERNÁNDEZ CORREA.

CIUDAD DE MÉXICO. D.F. MAYO DE 2012

UACM
BIBLIOTECA
SAN LORENZO TEZONCO

UACM
Universidad Autónoma de la Ciudad de México
Nada humano me es ajeno

CA Coordinación Académica

SISTEMA BIBLIOTECARIO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LA CIUDAD DE MÉXICO
COORDINACIÓN ACADÉMICA

RESTRICCIONES DE USO PARA LAS TESIS DIGITALES

DERECHOS RESERVADOS©

La presente obra y cada uno de sus elementos está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor; por la Ley de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México, así como lo dispuesto por el Estatuto General Orgánico de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México; del mismo modo por lo establecido en el Acuerdo por el cual se aprueba la Norma mediante la que se Modifican, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones del Estatuto Orgánico de la Universidad de la Ciudad de México, aprobado por el Consejo de Gobierno el 29 de enero de 2002, con el objeto de definir las atribuciones de las diferentes unidades que forman la estructura de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México como organismo público autónomo y lo establecido en el Reglamento de Titulación de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

Por lo que el uso de su contenido, así como cada una de las partes que lo integran y que están bajo la tutela de la Ley Federal de Derecho de Autor, obliga a quien haga uso de la presente obra a considerar que solo lo realizará si es para fines educativos, académicos, de investigación o informativos y se compromete a citar esta fuente, así como a su autor ó autores. Por lo tanto, queda prohibida su reproducción total o parcial y cualquier uso diferente a los ya mencionados, los cuales serán reclamados por el titular de los derechos y sancionados conforme a la legislación aplicable.

UACM4 TST-127

A mi madre, cariño, fortaleza, ternura y perseverancia incondicional.

A mi esposa Norma Julieta, sólo amor, sostén y aliento en épocas duras.

A mis hijas, Miroslava, Adriana y mi pequeña y hermosa Regina de la Paz, que me dan luz, fuerza y valor para continuar por el arduo camino.

A mis hermanos y hermana, por quererme y brindarme su total apoyo a largo de este difícil trance.

A los Maestros Marité y Tonatiuh por su interés, respaldo, consejo y paciencia.

A mis profesores por sus enseñanzas, atenciones y sensibilidad.

A todo el personal del PESCER de la UACM por su estoicismo, ayuda y confianza.

Y a los familiares y amigos, que en algún momento de la penosa senda, me han alentado e incitado a seguir con energía y fervor hacia adelante.

A todos, gracias.

INDICE.

INTRODUCCION

CAPÍTULO I
ESTRUCTURAS CONCEPTUALES DE LA CONSTITUCIÓN

1.1. Concepto de Constitución.....2
1. 1.1. Partes de la Constitución.....6
1.1.1.1. Parte filosófica-política (parte dogmática).....6
1.1.1.2. Parte Orgánica.....7
1.2. Clasificación de la Constitución.....7
1.2.1. Clasificaciones Típicas.....7
1.2.1.1. Constituciones escritas y consuetudinarias.....8
1.2.1.2. Constituciones rígidas y flexibles.....9
1.3. Concepto de Derecho.....9
1.3.1. El Derecho y el Derecho Constitucional.....10
1.4. Garantías Constitucionales.....12
1.4.1. Antecedentes históricos de las garantías individuales.....13
1.4.2. Como derechos.....25
1.4.3. Como medios de protección.....26
1.4.4. Naturaleza Jurídica de las Garantías Individuales.....27
1.4.4.1. Concepto de Gobernado.....29
1.4.5. Principios Constitucionales que rigen las Garantías Individuales.....29
1.4.5.1. Supremacia constitucional.....30
1.4.5.2. Rigidez constitucional.....30
1.4.6. Fuentes de las Garantías Individuales.....30
1.4.7. Objeto de las Garantías Individuales.....31
1.4.8. Características de la Garantías Individuales.....31
1.4.9. Clasificación de las Garantías Individuales.....32
1.4.9.1. Según el contenido de los derechos del gobernado.....32
1.4.9.2. Según la obligación que tiene el sujeto pasivo de la relación jurídica.....33
1.4.10. Reformas a los Preceptos Constitucionales que consagran las Garantías Individuales.....33
1.4.1.1. Concepto de Reglamentación de las Garantías Individuales.....36
1.4.1.1.1. Reglamentación 37
1.5. Derechos Humanos en el texto constitucional.....38
1.5.1. El desarrollo de los derechos humanos en México.....39
1.6. Diferencia entre Garantías Individuales y Derechos Humanos.....46

CAPÍTULO II
SISTEMAS PROCESALES Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

2.1. Concepto de sistemas procesales.....53
2.2 Sistema acusatorio clásico.....54
2.3 Sistema Inquisitivo.....57
2.4 Sistema Mixto.....60
2.5 Sistema Acusatorio Garantista.....62

2.6. Sistema acusatorio adversarial.....66
2.7. Derecho Penal del Enemigo.....71

CAPÍTULO III
ARTÌCULOS CONSTITUCIONALES REFORMADOS EN LA ETAPA DE INVESTIGACION PRELIMINAR

3.1. Concepto de etapa de investigación preliminar.....82
3.2. Etapa de investigación preliminar.....83
3.2.1. Artículo 21 párrafo primero.....83
3.2.2. Artículo 21 párrafo segundo.....90
3.2.3. Artículo 16 párrafo décimo tercero
(actualmente es décimo cuarto).....91
3.2.4. Artículo 16 párrafo séptimo (actualmente octavo).....96
3.2.4.1.Definicion de arraigo penal.....97
3.2.4.3. Articulo 14, 16,18 y 19 constitucionales.....98
3.2.5. Artículo 16 párrafo octavo (actualmente noveno).....107
3.2.6. Artículo 16 párrafo segundo (actualmente es tercero).....109
3.2.7. Artículo 16 párrafo décimo (actualmente es décimo primero).....114
3.2.8. Artículo 16 párrafo décimo primero
(actualmente es décimo segundo).....118
3.2.9. Artículo 16 párrafo décimo segundo
(actualmente es décimo tercero).....121

CAPÍTULO IV
ARTÌCULOS CONSTITUCIONALES REFORMADOS EN LA ETAPA DE PROCESO PENAL

4.1 Primera etapa del proceso penal
(ahora llamada audiencia preliminar a juicio).....126
4.1.1. Artículo 19 párrafo primero constitucional.....127
4.1.2. Artículo 19 párrafo segundo constitucional.....131
4.1.3. Artículo 19 párrafo tercero constitucional.....135
4.1.4. Artículo 19 párrafo sexto constitucional.....136
4.2 Segunda etapa del proceso penal
(ahora llamada audiencia de juicio).....140
4.2.1. Artículo 20 párrafo B fracción I constitucional.....141
4.2.2. Artículo 20 párrafo B fracción II constitucional.....148
4.2.3. Artículo 20 párrafo B fracción III constitucional.....153
4.2.4. Artículo 20 párrafo B fracción IV constitucional.....156
4.2.5. Artículo 20 párrafo B fracción V constitucional.....161
4.2.6. Artículo 20 párrafo B fracción VI constitucional.....163
4.2.7. Artículo 20 párrafo B fracción VII constitucional.....166
4.2.8. Artículo 20 párrafo B fracción VIII constitucional.....167
4.3. Extinción de dominio.....173

CAPÍTULO V
ARTÌCULOS CONSTITUCIONALES REFORMADOS EN LA ETAPA DE EJECUCION DE SENTENCIA

5.1. Concepto de etapa de ejecución de sentencia.....182
5.2. Artículo 18 Constitucional.....182
5.2.1. Artículo 18 Constitucional párrafo primero.....187
5.2.2. Artículo 18 Constitucional párrafo segundo.....189
5.2.3. Artículo 18 Constitucional párrafo tercero y octavo.....200
5.2.4. Artículo 18 Constitucional párrafo séptimo.....203
5.2.5. Artículo 18 Constitucional párrafo noveno.....205
5.3. Artículo 21 párrafo tercero Constitucional.....208

5. 3.Conclusiones.....212

Bibliografía.....219

INTRODUCCIÓN.

El Congreso de la Unión aprobó el 6 de marzo de 2008, una iniciativa de Ley presidencial de contra reforma constitucional al sistema de seguridad y justicia vigente hasta ese día en el Estado mexicano.

Esta contrarreforma no fue aprobada de manera unánime por el pleno del Congreso de la Unión, ya que dentro de éste hubo muchos críticos que determinaron que esta propuesta implicaba un retroceso al espíritu garantista, al principio de progresividad, pues se violentan las garantías individuales y los derechos humanos establecidos con anterioridad en nuestra Carta Magna. Además estimaron los parlamentarios disidentes que podrían utilizarse para reprimir movimientos de luchas sociales o incluso a cualquier ciudadano.[1]

El reconocimiento constitucional del interés que tiene la sociedad de que se sancione a los responsables de los delitos y se proteja a las víctimas, corre a la par con la aceptación constitucional del derecho que tiene un gobernado sujeto a un reproche jurídico, a un orden penal que se organice eficazmente, con atención a la esencia de ser humano y sus derechos fundamentales, en beneficio de la sociedad en su conjunto.

El objetivo de la contra reforma penal de la Constitución Federal, a estudio, no obedeció completamente al gran atraso e ineficacia del sistema mexicano de seguridad y justicia, el cual debiera dar vigencia plena a las garantías individuales y derechos humanos que consagraba la Ley Fundamental hasta junio de 2008, garantizando y protegiendo los derechos de todos los ciudadanos, en aras de una sociedad democrática y justa.

Más bien, esta contra reforma tuvo la finalidad de ocultar y diluir las deficiencias del sistema, así como corrupción e inoperancia de los órganos investigador y judicial; lo que motiva que en México exista una desconfianza generalizada en las Instituciones de procuración e impartición de justicia.

---

[1]Aprobada en lo general en la Cámara de Diputados con 366 votos en pro, 53 en contra y 8 abstenciones, el miércoles 12 de diciembre de 2007. Aprobado en la Cámara de Senadores con 79 votos en pro, 27 en contra y 4 abstenciones, el jueves 13 de diciembre de 2007. Diario de Debates de la Reforma Constitucional en Materia Penal. Pág.3 http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-21-07.pdf (Se contó con la presencia de 427 legisladores de los 500 que integran la Cámara).

El sistema de justicia mexicano es corrupto, burocrático, lento; con muchos elementos malos en las corporaciones policiacas, con Ministerios Públicos deshonestos, improvisados e ineficaces; con una gran cantidad de expedientes voluminosos en los juzgados que nadie lee, originando juicios penales interminables, en los cuales se dictan sentencias que parecen más una venganza que un anhelo de justicia, con cárceles peligrosas e inseguras, las cuales de ningún modo garantizan una verdadera y eficaz reinserción social.[2]

¿Cómo socavar y ocultar estos aspectos negativos del sistema de justicia, dando legalidad a procesos inconstitucionales, los cuales podían, antes de la contra reforma, ser recurridos en los Juicios de Amparo?

La respuesta fue la contra reforma constitucional en materia penal, la cual ajustaron al sistema jurídico para dar legalidad a las violaciones constantes de las garantías individuales y de los derechos humanos, cometidos reiteradamente por los organismos de procuración de justicia del Estado mexicano en las últimas dos décadas; el cual ha seguido tendencias político-criminales erróneas e ineficaces, que lejos de dar seguridad a los gobernados, se han convertido en una amenaza para la sociedad y para el propio Estado.

Debe tenerse plena conciencia de que la Constitución está por encima de las leyes y de todas las autoridades, pues es la ley suprema que rige al conjunto de las leyes y que autoriza a las autoridades, para el cimiento de su poder. Desde la cúspide de la Constitución, que está en el vértice de la pirámide jurídica, los principios de legalidad y legitimidad fluyen a los poderes públicos, y se transmiten a los funcionarios investidos de autoridad, impregnándolo todo de seguridad jurídica, que no es otra cosa sino constitucionalidad; de ahí que la contra reforma realizada a nuestra Ley Fundamental resulta incompatible con el espíritu, la sensibilidad, el sentido humano y el garantismo que el Congreso Constituyente dio a la Constitución de 1917.

---

[2]Un muestreo representativo del CIDE en las cárceles de Morelos, DF y el estado de México, en 2006, revela que el 80 por ciento de los imputados nunca habló con el juez. en la mayoría de los casos, el juez no está presente en la mayoría de las audiencias, y delega frecuentemente sus funciones a auxiliares. Diario de Debates de la Reforma Constitucional en Materia Penal. Pág. 4. http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-21-07.pdf.

Un Estado se define por lo que prohíbe y castiga y por cómo lo castiga, más que por lo que dice sostener y querer.[3] La enumeración de todos los pueblos de la Tierra indicando las garantías y seguridad jurídicas que sus respectivas legislaciones otorgan a sus gobernados, permitiría una jerarquización cierta del grado de civilización, libertad y democracia alcanzados por cada nación.

La contrarreforma a nuestra Ley Fundamental en materia penal ha producido cambios que han implicado importantes retrocesos en el ámbito garantista y de derechos humanos; tesis que se estudiará y analizará en el presente trabajo, subrayando que sólo el respeto al espíritu humanista original de la Constitución, su reconocimiento y aplicación, proporcionará los medios jurídicos necesarios no sólo para su legalidad, sino también para su legitimación y validez.

Desde los orígenes de la humanidad la ley ha normado en las sociedades para su convivencia y sana armonía, pero se ha aplicado siempre como un mecanismo de presión al servicio de los que detentan el poder, cumpliendo una doble función represiva-preventiva. Su utilización puede remontarse hasta los tiempos primitivos de la venganza privada, cuando se aplicaba para "devolverle el mismo mal" a un individuo que había quebrantado el orden social establecido.

La legitimidad de la ley depende de la intrínseca sujeción de sus mandatos a los postulados de un Estado de Derecho y, por lo tanto, a los derechos fundamentales del ser humano, que es deber del Estado reconocer y plasmar en nuestra Ley Fundamental. Éste ordenamiento jurídico debería contemplar acciones que respeten al ser humano y beneficien a la sociedad, en vez de que desconozca sus derechos y, menos de que atente contra ellos; debe reconocer los derechos humanos del gobernado y procurar que se desenvuelvan como tales en la sociedad, para lograr el bien común y la paz social.

La Constitución es la Ley Fundamental, la norma suprema que organiza los poderes del Estado, y hasta antes de la contra reforma de junio de 2008, protegía los derechos

---

[3]En el documental "Presunto Culpable" se muestra una estadística proporcionada por el CIDE en la que se observa que el 95% de las sentencias que se dictan en los juicios penales en el país son condenatorias. w.w.w.presuntoculpable.org.

fundamentales de los gobernados, encontrándose ésta por arriba del Derecho positivo nacional; y la pregunta surge ¿de qué forma la citada contra reforma en materia penal de la Constitución violentó su espíritu garantista su naturaleza progresiva? y ¿si esta contra reforma vulnera la seguridad jurídica de los gobernados?

Estos cuestionamientos serán el eje de la presente investigación y estudio, en donde se analizará si los principios base de nuestra Ley Fundamental y del sistema de justicia penal fueron vulnerados en la contra reforma. También se analizará si ha habido o no un retroceso en materia de derechos humanos en la aludida contra reforma constitucional, y si en ultima instancia su finalidad es justificar los abusos cometidos por el Estado en nombre de la seguridad.

La llamada reforma penal constitucional, o mejor dicho, la reforma procesal penal a nuestra Carta Magna ha tenido votos a favor y en contra, tan es así que se realizaron varias mesas de debate en torno a ésta. Por una parte los académicos del gabinete gubernamental que participaron en su elaboración, la celebraron y festejaron con bombo y platillo y la presentaron como la panacea que solucionará los problemas de justicia que existen en México.

Por otro lado, juristas reconocidos como Sergio García Ramírez, quien fuera Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no están del todo de acuerdo y se cuestionan si era necesario cambiar nuestro actual proceso penal.[4]

Entre las reformas más relevantes (se reformaron 10 artículos, del 16 al 22, el 73, 115 y 123, aunque este estudio sólo lo haremos a los 7 primeros) al Pacto Federal se encuentra la desaparición de la figura del cuerpo del delito, entendido éste como el conjunto de elementos materiales u objetivos de la infracción, necesario para consignar y sujetar a proceso a un gobernado, y con la contra reforma sólo se requerirá de simples datos del hecho imputado.

---

[4]García Ramírez opina: Teníamos derecho –y necesidad y afán- de un cambio legislativo uniformemente positivo. No había por qué combinar decisiones plausibles con determinaciones reprobables. Muchos analistas consideran que esto es lo que ha ocurrido. Por supuesto, otros opinan que la reforma es conveniente en todos sus aspectos. Respeto esta opinión –como todas las que se emitan de buena fe-, pero no la comparto. García Ramírez, Sergio. La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo? Porrúa. México. 2008. p. XII.

Asimismo elevaron a nivel constitucional la figura del arraigo hasta por 80 días, cuando antes sólo se podía retener a un presentado por un plazo de 48 horas o el doble, si el Ministerio Público solicitaba prórroga, por lo que surge la pregunta, ¿dónde quedó el principio de presunción de inocencia?

Esta contra reforma separa a la policía investigadora del Ministerio Público, hecho que resulta muy peligroso, además de que no se abordó el tema de la autonomía de esta Institución (artículo 21 Constitucional); también resulta incomprensible la pretensión de aumentar las garantías del imputado, si se disminuye el estándar de prueba en la orden de aprehensión y en el auto de vinculación al proceso.

Falta claridad en el establecimiento de la prisión preventiva, pues se presume que la tendencia es desaparecerla conforme al nuevo modelo de proceso, y sólo en casos excepcionales el Juez la decrete (artículo 19, párrafo segundo); sin embargo, el texto del artículo 18, queda tal como lo tenemos hoy establecido, señalando que habrá lugar a la prisión preventiva para los delincuentes que ameriten pena privativa de la libertad, lo cual representa la mayoría.

Igualmente desaparece la figura jurídica de la libertad provisional bajo caución; sin embargo, no se propone otra que la sustituya y que sirva de herramienta al Juez para decretar la libertad, cuando el delito tenga pena privativa de ella y dé lugar a la prisión preventiva, conforme lo dispone el artículo 18 de la reforma, lo que no favorece al principio de presunción de inocencia.

También en el último párrafo del artículo 18 Constitucional, el retroceso violenta a la misma Ley Fundamental en su artículo 1°, vulnerando la garantía de igualdad jurídica so pretexto de la seguridad, nulificando el espíritu original de la existencia de este artículo, la readaptación social del sentenciado.

Otro retroceso importante propiciado por los legisladores en la contra reforma, se dio en el artículo 20, apartado B, fracción VIII (antes apartado A, fracción IX), de la Constitución Federal, ya que eliminó la posibilidad de defensa de un procesado por si mismo o por persona de confianza. Para las personas que cuentan con recursos para contratar un abogado particular, tener un abogado de oficio y nada es mejor nada. Aún cuando

pareciera que un procesado carece de conocimientos, de tranquilidad, de ánimo propio y que no tiene cabeza para pensar adecuadamente debido al problema legal que enfrenta y otros que éste trae aparejados, es innegable que quien tiene mayor interés de resolver adecuadamente el proceso para obtener su libertad, es él mismo, por lo que en un momento dado, un procesado no podría tener mejor abogado que sí mismo.

Un golpe más al principio de progresividad de nuestra Carta Fundamental es el que se dio con la reforma al anterior artículo 20, apartado A, fracciones III y IV. La fracción IV había sido ya reformada en el sexenio foxista, restringiendo los careos constitucionales, en aras de proteger a la víctima de encontrarse de nuevo con su agresor; esto en los casos que la víctima fuera un menor o fuera víctima de violación o secuestro, determinando que ésta no estaba obligada a carearse con el acusado. Ahora la contra reforma elimina la figura del careo constitucional "en aras de la seguridad nacional", y lo dispuesto en el anterior fracción III, en lo concerniente a conocer, por parte del acusado a su acusador; así como la causa y naturaleza de la acusación.

Es menester mencionar que en la contra reforma constitucional, también se vulneró el principio de publicidad, al establecerse el artículo 20, apartado B, fracción V, primer párrafo.

Asimismo se insertó en la Carta Magna, en su artículo 22, párrafo segundo, inciso a), un flagrante atentado contra la propiedad de un gobernado sujeto a proceso penal, ya que establece que aun cuando no se haya dictado una sentencia que determine una responsabilidad penal, el Estado podrá requisar y disponer de los bienes del gobernado, con la nueva figura jurídica denominada "extinción de dominio".

La duración de los procesos fue un argumento para cambiar el anterior sistema; pese a ello, los plazos para tal efecto, de un año máximo, no sólo se dejaron tal cual los teníamos antes (artículo 20, apartado B, fracción VII), sino que, contradictoriamente, en otra fracción se establece que la prisión preventiva podrá durar más todavía, hasta dos años (articulo 20, apartado B, fracción IX).

Una Constitución es una totalidad coherente y conexa de valores ético-políticos. La identidad material (axiológica) de toda Constitución descansa precisamente en el conjunto

de valores (principios supremos) que la caracterizan y la distinguen de cualquier otro ordenamiento jurídico.

Absolutamente diferente es el ejercicio del poder constituido (el poder de reforma) y otra es el ejercicio del Poder Constituyente. Reforma e instauración constitucional se distinguen, entonces, no bajo un perfil formal, sino bajo uno sustancial: es una reforma toda modificación marginal, es una instauración toda alteración (aunque legal) de la identidad axiológica de la Constitución.

Una cosa es revisar la Constitución existente (en sus normas de detalle) sin alterar la identidad material o axiológica y otra cuestión es modificar el "espíritu" de la Constitución existente, esto es, alterar, perturbar o subvertir los valores ético-políticos que la caracterizan, con una filosofía basada en la tolerancia cero y el Derecho Penal del enemigo. Diametralmente contraria es una simple reforma constitucional y otra (aunque sea enmascarada) es la instauración de una nueva Constitución, situación esta ultima que aconteció con las reformas de junio de 2008.

Las reformas a la Constitución vulneraron su espíritu original y por ello serán motivo de análisis y estudio; estableciendo sin cortapisas que nuestra Ley Fundamental debe de ser de naturaleza progresiva, al igual que los derechos humanos. Es de suma importancia para la sociedad en general, para juristas, docentes, abogados postulantes, conocer la forma en que el Estado llevó a cabo la citada contra reforma y las repercusiones al cambiar varios principios fundamentales del sistema penal de nuestro país.

Lo que implica una transformación brutal en la cultura jurídica, social y criminológica de los mexicanos; reformas que se apartaron con mucho de los principios de legalidad y seguridad jurídicas tuteladas en el espíritu y esencia original de nuestra primigenia Ley Fundamental de 1917 y de los derechos humanos esenciales. Tales son las justificaciones que dan sustento a la presente investigación.

CAPÍTULO I
ESTRUCTURAS CONCEPTUALES DE LA CONSTITUCIÓN.

1.1. Concepto de Constitución.

Las aproximaciones de la doctrina jurídica a la idea de Constitución parten de un enfoque sociopolítico o se ubican en una posición formalista. En la primera tendencia los estudiosos del Derecho se empeñan en explicar la Constitución como un fenómeno de la realidad social expresado en la idea de poder; en la segunda, basados en la depuración del objeto de estudio del Derecho, los argumentos formalistas incluyen el examen de la norma básica o constituyente, y de los órdenes normativos como totalidades estáticas o dinámicas.

Son dos ilustres juristas alemanes quienes encabezan ambas tendencias: Carl Schmitt destaca en la primera y Hans Kelsen es el autor de la segunda. Observaremos, al analizar sus conceptos, que el resto de las definiciones formuladas por la doctrina y retomadas por eminentes juristas mexicanos, en menor o mayor grado, derivan de aquéllas.

Carl Schmitt nació en Westfalia e impartió clases en las universidades de Bonn y de Berlín. Para entender el significado de la Constitución del Estado, Schmitt aplicó un método comparativo en el análisis de los diferentes sentidos en que jurídicamente se usa la locución y, de esta manera, determinó cuatro conceptos:[1]

A. Concepto absoluto de Constitución, en donde habla de la Constitución como un todo unitario; a su vez, esta definición admite para Schmitt otra clasificación, que es la siguiente:

a). Constitución como situación total de la unidad y ordenación concreta.

b). Constitución como forma de gobierno, o "forma de formas".

c). Constitución como principio de la formación de la unidad política.

d). Constitución en sentido normativo, o "norma de normas".

B. Concepto relativo de Constitución: cuando la ley máxima es tomada como un conjunto de leyes particulares en oposición al concepto de Constitución escrita, o bien cuando considera que las normas constitucionales son leyes y no partes integrantes de ésta, diluyendo sus contenidos a lo que Schmitt llama disolución de la Constitución en leyes constitucionales.

C. Concepto positivo de Constitución: la Constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política. Este concepto implica, a su vez, dos subdivisiones:

---

[1]SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Bonn, Alemania. 1972. Editora Nacional, México. Traducción e introducción de Francisco Ayala. p. 3.

a). la Constitución como acto del Poder Constituyente, y

b). la Constitución como decisión política fundamental, que es por cierto la verdadera sustancia o sentido de la Constitución, según Schmitt.

D. Concepto ideal de Constitución: en un aspecto distintivo o a causa de un cierto contenido; en este sentido, una Constitución puede tener varios contenidos; sobre todo, para Schmitt, los del Estado burgués de Derecho. En este contexto, la Constitución ideal puede ser la liberal, que consagre un catálogo de garantías individuales o bien, la que contemple límites al poder como la división de poderes; en una última acepción podría ser simplemente, de manera ideal, una Constitución escrita.

En este contexto, para Carl Schmitt el contenido esencial de la Constitución, desprendido de las divisiones o clasificaciones que de ella hace, es el que se entiende en sentido positivo, es decir, como el cúmulo de decisiones políticas fundamentales.

Hans Kelsen fundó la Escuela de Viena y fue maestro de la Universidad de Viena y conceptualizó a la Constitución de las siguientes maneras:[2]

A. Constitución en sentido lógico-formal: cuando la Ley Fundamental ha creado (subjetivamente) un órgano productor de normas derivadas de la Constitución.

B. Constitución en sentido jurídico-positivo: cuando se crea por el legislador la norma que estructura la Constitución, es decir, se refiere directamente ya al proceso legislativo y su fuente o producción formal, que es la Ley.

En este sentido de Constitución establece otros dos conceptos:

a). Constitución en sentido formal: cuando la Constitución es vista como un instrumento jurídico que requiere de un procedimiento especial para reformarse, como es el caso de las constituciones escritas de todo el mundo.

b). Constitución en sentido material, que es cuando se refiere a las normas que regulan los órganos estatales -lo cual es Constitución en *stricto sensu*- y a las relaciones del Poder Público con los súbditos –que es Constitución en *lato sensu*-.

En el ámbito constitucional mexicano se observan tres claras tendencias: la primera comprende a los constitucionalistas que se inclinan por concebir la Constitución dentro del ámbito del fenómeno social; esta corriente es encabezada por Mario de la Cueva. La segunda se ciñe a la diferenciación kelseniana entre Constitución, en sentido formal y en sentido material, posición donde Felipe Tena Ramírez se distingue. La tercera tendencia

[2]KELSEN, Hans. Teoría General de Estado. 15ª. Edición. Editora Nacional. España. 1979. Traducción de Luis Legaz y Lacambra. p. 329.

pretende conciliar la concepción de Constitución como fenómeno social, con la idea de norma positiva, delimitando dos tipos genéricos de Constitución; en esta posición destacan Ignacio Burgoa Orihuela y Jorge Carpizo.

A. Mario de la Cueva parte de la concepción social y política de la Constitución para definirla así:

> "...la Constitución y el derecho son la expresión normativa de aquella parte de la vida humana que se dirige a la consumación de una convivencia social armónica y justa, o expresado con otras palabras: la Constitución y el Derecho norman la conducta del hombre para la vigencia de la justicia en la vida social."[3]

B. Felipe Tena Ramírez parte de la distinción hecha por Kelsen entre la Constitución en sentido material (preceptos que regulan la creación normativa) y la Constitución en sentido formal (documento solemne que contiene ciertas normas jurídicas de difícil modificación que no siempre forman parte de la Constitución en sentido material). Con base en esta diferenciación, expresa:

> "...Crear y organizar a los poderes públicos supremos, dotándolos de competencia, es, por lo tanto, el contenido mínimo y esencial de toda Constitución...Desde este punto de vista material, las constituciones del mundo occidentales, inspiradas en la norteamericana y en las francesas, han organizado el poder público con la mira de impedir el abuso del poder. De aquí que la estructura de nuestra Constitución, como todas las de su tipo, se sustente en dos principios capitales: 1) La libertad del individuo es ilimitada por regla general, en tanto la libertad del Estado para restringirla es limitada en principio; 2) Como complemento indispensable del postulado anterior, es preciso que el poder del Estado se circunscriba y se encierre en un sistema de competencias."[4]

C. Ignacio Burgoa Orihuela afirma que existen dos tipos de Constitución: la real o teleológica y la jurídico-positiva; los explica de la siguiente manera:

> "...las numerosas y disímiles ideas que se han expuesto sobre dicho concepto (Constitución), pueden subsumirse en dos tipos genéricos que son: la constitución real, ontológica[5], social y deontológica[6], por una parte y la jurídico-positiva, por la

---

[3] DE LA CUEVA, Mario. *Teoría de la Constitución.* Porrúa. México. 1982. p. 246.
[4] TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano.* Porrúa. México. 1958. p. 20.
[5] Ontológica pertenece a la ontología, y ésta viene del griego *óv,* el ser, y *logía,* y es la parte de la metafísica que trata del ser en general y de sus propiedades trascendentales. *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Reader's Digest.* México. 1991. p. 2727.
[6] Del griego *déor,* participio neutro del impersonal *dei,* significa "lo obligatorio, lo justo, lo adecuado". La deontología jurídica es la rama de la filosofía jurídica que tiene como finalidad especifica la determinación

> otra...El primer tipo se implica en el ser y modo de ser de un pueblo, en su existencia social dentro del devenir histórico, lo cual, a su vez, presenta diversos aspectos reales, tales como el económico, el político y el cultural primordialmente (elemento ontológico); así como en el desiderátum o tendencia para mantener, mejorar o cambiar dichos aspectos (elemento deontológico u "querer ser")...Por lo que concierne a lo que hemos llamado "constitución teleológica"[7], ésta no tiene una dimensión óntica, como ser y modo de ser de un pueblo, sino que denota el conjunto de aspiraciones o fines que a éste se adscriben en sus diferentes aspectos vitales, implicando sus querer ser. Desde este punto de vista, la Constitución teleológica responde a lo que el pueblo 'quiere' y 'debe ser' o a lo que se 'quiere que el pueblo sea' o 'deba ser'. Este 'querer' y 'deber' ser no entrañan meras construcciones especulativas o concepciones ideológicas, sino tendencias que desarrollan los factores reales de poder...La Constitución jurídico-positiva se traduce en un conjunto de normas de derecho básicas y supremas, cuyo contenido puede o no reflejar la Constitución real o la teleológica."[8]

Jorge Carpizo hace una descripción de la idea de la Constitución en la que destaca la influencia de De la Cueva; la concibe de la siguiente manera:

> "...La Constitución real en un país de Constitución escrita no es ni la realidad, ni la hoja de papel, sino el punto en el cual la realidad jurídica valorada y el folleto se interfieren...así, a Constitución de un país es un eterno duelo entre el ser y el deber ser, entre realidad y norma. La Constitución de un país es una perpetua adecuación entre un folleto y la vida... no es ni ser ni deber ser, sino es ser deber ser."[9]

Según el Diccionario Jurídico Elemental[10] , el vocablo "Constitución" significa: Acción o efecto de constituir. Formación o establecimiento de una cosa o un derecho. Ordenamiento, disposición. Esta voz pertenece de modo especial al Derecho Político, donde significa la forma o sistema de gobierno que tiene adoptado cada Estado. Acto o decreto fundamental en que están determinados los derechos de una nación, la forma de su gobierno y la organización de sus poderes públicos; esto es, las ordenanzas o estatutos con que se gobierna algún cuerpo o comunidad.

---

de cómo debe ser el derecho y cómo debe ser aplicado. *Diccionario Jurídico Mexicano*. IIJUNAM. Porrúa. México.2005. p. 1071.

[7]Teleológica pertenece a la teleología, y ésta viene del griego, significa fin. La teleología es la doctrina de las causas finales. *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado*. op.cit. p. 3683.

[8]BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. Porrúa. México. 1973. p. 355.

[9]CARPIZO, Jorge. *Estudios Constitucionales*. UNAM. México. 1980. p. 52.

[10]CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. 2006. p.99.

En este sentido, podemos pensar la Constitución como la norma constituyente, reguladora de la validez del sistema jurídico, y determinante de las bases organizativas del Estado y de los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad. Por lo que al ser la Ley Suprema son de vital importancia los ordenamientos en ella contenidos y las reformas efectuadas a éstos.

1.1.1. Partes de la Constitución.

El contenido de cada Constitución es absolutamente variable, si es que se le puede clasificarla por segmentos a partir de los contenidos; es así que existe gran diversidad de constituciones, las cuales son clasificadas por muchos autores según su contenido, como son los casos de Carl Schmitt y Hans Kelsen, quienes les dan características determinadas a las leyes fundamentales dependiendo de su contenido y, aún más, constriñen su naturaleza jurídico-política a que contengan ciertos conceptos determinados, ya que en caso de no ser así no estaríamos en presencia de constituciones, sino de leyes constitucionales u ordinarias, según los dos referidos autores.

La Constitución de 1917, de la cual deriva la Constitución reformada en junio de 2008, que es la que nos interesa en este estudio, primordialmente, se divide de la siguiente manera:

1.1.1.1. Parte filosófico-política, (parte dogmatica).

Por "dogma" (del latín *dogma*) Esta parte que es a la que nos avocaremos a estudiar, es en la que se encuadran los valores fundamentales de los mexicanos y de todo ser humano que se encuentre dentro del territorio, a quienes, en cierta medida, la Constitución protege. Esos valores, expresados jurídicamente, los convierte en derechos, son subjetivos y primigenios, son así los Derechos del Hombre, o Derechos Humanos, que también se les denomina genéricamente Garantías Constitucionales y pueden a su vez subdividirse, según se expresa en la Constitución de 1917, en cuatro grupos.

A) Las Garantías Individuales.

Éstas serán el eje de estudio de este trabajo, y podemos decir que son aquellos derechos públicos subjetivos que protegen al ser humano en sus características y valores fundamentales per se; es decir, que se adquieren por el sólo hecho de ser personas o entes humanos. Entre estos se da una nueva subdivisión que es la de los derechos de vida, de libertad, de igualdad, de seguridad y de propiedad. Asimismo establece cuando se suspenden estos derechos, lo cual no puede ser por tiempo indefinido o teniendo que cubrir diversas solemnidades constitucionales. Estas garantías individuales están

expresadas en los artículos 1° a 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, que ahora con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 se elevan a la categoría de derechos humanos.

B) Los Derechos Sociales.

Son los expresados en los artículos 3, 4, 25, 26, 27, 28, y 123 de la Carta Magna.

C) Los Derechos y las Obligaciones Políticas de los Mexicanos y los Extranjeros.

Son los expresados en los artículos 30 a 33 de nuestra Ley Fundamental.

D) Los Derechos y Obligaciones.

Son los establecidos en los numerales 34 a 38 de la Ley Suprema.

1.1.1.2. Parte Orgánica.

Es aquella que contempla la creación, configuración y cambios en los diversos órganos de gobierno, habida cuenta que también contempla los procedimientos de actuación de los mismos, en donde podemos encuadrar sus atribuciones. Un punto importante es dejar sentado que el proceso legislativo, que Hans Kelsen sitúa como una parte muy importante de la Constitución y más que nada autónoma, para nosotros es parte de la orgánica, toda vez que se trata de la manera procedimental de trabajar del Poder Legislativo, ya que este proceso lo que esta haciendo es regular la creación de la ley o las leyes. Asimismo, se encuadra aquí la Forma de Estado y la Forma de Gobierno, que serían para Carl Schmitt las partes constitutivas propiamente dichas.

La parte orgánica complementa a la dogmática. En aquélla se delimitan las competencias de los poderes estatales, en la inteligencia de que cualquier exceso puede vulnerar las garantías de los gobernados.

1.2. Clasificación de la Constitución

Existen diferentes clasificaciones de la Constitución, basándose en criterios como las formas en que se contienen las normas, los mecanismos y ámbitos de modificación, las formas y sistemas de gobierno, la organización de los poderes públicos, el origen de su creación, la regulación de la actividad política, la naturaleza de su ideología, las características de los procedimientos del control de validez, etc. En esta investigación me referiré en primer termino, a las clasificaciones típicas que se traducen, por una parte, en escritas y no escritas y, por la otra, rígidas y flexibles.

1.2.1. Clasificaciones Típicas.

A partir de la diferenciación que se hizo de la Constitución que rige el orden normativo de un sistema de derecho escrito y de la que lo hace en uno consuetudinario, surgieron las tradicionales clasificaciones que las califican, por un lado, como escritas y consuetudinarias, y por otro como rígidas y flexibles. Ambas clasificaciones deben su celebridad a James Bryce; la primera, por las críticas que le dirigió y la segunda, por haber sido su autor.

1.2.1.1. Constituciones escritas y consuetudinarias.

Esta clasificación deriva de la manera en que se manifiestan los principios fundamentales de un Estado. Son escritas las contenidas en un documento formal y solemne que se reconoce como ley suprema; por ejemplo, la Constitución mexicana de 1917. Son consuetudinarias aquellas que se contienen en diversos documentos, costumbres y precedentes jurisdiccionales que determinan las bases de la producción normativa del sistema jurídico y contienen expresiones ideológicas definitorias de la organización del Estado y de los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad; por ejemplo la Constitución Inglesa (dispersa en varias leyes de orden común, así como de precedentes judiciales que tocan cada punto normativo), la cual tiene un carácter flexible, es decir, está configurada por una serie de disposiciones de carácter legislativo regular y no por una ley máxima organizada como tal.

El paso entre la Constitución escrita y ley de la palabra, y aún más, entre las constituciones codificadas y las no codificadas, es el paso de la palabra como base de acuerdos y formalidades o casi solemnidades a lo escrito, a lo formal como parte de un ejercicio jurídico de mayor respeto y, sobre todo, inamovilidad en lo establecido, en los campos del derecho político y de lo constitucional; el siguiente paso, fue el de aún formalizar más lo que se establecía en lo constitucional, al estructurar lo que conocemos como rigidez de la Constitución, lo cual consiste en que ésta sólo puede ser reformada por un procedimiento especial que la misma establece y es mucho más formal y estricto que la simple reforma o proceso de creación de la ley, con lo que se gana en seguridad jurídica y firmeza de los preceptos político-filosóficos contenidos en la ley fundamental.

Teóricamente el tener una Constitución escrita y rígida debiera ser garantía de que ésta no podría ser cambiada a capricho de los gobernantes y debería implicar el primero de los grandes límites a la actuación del poder público, ya que estos posibles cambios tendrían que ser de manera popular, democrática, constitucional y legítima, estableciéndose en el cuerpo de esta ley fundamental lo que puede y debe hacer el gobierno, el cual no puede ir más allá de lo establecido en esta Carta Magna, a las reglas escritas, precisas y rígidas que implican candados para tal fin; situación que en la praxis no acontece como observaremos en esta investigación.

Por otra parte, en los sistemas consuetudinarios no todas las normas son costumbres y además, algunas de éstas se encuentran documentadas. Existen leyes, actas, cartas, estatutos e instrumentos fundamentales que se contienen en diferentes documentos de naturaleza formal y solemne.

1.2.1.2. Constituciones rígidas y flexibles.

Esta clasificación parte de los criterios que operan en las reformas, enmiendas o adiciones de la Constitución. Se entiende que una Constitución es rígida, cuando para ser modificada, enmendada o adicionada, se desarrolla un procedimiento que contiene un mayor grado de dificultad que el procedimiento legislativo ordinario y se considera flexible cuando el procedimiento para su modificación, representa el mismo grado de dificultad que la de aquella. Así, si el procedimiento legislativo ordinario establece que un código penal podrá ser aprobado por el sistema de mayoría simple, esto es, con más del 50% de los votos de los legisladores, y la Constitución señala como requisito para ser reformada que la aprobación sea por las dos terceras partes de los legisladores, la Constitución es rígida; en tanto que, si para esta reforma se establece el mismo requisito que para la aprobación de una ley ordinaria (más del 50% de los votos) estaremos frente a une Constitución flexible.

Lo que no resuelve esta clasificación es el problema que representa una Constitución consuetudinaria, en donde las modificaciones son paulatinas y sin procedimiento especifico alguno, lo que las haría las más rígidas por el primer atributo pero, al propio tiempo, las más flexibles si atendemos al segundo. Tampoco explica la calificación que amerita una Constitución escrita que no contenga un procedimiento para su reforma, enmienda o adición. En este caso podría concluirse que es la más rígida por estimarse inmodificable pero, también, sería valido afirmar que es la más flexible porque al no existir un procedimiento de revisión constitucional cualquier órgano del Estado podría enmendarla o modificarla.

1.3. Concepto de Derecho.

Etimológicamente la palabra "derecho" proviene del latín *directum,* el cual deriva de *dirigere* ("enderezar", "dirigir", "encaminar"); a su vez de *rejero, rexi, rectum* ("conducir", "guiar", "conducir rectamente, bien")[11]. "Todavía buscan los juristas-decía sarcásticamente Kant- una definición de su concepto de derecho"[12], orientándose este autor hacia un sentido individualista del derecho, estableciéndolo como "complejo de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el criterio de los demás, según una ley universal de libertad"; y en efecto, existen muchas y variadas formas de definirlo: Por

[11] Diccionario Jurídico Mexicano. óp. cit. p. 1094.
[12] Ibídem. p. 1092.

ejemplo, para Kelsen "el derecho es, en esencia, un orden para promover la paz. Tiene por objeto que un grupo de individuos pueda convivir en tal forma que los conflictos que se susciten entre ellos puedan solucionarse de una manera pacífica, esto es, sin recurrir a la fuerza y de conformidad con un orden de validez general. Este orden es el derecho". Para Vanni (positivista crítico): "el derecho, en sentido objetivo, es el conjunto de normas generales impuestas a la acción humana en sus relaciones externas y apoyadas por la autoridad del Estado, para garantizar la realización de los fines del individuo y de la comunidad".[13]

El Derecho, como fenómeno rector y coercitivo de la sociedad, es creación humana válida de la fuerza, ya sea propia o colectiva, para imponer sus dictados y ordenar una sociedad determinada. El Derecho nace efectivamente con la sociedad humana, y el proverbio latino lo demuestra cuando nos dice que donde hay sociedad, existe el Derecho *–ibi societas, ubi ius-*, pero éste se retroalimenta de ella, ya que no puede haber un Derecho que no se aplique por irreal ni tampoco un Derecho que no regule y sólo se concrete a reconocer situaciones de hecho, puesto que ello sería un caos. Se requiere de la interpretación de la Ciencia de la Jurisprudencia, la cual está en el plano deontológico (deber ser), con la realidad política, que está en el plano ontológico, para que de su simbiosis se cree una expectativa de regulación humana aplicable, que reconozca ciertos hechos y prohíba otros, imponiéndose por su propia fuerza de la razón, o bien, como en la praxis sucede, por la fuerza coactiva.

Entonces, independientemente de las muchas acepciones que se tengan de derecho, el propio significado nos demuestra que es una disciplina destinada a conducir la sociedad, pero no se puede dirigir sin tener elementos reales que la alimenten, ni se puede dirigir sólo reconociendo éstos, plasmándolos en normas que provocarían un desorden e intereses particularizados que no conformarían un orden social y de nada servirían prácticamente.

1.3.1. El Derecho y el Derecho Constitucional.

Observemos algunos fenómenos inherentes al desarrollo del Derecho y su vinculación con el Derecho Constitucional.

El Derecho nació como una concepción divina, lo cual vemos en todos los pueblos de la antigüedad; en Grecia, Prometeo le robó el fuego de la sabiduría, que encerraba el Derecho, a los dioses, por lo que es castigado en el monte Cáucaso, en donde fue encadenado para que todos los días un águila le devorara el hígado y no es hasta la desmitificación de la Jurisprudencia, ya en Roma, con Catón, el Censor Ciego, que según la leyenda quitó el Derecho a los dioses para entregárselo a los hombres, que cobra

[13] *Diccionario Jurídico Enciclopédico (electrónico).* Consultor Jurídico Digital de Honduras. 2005. p.478.

dimensiones verdaderamente humanas y es entonces donde el hombre lo desarrolla para poder convivir mejor en sociedad, fundamentados en reglas que detenten razones de todo tipo y que imponen pautas y conductas a la comunidad. Entre el pueblo judío, la entrega de las Tablas de la Ley por Jehová a Moisés es la misma representación de la entrega divina a lo humano. La gran conclusión es que hasta que no desciende a lo humano el Derecho es el momento en que cobra vida social real y se vuelve un instrumento de convivencia del hombre.

El Constitucionalismo, como expresión máxima del desarrollo de la Ciencia de la Jurisprudencia se da hasta fines del siglo XVIII y da origen a otros desarrollos jurídicos, como la división tripartita del Derecho y los Derechos Humanos de la Tercera Generación o de la Solidaridad. El Derecho Privado se desarrolla desde la era de la República en Roma, y permanece con sus principios más o menos homogéneos hasta nuestros días, es decir, es un derecho que creció en Roma y ha trascendido como tal, evolucionando muy poco en 25 siglos, a contrario sensu del Derecho Público. – y en concreto el constitucionalismo y el Derecho Constitucional- que se desarrolla a pasos agigantados en muy corto tiempo, a partir de los finales del siglo XVIII, hasta lograr el desarrollo que cuenta en nuestros días.

Así, al hablar de los valores que implica el Derecho, y en particular el Derecho Constitucional, hasta un punto determinado podemos decir que funciona el sofisma de Calicles:[14] el Derecho lo impone el vencedor, y aquí tenemos que dar por bueno el sofisma. Pero no todo el Derecho es válido, ya que queda sujeto a diversos controles, y como último está el control constitucional de la legalidad, ya que toda norma jurídica debe tener apego y sustento en la Constitución. Esto en sí es un legado del constitucionalismo y sólo de él.

Este control formal en principio, nos da un control razonado y sustantivo, que impide que cualquier norma llegue a tener legitimación para aplicarse en la sociedad; si así fuera, cualquiera que hubiera llegado al poder podría haber gobernado a capricho; el Derecho no debe ser producto de una voluntad, sino una creación social razonada y con necesidad y efectos reales si no es así, resulta inaplicable, inoficioso e ilegítimo, por legal que aparezca en la forma.

El peligro de todo esto es su perpetuación, que se logra con la justificación formalista que dice que todo derecho emanado del poder público es válido. Por ello, ante los ojos de las nuevas corrientes del constitucionalismo la Dogmática Formalista ha quedado superada.

---

[14]VEDROS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental.* Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. México. 1985. p. 42. Calicles, según esto, valora y juzga de las "leyes escritas" del gobierno del pueblo con la medida del derecho natural del más fuerte.

Aquí interviene ya un elemento de validez, taxativa[15] y mesura del Derecho, para hacerlo válido, legitimarlo, lo cual puede tener diversas facetas, pero que comienza en el constitucionalismo, que es democrático por excelencia; por la legitimación popular de la masa mayoritaria, o bien sea dicha, la regla de mayoría de la democracia, que une a las minorías y las obliga a cumplir la voluntad general; los siguientes elementos son la justicia o su validez o aplicación práctica teleológica.

Esta noción es la que nos enseña que el orden jurídico no es valido ni inmanente ni perennemente. Es un valor, sujeto al cumplimiento de estos parámetros y que aún deviene sólo por el apego al proceso formal de creación, lo cual es absoluto en el sentido de la ley y relativo en el sentido del la Constitución, ya que no habría control posible de esto último, puesto que es una obra originaria y sin taxativas formales ni reales, pero las líneas fundamentales de una Constitución deben respetarse, so pena de caer en la inaplicabilidad por falta de incrustación social de las normas constitucionales reformadas y no aceptadas legítimamente.

Por primer principio, se establece que la Constitución es el documento jurídico formal de mayor envergadura, y es el documento modelo o rector del Estado, con valores inherentes a ello, ya que deben de considerar ciertos contenidos mínimos apegados a la corriente que la procreó, que es propiamente dicho el constitucionalismo además de la democracia y la forma republicana en lo político; los valores humanos relativos al ser humano, conocidos como derechos fundamentales o garantías constitucionales, cualesquiera que ellas sean y el establecimiento de Estado de Derecho, fundamentado en el principio de legalidad. Estos contenidos deben de considerarse mínimamente en la configuración de toda Constitución que se precie de serlo.

Así se provee el sistema jurídico de un sistema de control integral, el cual queda formulado a partir de la Constitución y el control de su pureza, en donde se debe incluir el régimen de legalidad, lo cual establece, por otro lado, el Estado de Derecho, en donde la actuación del gobierno queda sujeta a las normas constitucionales y administrativas que emanen de la ley fundamental.

1.4. Garantías Constitucionales.

Las llamadas garantías constitucionales también se denominan garantías individuales, derechos del hombre, derechos fundamentales públicos subjetivos o derechos del gobernado.

---

[15]Dícese de todo enunciado de proposiciones o supuesto de hecho, con sentido limitativo; es decir, que no es susceptible de ampliarse. Ibídem. p. 2242.

Estas garantías o derechos, reflejo de los pueblos que las constituyen, son derechos mínimos, que pueden ser ampliados por las constituciones de los Estados, por tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, firmados y ratificados por nuestro país y no contradigan nuestra Constitución. Dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión en términos de lo dispuesto por el artículo 133 constitucional.[16]

La palabra garantía proviene de *garante;* entre sus acepciones destacan "efecto de afianzar lo estipulado" y "cosa que asegura o protege contra algún riesgo o necesidad"[17] lo que significa el afianzamiento de un acto con el propósito de que se cumpla.

Así las nociones de afianzamiento, aseguramiento y protección son indisociables del concepto de garantías individuales. Puede decirse que las garantías individuales son "derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo".[18]

Las garantías individuales son las que protegen al individuo en sus derechos, ya que éste puede hacer todo excepto lo que la ley prohíbe; en cambio, las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite. El fin de éstas, en consecuencia, es proteger al individuo contra cualquier acto de autoridad que viole o vulnere algún derecho consagrado en la ley, y el objetivo del Estado es velar por los derechos del individuo, derechos inherentes a la persona humana que el Estado debe reconocer, respetar y proteger.

1.4.1. Antecedentes históricos de las garantías individuales.

En el mundo antiguo -Grecia y Roma- la población del Estado disponía de derechos frente a otros gobernados pero no frente a las autoridades. La tendencia a encausar el ejercicio del poder a través de los derechos humanos se inició en la Edad Media, específicamente en el derecho inglés y en el español.

En el derecho inglés sobresale el conjunto de prerrogativas que en 1215 lograron los barones al obligar al rey Juan sin Tierra a firmar la Carta Magna[19], obteniendo el reconocimiento de diversas limitaciones al poder de la corona, lo que significó tener más derechos en favor de la nobleza. A partir de esa Carta, el rey ya no pudo, por sí y ante sí, aplicar tributos sin consentimiento de la asamblea de los hombres libres; tampoco privar

---

[16]LARA PONTE, Rodolfo. *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano.* UNAM.LV Legislatura de la Cámara de Diputados. México.1993. p. 160.
[17]Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española.* Espasa Calpe. Madrid. 2001. T. I. p. 1117.
[18]Tesis P. /J. 2/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. T. V, enero de 1997. p.5.
[19]LARA PONTE, Rodolfo. *Los Derechos Humanos en el constitucionalismo mexicano.* Porrúa. México. 1997. p. 27.

de la vida, de la libertad, allanar propiedades, o desterrar del reino a los hombres libres, si previamente no existía una decisión que justificara la medida y que hubiese sido adoptada por los iguales del afectado.[20]

Estos primeros derechos, que constituyen antecedentes del Parlamento y del jurado de ciudadanos, se reiteraron y perfeccionaron en la Gran Carta de Enrique III, de 1225. Destaca también la Petición de Derechos de Edward Coke que el Parlamento hizo suya en 1628, por virtud de la cual el rey Carlos I reconoció su obligación de respetar las leyes y *costumbres del reino –common law-.*

En 1639 se produjo un paso más en la determinación de los derechos de los súbditos frente a la corona a través del *Bill of Rights* que prohibió la suspensión y la aplicación discriminatoria de las leyes, juicios por comisión y las multas ruinosas: también reafirmó que toda contribución debía ser autorizada por el Parlamento, reconoció el derecho de los súbditos a formular peticiones al monarca y confirmó la libertad de los comunes a elegir a sus representantes.[21] Resalta el *Instrument of Goverment* de 1653, mediante el cual Oliverio Cromwell estableció una especie de separación de poderes para evitar la arbitrariedad y garantizar los derechos del pueblo inglés.[22]

En el derecho español destacan los fueros o derechos derivados de los pactos de Sobrarbe (siglo VIII) y de los reinos de Castilla y Aragón (siglo XII). Los fueros y su complemento, el Justicia Mayor, permitieron a los súbditos protegerse de la arbitrariedad del rey. Los fueros son los derechos reconocidos por la corona que protegían la vida, la libertad y la propiedad de los súbditos; también establecían procedimientos de seguridad jurídica que el rey y sus agentes debían respetar. En este rubro resaltan los principios de seguridad y de audiencia en favor de las personas sometidas a procesos criminales.

El Justicia Mayor resulta ser la institución más notable en la protección de los derechos de los súbditos. Constituye un antecedente del juicio de amparo ya que su titular, nombrado por el rey, se encargaba de evitar que éste violara los derechos de sus súbditos; Burgoa Orihuela explica que esta institución:

> "... encarnaba a un funcionario judicial encargado de velar por la observancia de los fueros contra los actos y disposiciones de las autoridades, incluyendo al rey mismo, que los violasen en detrimento de cualquier súbdito. Por ende, el Justicia era un verdadero órgano de control de derecho foral aragonense y su existencia, según dijimos, se hace remontar hasta el siglo XII de nuestra era. Es satisfactorio observar

---

[20] ARELLANO GARCÍA, Carlos. *El Juicio de Amparo.* Porrúa. México. 2001. p. 44.
[21] LARA PONTE, Rodolfo. *óp. cit.* p 31.
[22] FERRER MC. GREGOR, Eduardo. *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho Comparado.* Porrúa. México. 2002. p. 34.

que el reino de Aragón se adelantó con mucho a la implantación de sistemas de control similares en otros países del medioevo europeo, sin excluir a la misma Inglaterra, pudiendo afirmarse que la institución aragonese, originada en los famosos pactos de Sobrarbe, entraña un verdadero antecedente hispánico de nuestro juicio de amparo".[23]

El siglo XVIII marcó la definición de los derechos de los gobernados, en especial, con las primeras declaraciones de derechos que se contienen en la Constitución de Virginia del 12 de junio de 1776 y en el Acta de Independencia de las colonias inglesas en América, del 4 de julio de ese mismo año.[24]

En la primera se afirma lo siguiente:

...Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes cundo entran en estado de sociedad, de los que no pueden ser privados sus descendientes, ni ellos por ningún contrato; a saber: el goce la vida y de la libertad, los medios de adquirir o poseer propiedades, así como la persecución y la obtención de la felicidad y de la seguridad.[25]

En una parte de la declaración de independencia se expresan las siguientes ideas:

...Mantenemos que estas verdades son evidentes por sí mismas: que todos los hombres son creados iguales; que están dotados por su Creador con derechos inherentes e inalienables; entre ellos la vida, la libertad y la persecución de la libertad.

De mayor trascendencia que las declaraciones producidas en Norteamérica fue la Declaración sobre los Derechos del Hombre y del Ciudadano emitida en Francia en 1789, donde se reiteraron los principios de igualdad, libertad, propiedad y seguridad jurídica.[26]Asimismo, la declaración francesa definió la característica que, en concepto de sus autores, todo gobierno debe tener: disponer de una Constitución que determine, por una parte, los derechos humanos que el Estado debe reconocer porque son inalienables e imprescriptibles y, por la otra, la división de poderes que evita la arbitrariedad y el abuso que trae consigo la concentración de poder.[27]

---

[23] BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *El Juicio de Amparo.* Porrúa. México. 1975. p.57.
[24] LARA PONTE, Rodolfo. *óp. cit.* p. 32.
[25] Ibídem. p. 33.
[26] BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las garantías individuales.* Porrúa. México. 1983. p. 102.
[27]LIONZ, Monique. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano.* Porrúa. México. 2001. T.II. p. 984.

A partir de estas declaraciones el Estado contemporáneo adoptó como principio constitucional la definición de aquellos derechos que los gobernados tienen y pueden oponer ante las autoridades.

La historia de los derechos de los gobernados en nuestro país se remonta a los tiempos precortesianos, así, en el Imperio Azteca se protegieron derechos que actualmente podrían equivaler a las garantías individuales. Por ejemplo, la mujer azteca tenía derecho a la propiedad y podía reclamar justicia ante el Consejo –conjunto de *calpullis*-[28] o solicitar el divorcio.[29] Por otra parte, existía una suerte de contratación de servicios, donde puede reconocerse la libertad de trabajo y el derecho a una justa retribución. Sin embargo, la división de clases era marcada y recurrente práctica de la esclavitud.

Más tarde, durante la Colonia y el despótico absolutismo de los reyes españoles se suavizó su actuación respecto de sus súbditos en virtud de principios religiosos y morales, producto de la evangelización de los indígenas. Esto dio lugar a una tendencia de protección hacia los habitantes originarios de la Nueva España, como lo revelan los preceptos protectores de los indígenas, que contienen las Leyes de Indias.[30]

Con la expedición de la Constitución de Cádiz (1812) cambió el régimen jurídico-político de la Nueva España, gracias también a la influencia de documentos como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En ésta se instalaron los cimientos del constitucionalismo moderno, donde descuellan principios como la soberanía popular, la división de poderes y la limitación normativa de la actuación del Estado. Así, el artículo 4° de esta Constitución estableció que: "La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas, la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen". La Constitución de Cádiz convirtió a España en una monarquía constitucional; el rey se volvió un depositario del poder estatal, cuya titularidad corresponde al pueblo, en tanto que las funciones legislativas y jurisdiccionales –antiguamente reunidas en el monarca- se confirieron, respectivamente, a cortes y tribunales.[31]

En el primer proyecto de Constitución mexicana (1812), obra de Ignacio López Rayón, se abolió la esclavitud, se estableció –con restricciones- la libertad de imprenta, se suprimió el tormento y se previó la institución del *habeas corpus*.

---

[28] "*Calpulli*" era el nombre que recibían las comunidades indígenas.
[29] http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/paseo1/u07/unidad7b.htm
[30] BURGOA, Ignacio. *óp. cit.* p. 113.
[31] Ibídem. p. 116.

La Constitución de 1814 contuvo ya una amplia declaración de derechos humanos – inspirada en los principios franceses-, bajo el titulo "De la Igualdad, Seguridad, Propiedad y la Libertad de los Ciudadanos", disponiendo en su numeral 24 que:

> "La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad. Seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y en único fin de las asociaciones políticas".

Esta declaración iusnaturalista predominó en los textos posteriores de las cartas fundamentales expedidas durante el siglo XIX.[32]

En el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822, del artículo 9 al 18, se reconocieron los derechos de libertad, propiedad, seguridad e igualdad ante la ley. También se consagró la inviolabilidad del domicilio y se prohibieron penas como la confiscación, el tormento y aquellas que trascendieran a la familia del reo.

La Constitución de 1824 fue la primera en regir la vida independiente de México, ya que la Ley inspirada por Morelos en 1814 no alcanzó vigencia práctica.[33] Esta Constitución dispone en el artículo 30 del Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824: "La Nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano"; observándose influencia de la Cádiz, presentando ya una lista de derechos en torno a las garantías individuales en el artículo 147 y siguientes:

> **Artículo 147.** Queda para siempre prohibida la pena de confiscación de bienes.
>
> **Artículo 148.** Queda para siempre prohibido todo juicio por comisión y toda ley retroactiva.
>
> **Artículo 149.** Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso.
>
> **Artículo 150.** Nadie podrá ser detenido, sin que haya semiplena prueba o indicio de que es delincuente.
>
> **Artículo 151.** Ninguno será detenido solamente por indicios más de sesenta horas.

---

[32] CARPIZO, Jorge. *Estudios constitucionales.* Porrúa/UNAM. México. 1999. p. 482

[33] RABASA, Emilio y Caballero, Gloria. *Mexicano, ésta es tu Constitución.* Constitución comentada. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LI Legislatura. México. 1982. p. 8.

Artículo 152. Ninguna autoridad podrá librar orden para el registro de las casas, papeles y otros efectos de los habitantes de la república, si no es en los casos expresamente dispuestos por ley y en la forma que ésta determine.

Artículo 153. A ningún habitante de la república se le tomará juramento sobre hechos propios al declarar en materias criminales.

Artículo 156. A nadie podrá privarse del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, nombrados por ambas partes, sea cual fuere el estado del juicio.

A su vez, la Constitución centralista de 1836 dedica parte de sus primeras siete leyes a los derechos del gobernado. Se estableció un apartado (primera ley, artículo 2), bajo la denominación de *"derechos del mexicano"* que prescribió prerrogativas de seguridad jurídica, como aquella que prohibió detenciones por más de tres días sin que la autoridad responsable remitiera al gobernado ante la autoridad judicial. También proclamó el respeto a la propiedad; definió un procedimiento de expropiación y proscribió el cateo y los tribunales especiales.

En las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, que mantuvo la forma de Estado Centralista, se incluyó una declaración de derechos de los habitantes de la República, en su artículo 9°, que reiteraba los previstos por las Siete Leyes Constitucionales de 1836.

Artículo 9. Derechos de los habitantes de la República.

I. Ninguno es esclavo en el territorio de la Nación, y el que se introduzca, se considerará en la clase de libre, quedando bajo la protección de las leyes.

II. Ninguno puede ser molestado por sus opiniones: todos tienen derecho para imprimirlas y circularlas sin necesidad de previa calificación o censura. No se exigirá fianza a los autores, editores o impresores.

III. Los escritos que versen sobre el dogma religioso o las sagradas escrituras se sujetarán a las disposiciones de las leyes vigentes: en ningún caso será permitido escribir sobre la vida privada.

IV. En todo juicio sobre delitos de imprenta intervendrán jueces del hecho, que harán las calificaciones de acusación y de sentencia.

V. A ninguno se aprehenderá sino por mandato de algún funcionario a quien la ley dé autoridad para ello; excepto el caso de delito infraganti, en que puede hacerlo cualquiera del pueblo, poniendo al aprehendido inmediatamente en custodia a disposición de su juez.

VI. Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y solo cuando obren contra él indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persigue. Si los indicios se corroboraren legalmente, de modo que presten mérito para creer que el detenido cometió el hecho criminal, podrá decretarse la prisión.

VII. Ninguno será detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni este lo tendrá en su poder más de cinco sin declararlo bien preso. Si el mismo juez hubiere verificado la aprehensión, o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de aquel término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido más de ocho. El simple lapso de estos términos hace arbitraria la detención, y responsable a la autoridad que la cometa, y a la superior que deje sin castigo este delito.

VIII. Nadie podrá ser juzgado ni sentenciado en sus causas civiles y criminales sino por jueces de su propio fuero, y por leyes dadas y tribunales establecidos con anterioridad al hecho o delito de que se trate. Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos a las autoridades a que lo están en la actualidad, según las leyes vigentes.

IX. En cualquier estado de la causa, en que aparezca que al reo no puede imponerse pena corporal, será puesto en libertad dando fianza.

X. Ninguno podrá ser estrechado por clase alguna de apremio o coacción a la confesión del hecho por que se le juzga.

XI. No será cateada la casa, ni registrados los papeles de ningún individuo, sino en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos en las leyes.

XII. A ninguno podrá gravarse con otras contribuciones que las establecidas o autorizadas por el Poder Legislativo, o por las Asambleas departamentales en uso de las facultades que les conceden estas bases.

XIII. La propiedad es inviolable, sea que pertenezca a particulares o a corporaciones, y ninguno puede ser privado ni turbado en el libre uso y aprovechamiento de la que le corresponda según las leyes, ya consista en cosas, acciones o derechos, o en el ejercicio de una profesión o industria que le hubiere garantizado la ley. Cuando algún objeto de utilidad pública exigiere su ocupación, se hará esta, previa la competente indemnización, en el modo que disponga la ley.

XIV. A ningún mexicano se le podrá impedir la traslación de su persona y bienes a otro país, con tal que no deje descubierta en la República responsabilidad de ningún género, y satisfaga por la extracción de sus intereses los derechos que establezcan las leyes.

Artículo 10. Los extranjeros gozarán de los derechos que les concedan las leyes y sus respectivos tratados.

Además, en 1847 se restablece la Carta Magna de 1824, y corresponde a Mariano Otero asentar en el artículo 5° del Acta de Reforma lo siguiente:

> Para asegurar los Derechos del Hombre que la Constitución reconoce, una Ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República y establecerá los medios de hacerlas efectivas. [34]

El precedente de mayor trascendencia de llamados Derechos del Hombre se encuentra contenido en el artículo 1° de la Constitución de 1857, en cuanto consideró que la finalidad de toda organización política radica en los derechos humanos, tal como lo establecía el artículo 1° inciso 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según el cual:

> "El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión."

Como resultado, la Constitución de 1857 dedica los primeros 29 artículos a lo que llama "derechos del hombre":

Sección I. De los derechos del hombre

Artículo 1. El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las

[34] PADILLA R., José. *Sinopsis de amparo*. Ed. Cárdenas. México. 1977. p. 98.

leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.

Artículo 2. En la República todos nacen libres. Los esclavos que pisen el territorio nacional, recobran, por ese solo hecho, su libertad, y tienen derecho a la protección de las leyes.

Artículo 3. La enseñanza es libre. La ley determinará qué profesiones necesitan título para su ejercicio, y con qué requisitos se deben expedir.

Artículo 4. Todo hombre es libre para abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode, siendo útil y honesto, y para aprovecharse de sus productos. Ni uno ni otro se le podrá impedir, sino por sentencia judicial cuando ataque los derechos de tercero, o por resolución gubernativa dictada en los términos que marque la ley, cuando ofenda los de la sociedad.

Artículo 5. Nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales, sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento. La ley no puede autorizar ningún contrato que tenga por objeto la pérdida, o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso. Tampoco puede autorizar convenios en que el hombre pacte su proscripción o destierro.

Artículo 6. La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún crimen o delito, o perturbe el orden público.

Artículo 7. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límite que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. Los delitos de imprenta serán juzgados por un jurado que califique el hecho, y por otro que aplique la ley y designe la pena.

Artículo 8. Es inviolable el derecho de petición ejercido por escrito, de una manera pacífica y respetuosa; pero en materias políticas solo pueden ejercerlo los ciudadanos de la República. A toda petición debe recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, y ésta tiene obligación de hacer conocer el resultado al peticionario.

Artículo 9. A nadie se le puede coartar el derecho de asociarse o de reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República pueden hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada tiene derecho de deliberar.

Artículo 10. Todo hombre tiene derecho de poseer y portar armas para su seguridad y legítima defensa. La ley señalará cuáles son las prohibidas y las penas en que incurren los que las portaren.

Artículo 11. Todo hombre tiene derecho para entrar y salir de la República, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otro requisito semejante. El ejercicio de este derecho no perjudica las legítimas facultades de la autoridad judicial o administrativa, en los casos de responsabilidad criminal o civil.

Artículo 12. No hay ni se reconocen en la República, títulos de nobleza, ni prerrogativas, ni honores hereditarios. Solo el pueblo, legítimamente representado, puede decretar recompensas en honor de los que hayan prestado o prestaren servicios eminentes a la patria o a la humanidad.

Artículo 13. En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona ni corporación puede tener fueros, ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público, y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de esta excepción.

Artículo 14. No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley.

Artículo 15. Nunca se celebrarán tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país en donde cometieron el delito la condición de esclavos; ni convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos que esta Constitución otorga al hombre y al ciudadano.

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito infraganti, toda

persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Artículo 17. Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia. Esta será gratuita, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales.

Artículo 18. Solo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo de fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios o de cualquiera otra ministración de dinero.

Artículo 19. Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término constituye responsables a la autoridad que la ordena o consiente, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten. Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes, y castigar severamente las autoridades.

Artículo 20. En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías:

I. Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere.

II. Que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté a disposición de su juez.

III. Que se le caree con los testigos que depongan en su contra.

IV. Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos.

V. Que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que o los que le convengan.

Artículo 21. La aplicación de las penas propiamente tales, es exclusiva de la autoridad judicial. La política o administrativa solo podrá imponer como corrección, hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclusión, en los casos y modo que expresamente determine la ley.

Artículo 22. Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentales.

Artículo 23. Para la abolición de la pena de muerte queda a cargo del poder administrativo el establecer a la mayor brevedad el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos, y no podrá extenderse a otros casos mas que al traidor a la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiere la ley.

Artículo 24. Ningún juicio criminal puede tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda abolida la práctica de absolver de la instancia.

Artículo 25. La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, está libre de todo registro. La violación de esta garantía es un atentado que la ley castigará severamente.

Artículo 26. En tiempo de paz ningún militar puede exigir alojamiento, bagaje ni otro servicio real o personal, sin el consentimiento del propietario. En tiempo de guerra solo podrá hacerlo en los términos que establezca la ley.

Artículo 27. La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. La ley determinará la autoridad que deba hacer la expropiación, y los requisitos en que ésta haya de verificarse.

Ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la única excepción de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución.

Artículo 28. No habrá monopolios ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptúense únicamente los relativos a la

acuñación de moneda, a los correos, a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora.

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualesquiera otros que pongan a la sociedad en grande peligro o conflicto, solamente el presidente de la República, de acuerdo con el consejo de ministros y con aprobación del congreso de la Unión, y en los recesos de éste, de la diputación permanente, puede suspender las garantías otorgadas en esta Constitución, con excepción de las que aseguran la vida del hombre; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales, y sin que la supresión pueda contraerse a determinado individuo.

Si la suspensión tuviere lugar hallándose el congreso reunido, este concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se verificare en tiempo de receso, la diputación permanente convocará sin demora al congreso para que las acuerde.

Es de observarse que la declaración de preeminencia, la obligatoriedad general y la prohibición de privación o suspensión de los derechos del hombre ya se encuentran contempladas en los artículos 45, fracción V, de la tercera de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 29 de diciembre de 1836; 5° del Acta Constitutiva y de reformas (a la carta de 1824) de 18 de mayo de 1847; 30 del Estatuto Orgánico Provisional de 15 de mayo de 1856 ; 1° de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857, y 58, 59 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 10 de abril de 1865.

Con la Constitución de 1917, que actualmente nos rige, inició la etapa de la evolución de los derechos humanos, que compartieron lugar con las garantías sociales (actualmente llamados derechos humanos de tercera generación). Estas garantías suponen una responsabilidad y obligación por parte del Estado de respetarlas, protegerlas, salvaguardarlas y hacerlas cumplir en beneficio de todas las personas sometidas a su jurisdicción.

1.4.2. Como derechos.

Gran parte de los países del mundo que actúan desde la perspectiva de un régimen jurídico-político aceptan los principios éticos de la cultura occidental, que se basan en el reconocimiento de los llamados "derechos del hombre".

Burgoa señala que desde el punto de vista de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por la UNESCO en 1948, el concepto de derecho es el siguiente:

"aquella condición de vida sin la cual en cualquier fase de historia, los hombres no pueden dar de sí lo mejor que hay en ellos, como miembros activos de la comunidad, porque se ven privados de los medios para realizarse plenamente como seres humanos"[35]

Del mismo modo, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos define así los derechos del hombre: "son inherentes al ser humano, sin los cuales no se puede vivir y, por tanto, el Estado debe respetar, proteger y defender"[36]

Cuando se habla de derechos del hombre, se hace un llamado al legislador para que, con base en principios ideales en el orden jurídico positivo, emita preceptos que satisfagan esas exigencias.

Por otro lado, se habla de derechos naturales, cuando son inherentes al ser humano, anteriores y superiores al Estado, y sólo éste puede reconocerlos; no obstante, tales derechos requieren de un "aseguramiento" o una "garantía" en el ordenamiento positivo, sobre todo en la Constitución, para su cabal cumplimiento y respeto. Con estos conceptos se concibió la noble idea de proteger al ser humano en su calidad de persona, independientemente del Estado al que pertenezca, motivo por el cual nuestra Constitución de 1917 consagró los derechos del hombre, mucho tiempo antes de que se proclamaran en la Declaración Universal de diciembre de 1948.

1.4.3. Como medios de protección.

Garantía equivale a afianzamiento o aseguramiento, protección o respaldo. Jurídicamente, el concepto de *garantía* tuvo su origen en el derecho privado.

En consecuencia, *garantía* es todo lo que se entrega o se promete para asegurar el cumplimiento de una oferta, y puede ser lisa o llana supeditada a la satisfacción de algún requisito. De la misma forma se expresa también el carácter accesorio de la garantía respecto de un acto principal, e incluye dos aspectos: uno, en interés de quien ofrece y otro, en interés de quien acepte.[37]

Héctor Fix Zamudio sostiene que sólo pueden estimarse como verdaderas garantías "los medios jurídicos de hacer efectivos los mandatos constitucionales".[38]

Estamos entonces, ante una normativa constitucional inscrita en un texto codificado, que define el estatuto jurídico de la persona como sujeto de derecho frente al Estado. Estos

---

[35] UNESCO. *Declaración Universal de los Derechos del Hombre.* AG de la ONU, 10 de diciembre de 1948.
[36] BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales. óp. cit.* p. 153.
[37] IZQUIERDO, Martha. *Garantías individuales y sociales.* UAEM, México. 2000. p. 50.
[38] FIX ZAMUDIO, Héctor. *Juicio de Amparo.* Porrúa. México. 1964. p. 58.

derechos requieren de una *garantía* para estar asegurados en el ordenamiento positivo, entendido como la consagración de un derecho, de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, emanada de la Revolución Francesa, que en su artículo 16 proclama: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no sea asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución".[39]

El Estado es la forma en que se organiza un pueblo o sociedad que, al revestirse de una personalidad jurídica propia se convierte en titular del poder soberano, pero éste reside en la comunidad. Por tanto, la soberanía, jurídica y políticamente, si bien reside en el Estado, real y principalmente en la sociedad.

Sin embargo, la soberanía no es ilimitada sino que está sujeta a restricciones; este es, que el pueblo, siendo el depositario real del poder soberano y en ejercicio de este poder, al desplegar su actividad suprema, se autolimita y se autodetermina. Estos atributos de autolimitación y autodeterminación son inherentes a la soberanía e implican una negación a la arbitrariedad, lo que se traduce en un orden de derecho.[40]

Según este concepto, las garantías individuales que exigen ante todo el principio de seguridad jurídica, relativo a todo régimen democrático, son la expresión más clara de los principios aludidos. Nuestra Constitución vigente consignó, en su artículo 1°, el principio de autolimitación al instituir a favor del individuo las garantías que otorga.

El hombre, por naturaleza, está preparado para ejercer estas garantías, utilizando los medios que tiene a su alcance para desenvolverse y progresar en términos generales. Esos medios consisten en su vida jurídica: libertad, propiedad, posesión, educación, etc.

La teoría legista postula que los derechos no tutelados no pueden alcanzar el respeto de la ley, y mucho menos protección en un régimen gubernativo. Los derechos del hombre, aunque son meras instituciones de derecho natural, deben estar asentados en las leyes.

1.4.4. Naturaleza Jurídica de la Garantías Individuales.

Ignacio Burgoa ha afirmado que en el concepto de garantía individual concurren los siguientes elementos:

> "1. Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos).
>
> 2. Derecho público subjetivo que emana de dicha relación a favor del gobernado (objeto).

---

[39] BURGOA, Ignacio. *óp. cit.* p. 160.
[40] Ibídem. p. 156.

3. Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar al consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).

4. Previsión y regulación de la citada relación por la Ley Fundamental (fuente)."[41]

Para Jorge Carpizo estas garantías son "límites que los órganos de gobierno deben respetar en su actuación; es decir, lo que no pueden realizar (...). Las constituciones garantizan a toda persona una serie de facultades, y se le garantizan por el sólo hecho de existir y de vivir en ese Estado." Además, establece la diferencia con los derechos del hombre, ya que considera que mientras éstos "son ideas generales y abstractas, las garantías, que son su medida, son ideas individualizadas y concretas".[42]

Tena Ramírez, por su parte destaca que la parte dogmática de la Constitución "erige como limitaciones a la autoridad ciertos derechos públicos de la persona, llamados entre nosotros garantías individuales".[43]

Las garantías individuales suponen una relación jurídica de supra-subordinación entre los gobernados y las autoridades estatales. Los primeros son los sujetos activos de la relación, en tanto que los segundos participan en ella como sujetos pasivos. Los activos son los individuos, es decir, las personas físicas o morales, con independencia de sus atributos jurídicos -tales como la capacidad jurídica- o políticos, por ejemplo, no importa que no sean ciudadanos. Por su parte, los sujetos pasivos son el Estado y sus autoridades, así como los organismos descentralizados, cuando realizan actos de autoridad frente a particulares.[44]

Cuando el gobernado demanda del Estado y sus autoridades respeto a los derechos humanos garantizados por la Constitución, ejerce un derecho subjetivo público; subjetivo porque se trata de una facultad derivada de una norma, y público porque se intenta contra sujetos pasivos públicos: el Estado y sus autoridades.

Como las garantías individuales son limitaciones al poder público, su violación no puede – al menos en México- imputarse a particulares, como lo expresó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia:

> La Suprema Corte ha establecido en diversas ejecutorias, la tesis de que las garantías constitucionales por su naturaleza jurídica, son, en la generalidad de los casos, limitaciones al poder público, y no limitaciones a los particulares, por lo cual

---

[41] Ibídem. p. 187.
[42] CARPIZO, Jorge. *Estudios Constitucionales*. Porrúa. México. 1999. pp. 299, 446.
[43] TENA RAMÍREZ, Felipe. *op.cit.* p. 512.
[44] BURGOA, Ignacio. *óp. cit.* pp. 168-170.

éstos no pueden violar estas garantías, ya que los hechos que ejecuten y que tiendan a privar de la vida, la libertad... encuentran su sanción en las disposiciones del derecho común; razón por la cual la sentencia que se dicte condenando a un individuo por el delito de violación de garantías individuales no está arreglada a derecho y viola, en su perjuicio, las de los artículos 14 y 16 de la Constitución General.[45]

Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia de varios países han logrado que los derechos fundamentales de los individuos puedan ser protegidos al ser violados por actos de particulares, por ejemplo, el artículo 18.1 de la Constitución portuguesa prevé que todos los preceptos relativos a las libertades y los derechos fundamentales se apliquen directamente a entidades públicas y privadas, y las vinculen.[46]

Los derechos del hombre han de ser intocables, y no se restringirán ni suspenderán sino cuando tales medidas sean necesarias para mantener el orden y la paz en las relaciones sociales. Esto se encuentra previsto en la parte final del primer párrafo del artículo 1° constitucional, donde se dice que las garantías "no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma (la Constitución) establece". Se encuentran estos supuestos de restricción en el artículo 29 del mencionado ordenamiento y en los tratados internacionales.

1.4.4.1. Concepto de Gobernado.

De acuerdo con la definición de gobernado de Burgoa, se establece que: "gobernado es aquella persona en cuya esfera operan o vayan a operar actos de autoridad, es decir, actos atribuibles a algún órgano estatal que sean de índole unilateral, imperativo y coactivo".[47]

Estas personas pueden ser físicas, morales de derecho privado (sindicatos, comunidades agrarias, etc.) y de derecho público (personas morales y oficiales, así como organismos descentralizados).

1.4.5. Principios Constitucionales que rigen las Garantías Individuales.

Los principios constitucionales que rigen a las garantías individuales se ubican en los artículos 133 y 135 de la Constitución Federal[48], y son:

---

[45] *Semanario Judicial de la Federación.* Sexta Época. Primera Sala. Segunda Parte. T. LVII. p. 32.
[46] DE VEGA GARCÍA, Pedro. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales,* en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo... *Derecho procesal constitucional.* T. II. Porrúa/Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2003. p. 2317.
[47] BURGOA, Ignacio. *op. cit.* p. 172
[48] Ibídem. p.187.

1.4.5.1. Supremacía constitucional.

El artículo 133 fundamenta el principio de supremacía constitucional, al establecer que la Ley Fundamental, además de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano y las leyes emanadas de ella, constituirá la "Ley Suprema de la Unión". Las garantías individuales están plasmadas en el texto constitucional y son también supremas, pues se encuentran por encima de la normatividad secundaria.

1.4.5.2. Rigidez constitucional.

Por otra parte, el artículo 135 dispone que la Constitución mexicana es rígida, en el sentido de que sólo puede ser reformada o adicionada cuando "el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados". La rigidez de las garantías individuales supone que sólo se les podrá alterar cuando se cubran los requisitos que especifica el artículo citado.

1.4.6. Fuentes de las Garantías Individuales.

Las principales fuentes formales de las garantías individuales son la costumbre y la legislación escrita.[49]En el sistema jurídico mexicano, donde el derecho es primordialmente escrito, la fuente primaria de las garantías es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo anterior no obsta para que cada una de las Constituciones de las entidades federativas puedan complementar la regulación de las garantías individuales mencionadas en la parte dogmática de la Constitución Federal; de hecho ésta autoriza a los Estados a colaborar en el desarrollo de los derechos garantizados por los artículos 3°, 4° y 5° constitucionales, entre otros. Esta colaboración no restringe las garantías señaladas por la Constitución Federal, pero la defensa del catálogo de derechos corresponde exclusivamente a la Federación.

Casi todas las Constituciones locales reiteran en algún artículo las garantías individuales; aunque algunas de ellas han establecido garantías nuevas; por ejemplo, el artículo 7° de la Constitución de Baja California contempla el derecho de las personas a practicar deporte, mientras que el 5° de la Constitución de Chihuahua prevé que todo ser humano tiene derecho a la protección jurídica de su vida, desde el momento de la concepción, y el 19, fracción III, de la Constitución morelense, estipula los derechos de los ancianos.

---

[49] BURGOA, Ignacio. *op. cit.* p. 186.

El desarrollo de las garantías individuales se ha robustecido por los tratados internacionales. Documentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 1948), que se volvió obligatoria al ratificarse el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966, México se adhiere el 23 de marzo de 1981) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966, México se adhiere el23 de marzo de 1981)[50], junto con su Protocolo Facultativo, han permitido que los derechos del hombre, en cuanto a su reconocimiento y su defensa, se internacionalicen.

1.4.7. Objeto de las Garantías Individuales.

El objeto de las garantías individuales puede identificarse con el respeto de la dignidad humana, además, los derechos del hombre son la base de las instituciones políticas y sociales que forman el Estado. En consecuencia, éstas disponen que tanto las leyes como las autoridades estatales respeten y hagan respetar las garantías que la Constitución otorga.

Se trata también de la potestad para reclamar al Estado y a sus autoridades, el respeto a las prerrogativas fundamentales del hombre; entonces, se deduce que el objeto de las garantías individuales se constituye como un derecho para el sujeto activo. Estos derechos de que goza el individuo en su calidad de ser humano representan el objeto de las garantías individuales.

Lo anterior nos permite encontrar no sólo el reconocimiento de estos derechos, sino una serie de procedimientos para alentarlos, así como un conjunto de normas que tienen en cuenta un orden público que hace posible la convivencia en sociedad, pero siempre tomando como punto de partida el respeto a los mismos. Así podemos decir que el gobernado puede exigir a los órganos del Estado el respeto a estos y a sus garantías, aun en contra de la voluntad estatal expresada por medio de las autoridades, a través del juicio de amparo.

1.4.8. Características de las Garantías Individuales.

Las principales características de las garantías individuales son la unilateralidad y la irrenunciabilidad. La primera se da cuando las garantías están exclusivamente a cargo del Estado a través de los órganos y las dependencias gubernamentales. El poder público, en

---

[50]SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. *Los Derechos Humanos en la Constitución y en los Tratados Internacionales.* Porrúa. México. 2001. p. 271.

consecuencia, es el único encargado de responder por su efectividad, como sujeto pasivo de las garantías.[51]

Esto significa que las personas nada tienen que hacer para que sus derechos sean respetados por las autoridades, ya que basta con que su actuación no traspase el marco establecido en la Constitución para cada garantía; pero se convierten en sujetos activos de las garantías, ya que a ellos les toca hacerlas respetar cuando un acto de autoridad las vulnere.

La irrenunciabilidad significa que nadie puede renunciar a las garantías individuales. Todo particular cuenta con ellas por el sólo hecho de hallarse en el territorio nacional. Más todavía, como los derechos humanos son inherentes al hombre, es lógico que los medios para asegurarlos (las garantías), compartan esa inherencia. Según el artículo 1° Constitucional, las garantías individuales sólo pueden ser restringidas o suspendidas al tenor de lo que establezca la Norma Suprema, y tales restricciones, así como la suspensión, no pueden ser permanentes.

Las garantías individuales son también supremas, inalienables, imprescriptibles, permanentes, generales e imputables. Supremas por hallarse establecidas en la Constitución Federal, cuyo artículo 133 establece el principio de supremacía constitucional (de acuerdo con la escala jerárquica kelsiana); inalienables porque no pueden ser objeto de enajenación; imprescriptibles porque su vigencia no está sujeta al paso del tiempo; permanentes mientras existan derechos para accionar; generales porque protegen a todo ser humano sin ninguna distinción e imputables porque deben observarse por todos los individuos de la misma forma que la Constitución establece.[52]

1.4.9. Clasificación de las Garantías Individuales

La clasificación de las garantías individuales[53] responde a criterios académicos. Se hace exclusivamente para efectos de estudio. La Constitución Federal no agrupa a las garantías bajo determinados rubros, y dentro de un solo artículo es posible encontrar más de una garantía. Pese a lo anterior, el examen de la doctrina permite clasificar a las garantías individuales de la siguiente forma:

1.4.9.1. Según el contenido de los derechos del gobernado.

---

[51] BAZDRESCH. Luis. *Garantías constitucionales.* Trillas. México. 1986. p. 31.
[52] Ibídem. p. 37.
[53] BURGOA, Ignacio. *óp. cit.* p. 194

Se refiere al contenido del derecho subjetivo público del gobernado, que se deriva de la acción de exigir, de que el titular reclame algo al sujeto obligado, y ese "algo" es el contenido del derecho subjetivo, por ejemplo, la contestación a una petición hecha por el gobernado, etc. Así el derecho subjetivo público, que emana de la garantía individual, se traduce en las garantías de legalidad en todas sus manifestaciones de igualdad con sus semejantes, de propiedad con todas sus formalidades y requisitos, etc., por parte del poder público, para que la actuación de éste sea constitucionalmente válida.[54]

El contenido de los derechos subjetivos públicos emana de la relación en que se traduce la garantía individual y consiste en exigir a las autoridades estatales el respeto y la observancia de las garantías mencionadas, como la garantía de libertad, igualdad, seguridad, propiedad, etc.

1.4.9.2. Según la obligación que tiene el sujeto pasivo de la relación jurídica.

Entre las distintas obligaciones que existen al respecto destacan:

*Según la obligación estatal. Se refiere a la obligación estatal que surge de la relación jurídica que implica la garantía individual, teniendo en cuenta el contenido de los derechos públicos subjetivos que de esta relación se forman a favor del sujeto activo o gobernado. La obligación estatal puede consistir en un "no hacer" por parte de los órganos de gobierno o en un "hacer" de los órganos gubernamentales, siempre en beneficio del gobernado. De esta manera, las garantías se clasifican en garantías formales y materiales.[55]

*Las garantías en sentido material imponen la obligación de "no hacer" a los órganos estatales, es decir, en el sentido de respetarlas solamente y de no afectarlas, y se traducen en garantías de igualdad (arts. 1°, 2°,3°, 4°, 12 y 13 constitucionales); de libertad (arts. 3° al 11, 24, 25 y 28 constitucionales), y de propiedad (arts. 27 constitucional).

*Las garantías en sentido formal imponen la obligación de "hacer" a los órganos de gobierno, pues estima que éstos deben revestir sus actos con una serie de requisitos que establecen los preceptos constitucionales que consagran las garantías de seguridad jurídica, que son los artículos 14 a 23 y 26 constitucionales.

1.4.10. Reformas a los Preceptos Constitucionales que consagran las Garantías Individuales.

---

[54] PADILLA, José R. *óp. cit.* p. 119.
[55] Ídem.

La separación del Poder Constituyente (autor de la Constitución) y los podres constituidos no presenta ningún problema, pues en el momento en que la vida del primero se extingue por haber cumplido su misión, comienza la del segundo. En otras palabras, el Poder Constituyente únicamente otorga facultades, pero nunca las ejercita; en cambio, el Poder Constituido ejercita las facultades recibidas del Constituyente, aunque nunca puede otorgárselas a sí mismo.[56]

Esta coexistencia de los dos tipos de poderes se justifica en un régimen como el nuestro, en el que la separación de los dos poderes (Poder Constituyente y Poder Constituido) es lo que da a nuestra Constitución el carácter de "rígida".

El alcance de las actividades del Poder Constituyente, como se dijo, adiciona y reforma la Constitución; sin embargo, es necesario que el texto que se agrega no contravenga ninguno de los preceptos existentes, y en caso de que así sucediera se derogaría el anterior debido a que existe un principio constitucional que afirma "que la norma nueva deroga a la antigua". Muchos autores sostienen que ésta es la razón por la que se trata de una reforma verdadera disfrazada de adición.[57]

La reforma puede ser también la supresión de un precepto de la ley sin que sea remplazado. En este supuesto, la reforma se refiere a la ley que resulta alterada y no a un mandamiento.

Adicionar o reformar la Constitución, si bien es cierto que es obra del Constituyente permanente, también lo es el que este poder no tenga la facultad para derogarla totalmente y menos aún para sustituirla.[58]

La pregunta que surge es ¿si los preceptos constitucionales que consagran las garantías individuales pueden ser de alguna manera reformados? Esta interrogante permite dar dos respuestas o dos aspectos en una sola respuesta.

La primera consiste en destacar la importancia de los postulados de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789. Muchos autores están de acuerdo en considerar que estos derechos forman parte de una instancia positiva que está por encima de la Constitución, y aunque dichos preceptos no lo dicen de manera explicita, disfrutan de un rango superior a la Constitución.

---

[56] TENA RAMÍREZ, Felipe. *op.cit.*p.11.

[57] Según el Diccionario de la Lengua Española, *adición* es la acción y efecto de añadir (agregar); añadidura que se hace, o parte que se aumenta en alguna obra o escrito; y *reformar* significa volver a formar, rehacer, modificar algo. *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española.* Espasa. Madrid, España. 2001. p.p. 45 y 1925.

[58] IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Alba. *Garantías Individuales.* Oxford Press. México. 2007. p. 30.

En el segundo aspecto cabe mencionar la relación entre Derecho Constitucional (interno) y Derecho Internacional Público, aludiendo a las posturas monistas o dualistas, puesto que se considera que el Derecho Internacional es supremo, incluida al de la Constitución, como sucede en la Constitución de los Países Bajos, en donde se concede al Derecho Internacional un orden superior a todo derecho interno.

Pero subsiste aún la pregunta de si es posible que los preceptos que consagran las garantías individuales puedan ser reformados. Burgoa opina que si se interpreta literalmente el artículo 1° Constitucional, es evidente que sólo autoriza la suspensión y la restricción de las garantías individuales, pero no su derogación o abrogación.

Por su parte, el artículo 135 Constitucional señala que el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados están capacitados para adicionar o reformar la Constitución. Entonces surge la pregunta de ¿si estas autoridades pueden suprimir una garantía en ejercicio de la facultad para reformar, que la Ley Fundamental les otorga, como en el caso de las reformas constitucionales en seguridad pública y justicia penal del 18 de junio de 2008? Es decir, si el Poder Constituyente Permanente puede alterar la Constitución cambiando los principios jurídicos y sociales, así como los valores que la inspiraron.

Este mismo autor sostiene que, de acuerdo con la interpretación literal que suele sustentarse respecto al artículo 135 Constitucional, el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados tienen la facultad de reformar la Constitución sin ninguna restricción o salvedad, por tanto, es lógico que puedan modificarla desde el momento en que una reforma implica alteración.

No obstante, Burgoa no está de acuerdo con esta interpretación gramatical y refuta que "una interpretación de esa índole es la menos idónea de las interpretaciones", porque las conclusiones a las que conduce están desmentidas por consideraciones diversas, tanto de naturaleza constitucional como doctrinal. En consecuencia, la abolición o transformación de las garantías individuales implicaría un cambio radical al sistema jurídico estatal, puesto que se erigiría un Estado *"totalitario"*[59], en el sentido actual del vocablo.[60]

Por tanto, el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados no tienen facultad para suspender las garantías individuales, pueden modificarlas, que es distinto, o bien

---

[59]Según el Diccionario de la Lengua Española *totalitarismo* es el régimen político que ejerce fuerte intervención en todos los órdenes de vida nacional, concentrando la totalidad de los poderes estatales en manos de un grupo o partido que no permite la actuación de otros partidos. *Diccionario de la Lengua Española. óp. cit.* p. 2202.

[60] BURGOA, Ignacio. *óp. cit.* p. 262.

restringirlas, pero siempre conservando su finalidad tutelar esencial, el respeto y salvaguarda de los derechos humanos.

1.4.1.1. Concepto de Reglamentación de las Garantías Individuales.

La reglamentación de las garantías individuales significa pormenorizar o detallar la norma superior, cualquiera que sea, a fin de procurar una mejor aplicación de la misma, desde luego con ciertos límites naturales que fija el alcance de la disposición reglamentaria.[61] Esto significa que el ordenamiento reglamentario no puede variar o alterar el ámbito normativo de las disposiciones que reglamente; por tanto, surge la pregunta de ¿si las garantías pueden ser objeto de reglamentación? Aunque la respuesta es afirmativa, la reglamentación únicamente debe tender a pormenorizar la norma o detallarla, sin que deban introducirse elementos distintos de los estipulados.

Al respecto Burgoa señala que ninguna reglamentación de las garantías individuales puede establecer limitaciones al derecho público subjetivo que de ésta se deriva y que no esté comprendido en el precepto constitucional que lo regula o en otro de la misma Ley Fundamental.[62]

La reglamentación de las garantías individuales puede ser constitucional y legal. La primera existe cuando la Constitución autoriza la reglamentación, es decir, en los preceptos en que se regula la garantía individual, la ley secundaria (federal o local) prevé una reglamentación; por ejemplo, el artículo 5°, párrafo 2°, que establece "...la ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que requieran título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo".

La reglamentación legal existe cuando la ley ordinaria la lleva a cabo sin que tal reglamentación se haya previsto en la Ley Fundamental. Es importante mencionar la necesidad de tener en cuenta el caso especial de que cada ley reglamente un derecho subjetivo público. Esto significa que la ley secundaria que reglamenta una garantía individual deberá cuidar de no alterar el derecho subjetivo público que protege dicha garantía individual, pues podría surgir un problema de inconstitucionalidad.

En otras palabras, se plantea el problema de la "constitucionalidad" de las leyes en sentido material (federales, locales, reglamentos, etc.), cuando contengan una

---

[61] Ibídem. p. 181.
[62] Ídem.

reglamentación sobre los derechos subjetivos públicos que derivan de aquellas, y que las hagan nugatorias, parcial o totalmente, o bien las alteren.[63]

1.4.1.1.1. Reglamentación.

Como ya se mencionó, a ninguna norma no constitucional, independientemente de su naturaleza (ley o reglamento) o de su alcance (federal o local) le es dable establecer restricciones a los derechos públicos subjetivos derivados de alguna garantía individual, so pena de violar las disposiciones fundamentales en que ésta se consigne o regule; además, tampoco podrá quebrantar el principio de supremacía constitucional señalado en el artículo 133 Constitucional. No obstante, ésta no implica que los ordenamientos no constitucionales no puedan reglamentar los mandatos de la Ley Suprema concernientes a algún derecho subjetivo público.[64]

La reglamentación significa, por tanto, detallar la norma superior para su mejor aplicación, sin embargo, esta potestad reglamentaria tiene límites naturales que fijan el alcance o la extensión de la nueva disposición reglamentaria. Burgoa sostiene que no puede variar el ámbito normativo de las disposiciones que se reglamentan y que sólo debe tender a pormenorizarla sin introducir elementos preceptivos no previstos.

Dicho de otra forma, un precepto reglamentario puede desvirtuar su índole jurídica cuando abarca materias o supuestos que no se contemplaban en la norma; por ende, se deduce que "ninguna reglamentación de una garantía individual puede establecer limitaciones al derecho público subjetivo que de ésta se deriva y que no estén comprendidos en el precepto constitucional que la regule o en otro de la misma Ley Fundamental".[65]

En caso de que la Constitución prevea la reglamentación de cualquier precepto que establezca una garantía individual, entonces la autoridad a quien incumbe la facultad reglamentaria estará obligada a cumplir con tal disposición.

En cambio, cuando le Ley Fundamental sólo emplee la palabra "ley" como medio para llevar a cabo la reglamentación, el ordenamiento reglamentario deberá ser un estatuto legal en sentido material y formal, o bien, como menciona Burgoa, "un acto jurídico

---

[63] Ídem.
[64] BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría general de los derechos humanos.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 1993. p. 343.
[65] BURGOA, Ignacio. *óp. cit.* p.199.

creador de situaciones abstractas, generales e impersonales, realizada por algún órgano legislativo (Congreso de la Unión, o legislatura local), según el caso".[66]

Si la Constitución sujeta el goce de un derecho subjetivo público a las disposiciones contenidas en algún reglamento, entonces la reglamentación de la garantía individual correspondiente incumbe al órgano investido de la facultad correlativa, como el Presidente de la República o los gobernadores de los Estados.

La pregunta que surge es ¿a quién o a qué autoridad compete la reglamentación de una garantía individual cuando la Ley Fundamental es omisa al respecto? Quizá la respuesta esté en que la reglamentación de una disposición constitucional que se traduce en la facultad legislativa, según el artículo 124 constitucional, es decir, debe atender la esfera de que se trate, para conocer la materia a la que pertenecen los derechos públicos subjetivos correspondientes. De acuerdo con el artículo mencionado "las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados."

1.5. Derechos Humanos en el texto constitucional.

Uno de los preceptos de mayor trascendencia de nuestra Constitución Federal es el artículo 1°, puesto que establece la preeminencia de los derechos humanos consagrados en la misma, su ámbito de aplicación a todos los habitantes del país y los límites de restricción o suspensión , en ella se establece que "en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."

Prácticamente todos los textos fundamentales que se expidieron tanto en la época previa a la Independencia o con posterioridad a ella, consagraron preceptos similares en virtud de la influencia de las declaraciones de derechos tanto de las constituciones francesas revolucionarias como de las cartas de las antiguas colonias inglesas en América, que precedieron a las primeras enmiendas de la Constitución Federal de los Estados Unidos cuyo texto original no consagraba los derechos fundamentales.

En nuestro sistema jurídico el precedente más importante es el contenido en el artículo 1° de la Constitución de 1857, ya que consideró que la finalidad de toda organización política radica en los derechos humanos, tal como lo establecía el artículo 1°, inciso 2, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según el cual: "el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e

[66] Ídem.

imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

Además, en el citado precepto de la Constitución anterior se agregó:

> "El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución".

Existe una discusión doctrinal que no se debe considerar simplemente como especulativa por sus consecuencias en el ámbito de aplicación del citado artículo 1°de la Constitución de1917, se refiere ésta a la división de opiniones entre quienes consideran que la Constitución *"otorga"*, en sustitución del vocablo *"reconoce"* , de la disposición del mismo número de la Constitución de 1857, lo que significa una tesis positivista de los Derechos del Hombre[67]; en tanto que otros tratadistas afirman que si se examinan con cuidado tanto la expresión de motivos, como los dictámenes de la comisión y los debates respectivos, no existe cambio significativo en la concepción iusnaturalista de los derechos humanos, es decir, los que derivan de la naturaleza del hombre por el simple hecho de serlo.[68]

Otra situación se refiere a los Derechos del Hombre que no están consagrados de manera específica por nuestra Constitución, pero sí en varios tratados internacionales ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República y que, de acuerdo con el numeral 133 Constitucional, son ley en nuestro derecho interno, máxime si no contrarían ni oponen a ésta y si se encuentran en plena armonía con la misma.

Desgraciadamente en México todavía no existe en la sociedad, mucho menos en la autoridad, una cultura de los derechos humanos. Muchos mexicanos, incluyendo por desgracia a bastantes autoridades y legisladores, permanecen en la más absoluta ignorancia sobre que son estos derechos; no comprenden su importancia como paradigma de las sociedades modernas, ni la necesidad ineludible de su vigencia cotidiana para el desarrollo de la vida social. Los derechos humanos deben ser parte indiscutible de los principios fundamentales de la Constitución mexicana, y debieran ser los más universales.

1.5.1. El desarrollo de los derechos humanos en México.

Después de la promulgación de la Constitución de 1917, puede afirmarse que el desarrollo de los derechos humanos en nuestro país ha sido mínimo; en éste como en

---

[67] Ibídem. pp. 285-290.
[68] CASTRO, Juventino. *Lecciones de garantías y amparo.* Porrúa. México. 1978. p.180.

muchos otros temas de nuestra realidad jurídico-política, las normas han permanecido sólo como un referente, pero carentes en general de una vigencia práctica y garantista.

Hasta los años ochenta, el tema de los derechos humanos no ha venido ha ser una preocupación importante para los mexicanos, baste señalar que el capítulo de garantías, entre la entrada en vigor de la Constitución y los años setenta, tuvo tan sólo cinco reformas,[69] y dos de ellas al artículo 3°; los cuales respondieron a circunstancias de coyuntura política, ya que en 1934 se reformó para establecer que la educación que impartiera el Estado sería socialista, y doce años después en 1946 se volvió a reformar para eliminar lo establecido inicialmente, y son:

1. Reforma al artículo 3º constitucional efectuada el 13 de diciembre de 1934.

2. Reforma al segundo párrafo del artículo 5º constitucional efectuada 17 de noviembre de 1942

3. Reforma al artículo 3º constitucional efectuada el 30 de diciembre de 1946.

4. Reforma y adición de la fracción I del artículo 20 constitucional efectuada el 2 de diciembre de 1948.

5. Reforma y adición del artículo 18 Constitucional efectuada el 23 de febrero de 1965.

Durante gran parte del siglo pasado, la realidad mexicana respecto de los derechos humanos, después del gran aporte social, es casi inexistente; incluso desaparece el concepto del lenguaje jurídico y del discurso político oficial.

En lo jurídico, con el cambio de nombre al capítulo primero por el de "las garantías individuales", prácticamente se proscribió el concepto derechos humanos del léxico jurídico-positivo, instaurándose el de "garantías individuales", que por ser un concepto instrumental, en la práctica se perdió la referencia con la riqueza doctrinal y conceptual que acompaña al término derechos humanos. Por lo que su desarrollo durante casi todo el siglo fue muy pobre, y siempre como consecuencia de cuestiones de conveniencia práctica en la reglamentación de actividades, y no como una expansión en la tutela y promoción de la dignidad de la persona humana.

Con esta concepción de las garantías, el fundamento de ellas, y en consecuencia de los derechos que contienen depende no de la persona misma sino de la relación gobierno-gobernado; por lo cual el gobierno asume una actitud paternalista, deja sin sentido a las garantías como medio de defensa de los derechos de los individuos, ya que como

[69]Únicamente no se considera a las reformas al artículo 27 Constitucional, que fueron ocho, ya que no responden a la lógica de desarrollar derechos, sino al cumplimiento de la función social del Estado.

premisa conceptual el gobierno no viola derechos pues es como un buen padre para sus gobernados a quienes protege, provee de lo necesario para su subsistencia y en ocasiones reprende, pero no bajo la aplicación de la ley sino bajo su más amplia discrecionalidad y de acuerdo a su percepción específica de cada caso concreto. Esta concepción no expresada, pero vivida conjuntamente con la razón de Estado, en ocasiones subyace, y da pie a graves actos de represión y violación de derechos, frente a los cuales el gobierno no tiene ya que responder ante la sociedad, pues su acción siempre estará justificada.

Así por ejemplo, la sangrienta represión del movimiento estudiantil de 1968, la de los ejidatarios de San Salvador Atenco, o más recientemente, las continuas violaciones a los derechos humanos so pretexto de "la guerra contra el narcotráfico y la delincuencia organizada", hasta hoy en día no ha habido responsables, sino solamente señalamientos o cuando mucho recomendaciones de la CNDH. Y lo mismo ha sucedido en multitud de casos menos espectaculares, pero no por ello menos graves, donde el binomio derechos humanos–responsabilidad, como elemento indispensable para la vigencia de aquellos, poco ha estado presente.

Incluso han podido incorporarse derechos a nuestro texto constitucional que le han dado un toque de modernidad, pero que no han pasado de ser eso, elementos decorativos, carentes de significado y vigencia social. Es el caso del derecho a la información, introducido en el artículo 6° por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de diciembre de 1977, sobre el cual, a más de treinta años después continúa discutiéndose la posibilidad de desarrollarlo normativamente, así como que contenidos habría de tener (ejemplo, los recientes debates sobre la función del IFAI).

Más recientemente es el caso de la reforma que el 28 de enero de 1992 introdujo un nuevo primer párrafo en el artículo 4°, para consagrar lo que se pretendió llamar "los derechos indígenas", tan vacío de contenido, sin desarrollo legal posterior, que en sí mismo se convirtió en un justificante de levantamiento armado en Chiapas, escasos dos años después de una reforma que no sólo no satisfizo a los pueblos indígenas, sino que incluso pudo ser calificada como ofensiva por su banalidad. Aun hoy se mantiene un estado de excepción en esa región[70], y en estado de preocupación en todo el país, siguiendo sin contar con normas que efectivamente desarrollen los derechos de los pueblos indígenas en el ordenamiento nacional.

---

[70]En Chiapas, se han incrementado las incursiones militares en comunidades en resistencia. Durante un plazo de siete semanas entre abril y junio de 2008, el Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas documentó 13 operativos militares o policíacos en comunidades indígenas en resistencia. Bricker, Kristin. *Reporter's Notebook.* 12 de octubre de 2008.

En este contexto, México ha participado activamente en la formulación de la mayoría de los textos del derecho internacional de los derechos humanos, comenzando por supuesto con la Declaración Americana. Sin embargo, de acuerdo con dicha lógica, México participa activamente, propone posiciones novedosas y de avanzada, e incluso firma los textos elaborados; el problema viene cuando se presenta el tema de asumir compromisos, es decir cuando se trata de establecer responsabilidad; ahí tradicionalmente nuestro país se ha detenido y no ha presentado la ratificación de su adhesión a esos instrumentos internacionales, mucho menos a cumplirlos debidamente.

Lo que ha sucedido en México es que no había existido, sino hasta muy recientemente, una demanda de la sociedad por la vigencia de los derechos humanos; el desarrollo corporativista de nuestro sistema político desarrolló los canales de comunicación de las demandas de atención social de los distintos grupos hacia el grupo de poder, que fue visto como proveedor en ese marco de paternalismo al que nos referimos anteriormente, y cuyos actos no podían ser puestos en duda, ya que no se permitió el desarrollo de grupos de oposición capaces de poner en juicio las acciones del gobierno, incluso cuando éstas fueran violaciones a derechos humanos.

En esta lógica, mientras el gobierno atendía las demandas sociales, la sociedad toleraba al gobierno y sus prácticas antidemocráticas y autoritarias, un sistema de procuración de justicia contrario a los derechos humanos, así como muchas otras prácticas autoritarias más.

Cuando el sistema político comienza a entrar en crisis, y los descontentos sociales ya no se canalizan adecuadamente por las vías institucionales del corporativismo, sino que empiezan a brotar en la calle, se plantea la necesidad de un reforma política que encuentre nuevos cauces institucionales para canalizar las demandas sociales; en esa estrategia entra también la aceptación por nuestro país de los instrumentos internacionales de defensa de derechos, con el fin de que trascienda al extranjero la imagen de un México modernizado, así lo expresó López Portillo en la exposición de motivos para la ratificación de un paquete de siete instrumentos internacionales en 1980:

En su sentido más genuino y profundo, nuestra propuesta de ratificación se inscribe en el amplio proceso de la Reforma Política a la que la Nación entera ha sido convocada y que el pueblo y gobierno están empeñados en profundizar y consolidar. Al mismo tiempo que la adhesión a los pactos refuerza aspectos y medidas particulares de la propia Reforma, en rigor se presentan como un momento o instancia más amplia en la misma dirección.[71]

Así, el año de 1980 puede marcarse como el de la inserción de México en el derecho internacional de los derechos humanos, cuando hacia finales del año, el entonces

[71] Varios. *Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana.* UNAM. México. 1981. p. 80.

presidente de la República, José López Portillo, envió al Senado la iniciativa para ratificar siete importantes instrumentos tanto del sistema de la ONU como de la OEA, meses antes México había ratificado la Convención para la eliminación del *Apartheid*.

La lista de los instrumentos que en esta ocasión se incorporaron al orden jurídico mexicano, con las fechas de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, es la siguiente:

1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (20 de noviembre de 1981).

2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (12 de mayo de 1981).

3. Convención Americana sobre los Derechos Humanos (7 de mayo de 1981).

4. Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (28 de abril de 1981).

5. Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer (29 d abril de 1981).

6. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (12 de mayo de 1981).

7. Convención sobre Asilo Territorial (4 de mayo de 1981).

Sin embargo, es de señalarse que aún entonces se mantuvo una actitud cínica por parte del gobierno, que si bien consideró conveniente que México fuese parte en esos tratados, no estuvo dispuesto a aceptar ningún mecanismo directo de control sobre la vigencia interna de los derechos humanos, que pudiera dar pie a una denuncia que pusiera en situación incómoda al gobierno mexicano. Así se expreso López Portillo respecto del control previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

> No se ha juzgado procedente recomendar la adhesión de México al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que atribuye al Comité de Derechos Humanos –establecido en virtud de la Parte Cuarta del Pacto- amplias facultades en materia de violaciones del propio Pacto por algún Estado Parte, ni hacer la declaración prevista en el artículo 41 para reconocer la competencia del Comité en cuanto a las acusaciones de un Estado contra otro, por estimarse que la estructura jurídica y política de nuestro país –a diferencia de otros- permite corregir las fallas que existan en el régimen interno de protección de los derechos humanos. Además, el Protocolo sólo está en vigor para 22 Estados.[72]

[72] Ibídem. p.89.

Y respecto a la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirmo:

> "La aceptación de la jurisdicción obligatoria y automática de la Corte Interamericana estaría fuera de lugar por ahora, toda vez que la legislación nacional prevé los recursos necesarios para corregir cualquier falla en la estructura de preservación de las garantías individuales en el país".[73]

Evidentemente que la afirmación de que en México existían los elementos jurídicos y políticos para corregir las deficiencias en el respeto a los derechos humanos no es más que una excusa; como lo señalo Jorge Carpizo refiriéndose al "por ahora"[74], que utilizó López Portillo para no aceptar la jurisdicción de dicho tribunal internacional, pues significaría que cuando las cosas fuesen mal en México, es cuando debía aceptarse dicha jurisdicción. Carpizo concede que esto no fue más que un descuido de redacción, pero es mucho más y expresa el tremendo temor por parte del gobierno mexicano de ser exhibido en foros internacionales, como lo es actualmente (Zedillo acepto finalmente la jurisdicción de la Corte en 1998).

Sin embargo, resulta triste señalar que aún hoy día, la ignorancia sobre la existencia de estos instrumentos en nuestro derecho es generalizada, incluso por aquellos que en principio deberían encargarse de su aplicación, como son funcionarios y jueces, aun cuando el sistema jurídico-político mexicano incorporó en el artículo 133 de la Constitución, a los tratados internacionales que se celebrarán de acuerdo a la misma y les otorgó el carácter de ley suprema, mismo que fue ratificado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante la siguiente jurisprudencia:

> ***"TRATADOS INTERNACIONALES, SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.*** *Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la ley suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en*

[73] Ibídem. p. 92.
[74] CARPIZO, Jorge. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución Mexicana, Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana. UNAM. México. p. 34.

la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales" y, la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES, TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA"; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal."[75]

[75]Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

(Nota: Esta Jurisprudencia está superada con la reforma constitucional de junio de 2011, donde iguala a nivel Constitucional, los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos)

El 28 de enero de 1992, el entonces presidente Salinas de Gortari, reforma la Constitución adicionándole un segundo párrafo al artículo 102, en el que se establece la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, quien buscó con ello legitimarse habida cuenta que el proceso electoral que lo llevó a la Presidencia resultó dudoso para muchos.

Este organismo aún no entendido cabalmente en su función y trascendencia no sólo por el pueblo lego en la materia, o por autoridades de muy bajo nivel en la procuración de justicia, que ven en la institución un freno a su acostumbrado actuar impune, sino incluso, como ya se mencionó, por distinguidos miembros de nuestro más alto tribunal, ha resultado incapaz de proteger, defender y salvaguardar los derechos humanos en nuestro país; amén de que la misma Comisión ha contribuido a su descrédito al avalar la actual intervención del ejercito en tareas civiles de seguridad pública, so pretexto del combate al crimen organizado, narcotráfico y terrorismo, el cual deviene en un acto anticonstitucional[76], que vulnera la legalidad jurídica y los Derechos Humanos del pueblo mexicano y que obedece más a fines políticos y globalizadores, que a la preocupación de salvaguardar los intereses de la sociedad civil en el aspecto de seguridad pública; ejemplo de esto es su posición ante los eventos ocurridos últimamente en la que los soldados se han visto involucrados en las muertes de civiles, casos como el de los estudiantes del TEC de Monterrey, o el de la indígena totonaca de la tercera edad de Songolica, Veracruz, Ernestina Asención, entre muchos otros.[77]

1.6. Diferencia entre Garantías Individuales y Derechos Humanos.

Dentro de nuestro orden jurídico a los derechos esenciales de los cuales gozan los gobernados se les llama garantías individuales. En este sentido, el primer párrafo del artículo 1° de nuestra Constitución Política señala:

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

[76] El artículo 129 Constitucional ordena que: "En tiempos de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar".

[77] En México, el presidente Calderón desplegó cuarenta mil soldados militares y cinco mil policías federales a once estados a partir de hace un año y medio cuando declaró la guerra contra el crimen organizado. Eso ha convertido muchas partes del país en una verdadera zona de guerra, con los siguientes resultados: convoyes militares con tanques patrullan las calles; hay retenes militares en las carreteras y calles, y ha pasado que los militares han matado familias enteras en dichos retenes, soldados revisan las casas sin ordenes de cateo, soldados han violado mujeres y niñas, la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha documentado 634 casos de abuso por militares. Bricker, Kristin. *Reporter's Notebook.* 12 de octubre de 2008.

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 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

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.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

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. [78]

Más aún, al Capítulo I, del Titulo Primero de nuestra Carta Magna se denomina "De las Garantías Individuales". Dentro de todo el texto constitucional se habla de garantías individuales.

Por otro lado, el término "derechos humanos" es de poco uso en nuestra normatividad jurídica[79], aunque es el término más usual en el Derecho Internacional. Hay quienes identifican a las garantías individuales con los derechos humanos, creyendo que son sinónimos, los cual es incorrecto. Una distinción importante es por su fuente; las primeras se consagran en la Constitución, los segundos principalmente en los tratados, así como en la costumbre internacional.

Los derechos humanos y las garantías individuales tienen su más importante antecedente en la teoría de los derechos innatos, elaborada por la Escuela del Derecho Natural. Sin

---

[78]Cabe recordar nuevamente que nuestro sistema jurídico es iuspositivista, ya que dichas garantías se "otorgan" por la norma jurídica, no se "reconocen" como lo hacia la Constitución de 1857, la cual era de corte iusnaturalista.

[79]A pesar de que la Constitución, la Ley de Amparo y otros ordenamientos conexos hablan de garantías individuales, el termino "derechos humanos" se introduce en nuestro sistema jurídico con la creación del apartado B del artículo 102 Constitucional, en el que, como ya se dijo, se contempla la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

embargo, los primeros -también llamados en ese tiempo derechos del hombre- y las segundas tomaron un cause político.

La teoría de los derechos innatos elaborada por el iusnaturalismo racionalista sería tomada como bandera y justificación de las aspiraciones de la clase burguesa. Esto se da como reacción al Estado Absolutista, como una necesidad de limitar ese enorme poder de la clase gobernante y una posibilidad de la burguesía para acceder al poder, de ahí surge la concepción básica de los derechos humanos y las garantías individuales, "derechos de los gobernados que limitan al Estado". Esto se puede ilustrar claramente con el título de una obra de Guillermo de Humboldt: *Ideas para un intento de limitación de la actividad del Estado.*[80]

La teoría de los derechos innatos es modificada para cumplir con los ideales políticos de la clase comerciante, se emprenden las grandes revoluciones liberales del siglo XVIII, destacándose la Revolución Francesa. De ahí que uno de los frutos de dicha insurrección fuera la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la cual podemos encontrar consagrada la ideología política de sus autores, como se puede apreciar en su artículo II, el cual reza: "El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Éstos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

Tales ideas liberales fueron las que prevalecieron durante el siglo XIX, teniendo una notable influencia en el ordenamiento jurídico mexicano, de tal manera que a nuestras Constituciones se incorporó una parte dogmática, la cual tomó un matiz social en nuestra Constitución de 1917, en la que además de contener garantías individuales se consagraron garantías sociales.

En cuanto a su definición señala que las garantías individuales son las relaciones jurídicas de supra a subordinación que se establecen entre el gobernado, por un lado, y de cualquier autoridad del Estado, por el otro; relación de la que surge un derecho subjetivo a favor del gobernado, y un deber para el Estado y sus autoridades consistente en respetar ese derecho del gobernado; teniendo como fuente la Constitución Política.[81]

De la anterior definición se pueden desprender los caracteres distintivos de las garantías individuales. En primer lugar tenemos un sujeto activo que es el gobernado; es de subrayar que se habla de "gobernado" y no de "ser humano", lo que supondría una mayor protección, ya que no sólo las personas físicas son tuteladas por las garantías

---

[80] GONZALEZ URIBE, Héctor. *Teoría Política*. Porrúa. México. 1995. p. 569.
[81] BURGOA, Ignacio. *óp. cit.* p.187.

individuales, sino también las personas morales.[82] Esto claro, en las garantías que por su naturaleza pueden tener las personas morales; ejemplo: una persona moral no puede gozar de la garantía referente a la libertad de formar una familia, pues las personas morales no pueden tener familia; en cambio, las personas morales gozan de otras garantías como la garantía de audiencia o la garantía de propiedad.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, este es el Estado y sus autoridades, incluidos los organismos paraestatales, siempre y cuando haya una relación de supra a subordinación.[83] El hecho de que el sujeto pasivo de las garantías individuales sea el Estado, tiene su causa en la ya referida politización de la teoría de los derechos innatos.

Otra característica de importancia, es que la fuente de las garantías individuales es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,[84] lo que implica que debido a la jerarquía normativa establecida en el numeral 133 del citado ordenamiento, las garantías individuales están por encima de lo dispuesto en cualquier ley federal y estatal, así como prevalecerán sobre lo dispuesto en cualquier tratado firmado por el Ejecutivo y aprobado por el Senado.

En materia de Derecho Internacional no se habla de garantías individuales, ya que tanto la doctrina como los diversos instrumentos internacionales se refieren a derechos humanos y obviamente sólo protege a los seres humanos; ejemplo de ésta lo observamos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[85] que en su artículo 1.1 impone a los Estados la obligación de respetar los derechos contenidos en ella, en relación con cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción. Posteriormente para no dejar lugar a dudas, señala en su artículo 1.2 que para los efectos de dicha Convención, persona es todo ser humano. Por lo que se puede afirmar que el sujeto activo de los derechos humanos son los seres humanos (personas físicas) y que el sujeto activo es el Estado.

Carbonell establece la diferencia entre derechos humanos, derechos fundamentales y garantías individuales.[86] Considera que este ultimo termino está mal empleado si lo que se pretende es hacer referencia a los derechos del individuo, lo cual ejemplifica a través de un caso de derecho privado, estableciendo que se confunde el contenido de una

---

[82] Ibídem. p. 169.
[83] Ibídem. p. 178.
[84] Ibídem. p. 186.
[85] Adoptada en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, (de ahí que se llame Pacto de San José) y entrada en vigor en julio de 1978. México se adhirió a ella el 24 de marzo de 1981.
[86] CARBONELL, Miguel. *Garantías Individuales, Los derechos fundamentales en México* en *Glosario de términos básicos sobre derechos humanos.* Universidad Iberoamericana. México. 2006. p. 69.

obligación (por ejemplo, entregar un bien en un contrato de compraventa) con la garantía (por ejemplo, aval o hipoteca) que se establece en caso de incumplimiento.

Este mismo autor establece que derechos fundamentales son los derechos humanos que están previstos en el texto Constitucional y en tratados internacionales, mientras que los derechos humanos constituyen una garantía más amplia. En este sentido, las garantías individuales son, como se ha dicho, no los derechos en sí, sino las protecciones constitucionales que tienen el fin de garantizarlos.

Sobre el alcance de las garantías individuales, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (Amparo en revisión 597/73) ha establecido que:

> Las garantías constitucionales no deben tomarse como un catálogo (sic) rígido. Invariante y limitativo de derechos concedidos a los gobernados, que deba interpretarse por los tribunales de amparo, en forma rigorista, porque ello desvirtuaría la esencia misma de dichas garantías. Más bien debe estimarse que se trata de principios o lineamientos vivos y sujetos a la evolución de las necesidades sociales, dentro del espíritu que animó al Constituyente al establecerlos.
> De lo contrario, se alteraría la función esencial de las garantías constitucionales y del juicio de amparo, al entenderlas y aplicarlas en forma que hiciera sentir opresión a los gobernados, y limitación en la defensa de sus derechos, en vez de hacer sentir el ambiente de derecho y libertad que con dichas garantías se pretende establecer en el país. No sería posible aplicar en la actual complejidad política, económica y social de un medio cambiante, rigorismos literales de normas que contienen principios e ideas generales, pero que no pudieron siempre prever necesariamente las consecuencias de sus principios.[87]

En conclusión, las garantías individuales son derechos inherentes a la persona humana en virtud de su propia naturaleza y de las cosas que el Estado reconoce en el artículo 1° Constitucional, respetándolas y protegiéndolas mediante un orden jurídico y social que permita el libre desenvolvimiento de las personas de acuerdo con su vocación.

Los derechos humanos establecen el reconocimiento a la dignidad inherente a la raza humana y sus derechos fundamentales a través de una Declaración Universal en la que se proclaman los derechos humanos como normas que deben procurar todos los pueblos de la Tierra.

---

[87]Amparo en revisión 597/73. Cámara Nacional de la Industria de la Transformación. 11 de febrero de 1974. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima Época.

Al igual que las garantías individuales, los derechos humanos tienen como finalidad la protección de la dignidad humana para el pleno desarrollo de todos los seres humanos.

CAPÍTULO II
SISTEMAS PROCESALES Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

2.1. Concepto de sistemas procesales.

La justicia penal mexicana se enfrenta al reto más importante que la sociedad le impone, el de brindar un marco de respuesta adecuado al conflicto penal. Para ello, debe adoptar un sistema procesal que permita, por un lado, dar una respuesta solida y firme al fenómeno de la delincuencia que aflige a nuestro país, y por otro lado, brindar las garantías necesarias para los actores que participan en el drama penal.

El proceso transformador de la justicia penal que se pretende dar en la reforma a la Constitución Federal, de junio de 2008, implica un retroceso al espíritu garantista, al principio de progresividad, ya que se violentan las garantías individuales y los derechos humanos establecidos con anterioridad por el Constituyente en nuestra Carta Magna, alejándose del marco de respeto de los principios y garantías procesales que estaban reconocidos en ésta.

En este capítulo se hará un análisis sucinto de los diferentes sistemas acusatorios, que incluye la descripción del modelo del sistema acusatorio con tendencia adversarial adoptado en dicha reforma, según reza el primer párrafo del artículo 20 Constitucional.

Durante las dos últimas décadas, la mayor parte de los países latinoamericanos han desarrollado procesos de reforma de sus sistemas de justicia penal; lo cual conlleva a una bipolaridad en el tipo de sistema de proceso penal adoptado en los países de la región; ésta, en términos de Fernando Tocora, está dirigida, o bien, a mantener un sistema procesal de corte inquisitivo, o a adoptar un modelo procesal acusatorio.[88]

En este sentido, por sistema procesal entendemos el conjunto de principios y garantías que configuran tanto el rol de los actores, el objeto u objetos de debate en sede de justicia penal, así como, el esquema procedimental del proceso penal, respondiendo a una determinada ideología o filosofía (teóricas o pragmáticas).[89]

Al respecto, se resalta el término "ideología"[90] entendida como línea de pensamiento que responde al logro de determinados objetivos e intereses por parte del grupo social. En este sentido, se debería afirmar que el proceso penal no debe responder a ninguna ideología, dado que, el juez solamente está para aplicar el derecho sustantivo.

---

[88]TOCORA, Fernando. *La reforma procesal penal en América Latina en Revista Capítulo Criminológico. Vol. 33. No. 04.* Universidad de Zulia. Venezuela. 2005. p. 448.

[89] SUPERTI, Héctor. *Derecho Procesal Penal.* Edit. Juris. Argentina. 1998. p.6.

[90]Se define a la ideología como la representación que un grupo se hace de la estructura interna de la sociedad y de su situación en la misma, representación en la que se anticipan los intereses de ese grupo y que proporciona un criterio de acción. Por eso se habla comúnmente de ideología comunista, marxista, etc. *Consultor jurídico digital de Honduras. Diccionario Jurídico Edición 2005.* p. 1068.

Sin embargo, en la praxis, el sistema de justicia penal de un Estado responde a una determina ideología, que a lo largo de la historia ha girado en torno al papel que debe cumplir el Estado frente al fenómeno del delito y, por extensión a los roles que deben ser asumidos tanto por el juez como por las partes; es decir, de un Estado que, para actuar, requiere de la acusación de una supuesta víctima o de aquel que defiende los intereses públicos afectados, dinamizando la actuación de las partes (sistema acusatorio), hasta de un Estado que, en aras de la protección a ultranza de su funcionamiento así como de la sociedad, puede actuar de oficio, sin necesidad de acusación previa, fortaleciendo el rol del juzgador (sistema inquisitivo).

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

De ahí que, es imprescindible considerar que el proceso tiene esencia única, y por lo tanto, sus elementos estructurales (acción, jurisdicción, defensa) y los principios que los rigen, deben estudiarse organizadamente, sin perjuicio de que en los distintos procedimientos adquieran características propias, las que no deben modificar su naturaleza o esencia si queremos seguir hablando de proceso. Ello encuentra fundamento en el fin y sentido del juicio, que no está (o no debe estar) al mero servicio del derecho sustantivo, sino que es uno de los métodos civilizados y pacíficos para dirimir conflictos, más allá de las normas que capten esos conflictos (civiles, penales, laborales, etc.), debiendo substanciarse con estricto apego al respeto de las garantías individuales y de los derechos humanos.

2.2. Sistema acusatorio clásico.

Esta forma de enjuiciamiento penal rigió durante el antiguo mundo europeo. La característica fundamental del sistema acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso.

El sistema acusatorio ha presentado diversas manifestaciones a lo largo de la historia. En Roma, en la vida monárquica, la justicia fue originariamente administrada por el Rey o por medio de sus representantes llamados duunviros[91] y durante los primeros tiempos de la República por los Cónsules, quienes delegaban funciones judiciales. La justicia pública estuvo excepcionalmente a cargo de las Centurias, que no eran sino las asambleas mixtas de patricios y plebeyos instituidas por las leyes Valeriae para sustituir a los

[91]Del latín *duumvir;* cada uno de ciertos magistrados en la antigua Roma. Diccionario de la lengua española. Real Academia Española Vigésima segunda edición, versión digital.

Cónsules y donde el procedimiento era oral y público, hasta que el Jurado se convirtió en el Tribunal ordinario del *Iuditium publicum.*[92]

Durante el Imperio el Jurado decayó, pero la facultad de juzgar recayó en el *Praefectus urbis* y *Praefectus vigilum,* reservándose las apelaciones para el *Sacrum Consistorium* (Consejo del Emperador).[93]

La *Quaestio* o *accusatio,*[94]cuya denominación se toma del *quarestor,* que era la persona que presidía el jurado; y la segunda *acussatio,* por ser la base del proceso, se constituyó en el procedimiento ordinario en materia de *iuditium publicum:* las *quaestiones perpetuae.* Bajo este régimen el derecho de acusar correspondía a cualquier ciudadano (acción popular), con algunas limitaciones de dignidad y sexo, pues no podían hacerlo los indignos y mujeres; y también por cuestiones de función, ya que los magistrados no podían ejecutarlo, salvo que se tratara de delitos muy graves que atentaban contra la sociedad. El peligro de acusaciones irresponsables se conjuraba con una exigencia del acusador de solvencia material y moral. Se le sancionaba con una multa y como reo de calumnia, si no conseguía la condena del acusado; el proceso era oral y público, el acusado podía ejercer su derecho a la defensa de manera personal o por medio de su defensor o patrono, quien podía ofrecer pruebas, las cargas de estas últimas correspondía al acusador.

En España, el Fuero Juzgo[95] sigue el sistema acusatorio para promover el proceso; sólo se procedía a instancia del ofendido (acción privada), y en los casos de homicidio era ejercitada la acción por los deudos del occiso, la querella era escrita y descriptiva; los actos procesales se llevan a cabo privadamente, pero se mantiene el carácter contradictorio, la desconcentración de funciones, de lo que proviene el *accusatio,* y

---

[92] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal.* Edit. Indemsa. Lima, Perú. 2004. p.174.

[93] ODERIEGO, Mario. *Lecciones de Derecho Procesal.* Edit. De Palma. Buenos Aires. 1973. p. 57.

[94] Díaz de León, señala que en Roma apareció la *acussatio denuncia* como formas de llevar las pretensiones penales directamente al magistrado; el proceso acusatorio se delinea en el proceso formulario y, después en el proceso más avanzado que fue el extraordinario, cuyos rasgos característicos de ser oral, público, contradictorio y ritualista en extremo se ven con claridad ya durante la época del emperador Dioclesiano, más o menos, según Díaz de León, en el año 294 d.C., siendo notorio, además que fue en este procedimiento donde apareció la tortura, y aunque Augusto negó con juramento haber torturado a un procesado de nombre Gelio, y que Claudio al subir al trono juró que no torturaría a hombres libres. Díaz de León, Marco Antonio. *Sistemas Procesales Penales de Cara al Nuevo Siglo* en la *Ciencia Penal y la Política Criminal en el umbral del Siglo XXI.* INACIPE. México. 1998. p. 274.

[95]El Fuero Juzgo fue el cuerpo de leyes que rigió en la península Ibérica durante la dominación visigoda y que supuso el establecimiento de una norma de justicia común para visigodos e hispano romanos. Las casi seiscientas leyes que lo componen se conservaron en latín hasta el siglo XIII cuando Fernando III el Santo ordenó su traducción para que se otorgara a la ciudad de Córdoba como fuero propio. Dentro de su amplio contenido, destacan, entre otras disposiciones, los supuestos en que se autorizaba el divorcio, el deber cívico de acudir a la hueste, los diferentes tipos de contratos, el procedimiento a seguir en el juicio, etc.

también de las costumbres germánicas: el juez no es instructor sino árbitro, que se atiene a las probanzas aportadas por los interesados. La confesión tiene valor formal, es la *probatio probatissima;* se admite el tormento para provocarla (como en Germania, Roma y Grecia); se prohíbe el duelo judicial y las ordalías[96]como formas de provocar la verdad, sustituyéndolas por un sistema de pruebas racionales.

Su principio fundamental del sistema acusatorio se afirma en la exigencia de que la actuación decisoria de un tribunal y los límites de la misma están condicionados a la acción de un acusador y al contenido de ese reclamo pues *NEMO IUDEX SINE ACTORE Y NE PROCEDAT IUDEX EX OFFICIO; (*sin actor no procede el juez de oficio, [la traducción es mía]) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye.[97]En la actualidad, el moderno proceso penal conserva tal principio, dado que, el Ministerio Público recoge las denuncias y las pretende ante un juez mediante la acción penal, que es pública, única e indivisible y que ha reivindicado para sí estos principios del proceso acusatorio los cuales subsisten al día de hoy, ya que el juez no inicia proceso sin ejercicio previo de la acción.[98]

Una de las características del sistema acusatorio consiste en que, por lo general, la jurisdicción penal reside en tribunales populares (asambleas del pueblo, en algunos casos y, en otros tribunales constituidos por jurados). El Tribunal se desenvuelve como árbitro entre dos partes y tendrá como límites de su decisión el hecho (o los hechos) y las circunstancias precisadas por el acusador en su pretensión.[99] Aquí, es importante destacar que el juez del sistema *common law* sólo es rector de la equidad del proceso, pero no decide, porque dicha facultad es delegada al jurado; en tanto que el juez en nuestro sistema legal, le competen tanto la decisión como la rectoría del proceso.

El acusado es considerado como un sujeto de derechos y en una posición de igualdad con el acusador. El procedimiento se destaca por la existencia de un debate, generalmente público, oral, continuo y contradictorio. En la valoración de la prueba impera

---

[96]Así se llamo a los medios probatorios en los que se partía de la idea de que Dios intervenía en los procesos criminales para salvar al inocente y castigar al culpable. *Consultor Jurídico Digital de Honduras. Diccionario Jurídico Edición 2005.* p. 1096.

[97]Indica Gómez Colomer que en este sistema el Tribunal no puede proceder de oficio aunque ve cometerse el delito ante sus ojos, en ese caso debe proceder a comunicarlo al Fiscal; el Tribunal no puede extender el proceso pendiente a otras personas, ni a otros hechos del mismo autor independientes jurídicamente; el órgano estatal competente para la formulación de la acusación es la Fiscalía. Gómez Colomer, Juan Luis. *El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas.* Edit. Bosch. España. 1985. p. 47.

[98] DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Óp. Cit.* p. 275.

[99] En ocasiones este sistema ha sido conceptualizado como privado, porque era el ofendido quien estaba autorizado a perseguir penalmente; en otra como popular, porque se concebía el derecho de perseguir penalmente a cualquier ciudadano o a cualquier persona del pueblo. Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal, Fundamentos.* Tomo I. Edit. Del Puerto. Buenos Aires, Argentina. 1996. p.45.

el sistema de la intima convicción y la sentencia es fruto del resultado de la votación de una mayoría determinada o de la unanimidad de los jueces.

La distinción de la potestad punitiva entre acusación-acción y juicio-jurisdicción, representa una garantía irremplazable para que el debido proceso constitucional sea justo. Tal premisa implica la imprescindible separación entre las funciones de investigación, por un lado, y juzgamiento, por el otro. La primera función debe estar a cargo del Ministerio Público para protegerse la imparcialidad del Tribunal.[100]

Lo que define un proceso con tendencia acusatoria en contra del modelo inquisitivo, es la apreciación de los hechos por un juez imparcial y la valoración del material probatorio que sustenta la posición de los sujetos procesales en igualdad. Esta configuración se garantiza por medio de la categoría del principio acusatorio.

2.3. Sistema Inquisitivo.

Entre los siglos IV y V, el Imperio Romano realiza la histórica legalización de la Iglesia Católica, la cual poco después se transforma no sólo en un ente político distinto del Estado de aquella época sino que se convierte en un factor real de poder que compite con el Estado, crea ya sus propios tribunales, originando un sistema de enjuiciamiento llamado inquisitivo, donde aparece la delación anónima, la intervención *ex officio* (de oficio) y entonces el juez sin estar sujeto a la instancia de parte en proceso, directamente lo instruye inquisitivamente, con independencia de la actuación o inactuación de los litigantes.[101]

Este sistema establece la concepción absoluta del poder central y del escaso valor que se otorga a la persona humana individual frente al orden social. Consecuencia de ello es la consideración del imputado como un simple objeto de investigación; no contando con la posibilidad cierta de defenderse de la acusación formulada en su contra. Las premisas fundamentales del sistema inquisitivo son: la persecución penal pública y obligatoria de delitos y la averiguación de la verdad.[102]

Se inspiró en el Derecho romano imperial de la última época (con Inocencio III) y fue perfeccionado por el Derecho canónico, sobre el que a su vez se asentó la Inquisición

---

[100]Carnelutti afirma que el Ministerio Público es una parte artificial, no una parte natural, puesto que constituye nota esencial al proceso penal la existencia de un solo interés, el interés del imputado en obtener una respuesta jurisdiccional favorable a su presunción de inocencia, mientras que el Fiscal opera en el proceso, no por un interés, sino por oficio. Carnelitti, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal. Vol. I.* Edit. Bosch. Buenos Aires, Argentina. 1950. p. 222.

[101] DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *óp. cit.* p. 275.

[102]VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *El Proceso Penal.* Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España. 1992. p. 79.

laica. Su nota distintiva estriba en la concentración del poder procesal en el inquisidor, quien ostenta la tarea de persecución y decisión.

En él no tiene cabida lo contradictorio, con lo cual surge una radical diferencia con el sistema acusatorio, toda vez que en el inquisitivo, el monarca es el titular de la jurisdicción penal en su integridad. La administración de justicia se organiza jerárquicamente.

El procedimiento se configura en una investigación secreta, inducida al impedimento del debate. Se realiza de manera discontinua, en tanto vayan surgiendo elementos que posibiliten su prosecución; en él rige el sistema de prueba legal, siendo el fallo apelable, generalmente con efecto devolutivo. Sostiene Maier que "el procedimiento inquisitivo se extendió por toda Europa continental, triunfando sobre el Derecho germano y la organización señorial (feudal) de la administración de justicia, desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII".[103]

Este sistema se introduce en la legislación española mediante el proceso canónico; la etapa instructora dejó de ser pública, se instauró el régimen de delaciones, manteniéndose en secreto al denunciante; el juez asumió una concentración funcional, absorbiendo las funciones que correspondían a las partes; en los inicios la jurisdicción de la Iglesia se limitaba a los clérigos, pero luego se fue extendiendo su atención a las personas laicas, por razón de la materia del injusto reprochado, (atentados contra la fe, la herejía, la adivinanza, la magia, la usura y el adulterio); la Iglesia fue absorbiendo la materia justiciable y lo que comenzó a ser un fuero de excepción se convirtió en lo ordinario o común, instituyéndose el llamado Tribunal de la Inquisición o Santo Oficio.[104]

En 1265, la Ley de las Siete Partidas de don Alfonso X "el Sabio", instituyó en España el sistema procesal penal inquisitorial (*inquisitio ex oficio*), que permitió que la autoridad judicial estuviera facultada para practicar la averiguación inicial de un delito, tuviera un poder ilimitado e incontrastado frente al acusado, el que quedó impotente para defenderse, por estar incomunicado, por carecer de la facultad de nombrar defensor y por que las diligencias indagatorias eran secretas. Desde entonces se consideró que la confesión del acusado era "la reina de las pruebas", y, para obtenerla, además de la incomunicación y del secreto, se legalizó la institución del tormento.

Para Kurt Madlener, del Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero e internacional para España e Hispano-América, el sistema inquisitivo denota un poder aplastante de la

---

[103]Agrega que el punto final (del sistema inquisitivo), lo marcó el comienzo de la nueva República representativa, con la Revolución Francesa, que representa el triunfo del Iluminismo, a cuyo abrigo, y por influencia de la dominación napoleónica posterior, se renueva toda la organización política de Europa continental, naciendo así el denominado procedimiento mixto que, según el autor citado significó solamente una modificación del sistema inquisitivo. Maier, Julio. *óp. cit.* p. 449.

[104] ODERIEGO, Mario. *óp. cit. p. 68.*

justicia y del Juez, una falta de posibilidad de defensa, el empleo de la tortura, las penas arbitrarias y una falta total de independencia del juez que sólo era el encargado del soberano, que en esa época era el personaje principal absoluto del Estado y así también de la justicia.[105]

El sistema inquisitivo presenta características opuestas al acusatorio:

*La acción penal es de naturaleza pública, se ejercita de oficio por el Juez; se propugna la defensa de los intereses de la sociedad.

*No existe distinción en las personas de los sujetos procesales. El juez concentra las funciones de acusación, defensa y juzgamiento.

*Se limita la defensa particular del imputado pues el Juez asume dicho papel.

*Se rige bajo el sistema de prueba legal o tasada, siendo la confesión del imputado la principal prueba. Ello derivó en la arbitrariedad, recurriéndose a medios como la prueba divina o juicios de Dios, donde la tortura era el medio más empleado para obtener confesiones.

*El proceso penal se realiza en secreto "casi a la emboscada", predomina la escritura, la rapidez y no es contradictorio. La instrucción se realizaba a espaldas del imputado; las pruebas se actuaban sin conocimiento de éste. El plenario[106] fue introducido por los españoles a efecto de la defensa del acusado.

*El imputado permanece en prisión preventiva hasta que se dicte la sentencia.

*La sentencia es dictada por el mismo Juez, con posibilidad de ser impugnada.[107]

El sistema inquisitivo no era pues un verdadero proceso. La aplicación de la ley penal correspondía a los tribunales, pero éstos no utilizaban el proceso; se trataba entonces de un derecho penal "típicamente administrativo" y en su actividad no se respetaron los principios de dualidad de partes, contradicción e igualdad, que hacen la esencia misma de la existencia del proceso.

En el proceso inquisitorial no se establece un diálogo ni debate, sino una relación de poder orientada a obtener sumisión. De allí que el infractor (que se constituye como tal, una vez que ingresa al sistema inquisitorial, es decir, se ha admitido la denuncia, algo

---

[105] MADLENER, Kurt. *Derecho Procesal Penal y Derechos Humanos.* INACIPE. México. 1998. p.203.

[106] Según el Diccionario de la Lengua Española *plenario* es la parte del proceso criminal que sigue al sumario hasta la sentencia y durante el cual se exponen los cargos y las defensas. *Diccionario de la Lengua Española. óp. cit.* p.1786.

[107] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *óp. cit.* p. 177.

similar a lo que ocurre con el actual uso de la prisión preventiva) sea un objeto que debe ser transformado (cosificación y despersonalización, que dura hasta nuestros días). La escritura y el secreto constituyen un mundo judicial, autorreferente, autista respecto al entorno social, con un lenguaje propio (todavía se habla en los tribunales de un modo distinto y se usan fórmulas antiguas del español), preocupado preferentemente de sus reglas internas, de sus mandatos de adaptación; se instaura el régimen de delaciones, manteniéndose en secreto al denunciante (en las reformas a estudio se suprimieron los careos constitucionales y se estableció la figura de testigo protegido); al principio la jurisdicción de la Iglesia se limitaba a los clérigos pero después fue ampliando su competencia a las personas laicas, y lo que comenzó como un fuero de excepción se convirtió en lo común (el peligro de estas reformas a estudio es que están creando un Estado de excepción en "la lucha contra la delincuencia organizada" y posteriormente puedan aplicarse al general de la población con motivo de la protesta social y en "aras" de la seguridad), etcétera. De este mundo cerrado nace la cultura inquisitiva, que es la matriz básica de funcionamiento de nuestro actual sistema judicial.

2.4. Sistema Mixto.

Se asienta en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, diseminado por Europa continental como consecuencia del éxito de las ideas fundantes de la Revolución Francesa y del dominio napoleónico. Este sistema subsiste en nuestros días.[108]

En efecto, Napoleón pensaba que para tener un equilibrio entre la eficacia de la persecución penal y la defensa de los derechos del individuo había que tener una fase inquisitiva, así fungía como preparación para la audiencia pública, lo cual constituía la segunda etapa que estaba investida por los principios del sistema acusatorio, convirtiéndose en la fase principal del proceso.

Puede decirse que en el sistema penal actual perduran dos postulados del Inquisitivo: la persecución pública de los delitos, como regla, y la averiguación de la verdad histórica como fin del proceso penal, piedra angular que debe sustentar la sentencia.

Estos postulados dejaron de ser metas absolutas y se transformaron en valores relativos, frente al respeto de la dignidad de la persona humana; circunstancia que otorgó otra fisonomía a los medios utilizados para alcanzar los resultados buscados.

Adquirieron relevancia las garantías y los derechos individuales, lo que trajo aparejado el tratamiento del imputado como inocente, hasta tanto una sentencia firme no declare lo

[108]DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *óp. cit.* p. 276.

contrario. Se hizo así imprescindible un juicio previo, tramitado de conformidad a las pautas legales, garantes de la libertad y de la defensa.

Se prohibió toda coacción contra el imputado, a quien se considera sujeto de derechos y se encuentra en el proceso (al menos en teoría) en una situación de paridad con el acusador. En el caso de que el imputado no pueda o no desee nombrar defensor de confianza, el Estado tiene el deber de designarle de oficio un defensor.

En algunos ordenamientos se aplica el sistema de la intima convicción en la valoración de la prueba y, en otros el de la libre convicción o de la sana critica racional.

El procedimiento se divide en tres etapas: investigación preliminar a cargo del Ministerio Público o del Juez Penal; un procedimiento intermedio (requerimiento de juicio público o acusación, o sobreseimiento) y, el juicio o procedimiento principal, en el decurso del cual se lleva a cabo el debate, cuyas notas distintivas son : la oralidad, publicidad, concentración, continuidad, inmediación y defensa.

Por lo demás, la decisión debe guardar íntima correlación con la acusación; culminando el juicio con la absolución o condena del inculpado, fundadas únicamente en los actos llevados a cabo durante ese debate. En el sistema mixto, no todos los delitos son de acción pública, toda vez que algunos dependen de la instancia del ofendido o damnificado.

La jurisdicción penal es ejercida por jueces profesionales o por tribunales populares, ya sea tribunales de jurados o tribunales compuestos por jueces profesionales y jueces accidentales.

El Ministerio Público o Fiscal reemplaza a la querella; pero el agraviado y sus parientes, siempre, y hasta cualquier persona en los casos de flagrancia, pueden directamente ocurrir al juez, para provocar con su denuncia que se investigue un delito. Es diverso el juez de instrucción del tribunal del fallo; pero la instrucción se lleva a cabo bajo la autoridad y vigilancia de éste último.

La instrucción tiene todas las facultades requeridas por la necesidad de perseguir el delito. El juicio es oral; pero un procedimiento en los casos de flagrante delito cuando la culpabilidad es indiscutible, en los delitos leves, y en aquellos contra el honor y la honestidad, permiten que la instrucción escrita sea utilizada por el tribunal del fallo. La instancia es única; pero el tribunal de casación está autorizado para modificar la sentencia condenatoria.

El sistema procesal mixto presenta las siguientes características:

*En la primera etapa de instrucción o denominada también sumario en algunas legislaciones, predominan las características del inquisitivo: la investigación es escrita, secreta o reservada y de iniciativa judicial, ya que sería impertinente realizar la instrucción bajo el principio de publicidad. En nuestro ordenamiento el director de esta etapa era el llamado juez instructor, hoy llamado juez penal.

*La publicidad de la instrucción haría imposible el descubrimiento de la verdad histórica; las oposiciones y dilaciones paralizarían el trabajo instructor, quitarían a la instrucción la seguridad y unidad de su marcha; permitirían al inculpado y a sus cómplices todavía no descubiertos, urdir tramas contra el procedimiento, haciendo desaparecer los vestigios del delito, destruyendo los documentos, intimidando y corrompiendo a los testigos, presentándolos falsos, en una palabra, hostilizando por todos los medios posibles el movimiento regular de la administración de la justicia, la cual sería una ironía.

*La persecución penal está a cargo de una autoridad estatal, el Ministerio Público o Fiscal, que tiene autoridad judicial, aún cuando es posible encontrar legislaciones en donde se posibilita el inicio del proceso penal *ex officio* por el juez.

*El imputado de un delito es sujeto de derechos; le corresponde el trato de inocente mientras no sea declarado culpable y condenado por sentencia firme. El impugnado goza del derecho a la libertad aún cuando ésta pueda ser objeto de privación; también le corresponde el derecho de defensa y la aportación de pruebas en igualdad con el acusador.

*Se pone de manifiesto el interés público de castigar el delito y el interés privado de conservar las libertades ciudadanas.

*La segunda etapa, de juzgamiento o denominada plenario o juicio oral, corresponde al estadio procesal donde predominan las características del acusatorio: publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y libre apreciación de prueba.

*La acusación es ejercida por el Ministerio Público o Ministerio Fiscal o por los particulares o conjuntamente, según los distintos ordenamientos jurídicos y la sentencia es dictada por el juez, que puede ser unipersonal o colegiado.

*La sentencia puede ser materia de revisión por la instancia superior.[109]

2.5. Sistema Acusatorio Garantista.

La tendencia actual, por tener raíces en el modelo acusatorio antiguo ha dado en llamarse modelo acusatorio garantista o liberal; su irrupción se debe a la necesidad de velar, en los

[109]SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *óp. cit.* p. 181.

tiempos actuales, por el respeto de los derechos humanos del imputado, al considerarlo como sujeto pasivo de la relación procesal frente al Estado.

En efecto, según este sistema, el proceso penal debe ser eficaz en su cometido de servir como instrumento para perseguir el delito; sin embargo, Zamora Pierce establece que esa persecución no debe ser bajo el principio de carta blanca, porque hay ciertos principios, los llamados derechos humanos que el Estado está obligado a proteger.[110]

Al respecto, Gómez Colomer ha señalado las siguientes características de este sistema:

a) Reconocimiento en exclusiva de la acción penal al Ministerio Fiscal, por tanto, monopolio acusador (legitimación activa única) para este órgano público con exclusión (o mínima intervención) generalmente de particulares sean o no ofendidos por el delito.

b) Atribución al Ministerio Fiscal de la competencia para instruir las causas penales, sustituyendo al Juez Instructor, sin perjuicio de la intervención ocasional de éste cuando resulte necesario

c) Otorgamiento al Ministerio Fiscal de facultades derivadas del Principio de Oportunidad para, ofreciendo bajo determinados presupuestos medidas alternativas al imputado, no perseguir el delito generalmente menos grave o leve, bien a través del instituto de la conformidad, bien a través de la llamada negociación sobre la declaración de culpabilidad.

d) Conversión del Ministerio Fiscal en autoridad principal, o incluso única, de la ejecución penal.[111]

Este modelo, además de replantear de modo protagónico la presencia del Fiscal en el proceso, destaca la tarea del Juez Penal, asignándole exclusivamente la facultad del fallo, dejando la labor de investigación en manos del Ministerio Público, el que, asistido de la Policía, deberá realizar las diligencias pertinentes a fin de cumplir con el objeto de la investigación.

Sin embargo, este sistema procesal es diferente al acusatorio adversarial, pues mientras el acusatorio garantista enfatiza en el aseguramiento del respeto a los derechos básicos del imputado, a través de la ampliación y el detalle de éstos, el acusatorio adversarial enfatiza el debate argumentativo de las posiciones de las partes nucleadas en su teoría del caso, en la etapa procesal denominada juicio oral o juzgamiento.[112]

---

[110]ZAMORA PIERCE, Jesús. *Derecho Procesal Penal y Derechos Humanos,* en *La Ciencia Penal y la Política Criminal en el umbral del Siglo XXI.* INACIPE. México. 1998. p. 197.
[111]GÓMEZ COLOMER, Juan L. *La instrucción del Proceso Penal por el Ministerio Fiscal; Aspectos Estructurales a la Luz del Derecho Comparado.* Revista Peruana de Derecho Procesal. Perú. 1997. p.338.
[112]GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Proceso Penal y Derechos Humanos.* Porrúa. México. 1992. p. 10.

El sistema acusatorio garantista nace en el seno de los países de Europa continental en forma de ideología de protección e internacionalización de los derechos humanos, a consecuencia de las dos guerras mundiales vividas, en las cuales el proceso penal fue utilizado como herramienta de terror y marco para la sanción de toda aquella contraria al régimen dictatorial que en aquellas épocas se vivía; el acusatorio adversarial encuentra su génesis en el sistema jurídico anglosajón, desarrollado más ampliamente en al doctrina norteamericana, a través de las prácticas y técnicas procesales aplicables en el juicio oral.

En este sentido, el objetivo del sistema acusatorio garantista es establecer, en el instrumento normativo un catálogo de principios, los cuales, aseguren el respeto a los derechos humanos, motivado a raíz del movimiento de los derechos humanos propio del orden internacional surgido al final de la guerra de 1945.

Aunque en principio, en palabras de Hernández Solís,[113] pareciera que la idea motriz de los derechos humanos responde a la exigencia de fijar las relaciones entre los Estados de la Comunidad de las Naciones; sin embargo, el ambiente que ha propiciado el nacimiento de estos nuevos derechos, y los problemas específicos que ha debido enfrentar, ha conducido ha orientar este movimiento hacia la protección de los derechos del individuo frente al Estado, lo cual introduce nuevas concepciones y puntos de vista acerca de las relaciones entre gobernantes y gobernados.

En este aspecto, la presencia del Estado y la noción de soberanía estatal están presentes en el discurso sobre los derechos humanos, por lo que se podría decir que, con motivo de ello, se replantea bajo una nueva óptica, y en una perspectiva universal, los conceptos fundamentales del Estado moderno y las categorías esenciales del constitucionalismo.

Este movimiento de los derechos humanos se presenta como fuerza ideológica para la estructuración de un sistema de justicia penal concreta; y ello, porque es en el ámbito penal en donde más peligran los derechos humanos, y donde su vulneración causa más daño. Es ahí donde más importa asegurarlos, por el efecto arrasador de no hacerlo, y su respeto genera el más alto beneficio. Esto es así, porque en el sistema penal, como en ninguno, quedan en trance, para ser perdidos o rescatados, todos los bienes jurídicos básicos del ser humano, más aún, del hombre mismo.

El combate a la delincuencia en nuestro país, se debe dar respetando los principios democráticos y muy especialmente la integridad y dignidad del hombre, plasmados en las garantías constitucionales, que antes de las reformas constitucionales de junio de 2008,

---

[113]HERNÁNDEZ SOLÍS, Abelardo Norberto. La integración de los derechos humanos al proceso penal. UNAM. México. 1996. p. 381.

consagraban principios fundamentales como la prohibición de tortura y de penas inhumanas o degradantes, la prohibición de diferencias arbitrarias, derecho de defensa y jurisdicción, la presunción de inocencia, respeto a la integridad física, derecho a estar separado de los condenados en el caso de los procesados, derecho a un régimen penitenciario adecuado, derecho de igualdad y derecho a todos aquellos beneficios que resulten ser aplicables a los procesados.

En su conjunto, los derechos humanos muestran una clara tendencia hacia la modernización y humanización de la justicia penal, tal como lo postula el sistema acusatorio garantista moderno, basado en la dignidad del hombre y los valores de libertad e igualdad, imponiendo el reto de actualizar y depurar los principios formativos del proceso penal, superando los elementos inquisitivos, secretos y autoritarios que se dan en nuestra legislación a raíz de las citadas reformas.

Una de estas garantías (vulnerada en las citadas reformas) es la presunción de inocencia, la misma que, según Ferrajoli, determina dos significados garantistas, los cuales se encuentran asociados, que son: la regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal y la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda.[114]

Como se puede apreciar, una garantía constitucional puede coadyuvar a la estructura del sistema de justicia penal; y eso es lo que persigue el sistema acusatorio garantista moderno, con base en los siguientes principios:

*Principio acusatorio. El cual denota la presencia de un sujeto que lleve la imputación penal ante el órgano decisor. Asimismo requiere, del acusador, de una información precisa y detallada de los cargos que pesan sobre el acusado, lo que incluye la razón jurídica de la imputación, que los tribunales pudieran presentar en su contra.

*Debido proceso. Es el conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Del mismo se desprende: a) acceso a la jurisdicción; b) igualdad en el proceso; c) derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial; d) derecho al plazo razonable de duración de un proceso; e) presunción de inocencia; f) derecho a la defensa; g) derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior; h) prohibición de doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos; i) la publicidad del proceso.

*Garantía del Juez Natural

* Garantía de la motivación escrita de las resoluciones.

---

[114]FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Edit. Trotta. Madrid. 2001. p. 551.

*Principio de no ser condenado en ausencia.

*Derecho de ser informado, inmediatamente y por escrito, de las causas y razones de su detención.

*Principio de gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos, y para todos, en los casos que la ley señala.

*Función del Ministerio Público de conducción desde su inicio de la investigación del delito, de dirección jurídico funcional de la Policía investigadora y de la acción penal, de oficio o a petición de parte.

2.6. Sistema acusatorio adversarial.

Este sistema no forma parte de la tradición europea continental, de la cual han surgido los sistemas procesales anteriormente comentados, ya que éste es extraído del procedimiento penal anglosajón.

El angloamericano es un procedimiento de partes (adversary system), en el que éstas deciden sobre la forma de llevar a cabo la prueba, quedando la decisión de culpabilidad en manos del jurado (veredict), mientras que el juez profesional (bench) se limita, en su caso, a la fijación de la pena (sentence). La confesión de culpabilidad (guilty plea) admite, pues, pasar directamente a esa individualización punitiva, lo que permite que desde hace cien años aproximadamente, los Fiscales y las defensas se presten a negociar tal reconocimiento (plea bargaining).

Entre sus principales rasgos tenemos:

*Postula un procedimiento marcadamente contradictorio, en donde toda la actividad procesal depende de al intervención de las partes. Este sistema obedece a la presencia de intereses jurídicos contrapuestos: los del acusador y los del acusado, los cuales son los llamados a exponerlos, fundamentarlos y dotarles de todo el marco probatorio y de valoración normativa, a fin de que un tercero (llámese observador imparcial), el cual es el juez, decida cuál interés le funda razonabilidad para ser amparado, dando un pronunciamiento en el que se oriente por la imposición o no de consecuencias jurídico-penales.

*Postula una igualdad funcional entre las partes tanto acusadora como acusada. Pareciera ser aquí donde se dan los primeros malos entendidos con referencia al sistema adversarial; un sector de los operadores jurídicos consideran que esta igualdad denota el destierro de toda aptitud déspota por parte del Fiscal para con el abogado defensor, cuando este último le solicitaba alguna información o le cuestionaba algún acto procesal. Por lo que en efecto, la igualdad funcional denota que, así como uno tiene la libertad y la

legitimidad para presentar los cargos que denotan la presencia de un titulo de imputación a un sujeto responsable, y todo ello a través de la presentación de los medios probatorios respectivos y dentro de los marcos legales, también la otra parte tiene la misma libertad, legitimidad y posibilidad para presentar el material probatorio de descargo, sin ninguna exclusión o restricción fuera de lo que la ley establece para ambas partes.

Así, lo que se eliminaría será la equivocada idea de que solo el Fiscal (o la parte civil) puede tachar alguna fuente de prueba u oponerse a un determinado medio probatorio, siendo inaceptable que, por ejemplo, el procesado tache a un testigo de cargo presentado por la fiscalía, o, se oponga a la realización de una inspección a un determinado establecimiento, solicitado por la fiscalía. La aplicación del sistema adversarial en nuestra realidad judicial implicaría aceptar el postulado de la igualdad funcional (o de armas): las mismas posibilidades normativas que tiene uno, lo tiene el otro, en el marco del proceso penal.

*Postula el rol de un juez con funciones de garantía y de fallo. Como se ha indicado, el modelo adversarial, insta un procedimiento penal marcadamente contradictorio, propio de la tradición anglosajona (denominado adversarial system), en donde toda la actividad procesal depende de la intervención de las partes y, tiene el efecto beneficioso de distinguir y separar claramente las tareas persecutorias y requirentes del titular de la acción penal pública –el Fiscal- de las tareas decisorias asignadas al tribunal: En este contexto, el juez se halla en inmejorables condiciones para actuar de modo imparcial, pues él nunca impulsa la persecución y se lomita a decidir las controversias y vigilar el cumplimiento de las reglas del procedimiento.

*Postula la presencia de mecanismos de solución al conflicto jurídico-penal, como por ejemplo las negociaciones y las conformidades, y de esta forma se gana en economía procesal, dado que, los profesionales se benefician con la disminución de las exigencias técnicas y la complejidad del trabajo. Los abogados pueden eludir riesgos de fracaso (con repercusión correspondiente en sus honorarios) y los jueces tendrían mejores posibilidades de hacer productiva y eficiente su labor de impartición de justicia, dado el aumento de cifras de sus sentencias y la disminución de la cuota de suspensión de juicios. [115]

Con estas características no se pretende afirmar que en el sistema acusatorio adversarial no hay cabida para el respeto de los derechos humanos, establecido como fuerza ideológica del sistema acusatorio garantista moderno. Por el contrario, el movimiento de los derechos humanos también ha influenciado, en una medida u otra, en los países del

[115]SABY, Sandra. La negociación penal y la conformidad, una necesaria reforma para el establecimiento del sistema adversarial en el proceso penal peruano, en Revista Diálogo con la Jurisprudencia, Vol. 10, No. 81. Lima, Perú. 2005. p. 160.

entorno anglosajón. Sin embargo, lo que se pretende dejar por sentado, es que, el fundamento del sistema adversarial radica en considerar a los sujetos intervinientes como actores de una relación conflictual a ser resuelto en el proceso penal, en función del dinamismo que impregnen a sus actividades: fortalecer mi teoría del caso, debilitar la de mi contraparte.

También puede comulgar tanto la referida relación de conflicto con la observancia de los derechos humanos (un ejemplo lo revela que en ambos sistemas se predica el principio de igualdad de armas). En efecto, la actual corriente política-liberal que influencia al sistema acusatorio (tanto garantista como adversarial), exige que la declaración de los derechos fundamentales de la persona se transcriba en la Constitución Política a modo de garantías individuales, acompañado del instrumento jurídico necesario para evitar su conculcación; por lo que, debe dejarse asentado que sea cual fuese el movimiento de reforma del sistema de justicia penal, el mismo debe estar necesariamente en armonía con las garantías establecidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

El modelo procesal penal que actualmente tenemos en México es el sistema conocido como mixto moderno. Dicho sistema se caracteriza por combinar aspectos del sistema acusatorio puro y el sistema inquisitorial medieval, de forma tal que la base de la investigación (sumario, averiguación previa, o fase preliminar) de este sistema es inquisitiva, y la fase de juicio o plenario es marcadamente acusatoria o con algunos de los rasgos de ese sistema, como la contradicción y otros principios que le son característicos.

Dicho modelo no tuvo su origen en México, sino en la Francia del siglo XIX, en concreto, en el Código de Enjuiciamiento Criminal de 1808, el que desechó el sistema totalmente acusatorio, por que era un estorbo para el autoritarismo imperial. Entonces fue cuando se inventó el sistema mixto, que se esgrimió como una transición entre el inquisitorio y el acusatorio; el proceso tendría dos etapas: la preliminar, de tipo inquisitorio, llamado el sumario o periodo de instrucción, que debería ser secreto y escrito, durante la cual el acusado no debería tener defensor; la otra, llamada la plenaria o juicio, que era pública, se desarrollaba ante el "juez", en la cual el derecho a la defensa era permitido, por lo que era de tipo acusatorio.

En el proceso mixto, la etapa inicial, secreta y escrita, permitía la incomunicación del acusado y lo dejaba impotente e indefenso ante el poder sin freno del autoritarismo policiaco. Por tal razón, los más destacados juristas franceses combatieron el sistema mixto del imperio, considerándolo una prolongación del sistema inquisitorial que rigió durante la monarquía. La aspiración expresada fue la de "llegar a una reforma que permitiera la completa publicidad de la instrucción, conforme al procedimiento inglés". Se

alegaba que si durante la etapa preliminar se concedían facultades preponderantes a la autoridad investigadora, "resultaban ineficaces las garantías que durante el juicio se le concedían al acusado".

En la exposición de motivos del Proyecto de Ley de 1898 para reformar el referido Código, se expresaron los siguientes conceptos, que a pesar del tiempo transcurrido tienen vigencia:

> La justicia social bajo el punto de vista criminal, se descompone en dos elementos distintos dignos de igual solicitud, por una parte el interés de la represión que quiere que el crimen no quede impune, y por otra parte el de la defensa del inocente, que reclama, no menos imperiosamente, que el castigo no se descargue sobre su cabeza, si no sobre la del culpable. Nadie puede poner en duda hoy que la inviolabilidad de la inocencia es de un interés no menos general, del mismo orden y de igual importancia que el de la certidumbre ejemplar de la represión, y que el reposo de la sociedad está más amenazado por una condena inmerecida que por la impunidad de un criminal. Lejos de considerar el interés de la defensa como un interés secundario de orden privado, en oposición con el de la sociedad más o menos subordinado a éste, se ha reconocido que la justicia falta a su fin si no tiene por objeto asegurar los derechos del inocente y hacer sentir el castigo al culpable.[116]

Así como el absolutismo real encontró en la Inquisición su instrumento de control y dominación, el nuevo Estado de cuño bonapartista diseñó un nuevo modelo judicial, que recoge todas las características del sistema inquisitorial y les da nuevos bríos (se creó la "legislación moderna" que copiaron todos los Estados europeos y latinoamericanos hasta bien entrado el siglo XIX) y también perfeccionó el sistema inquisitorial, dotándolo de una policía moderna y de una pretensión de exhaustividad (expresada en el concepto de la acción pública) que repotencia al derecho penal de tipo infraccional. El Código de Instrucción Criminal de 1808 restaura la Inquisición pese a los esfuerzos que habían hecho los ilustrados teniendo como base el sistema mixto; sistema que actualmente tenemos en el proceso penal mexicano.

Las distintas reformas procesales que se han llevado a cabo en Latinoamérica y dentro de las cuales se inscriben los procesos de cambio en nuestro país se inspiran más en las transformaciones que han experimentado los países de Europa continental, como

---

[116]BINDER, Alberto M., *"La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República"*, documento mimeográfico distribuido a los asistentes al Programa de Reforma Judicial en América Latina y el Caribe: Mejorando la Gobernabilidad a través del Sector Justicia (15 de abril 2003, junio 2004), organizado por el Instituto del Banco Mundial, el Centro de Justicia de las Américas, organismo de la OEA y el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España.

Alemania, España e Italia, que en la tradición anglosajona del *Common Law*. El punto más indicativo de ello es que ninguna de las reformas propuestas comprende el establecimiento de jurados, signo característico de la justicia norteamericana e inglesa.

En nuestro país la Constitución de 1917 ya preveía el modelo procesal penal acusatorio que esta reforma a estudio intenta retomar y cuyo espíritu fundamental es garantizar una estricta separación entre quien acusa y quien decide;[117] el artículo 21 constitucional quedó redactado así, sin mayor cambio de esencia respecto del proyecto: *"La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél"*. Se estableció, pues, en esta Ley Fundamental de 1917, claramente, el sistema procesal penal acusatorio, con la entrada en vigor de la institución del Ministerio Público en concordancia con el artículo 16 del mismo ordenamiento.

El problema fue que la Carta Magna no tuvo ninguna eficacia normativa en este punto, pues no fue sino hasta 1929[118] y después en 1934 que se promulgaron las normas orgánicas correspondientes (la del Ministerio Público del Distrito Federal y Federal, respectivamente); y se convalidó en los códigos procesales penales de 1934,[119] mismas que distorsionaron el mandato constitucional.[120]

En efecto, la función del Ministerio Publico como juez instructor quedó establecida en la legislación ordinaria desde que se institucionalizó la averiguación previa en las leyes orgánicas de referencia, complementados por los códigos de procedimientos penales antes citados, que fueron los primeros del periodo posrevolucionario.

Es así como la doctrina, la ley y la practica, han conformado un concepto de averiguación previa arraigado en nuestra práctica jurídica en el que se perdió la orientación de tipo acusatoria, para recaer en el sistema inquisitivo que se quiso suprimir. De esta forma, no se consiguió la separación de las funciones de acusación, defensa y decisión.

---

[117]Como ya se observó el sistema mixto tenía dos etapas: la instrucción de tipo inquisitorio, que era secreta y escrita, en la que el acusado era incomunicado, sin derecho a la defensa, que se tramitaba por un órgano de acusación que tenia funciones jurisdiccionales; y el juicio, de tipo acusatorio, que era público, en el que se permitía el derecho a la defensa y el órgano de acusación actuaba sólo como parte en el juicio.

[118]Código de Organización, de Competencia y de Procedimientos en Materia Penal para el Distrito y Territorios Federales, expedido el 4 de octubre de 1929.

[119]Código Federal de Procedimientos Penales, publicado el 30 de agosto de 1934.

[120]La Constitución de 1917 concebía al proceso como un sistema de juicios orales y audiencias públicas, las practicas que prevalecieron en los años subsiguientes al triunfo de la Revolución consolidaron en la legislación ordinaria un proceso mixto de corte inquisitivo, donde la persecución penal la iniciaba un inquisidor oficiosa y unilateralmente mediante la "construcción" de un caso a través de registros escritos, incluyendo su "solución", sin intervención de un defensor.

Si los jueces instructores de las épocas Colonial y porfirista fueron acremente criticados porque ellos mismos juzgaban y perseguían los delitos, la misma crítica puede hacerse a nuestro Ministerio Público, que persigue y, de hecho, juzga.[121]

El Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 se apartó sustancialmente del sistema procesal acusatorio, y en la exposición de motivos se afirmó, contradictoriamente:

> "Sirvió de base para la redacción del código el sistema acusatorio; y no el inquisitivo, en atención a que aquél es el que está consagrado en el artículo 21 de la Constitución; sin embargo se conservaron modalidades del antiguo sistema inquisitivo por que es imposible suprimirlo totalmente..."[122].

En efecto, contra lo establecido en el texto constitucional, el Ministerio Público fue facultado para emitir y ejecutar resoluciones de naturaleza jurisdiccional, por ejemplo: conceder al indiciado la libertad provisional bajo caución; designar defensor de oficio al inculpado; recibir pruebas al inculpado o a su defensor, a dictar las providencias necesarias, a solicitud del interesado, para restituirlo en el goce de sus derechos, cuando estime que éstos estén legalmente justificados; funciones típicamente jurisdiccionales; de esta manera, el código de 1934 sancionó el vicio que el Constituyente de Querétaro había pretendido evitar; el Ministerio Público quedó constituido así, en el ámbito del proceso penal, como juez de instrucción y como parte acusadora a la vez.

2.7. Derecho Penal del Enemigo.

En los modernos Estados de Occidente, incluido México, la política criminal de los últimos años puede describirse como un fenómeno de cambio de orientación en la forma de concebir y aplicar el Derecho Penal. La actividad legislativa en materia penal desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas en varios países de América y Europa ha colocado alrededor del elenco nuclear de normas penales un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, constituyen supuestos de "criminalización en el estadio previo" a lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además, establecen sanciones desproporcionadamente altas, con características antiliberales; caso concreto en México, la Ley Contra la Delincuencia Organizada para el D.F. (publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 15 de septiembre de 2004), y la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996), sustentadas y legalizadas actualmente ambas

---

[121] SARRE, Miguel, *"Control del Ministerio Público", Anuario de Derecho Público, Los Controles Constitucionales*, México, McGraw-Hill, núm. 1, 1997, p. 137.

[122] Fundación Rafael Preciado Hernández, *Interpretación constitucional integral de los principios del proceso penal en México*, sin fecha, edición mimeográfica, pp. 10 y 11.

con las reformas constitucionales en materia de seguridad pública y justicia penal del 18 de junio de 2008.

Esta transformación que se advierte sobre el Derecho Penal actual ha sido caracterizada como un fenómeno de tipo expansivo , pero también como una modernización de la rama penal del Derecho, frente a los riesgos que se derivan de la sociedad actual; esta modificación se ha desarrollado y elaborado no como justificación dogmática reciente, si no más bien como una justificación al problema de la violencia instaurada a nivel global, porque es de observarse que el discurso del Derecho penal del enemigo ha sido generado con el fin de "combatir" la escalada de violencia llamada "Guerra preventiva"[123] posterior al 11 de septiembre de 2001; y auspiciado por la influencia los EE.UU. sobre otros Estados. De un modo u otro, parece claro que el rumbo que ha tomado y mantiene el Derecho Penal de hoy es apreciable en diferentes normas de nuestro ordenamiento jurídico, caso especifico, en las contrarreformas constitucionales en materia de seguridad pública y justicia penal del 18 de junio de 2008.

En nuestros Códigos Penales, tanto en el ámbito federal como del fuero común, se han introducido nuevos contenidos, produciéndose reformas en sectores de regulación ya existentes siempre orientados a proteger más (más cantidad de conductas son las que se prohíben) y con mayor severidad (los montos de las penas tienden a aumentar o a endurecer las penas para normas ya existentes)[124]. En este sentido los ordenamientos penales modernos tienden a conseguir una fórmula del tipo más por más; es decir, más bienes son los que se protegen, lo que supone la creación de nuevos bienes jurídicos penales y mayor rigurosidad en la sanción para las conductas ya previstas. Este nuevo rumbo que ha adoptado el legislador penal, surge como una reorientación que va desde un modelo minimalista, de Derecho Penal nuclear, dirigido principalmente a proteger los

---

[123]En un análisis histórico del concepto de enemigo, éste ha estado siempre instaurado por el poder punitivo de turno, brujas, mujeres, judíos, comunistas, hoy el terrorismo islámico integrista (aunque los prejuicios se extienden a todo el mundo árabe) etc.; creando la sospecha de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado.

[124]En este sentido, nuestros legisladores al aumentar y endurecer el *quantum* de las penas olvidaron aplicar el principio de proporcionalidad, el cual exige que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales solo es aceptable, en el caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho que se trate y siempre que sea proporcional. Así, Carlos Bernal Pulido en su libro *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, CEPC, 2003, pp. 35 y 36), nos dice que para que se verifique la proporcionalidad en materia penal es necesario que se observen los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; es decir, existirá proporcionalidad cuando: *a)* la regulación o limitación de un derecho fundamental sea adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legitimo; *b)* la medida adoptada sea lo más benigna posible respecto del derecho en cuestión, de entre todas las que revistan la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto, y *c)* las ventajas que se obtengan con la restricción deben compensar los posibles sacrificios del derecho para su titular y para la sociedad en general.

bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad sexual y propiedad), hacia un Derecho Penal moderno preparado para responder a los riesgos derivados de la sociedad actual, que apunta a la protección de bienes jurídicos supra individuales (como el medio ambiente o la economía).

El debate actual, está centrado en cuanto a si contra el fenómeno de expansión descrito, el Derecho Penal debe restringirse en su núcleo duro, o bien expandirse para hacer frente a los riesgos derivados de la sociedad moderna; advirtiéndose la existencia en el debate político de un verdadero "clima punitivista", observándose un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal.

Así, el Derecho penal del enemigo es una manifestación del fenómeno de transformación que desde hace unos años viene sufriendo el Derecho Penal. Este concepto fue introducido en el debate por Günther Jakobs[125], en dos etapas diferentes. La primera ocurre en 1985, y en ésta se vincula el concepto de Derecho Penal del Enemigo hacia los delitos de puesta en riesgo y delitos cometidos dentro de la actividad económica; a partir de 1999 surge una segunda fase orientada a la finalidad de contener los delitos graves, pretendiendo reducir diversos comportamientos delictivos que se pueden encuadrar bajo la genérica denominación "criminalidad organizada", y especialmente los delitos de terrorismo; pero con la pretensión de alcanzar este fin prescindiendo de los principios de garantía y las reglas de imputación que han caracterizado el Derecho Penal moderno.

El término Derecho penal del enemigo[126] es acuñado por Jakobs (*Feindstrafrecht*) para referirse a aquellas normas jurídicas excepcionales, caracterizadas por un incremento de las penas y la supresión de garantías jurídicas, únicamente aplicables a los enemigos o no-personas (*Unpersonen*). Y éstos, para Jakobs, son los integrantes de la criminalidad organizada y grupos terroristas: individuos que han "abandonado" el Derecho por tiempo indefinido, lo cual supone una clara amenaza a los fundamentos de la sociedad que constituye el Estado. Según él, a la hora de plantar cara a los enemigos, el Derecho penal (del ciudadano[127]) se muestra inútil; todas sus garantías y principios básicos carecen de sentido si pretenden ser aplicados a un sujeto que en modo alguno garantiza ni la más mínima seguridad cognitiva en su comportamiento personal.

---

[125]JAKOBS Günther y Manuel Cancio Meliá. *Derecho Penal del Enemigo.* Civicas Ediciones.S.L. Madrid, España. 2003

[126]En la misma obra, Manuel Cancio Meliá difiere de Jakobs, estableciendo que aquello que pueda denominarse "Derecho penal del enemigo" no puede ser "Derecho". Ibídem. p.16.

[127]De este concepto se infiere que el Derecho penal del ciudadano define y sanciona delitos, o infracciones de normas, que llevan a cabo los ciudadanos de un modo incidental y que -normalmente- son la simple expresión de un abuso por los mismos de las relaciones sociales en que participan desde su *status* de ciudadanos.

Este concepto presenta medidas de excepción que lo caracterizan. En la primera de ellas, el Estado ya no dialoga con ciudadanos, sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros, y por ello, en él la reacción del Estado se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos, por lo que en las regulaciones que le son propias se verifica un marcado adelantamiento de la punibilidad, atribuyéndole a la pena la función de producir prevención general positiva.

En este sentido corresponde destacar que en estas normas, el punto de referencia no es ya el hecho cometido, sino el hecho futuro, la peligrosidad predelictual, que es aquella que puede constatarse en una persona que aún no ha cometido un delito, pero de la que se pronostica, con base a determinados datos subjetivos y objetivos, que es probable que lo cometa;[128] adolece de una significativa inobservancia de los principios básicos del Derecho penal moderno, sobretodo del principio de culpabilidad (que supone sancionar al infractor por el hecho cometido y no por la peligrosidad que el sujeto pueda mostrar hacia el futuro), pero esta inobservancia es premeditada y absolutamente consciente, en tanto en cuanto tiene como destinatarios a los enemigos (que no considera personas) y su finalidad es eliminar peligros.

En la segunda, las penas previstas son elevadas de modo desproporcionado[129] con relación al hecho cometido[130]; que tal como se advierte en el punto anterior, suele tratarse

---

[128]Jakobs establece que la reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación que hace KANT entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza, por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. Brevemente: la reflexión del legislador es la siguiente: el otro "me lesiona ya por... [su] estado [en ausencia de legalidad] *(statu iniusto)*, que me amenaza constantemente". Ibídem. p. 50.

[129]En el 2004 se modifico el artículo 25 del Código Penal Federal elevando la pena de prisión a sesenta años; en el 2006 se reforma el artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal incrementando la pena de prisión a setenta años, equiparándose ya a cadena perpetua, por lo que se constituyen ambas en penas inusitadas de las prohibidas por el artículo 22 Constitucional; criterio que la Corte ha sustentado en su tesis de jurisprudencia: ***PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL.-*** *Si por pena inusitada, en su acepción constitucional, se entiende aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines punitivos; ha de concluirse que la prisión vitalicia o cadena perpetua es inusitada y, por tanto, prohibida por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que en la legislación mexicana la pena de prisión siempre ha tenido un límite determinado, por estimarse que cuando es de por vida es inhumana, cruel, infamante, excesiva y se aparta de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente. En efecto, la finalidad de la pena ha evolucionado a través del tiempo, pues ésta surgió en principio como una venganza privada en la que el ofendido aplicaba el castigo de acuerdo a la gravedad del daño causado; luego, como una venganza divina, pues el delito se consideraba como una ofensa a la divinidad; en el derecho griego, además, era intimidatoria; en el derecho romano constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa; en el periodo científico, en Alemania, se estimó que el fin de la pena es una coacción psicológica, de donde surgió la teoría de la prevención general; para la escuela clásica la pena tiende a conservar el orden legal; para los positivistas la finalidad de la pena es un medio de defensa social; para la*

de conductas bien lejanas al resultado lesivo tal como tradicionalmente lo concebimos, incluso que ni siquiera implica la creación de un riesgo no permitido. En este sentido Jakobs defiende la aplicación de medidas de seguridad (y no, propiamente, de penas) a los enemigos, definiéndolos como sujetos peligrosos con los que no cabe la comunicación, [131] aspirándose tan sólo a su inocuización; en su concepto, para el enemigo la privación de libertad se agota en una desnuda coacción física, para él carece de significado. Renuncia a la corrección y resocialización del delincuente (enemigo), puesto que lo da por perdido, excluyéndolo socialmente.

Y en la tercera, existe una flexibilización de ciertas garantías del proceso penal que incluso pueden llegar a ser suprimidas, como en el caso de las contrarreformas a la Constitución mexicana, de junio de 2008, que implicaron un retroceso al espíritu garantista, al principio de progresividad, y la consecuente violación de las garantías

---

doctrina absolutista responde a la idea de justicia absoluta, esto es, que el bien merece el bien y que el mal merece el mal; para la doctrina relativa es el instrumento para asegurar la vida en sociedad; y la doctrina ecléctica propone que la pena pública puede tener los fines siguientes: reformar al delincuente, ser ejemplar, intimidatoria, correctiva, eliminatoria y justa. Ahora bien, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 18, segundo párrafo, después de analizar las iniciativas, dictámenes y discusiones de las reformas de que fue objeto, siempre ha sido como finalidad de la pena y garantía del sentenciado la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograr ese fin; en consecuencia, si en la legislación mexicana no se encuentra prevista y sancionada como pena la cadena perpetua o prisión vitalicia, porque contraviene el fin último de la pena, que consiste en readaptar al delincuente para incorporarlo a la sociedad, es evidente que se trata de una pena inusitada, por tanto, es inconstitucional. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, octubre de 2001, página 15, Pleno, tesis P./J. 127/2001; véase la ejecutoria y el voto en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XV, enero de 2002, páginas 105 y 231, respectivamente. Contradicción de tesis 11/2001.-Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito.-2 de octubre de 2001.-Mayoría de seis votos.-Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo.-Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.-Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas.-Secretaria: Leticia Flores Díaz.-Encargado del engrose: Humberto Román Palacios.-Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. Apéndice (actualización 2001), Pleno, 9a. Época, Tomo: XX, Septiembre de 2004, p. 97.

[130]García Ramírez ha dicho que la pena tiene un carácter eminentemente retributivo: es un mal que corresponde a otro mal; es la consecuencia exacta de la violación de un supuesto jurídico: no matarás, no robarás, no mentirás; si lo haces, serás sancionado. Esta teoría tiene en su favor la lógica rigurosa. Se sustenta en una fórmula jurídica, la estructura misma de la norma. Posee, además, una ventaja apreciable: de ella se llega naturalmente a la proporcionalidad entre el crimen y el castigo; la calidad y cantidad de retribución deben ser parejas, o al menos semejantes, a la calidad y cantidad de la lesión causada o el peligro corrido. Si se rompe la proporción, la justicia se pervierte. García Ramírez, Sergio. *Revista Jurídica virtual. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No. 95.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2008.

[131]Jakobs propone medidas de coacción como la prisión preventiva, intervención de las telecomunicaciones, investigaciones secretas con investigadores encubiertos, la incomunicación como eliminación de la posibilidad de entrar en contacto un preso con su defensor para la evitación de riesgos para la vida, la integridad física o la libertad de una persona, entre otra medidas, llamando a este un procedimiento de guerra, en el que el Estado abole derechos al "enemigo" de modo jurídicamente ordenado. Günther Jakobs. *óp. cit.* p.45.

individuales y los derechos humanos establecidos con anterioridad por el Constituyente en nuestra Carta Magna, ya que esta reforma desaparece el elemento jurídico del cuerpo del delito necesario para establecer el hecho punible, el tipo penal y la antijurícidad, requisito básico para poder librar una orden de aprehensión en contra de un gobernado, consignarlo y someterlo a proceso; establece la figura antijurídica del arraigo hasta por 80 días, vulnerando el principio de presunción de inocencia, de legalidad y seguridad jurídicas; la supresión de careos; la creación de Centros de alta seguridad para delincuencia organizada y otros internos que requieran seguridad especial, y de otras reformas más que crean un estado de excepción violatorio al Pacto Fundamental.

Esta posición de ver en el delincuente a un enemigo[132], Jakobs la fundamenta en argumentos de Derecho Natural de índole contractualista.

Bajo este concepto, en la concepción de Rousseau[133] todo delincuente sería enemigo ya que cualquier individuo que ataque el sistema social deja ya de ser miembro del Estado, porque se halla en guerra con este como pone de manifiesto la pena pronunciada contra él.

También se observan otros puntos de vista, como la del filosofo y pensador ingles Thomas Hobbes, que mantienen la condición de ciudadano para el delincuente, debido a que se trata de un *status* que no puede ser eliminado por él mismo; aquí el individuo es reconducido a un estado de naturaleza, es decir de no-persona, cuando el hecho cometido es de alta traición, puesto que cuando se trata de una rebelión, existe una rescisión del contrato de sumisión.[134]

Es sabido que para Hobbes, con la fundación del Estado se supera el estado de naturaleza y los individuos adquieren el *status* de súbditos, esto es, de ciudadanos. Sin embargo, sólo cabrá considerar como ciudadanos a quienes en virtud de su renuncia a su derecho a todo y de su transferencia de algunos de sus derechos al Estado, se han obligado a prestar obediencia a las leyes civiles del Estado (el denominado contrato social) y se sienten vinculados por dicho deber de obediencia, aun cuando eventualmente puedan transgredir las leyes civiles por causas que se encuentran ancladas en la propia naturaleza del hombre. En efecto, Hobbes únicamente cataloga de enemigo al individuo

---

[132] IBÍDEM. p. 14

[133] Jakobs afirma que Rousseau establece que "cualquier malhechor" que ataque el "derecho social" deja de ser "miembro" del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: *"al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano"*.Ibídem. p.26

[134] Jakobs argumenta que HOBBES en principio deja al delincuente en su rol de ciudadano: el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su *status*. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición: *"Pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión lo que significa una recaída en el estado de naturaleza... Y aquellos que incurren en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos"*. Ibídem. p. 29.

que comete el delito de alta traición, en la medida en que supone la rescisión de la sumisión y, por tanto, una recaída en el estado de naturaleza. Por consiguiente, este pensador ya conoce un Derecho penal del ciudadano (contra personas que no delinquen por principio) y un Derecho penal del enemigo (contra quien se desvía por principio). Y mientras que el primero mantiene intacto el *status* de persona, el segundo lo excluye. Establece que, quien representa una amenaza permanente para mi persona, también puede ser tratado como enemigo y en consecuencia obligado a alejarse; aunque también sería legítimo obligarlo a colocarse junto a mí, en un estado legal.[135]

Jakobs destaca que los ciudadanos tienen un derecho a la seguridad y a exigir al Estado que tome las medidas pertinentes para garantizarlo. Precisamente, en la teoría hobbesiana este derecho es el que fundamenta y limita al Estado: *finis obendientae est protectio*; en este contexto filosófico la "guerra" a los enemigos tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos: su derecho a la seguridad.

Según estas corrientes iusnaturalistas a las que hace alusión Jakobs en su obra, sería correcto dejar de tratar como persona a quienes suponen una amenaza permanente y no aceptan ingresar en el Estado ciudadano. [136]

Sustentado en estos presupuestos filosóficos Jakobs elabora su tesis que dota de contenido al Derecho penal del enemigo, distinguiéndolo del derecho penal del ciudadano.[137]

Establece que aquel que por principio, o de manera permanente o sostenida, se comporta de modo desviado, en contra del ordenamiento jurídico, no ofrece garantía de conducirse como persona; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo.

Partiendo de esta tesis es como el legislador actual tiende a legislar cuerpos normativos denominados "de lucha"; en materia de terrorismo, delincuencia organizada, tráfico ilegal de drogas o delitos sexuales, por ejemplo, aunque también se encaminan a contrarrestar la protesta social. De esta forma coercitiva es como el Estado pretende combatir a ciertos

---

[135] HOBBES, Thomas. *Leviathan.* Alianza Editorial. Madrid. 1989.

[136] Jakobs cita a FICHTE, manifestando: *"quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de "ausencia completa de derechos"*, añadiendo que: *"...al condenado se le declara una cosa, una pieza de ganado".* Ibídem. p. 27.

[137] Jakobs argumenta que por consiguiente, HOBBES y KANT conocen un Derecho penal del ciudadano - contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio- y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona. Manifiesta que el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido ya que establece:" *El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, basta llegar a la guerra."* Ibídem. p 32.

individuos que según Jakobs, se han apartado de forma, probablemente duradera, del ordenamiento jurídico.[138]

La lucha contra la delincuencia organizada; el tráfico ilegal de drogas y el terrorismo está generando en el mundo entero un sistema penal paralelo al ordinario, está creando, como en México, estados de excepción,[139]violatorios a las garantías individuales y a los derechos humanos, ya que con base en el concepto de Derecho penal del enemigo se postula que el Derecho positivo debe ser flexible, es decir, no exacto; que la prohibición de aplicación retroactiva de la ley, debe quedar de lado cuando sea adecuado al fin perseguido; reglas de imputación de responsabilidad menos estrictas, anticipación de la intervención penal a fases previas a la ejecución (la reforma establece arraigo de 40 días pudiendo prorrogarse hasta 80 días, perdida de dominio de bienes aun sin haber sido oído ni vencido en un tribunal); anulación de principios y disminución de las garantías penales y procesales (desaparecen la figura del cuerpo del delito, los careos, pudiéndose autorizar que se mantenga en reserva el nombre y los datos del acusador y la posibilidad de evitar reproducir en el juicio las actuaciones hechas en la investigación); incremento de las penas de prisión (la reforma prescribe que la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias se dará en centros especiales con medidas especiales y de restricción del interno como la restricción de comunicación con terceros, salvo con su defensor), máxima restricción a la obtención de beneficios penitenciarios (se excluye la exigencia de que el condenado no sea expulsado de la sociedad, sino que conserve la posibilidad de su reintegración social), y la ampliación de los límites respecto del derecho sustantivo y que las decisiones pueden ser fundamentadas en consideraciones iusnaturalistas.

El Derecho penal del enemigo se ha puesto de manifiesto en México, sobre todo en lo que hace a las contrarreformas constitucionales en materia de seguridad y justicia llevadas acabo en junio de 2008. Y la pregunta surge ¿se puede legitimar en un Estado democrático y de Derecho, como complemento al Derecho Penal, la existencia de una regulación de excepción que afecte a la libertad de sus destinatarios (negándoles la condición de persona) y permita una actuación de lucha por parte del Estado que traspase los límites que imponen las garantías individuales y los derechos humanos que se derivan de la condición de ciudadano y humano?

---

[138]Jakobs determina que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición de tratar al delincuente como persona, el legislador debe de pasar a una legislación denominada abiertamente de lucha, para "enemigos" que no presentan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona. Y añade: *"sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal"*. Ibídem. pp. 38 y 50.

[139]Jakobs predice que el Estado no puede eludir regular excepciones, pues éstas se producirán de todos modos. Ibídem. pp. 36 a 42.

No obstante la dudosa constitucionalidad que una legislación de estas características implica, hay que sumar su falta de efectividad en tanto que no contribuye a la prevención de delitos. Hay que agregar a ello, respecto de la cuestión sobre si el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho, o bien si por el contrario es un no Derecho, que el Derecho penal del enemigo lejos de proteger bienes jurídicos, lo que hace es satanizar a determinados grupos de individuos, constituyendo como consecuencia un Derecho Penal de autor, identificando a quien infringe una norma, calificándolo como "enemigo", señalándolo como fuente de peligros, como si fuera un fenómeno natural que se ha de neutralizar. La normatividad que, bajo cierta apariencia de legitimidad constitucional (como en el caso de nuestra Constitución "reformada"), se circunscribe a este Derecho Penal del enemigo, apunta a perseguir a un grupo o grupos de autores especialmente determinados, creando un estado de excepción.

Nuestra Carta Fundamental contempla en su numeral 29 la posible limitación de algunos derechos fundamentales por la declaración de suspensión de garantías por tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo, y mediante un procedimiento determinado por la misma, teniendo en cuenta que estas medidas excepcionales deben restringirse, utilizándose tan sólo en caso de extrema necesidad y de acuerdo con el principio de proporcionalidad; además de que se debe comunicar este acto a la ONU y a la OEA, con base a tratados firmados con estas organizaciones, especificando el tiempo de duración de la suspensión, el motivo de ésta y las garantías suspendidas; por lo que el Derecho penal del enemigo no encuentra acomodo en nuestro texto constitucional, por lo consiguiente, en nuestro Estado de Derecho.

La respuesta a la criminalidad no convencional, tendría que ser justamente de normalidad, negando su excepcionalidad; conforme a criterios de proporcionalidad e imputación que están en la base del sistema jurídico penal que se conoce como tradicional; es necesario subrayar que no se puede combatir la ilegalidad con ilegalidad.

Es menester la aplicación de un Derecho Penal basado en el respeto a las garantías individuales, a los derechos humanos y a la dignidad humana para los fenómenos de terrorismo, narcotráfico y crimen organizado, que se funde en la adopción de un concepto de persona como atribución que corresponde a todo individuo por su condición humana; nadie puede ser definido como enemigo y consecuentemente como no-persona.

Es fundamentalmente necesario trabajar intensamente en la elaboración de un discurso jurídico penal propio, mexicano, latinoamericano, acorde a las necesidades políticas, económicas, sociales y culturales del momento que vive nuestro país, inmerso en un sistema político y judicial contaminado por una profunda corrupción; que adolece de falta de oportunidades educativas y laborales; el cual es hoy eminentemente de pobres debido

BIBLIOTECA UACM

a la injusta distribución de la riqueza. Reitero, no se puede combatir la ilegalidad con ilegalidad, como la propuesta por Jakobs en su Derecho penal del enemigo; doctrina usada por los legisladores mexicanos en la elaboración de la contrarreforma constitucional de junio de 2008.

La erradicación de la cultura inquisitiva exige de un esfuerzo notable no sólo por parte de los actores del proceso, sino también por parte de los responsables políticos y de la sociedad civil en general. En los últimos tiempos la profundización del proceso penal como sistema de garantías se encuentra en una situación de estancamiento, fruto de las actuales políticas criminales de "ley y orden" o de "tolerancia cero", que prevalecen la seguridad por encima de la libertad y de los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Este movimiento de claro corte involucionista se ha extendido por todos los países, auspiciado por doctrinas que legitiman su aparición, como la pretensión de la generalización del denominado Derecho Penal del enemigo, y por invocaciones catastrofistas de corte populista que incluso han trascendido las propias ideologías de los partidos políticos gobernantes. Y es obvio que el sistema penal no permanece inmune a estas nuevas tendencias de corte neoconservador, que pueden acabar arrumbando los logros obtenidos, especialmente, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial con la internacionalización de la cultura de los derechos humanos.

Es necesario recuperar la idea de nuestro Congreso Constituyente que estableció en la Constitución de 1917 un proceso penal, no ya como un simple instrumento al servicio del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, el cual establece la tendencia de reducir los derechos del acusado antes que ampliarlos, sino como un verdadero instrumento posrevolucionario de pacificación social diseñado sobre la base de una estructura de garantías esenciales.

El ejercicio por parte del Estado del *ius puniendi* ha traspasado la línea delgada de su control, lo que puede desencadenar una intromisión total en la vida de los gobernados y un control cada vez mayor; por lo que la pregunta surge ¿está el Estado moralmente capacitado, para determinar qué individuos deben ser tratados como enemigos?[140]

---

[140]Para dar un ejemplo de la autoridad moral de nuestros gobernantes, de los "lideres" que dirigen las instituciones del Estado, baste leer las declaraciones de el ex presidente Fox publicadas en un diario de circulación nacional: *"Dos fueron las expresiones foxistas que alteraron la tranquilidad azul: "el PRI regresara a los Pinos" y "al narcotráfico no se le termina, se le administra". Las palabras del ranchero de San Francisco del Rincón calaron hondo en la cúpula panista, dentro del PAN y dentro de los Pinos."* Periódico "La Prensa". 8 de octubre de 2010. p. 2.

CAPÍTULO III
ARTÌCULOS CONSTITUCIONALES REFORMADOS EN LA ETAPA DE INVESTIGACION PRELIMINAR.

3.1 Concepto de etapa de investigación preliminar.

De acuerdo a Ovalle Favela,[141] podemos definir el proceso como el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable.

La relación jurídica procesal penal difiere a la de los procesos diferentes del penal, desarrollándose esta relación a través de diferentes etapas. El citado autor Ovalle Favela,[142] establece que en nuestro sistema jurídico, antes de iniciar el proceso penal es necesario llevar a cabo una etapa preliminar, a la que se denomina *averiguación previa,* la cual compete realizar al Ministerio Público.

La consignación da paso a la primera etapa del proceso penal propiamente dicho, a la cual se denomina *pre instrucción*, iniciándose ésta con el auto que dicta el Juez para dar trámite a la consignación. La segunda etapa es la *instrucción* y a la tercera se le ha denominado tradicionalmente *juicio.*[143] La ejecución de las sentencias penales de condena se lleva a cabo por las autoridades administrativas competentes y no es considerada por el mencionado penalista como una etapa del proceso penal,[144] aunque esta atribución cambia con las reformas constitucionales a estudio, una vez que se legisle la ley reglamentaria de la materia.

Para los fines del presente estudio dividiré esta relación jurídica procesal en etapa de investigación preliminar,[145] etapa de proceso penal y etapa de ejecución de sentencia. En la primera se llevan a cabo los procedimientos de investigación del delito, donde intervienen el Ministerio Público y las policías (artículos 16 y 21 Constitucionales); y a partir de las reformas constitucionales, el procedimiento de audiencia preliminar a juicio, donde tiene intervención el Juez de Control o de Garantía (éste no investiga, sólo resuelve de forma inmediata, solicitudes del Ministerio Público, sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación).

---

[141] OVALLE FAVELA, José. *Teoría general del proceso.* Oxford. México. 2005. p. 194.
[142] Ibídem. p. 195
[143] Ibídem. p. 197.
[144] Ibídem. p. 198.
[145] Aclaro que esta etapa no es en modo alguno un periodo procesal, ya que en ella no ha surgido todavía una relación jurídica procesal atenta al fondo de la controversia pese a que exista un control judicial sobre determinados actos que se realizan en el curso de la investigación, y sólo le doy la connotación de etapa de investigación preliminar para los fines de este estudio.

El objeto de la etapa de investigación es el esclarecimiento de los hechos materia de la denuncia o querella, prosiguiendo una indagatoria a cargo del Ministerio Público y/o de la Policía, para determinar si hay bases jurídicas que permitan abrir un juicio penal contra una o varias personas, mediante la obtención de información y la recolección de elementos de prueba que funden, en su caso, la acusación, lo cual debiera, en teoría, hacerse con pleno respeto de las garantías constitucionales, de las contenidas en los Tratados Internacionales y de las previstas en la ley, a favor del imputado.

3.2. Etapa de Investigación preliminar.

En esta etapa se reformaron básicamente los artículos 21 y 16, de la Constitución Federal enseguida los revisamos.

3.2.1. Artículo 21 párrafo primero.

El Ejecutivo, presentó el día 13 de marzo del 2007, ante la Cámara de Senadores, una iniciativa a nivel Constitucional, en la que propuso reformas en materia de justicia penal y seguridad pública, en la cual planteó cambios radicales que modificaron el espíritu progresista y garantista de la Constitución emanada del Constituyente de Querétaro, alterando y subvirtiendo los valores éticos-políticos que la caracterizaban, afectando sensiblemente las garantías individuales y los derechos humanos de los gobernados; iniciativa de reforma que finalmente fue aprobada con algunos cambios y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

En la exposición de motivos de la iniciativa presentada por el Ejecutivo, al respecto de la reforma al numeral 21 párrafo primero, se lee:

> *Actualmente, el Ministerio Público no realiza la investigación por sí mismo sino que, tradicionalmente, la ha delegado en la policía y ésta, al no ser constitucionalmente la autoridad responsable de la investigación, se constriñe al cumplimiento de las instrucciones que recibe, limitando así sus habilidades e impidiendo su profesionalización al no asumirse como actor principal de la investigación.*
> *Es indispensable redefinir a la policía como un órgano corresponsable de la investigación penal y devolverle las facultades que poco a poco fue perdiendo en la práctica y en las legislaciones secundarias. El objetivo es que, como sucede en otros países, se fortalezca la profesionalización policial para que ésta pueda recibir denuncias, recabar evidencias físicas y datos relacionados con los hechos posiblemente delictuosos, sin la camisa de fuerza que significa una innecesaria subordinación jerárquica y operativa al Ministerio Público, sino únicamente contando*

con su conducción jurídica para construir los elementos probatorios que permitan llevar los asuntos ante los tribunales.[146]

Dicha iniciativa de reforma se aprobó como se aprecia a continuación:

Texto antes de la reforma de junio de 2008	Texto vigente después de la reforma de junio de 2008
Artículo 21. *La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.*	***Artículo 21.*** *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.*

Como se observa en el anterior cuadro comparativo, en el artículo 21 Constitucional se hacen reformas trascendentes, especialmente en cuanto a las atribuciones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, y a la corresponsabilidad de las policías en esta responsabilidad constitucional, sin la supervisión del Ministerio Público (en la iniciativa erróneamente el Ejecutivo establece: *"sin la camisa de fuerza que significa una innecesaria subordinación jerárquica y operativa al Ministerio Público"*)

Es menester apuntar, antes de analizar las reformas al numeral en comento, que es de suma importancia que la función del Ministerio Público, que es una función del Estado que

[146] http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/?sesion=2007/03/13/1&documento=4 SUBSECRETARIA DE ENLACE LEGISLATIVO

requiere de enorme imparcialidad, debe llevarse con una total independencia de intereses políticos, o cualesquiera otros distintos de los de la procuración de justicia con estricto apego a Derecho, y no, como pareciera en ocasiones,[147] como una Institución de rasgos inquisitorios que se usa como una arma legal para combatir a los enemigos políticos,[148] violentando sus garantías individuales y sus derechos humanos.[149]

En relación con las atribuciones del Ministerio Público, la reforma postula en el párrafo primero, que *"la investigación de los delitos* ***corresponde*** *al Ministerio Público"*. El texto original del Constituyente de 1917 se refería simplemente a la *"persecución de los delitos"*, lo que significaba buscar las pruebas, aportarlas al juez y actuar frente a éste sosteniendo sus pretensiones. La reforma a la Constitución, de 1993, modificó, de manera inadecuada el texto, para quedar: *"La investigación y la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"*, sin advertir que en la actividad de perseguir está implícita la investigación. No se puede perseguir el delito sin antes investigarlo.

La actual reforma distorsiona la función del Ministerio Público. Ahora se pretende que éste investigue los delitos, es decir, busque las pruebas únicamente, y persiga legalmente a los imputados, lo cual es precisamente labor de la policía. El Ministerio Publico no debe ser un detective que realice la investigación ya que no está formado para serlo, sino un perito en Derecho cuya función es la del control de la investigación, la cual asesora para que se obtengan medios probatorios con irrestricto apego a las garantías individuales y derechos humanos, que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de un imputado; que le permitan integrar eficientemente una averiguación previa que pueda ser consignada a los tribunales.

La facultad del Ministerio Público de ejercer la acción penal y la persecución de los delitos ante los tribunales es, finalmente, la que le debería permitir controlar la labor de las

---

[147] ALCÁNTARA, Liliana. *"Represión social recrudece: ONG.* Organizaciones no gubernamentales realizan una campaña contra la criminalización de la protesta social, pues aseguran que en los últimos dos años se recrudecieron los actos de represión en Oaxaca, Hidalgo, Estado de México y de manera más reciente en Morelos. En ese periodo la Red Nacional de Organismos Civiles de Derechos Humanos Todos los Derechos para Todos documentó 60 casos de criminalización de la protesta social en 17 estados." *El Universal.* 25 de octubre de 2008. p. A7.

[148] *"Michoacanazo", urge una explicación.* El pasado martes obtuvieron su libertad otros cinco ex funcionarios de Michoacán, acusados, detenidos y arraigados por la Procuraduría General de la República por presuntos nexos con el grupo criminal conocido como "La Familia Michoacana". Desde un principio observadores y analistas políticos señalaron que la acción tenía más perfil político que policiaco; esto, por la cercanía de procesos electorales y la querencia de un alto funcionario federal por la entidad. Editorial. *La Prensa.* 30 de septiembre de 2010. p. 9.

[149] Se violenta el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reza: "*Nadie podrá ser molestado por sus opiniones";* y el 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el que se lee: "*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión"*

policías y la averiguación previa, ya que si los medios de prueba son obtenidos de manera ilegal o no son suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de un imputado, no debería poder ejercer la acción penal y enviaría el expediente a la reserva, cosa que en la praxis no sucede comúnmente.

Un estudio del CIDAC,[150] expone la gran concentración de atribuciones sobre las procuradurías de justicia y, particularmente, como su principal funcionario, el Ministerio Público. El diseño institucional de las procuradurías y del Ministerio Público no garantiza plenamente la autonomía de los funcionarios al desempeñar sus trascendentes atribuciones y no ofrece un sistema eficaz de controles que minimicen los espacios y oportunidades para la desviación de poder con detrimento a las garantías constitucionales y los derechos humanos, y para posibles actos de corrupción.

La citada reforma establece que incumbe al Ministerio Público la investigación de los delitos en corresponsabilidad con las policías, pero cancela un postulado constitucional, especialmente importante: *"una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato"*. Si la policía, en el área de investigación, no está bajo la autoridad y el mando inmediato del Ministerio Público, ¿qué ruta seguirán estas policías autónomas y omnipotentes? ¿Cómo es posible que una policía con autonomía operativa, que depende de una Secretaría de Estado (Secretaría de Seguridad Pública Federal),[151] pueda estar, al mismo tiempo, bajo la dirección funcional de la autoridad ministerial? Asimismo, ¿qué hará el Ministerio Público sin policía que orgánica y funcionalmente se encuentre a sus órdenes, para poder allegarse las pruebas con respeto a las garantías individuales y a los derechos humanos, y aportarlas al juez, en una consignación sólida, fundada y motivada, para obtener el auto de sujeción a proceso? En esta reforma se omite establecer auxiliares del Ministerio Público, -como son los Servicios Periciales, que coadyuven efectivamente con éste, con ayuda de las diferentes ciencias y artes, a una verdadera investigación científico criminal, con apego al principio de legalidad y respeto a los derechos humanos.

El Constituyente de Querétaro dio el calificativo de "judicial" al referirse a la policía que "auxiliaba" al Ministerio Público en la persecución de los delitos (el Ejecutivo erróneamente argumenta *"la policía como un órgano corresponsable de la investigación penal y devolverle las facultades que poco a poco fue perdiendo en la práctica y en las*

---

[150]ZEPEDA LECUONA, Guillermo. *Crimen sin castigo: procuración de justicia penal y Ministerio Público en México.* México. Fondo de Cultura Económica y Centro de Investigación para el Desarrollo (CIDAC). 2004. p. 42.

[151]"La Policía Federal, que es la corporación encargada de investigar a los carteles de la droga realiza operativos improvisados y sin presupuesto, carece de control sobre los agentes enviados a comisiones peligrosas y de protocolos de seguridad, falla en al comunicación interna y comete deficiencias al indagar el paradero de los suyos". *Revista Proceso No. 1755, del 20 de junio de 2010.* p.14.

legislaciones secundarias", cuando es de observarse que el Constituyente definió desde la Constitución de 1917 su estatus).

Con la reforma a estudio se continúo con la alteración producto de una modificación anterior, que prescindió del mencionado calificativo, con lo que la policía que antes se identificaba con un solo nombre, ahora recibe varios, y con la confusión de que al hablar de "policías" corresponsables con el Ministerio Público en la investigación de los delitos, todas las policías tanto federales, estatales, municipales, llámense preventiva, investigadora, auxiliar, bancaria e industrial, etc., son competentes para dicha función; situación a todas luces errónea, ya que si la que estaba anteriormente facultada constitucionalmente, y supuestamente capacitada para la persecución de los delitos, lo hacia violentando las garantías constitucionales y los derechos humanos, ¿cómo lo harán las que no lo están, amén de no estar supervisadas por el Ministerio Público?.

El Congreso de la Unión aprobó el 29 de abril de 2009 la Ley de la Policía Federal, en la que se incluye la autorización para realizar operaciones policiales encubiertas.[152]Cabe decirse que este tipo de actividades son de lo más proclives y riesgosas en lo concerniente al respeto de las garantías individuales y los derechos humanos, ya que la experiencia no deja lugar a dudas, a menor visibilidad de la policía, mayores son las dificultades para su control; aunado a que la ley promulgada no trae los mecanismos de control para las operaciones encubiertas, ya que se entrega la supervisión de las mismas a una Unidad de Asuntos Internos,[153] no al Ministerio Público.[154]

La policía en nuestro país, depende del Poder Ejecutivo, quien establece una política criminal que en la teoría busca disuadir la comisión de los delitos a través de la prevención, investigación y en su caso la represión de los delitos. Los cuerpos de policía son controlados por el Poder Ejecutivo (el cual a la luz de la ley mencionada anteriormente, amplia los poderes policiales y perpetua el autocontrol), quien al ser un funcionario electo debería rendir cuentas de su actuación ante el electorado; sin embargo, la policía no puede ejercer la acción penal porque está legalmente impedida para hacerlo, por lo que resulta errónea la reforma que la corresponsabiliza, junto con el Ministerio Público, de la investigación de los delitos.

---

[152] "La nueva policía encubierta". *El Universal.* 12 de mayo de 2009. p. A.20.

[153] Ídem.

[154] Esta autorización a la policía para realizar operaciones encubiertas pone en riesgo lo establecido en el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que postula: *"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación";* y en el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que se observa: *"Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación."*

Un sector muy amplio de la sociedad no confía en la policía, y no confía por los vicios y corruptelas con que se desempeña, porque no cumple eficazmente con sus funciones y genera impunidad, y sobre todo, porque comúnmente llega a utilizar evidencia obtenida ilegalmente (como por medio de tortura);[155] por tanto, racionalmente, lo primero que debe hacerse es profesionalizar a la policía, estableciendo esta carrera a nivel licenciatura y sus debidos postgrados, con salarios y prestaciones acordes a su función y preparación profesional. Si ésta no tiene el rango de una auténtica policía científica, los cambios legales y las nuevas estructuras están condenados al fracaso. En la reforma a estudio no se observan cambios de fondo que tiendan a devolver la confianza de la ciudadanía en la Institución que tiene el ejercicio de la acción penal.

El Ejecutivo Federal en turno, desde el principio de su gestión y argumentando la ineficacia y corrupción de las policías, saco al ejercito de los cuarteles y puso a las tropas a efectuar labores policiacas sin la supervisión directa del Ministerio Público,[156] por lo que Amnistía Internacional expreso que hay una preocupación real por la intervención de los militares en el combate al crimen organizado (el presidente Calderón lo ha calificado constantemente como "guerra al crimen organizado"[157])[158] y que el uso de las fuerzas armadas en ese combate abre la posibilidad de que se cometan graves violaciones a los derechos humanos por su falta de capacitación para realizar tareas policiales; situación que se hizo realidad y que a la fecha es palpable día a día en los diferentes medios de comunicación.[159]

---

[155] "En nuestro país, los niveles de impunidad y de inseguridad pública se han incrementado en los últimos años. Es claro que esta situación dificulta el desarrollo de México, ya que aleja las inversiones, da lugar a una percepción de temor generalizado en la sociedad, provoca desconfianza en las instituciones públicas y obstaculiza el desarrollo personal de los individuos y de toda nuestra comunidad". Argumentación contenida en la Iniciativa de Proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dirección en Internet: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/?sesion=2007/03/13/1&documento=4. SUBSECRETARIA DE ENLACE LEGISLATIVO

[156]"Preocupa a Amnistía Internacional la violación de derechos. Rechazan que militares hagan tareas policiacas". *El Universal.* 24 de mayo de 2007. p. A8

[157]"Pide Calderón pasar a los hechos. Acuerda a los firmantes del Acuerdo Nacional por la Seguridad, declarar la guerra al crimen organizado. En esta guerra contra la delincuencia, contra los enemigos de México, no habrá guerra ni cuartel". *Editora Argos. El Mañana On Line.* 13 de septiembre de 2008.

[158]Estas declaraciones podrían estar violentando lo establecido en el artículo 20.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se lee: *"Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley".*

[159] En un boletín mancomunado de prensa (SC/01, del 18 de enero, fechado en la Cd. De México), del Centro de Derechos Humanos de la Montaña "Tlachinollan", del Frente Cívico Sinaloense, de la Comisión Ciudadana de Derechos Humanos del Noroeste y del Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez", se expone lo siguiente:

"Expresamos nuestra profunda preocupación porque la creciente incorporación de militares en tareas de seguridad interior se da en detrimento del fortalecimiento de la policía civil. Además, esta respuesta del gobierno federal ante la legítima demanda de seguridad de los ciudadanos mexicanos ha demostrado su ineficacia... Desde la creación de la PFP los gobiernos federales de Zedillo, Fox y Calderón han insistido en

La militarización de las tareas de seguridad interna y seguridad pública plantea varios riesgos para el proceso de democratización en México:

a) Uso de la fuerza. A diferencia de las policías, los elementos de las fuerzas armadas son entrenados en tácticas para la eliminación del enemigo y para situaciones de emergencia humanitaria, no para la prevención del delito o para gestionar o resolver conflictos sociales.

b) Rendición de cuentas. Las policías mexicanas están sujetas a una serie de controles internos y externos que las obligan a rendir cuentas ante distintas instancias gubernamentales, consejos mixtos y la ciudadanía. Las fuerzas armadas no están sujetas a estos controles y su estructura no les exige rendir cuentas a la ciudadanía.

c) Relación agente de seguridad-comunidad. Existen pocas o inexistentes estrategias de participación ciudadana en la prevención del delito provenientes de mandos militares.

La eficacia en materia de seguridad y justicia penal no viene de reformar y endurecer de manera constante las normas,[160] sino en una buena parte, de una verdadera interacción multidisciplinaria y verdaderamente profesional entre Ministerio Público, policía investigadora y servicios periciales, (amén de otras acciones que socaven la gran desigualdad socioeconómica que vive el pueblo de México, principalmente en las zonas rurales[161]), que aseguren los derechos del inocente y hagan sentir el castigo al culpable.

---

militarizar la seguridad pública. A pesar de ello la situación no ha mejorado. Diversos organismos internacionales han emitido recomendaciones al gobierno mexicano para desvincular a los cuerpos militares de los cuerpos de seguridad pública. Exigimos al Estado mexicano una política de seguridad interior basada en el bienestar social de las mayorías, la profesionalización de los cuerpos de seguridad y el respeto irrestricto al los derechos humanos y al debido proceso". Y más adelante explica: "La experiencia nos revela que existe un riesgo real en el hecho de que las fuerzas armadas se involucren en actividades de seguridad pública. No son pocos los casos de violaciones graves a los derechos humanos cometidas por elementos militares en contra de poblaciones vulnerables durante operativos como el implementado ahora, pues el fuero militar evita que los miembros de las Fuerzas armadas puedan ser presentados ante la justicia civil, lo cual propicia la impunidad y la falta de rendición de cuentas...". Sigue el texto: "Por todo lo señalado, las organizaciones firmantes insistimos en que el involucramiento de elementos militares en tareas de seguridad interior, en un país con una incipiente democracia electiva y con un incremento acelerado de la pobreza en la población, representa un riesgo importante para la construcción de un modelo de seguridad pública que garantice de manera eficaz, y respetando los derechos humanos, la seguridad de la población. Al respecto, queremos insistir que en distintas recomendaciones emitidas por organismos de protección a los derechos humanos (entre ellas el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la ONU), se ha solicitado al gobierno mexicano la separación de los militares de las tareas policíacas". Dornbierer, Manú. http://www.voltairenet.org/article 145528.html. 26 de mayo de 2007.

[160] CARRASCO, Patricia. "*Urge acabar con impunidad. Raúl Plascencia Villanueva*". Endurecer penas no sirve si no se aplican las que la ley marca, afirmo el ombudsman. *La Prensa*. 8 de octubre de 2010. p. 12.

[161] "También sabemos que no hay empleo en México por lo que continúa la sangría de la emigración y aumentan los porcentajes de pobreza, que hay huelgas que el gobierno rompe y marchas de protesta a todas horas contra el TLCAN y contra la entrega del país, que los precios se están disparando con el

Con esta reforma no se garantiza, por lo expuesto, de ninguna manera, la protección de los derechos de seguridad, legalidad jurídica y humana de los gobernados.

3.2.2. Artículo 21 párrafo segundo.

En la reforma a estudio se anexo el actual párrafo segundo, que a la letra estipula:

> *"El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial."*

Este párrafo incurre en una antinomia flagrante, ya que el segundo enunciado de éste pone en riesgo los principios de legalidad y seguridad jurídicas consagrados en las garantías individuales, al establecer la oportunidad que se da a los particulares para ejercer la acción penal, contradiciendo al primer enunciado, además de perderse el monopolio de la acción penal que era potestad del Ministerio Público e ir contra lo establecido en el numeral 17 del mismo ordenamiento constitucional que establece en su primer párrafo que ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma; soslayando de esta manera el deber y el poder punitivo que tiene el Estado de procurar justicia por medio del órgano facultado constitucionalmente para ello: el Ministerio Público. También existe una contravención y grave incongruencia con lo preceptuado en el artículo 102 Constitucional que establece las funciones que tiene el Ministerio Público Federal como es la facultad de persecución ante los tribunales de los delitos de orden federal.

La reforma no estableció si en este tipo de procesos penales de acción penal privada tendrá o no participación el Ministerio Público; si la investigación del delito correrá a cargo del particular o tendrá que acudir a la Representación Social para ello; además que no señala los elementos mínimos para ejercer la acción penal civil, por lo que se estarían violando los principios de legalidad y certeza jurídica establecidos en las garantías individuales y los derechos humanos; así como qué se debe de hacer en casos de flagrancia en la acción penal, si el particular podrá poner a disposición en forma inmediata y directa al presunto responsable ante el Juez o será necesario llevarlo al Ministerio Público en cuyo caso resulta ociosa dicha reforma.

La única forma en que la acción penal privada está prevista claramente en la reforma a la Constitución, es en el artículo 20, apartado C, fracción IV, el cual establece que la victima

---

gasolinazo sin que la propaganda oficial logre ocultarlo. Que México acabó de perder con el panismo su campo y de lo que quedaba de industria nacional a manos de las transnacionales". Viklund, Andreas. *Apia Virtual. Powered by Word Press.*7 de febrero de 2008.

u ofendido pueda solicitar directamente al Juez la reparación del daño, sin perjuicio de que el Ministerio Público lo haga.

Considero que esta reforma es resultado de las presiones al Estado dadas a partir de los delitos de secuestro, que concluyeron en forma dramática, en contra de ciertos sectores de la sociedad, de posibilidades económicas y relaciones políticas y sociales altas, tales como la señora Isabel Miranda de Wallace (Asociación Alto al Secuestro), Alejandro Martí (presidente de México SOS) y Nelson Vargas, los que, respetando su dolor por la pérdida de sus seres queridos, no están buscando justicia sino venganza.[162] Esta reforma no estableció los requisitos legales necesarios para que el particular acuda en forma directa ante el Juez a ejercer la acción penal y propicia la venganza privada o abusos en el actuar de quien se considere víctima u ofendido de un hecho ilícito, desembocando en persecuciones demagógicas y frívolas.[163]

En este contexto, cabe la siguiente reflexión del penalista italiano Francesco Carnelutti:

> Aunque el derecho lo afirme la parte lesionada, conviene que a su afirmación se asocie (si bien a veces de manera meramente formal) el Ministerio Público. Ello significa, en último análisis, que la ley no se fija de la parte, no sólo para la actuación de la pena, pero ni siquiera para mover el proceso dirigido a actuarla. Esto ocurre porque el proceso penal, tanto en la fase ejecutiva como en la fase de cognición, es un instrumento peligroso, que debe ser manejado únicamente por aquellos a quien la ley encomienda ese oficio; y aún por ellos mismos con máxima cautela."[164]

3.2.3 Artículo 16 párrafo décimo tercero (actualmente es décimo cuarto).[165]

En la reforma a estudio se anexo el párrafo décimo tercero, que a la letra establece:

> *"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.*

---

[162]PANSZA, Arturo R. "Hasta 70 años de cárcel a plagiarios; se congratulan Isabel Miranda y Alejandro Martí". *La Prensa*. 8 de octubre de 2010. p. 3.
[163]FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. "Es preciso que la justicia criminal en lugar de vengarse castigue al fin". Siglo XXI. México 2005. p.78.
[164]CARNELUTTI, Francesco en *"La Reforma Penal Constitucional (2007-2008)"* de Sergio García Ramírez. Porrúa. México. 2008. p. 177.
[165] El 1 de junio de 2009 fue publicado en el D.O.F. el DECRETO por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 del Pacto Federal.

Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes."

Se adicionó al texto constitucional la figura jurídica de los jueces de control, cuyas funciones serán resolver de forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes formuladas por el Ministerio Público sobre aspectos como medidas cautelares tales como ordenes de aprehensión, arraigos; providencias precautorias como cateos, aseguramiento de bienes, extinción de dominio intervenciones de comunicaciones privadas, etc.; dándole legalidad, aunque no legitimidad a varias de las medidas y providencias que este funcionario judicial estará en posición de dictar, aun cuando éstas lesionan las garantías individuales y los derechos humanos de los gobernados.

El juez de control tendrá atribuciones que eran propias del Ministerio Público (el cual ya no las conocerá), como las resoluciones de reserva y no ejercicio de la acción penal; el desistimiento y la suspensión de la acción penal.

En la exposición de motivos del Ejecutivo,[166] se aclara e indica que el juez de control atenderá solicitudes de cateos, arraigos, intervención de comunicaciones privadas, órdenes de aprehensión y las demás que requieran control judicial.[167]

Si bien es cierto que esta reforma, en apariencia daría cabal cumplimiento a lo prescrito en el segundo párrafo del artículo 17 Constitucional sobre el principio de celeridad, es decir, proporcionar justicia pronta y expedita a los gobernados, también es cierto que trastoca el principio de equidad de las partes en el proceso, que establece el sistema procesal acusatorio, que según el primer párrafo del numeral 20 del mismo ordenamiento regirá a éste; ya que medidas como el arraigo, el dictar órdenes de aprehensión sin existir ya cuerpo del delito y en muchos casos, con solo la delación anónima, la extinción de dominio sin haber sido oído y vencido en juicio, etc., vulneran las garantías individuales y los derechos humanos de las personas.

En principio, el que establezca que: *"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"*; en mi leal saber y entender el

---

[166] http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/?sesion=2007/03/13/1&documento=4 . Óp. Cit.

[167] Estas funciones ya están delimitadas en el artículo 5 del Acuerdo General 75/2008, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal que establece: 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; e III. Intervención de comunicación. 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.

que resuelvan "***en forma inmediata, y por cualquier medio"***, quiere decir que podrán usar fax, correo electrónico, twitter, teléfono, cualquier medio electrónico, etc.; y conforme al mandamiento del artículo 16 párrafo primero, que ordena que todo acto de molestia debe estar fundado y motivado en mandamiento escrito de autoridad competente, surgen las preguntas:

1.¿Cómo se funda la competencia, si se solicita una orden de cateo y orden de aprehensión urgente a llevarse a cabo en el "Rancho Santo Domingo" ubicado en la sierra "La Bufadora" a aproximadamente 50 kilómetros al sureste de Ensenada, B.C., si el juez de control se encuentra en el Distrito Federal, como establece el artículo 2[168] del Acuerdo General 75/2008[169], del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se crean Juzgados Federales Penales especializados en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones?

2. ¿Si lo autoriza inmediatamente por cualquier medio electrónico conocido, por ejemplo, telefónicamente, lo estaría autorizando verbalmente, entonces donde queda el mandamiento escrito ordenado por el citado ordenamiento constitucional? Es aplicable al caso la siguiente tesis jurisprudencial:

> **SEGURIDAD JURIDICA, GARANTIA DE. LAS ORDENES VERBALES DE AUTORIDAD SON VIOLATORIAS EN SI MISMAS DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.** El artículo 16 constitucional contiene una garantía de seguridad jurídica, que se traduce en la forma del acto autoritario de molestia, el cual debe derivarse siempre de un mandamiento por escrito, pues solamente de esta manera puede observarse la fundamentación del acto de autoridad, por lo que cualquier mandamiento u orden verbal que originen una molestia en los bienes jurídicos, son contrarios a dicho precepto constitucional.[170]

3. ¿Cómo podrá el gobernado verificar si está debidamente fundado y motivado el acto de molestia si la resolución "urgente" se dio vía telefónica? Se estaría omitiendo la siguiente opinión de la Corte:

> **MINISTERIO PÚBLICO, DEBE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ÓRDENES.** Ni el artículo 21 constitucional ni el 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, facultan a los agentes del Ministerio Público para omitir el cumplimiento de lo que

---

[168]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.
[169] Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2008.
[170]Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. Tesis de Jurisprudencia XXI.1o. J/6. Tomo: 65, Mayo de 1993, p. 61

ordena el artículo 16 constitucional, conforme al cual deben motivar y fundar las órdenes que dicten.[171]

4. ¿Si se da vía twitter escribiendo en un mensaje de texto la resolución que ordena el cateo y autoriza la orden de aprehensión urgente, donde queda lo estipulado en el sentido que todo mandamiento de autoridad debe contener firma autógrafa del funcionario emisor?

El primero de los requisitos que establece el artículo 16 para los actos de molestia es que tales actos figuren por escrito. Este requisito persigue varios objetivos. En primer lugar, la forma escrita permite tener certeza sobre el acto de autoridad, tanto sobre su existencia como su contenido y alcances. En segundo lugar la forma escrita permite un mejor conocimiento del acto por parte del particular, a fin de que pueda defenderse correctamente. La jurisprudencia ha señalado que el escrito que contenga el acto de autoridad debe estar firmado por el funcionario competente que lo emite. Es el criterio que se contiene en la siguiente tesis:

> **FIRMA. LA FALTA DE ELLA EN UN MANDAMIENTO DE AUTORIDAD IMPLICA VIOLACION DE GARANTIAS.** Conforme al artículo 16 de la Constitución Federal, nadie puede ser molestado en sus propiedades y posesiones, sin mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive adecuadamente la causa legal del procedimiento. De aquí, que para que todo acto de autoridad pueda considerarse un mandamiento de autoridad competente, debe constar en un documento público debidamente fundado que, en términos del artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicado supletoriamente a la Ley de Amparo, es el expedido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, cuya calidad de tal "se demuestra por la existencia regular sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso, prevengan las leyes". De ello se desprende que la firma que en dichos documentos estampe la autoridad, es un requisito indispensable para su validez, ya que no es sino el signo gráfico con el que, en general, se obligan las personas en todos los actos jurídicos en que se requiere la forma escrita, de tal manera que la falta de firma de la autoridad en el documento en que impone una obligación a cargo del particular, carece de legalidad.[172]

[171]Semanario Judicial de la Federación, Segunda Sala, 6a. Época. Tomo: Tercera Parte, LXII, Página: 40.
[172]Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Tesis VI.1º. 143 C. Tomo: XV-II. Febrero de 1995. p. 342

Además, la firma no solamente debe constar en el documento si no es autógrafa. Es decir, las firmas facsimilares o impresas por medios electrónicos violan el artículo 16 constitucional.[173] Así lo sostiene el criterio siguiente:

> **FIRMA ELECTRÓNICA. ES ILEGAL EL DOCUMENTO QUE LA OSTENTA.** Es obligación constitucional acorde al artículo 16 de nuestra Carta Magna, que todo acto de autoridad debe estar debidamente fundado y motivado, por lo que es necesario que aquel cuente con la firma autógrafa de servidor público que lo expida, es recogido por el numeral 38, fracción IV del Código Fiscal de la Federación. En tales condiciones, si el requerimiento de obligaciones cuyo incumplimiento originó la imposición de una multa, contiene firma electrónica, es incluso que ésta es ilegal al ser fruto de un acto viciado, pues el referido requerimiento carece de validez legal al no contener la firma autógrafa del emisor.[174]

> **FIRMA FACSIMILAR. EL MANDAMIENTO DE AUTORIDAD EN QUE SE ESTAMPA CARECE DE LA DEBIDA FUNDAMENTACION Y MOTIVACION.** Conforme a lo dispuesto en el artículo 16 constitucional, nadie puede ser molestado en sus propiedades y posesiones sin mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. De aquí que, para que una determinación pueda considerarse un mandamiento de autoridad competente debe constar en un documento público debidamente fundado que, en los términos del artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria, sea expedido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, cuya autenticidad "se demuestra por la existencia regular sobre los documentos, de los sellos, firmas y otros signos exteriores, que en su caso, prevengan las leyes". De donde se desprende que la firma que en dichos documentos estampe la autoridad,

---

[173] Se pretende dar legalidad a las firmas impresas por medios electrónicos por medio del "Acuerdo General 75/2008", del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, el cual en su artículo 13 establece: 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 lo 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. El mencionado artículo 111 estipula: Si a pesar de no haberse hecho la notificación en la forma que este Código previene, la persona que debe ser notificada se muestra sabedora de la providencia, se tendrá por hecha la notificación. Ilegalidad sumada a ilegalidad.

[174] T.F.J.F.A. Primera Sala Regional del Noreste Monterrey, N.L., Novena época. No. 22. Octubre 2002. p. 320.

debe ser siempre autógrafa y por ello carece de valor una copia facsimilar sin la firma del original del documento relativo.[175]

Al respecto es de recordar el criterio de nuestro Máximo Tribunal:

> **FIRMA AUTOGRAFA. EL MANDAMIENTO DE AUTORIDAD DEBE CONTENERLA.** En términos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nadie puede ser molestado en su propiedad y posesión sin mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive adecuadamente la causa legal del procedimiento; en tal virtud, si todo acto de autoridad debe constar por escrito, ello presupone la necesidad inexcusable de que se encuentre firmado por el funcionario emisor, ya que dicha firma será la circunstancia idónea para autentificarlo, es decir, para establecer la obligatoriedad de los actos jurídicos que requieren de forma escrita.[176]

Es indubitable el hecho de que exegéticamente lo prescrito en el numeral a estudio es violatorio de garantías individuales y derechos humanos.[177]

3.2.4. Artículo 16 párrafo séptimo (actualmente octavo).

Entre las funciones que faculta la reforma a estudio, a los jueces de control, está la de resolver de forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes formuladas por el Ministerio Público sobre aspectos como medidas cautelares, tales como decretar el arraigo de una persona, al adicionarse el párrafo séptimo (actualmente octavo) del artículo 16 Constitucional; quedando este numeral como sigue:

> *"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*

---

[175] Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, 8a. Época. Tomo: XIII, Febrero de 1994, p. 325.

[176] Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. Novena Época. Tesis XXI.1o.13 K. Tomo: III, Marzo de 1996, Página: 946.

[177] Se estaría vulnerando lo establecido en el artículo 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prescribe: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta."; y en el numeral 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el que se observa: "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas."

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."

En el extracto del dictamen a la reforma Constitucional a estudio, emitido por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia,[178] aprobado en lo general en la Cámara de Diputados con 366 votos en pro, 53 en contra y 8 abstenciones, el miércoles 12 de diciembre de 2007, al respecto del arraigo, se observa:

"Esta figura consiste en privar de la libertad personal a un individuo, por orden judicial, durante un periodo determinado, a petición del ministerio público, durante la investigación preliminar o el proceso penal, a fin de evitar que el imputado se evada del lugar de la investigación o se oculte de la autoridad, o afecte a las personas involucradas en los hechos materia de la indagatoria.

...De ahí que se dictamina procedente la propuesta de incorporar la figura del arraigo para investigaciones y procesos seguidos por el delito de delincuencia organizada, en este último caso, cuando no subsista la prisión preventiva, en los términos y condiciones que el juez establezca, de conformidad con la ley de la materia, así como por la temporalidad de cuarenta días y con opción a prorroga hasta por otros cuarenta días, siempre que sigan vigentes las circunstancias que justificaron su autorización inicial."

El arraigo en materia penal, además de ser contrario al sistema acusatorio, es inconstitucional, violatorio y en abierta contradicción con las garantías individuales y los derechos humanos, por afectar la libertad personal y de transito de los indiciados, porque dispone de dichos derechos fundamentales en la fase de averiguación previa, en la que todavía no existen datos que conduzcan a la probable responsabilidad del individuo, creando un estado de excepción que vulnera el principio de presunción de inocencia; que sustrae del ámbito garantista a los gobernados que no han sido declarados culpables por un juez, quienes ven reducido o anulado el campo de protección constitucional en la materia, eventualmente para no ser hallados responsables; por lo que la reforma a estudio está en franca oposición a lo consagrado por la Carta Magna del Constituyente de Querétaro, analicémoslo.

3.2.4.1. Definición de arraigo penal.

Para efectos del presente estudio sólo me avocare a la definición del arraigo penal:

---

[178] http://gaceta.diputados.gob.mx

Arraigo Penal (acción y efecto de arraigar; del latín *ad* y *radicare,* echar raíces). Es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso, cuando se trate de delitos imprudenciales o de aquellos en los que no proceda la prisión preventiva.[179]

De la anterior definición es de observarse que el arraigo es un acto esencialmente prejudicial puesto que sirve como herramienta a la autoridad investigadora para que, previamente a un proceso, lograra conformarse el cuerpo del delito (el cual con la reforma ya también desapareció de la Constitución). Aunque excepcionalmente la figura del arraigo puede ser asimismo un acto procesal una vez que se solicita cuando está abierto el procedimiento.

La hipótesis que sostengo es la que el acto de arraigo restringe la libertad personal, por lo que la reforma a estudio viola las garantías constitucionales, los derechos humanos, el principio de presunción de inocencia[180] y el principio *pro homine.*[181]El Ejecutivo que interpuso la iniciativa de reforma, y el legislador que la aprobó olvidaron que uno de los valores más importantes para el hombre, junto con la vida, es la libertad, y al privarlo de ésta sin haber sido oído ni vencido en juicio, pone en riesgo el llamado "Contrato Social."[182]

3.2.4.3. Artículos 14, 16, 18 y 19 Constitucionales.

---

[179] Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, óp. cit. p260.

[180] "Uno de los principios básicos del derecho penal moderno y el derecho constitucional es la medida en que tiene por objetivo preservar la libertad, es la presunción de inocencia. La presunción de inocencia significa, para decirlo de forma sintética, que toda persona debe tenerse por inocente hasta que exista una sentencia firme de autoridad competente en la que se le tenga como responsable de la comisión de un delito". Carbonell, Miguel. *Los Derechos de Seguridad Jurídica.* México. Porrúa. 2007. p. 737.

[181] **PRINCIPIO *PRO HOMINE*. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA. El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos** y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Febrero de 2005, Página: 1744, Tesis: I.4o.A.464 A. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, octubre de 2004, página 2385, tesis I.4o.A.441 A, de rubro: "PRINCIPIO *PRO HOMINE*. SU APLICACIÓN."

[182] Contrato social, acuerdo voluntario que define tanto la relación mutua de los individuos, concebidos como sujetos morales libres como la relación de éstos con el gobierno y por este proceso estructura una sociedad bien conformada. Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social o Principios de derecho político* Microsoft. Encarta. 2009. 1993-2008 Microsoft Corporation.

Antes de la reforma constitucional a estudio, los actos restrictivos de libertad debían cumplir las exigencias de los artículos Constitucionales 14, 16, 18 y 19. Estos preceptos transgredidos con la reforma, especificaban en distinta forma las formas en que la libertad personal podía ser restringida, algunos de manera preventiva, esto es antes de llegar a una sentencia que condenara al reo a purgarla, y otros en el sentido de establecer las reglas para restringir la libertad personal de quienes ya habían sido sentenciados.

1.- El artículo 14 Constitucional establece lo siguiente:

> A ninguna Ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.
>
> **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 los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.
>
> En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforma a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."

En el artículo antes trascrito en ninguna parte de su texto se fundamenta el arraigo. Lo que sí es evidente apreciar es que el arraigo contraviene el texto, en cuanto a que nadie podrá ser privado de su libertad sino mediante juicio seguido, cosa que el arraigo no cumple, pues su mandato proviene de una figura precautoria en la que la persona afectada con este acto no ha sido oída ni vencida en juicio, afectando su libertad personal de forma contraria a la garantía consagrada en este artículo 14 Constitucional.

Cabría entonces pensar que si contraviene el artículo anterior, entonces pudiera ser posible que algún otro relacionado con la garantía de libertad personal le diera fundamento, cosa que no era así, por lo que pasaremos ahora al análisis y trascripción del artículo 16, tal y como estaba antes de la reforma, para observar las partes contravenidas por el arraigo.

2. El artículo 16 Constitucional hasta antes de la reforma establecía:

> 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.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y **existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado**.

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. En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndole sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la Justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido, deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado **podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial, este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada**. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personal que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla una acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

En está trascripción no está la totalidad del artículo 16, sino sólo sus ocho primeros párrafos, en donde se atañía a la libertad personal propiamente dicha. Si bien el acto del arraigo afecta o molesta al indiciado en su persona, familia y domicilio contraviene en principio al precepto invocado, pero podía caber en la interpretación de algunos, que el arraigo podría ser Constitucional en virtud de consistir en un mandamiento escrito de la autoridad competente, que funda y motiva la causa legal de procedimiento.

Sin embargo nuestra Carta Magna, en los párrafos posteriores protegía al ciudadano, normando la forma en que la libertad personal podía ser restringida, calificando a tal acto de privación como orden de aprehensión, pues sería inhumano que la autoridad tuviera libre albedrío para efectuar un sin fin de mandatos que afectarán la libertad personal poniéndole el nombre que más le guste, y no es así, pues como se establecía, debía ser a través de una orden de aprehensión y no de una orden de arraigo.

Por otro lado también se señalaba entre sus reglas que la orden de aprehensión se libraría sólo que existieran datos que hubieren acreditado el cuerpo del delito y que hubieran hecho probable la responsabilidad del indiciado, y basta emplear el más sencillo de los razonamientos para ver que el arraigo es un acto que apenas se encamina a reunir los datos del cuerpo del delito para hacer la probable responsabilidad del indiciado, cuestión que a todas luces es inconstitucional, pues si una orden de aprehensión en donde ya se suponía que se habían reunido todos los requisitos, éstos debían ceñirse al marco Constitucional; como una autoridad por medio de una orden de arraigo, que ni siquiera encuadra en el supuesto que nos ocupa, se atreve a privar de la libertad personal a cualquier ciudadano.

Otra cuestión determinante es que quedaban evidentes los términos en los que una privación de libertad no podía exceder, pues para el efecto de las atribuciones del Ministerio Público jamás podía retener a ninguna persona por más de 48 horas, con opción a duplicarse si "pertenecía" a la delincuencia organizada, plazo a cuyo termino el ciudadano quedaba libre o a disposición de un juez que determinaba su situación jurídica, mientras el arraigo mantiene al gobernado en la incertidumbre, tanto de su libertad como de su situación jurídica.[183]

Así pues, es evidente que el arraigo es una figura que permite innumerables abusos por parte de la autoridad ministerial, ya que su regulación es muy escueta. Así, por ejemplo, no se señala expresamente que el lugar para ejecutar el arraigo es el domicilio del particular afectado o cualquiera que él quiera señalar, con lo cual se ha permitido el uso de "casas de seguridad" o de hoteles donde el Ministerio Público ubica a los afectados mientras dura la medida del arraigo.[184]

---

[183]Con la actual reforma constitucional, en el párrafo octavo del numeral 16 del Pacto Federal, se establece que el arraigo puede tener una duración total de 80 días, observándose una antinomia con el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. el cual estipula un tiempo máximo de 90 días, lo que deviene, en la praxis, de un abuso reiterado del órgano investigador que doblemente vulnera garantías individuales y derechos humanos de los gobernados imputados de un injusto.

[184]La reforma establece ambiguamente que se podrá decretar el arraigo de una persona "con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale"; mientras que la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada postula que el arraigo del inculpado será "en el lugar, forma y medios de realización" que señale el Ministerio Público en su solicitud, acorde al hecho imputado y a las circunstancias personales del inculpado, con lo que es evidente que establece un estado de excepción.

Tampoco se establece si durante el arraigo le asisten al afectado los derechos que señala la Constitución en el artículo 20 para toda persona que esté sujeta a un proceso penal; esto significa que no queda claro si el arraigado tiene derecho a recibir asistencia de abogado o si puede ser interrogado válidamente, ya que, de entrada se violenta el principio de presunción de inocencia prescrito por el mencionado numeral 20, en su apartado B párrafo primero.

Bajo este razonamiento se conceptualiza la flagrante violación del arraigo hacia la Carta Magna, pues no sólo no encuadraba en el citado artículo 16 Constitucional, sino que contraviene las disposiciones del Constituyente de 1917, que amparaban y protegían un bien jurídico altamente tutelado como la libertad personal.

3. El artículo 17 establece en su segundo párrafo lo siguiente:

> **Toda persona tiene derecho a que se administre justicia por 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.

Correlacionando este texto con la medida del arraigo, es bastante incongruente que la administración de justicia debe ser expedita y en los términos que fijen las leyes, mientras que el afectado en un arraigo no tiene medio de defensa ni caución y menos aún pensar que una vez transcurrido el plazo, habrá estado decidida su situación sino que será apenas cuando de hecho se le empiece a impartir justicia y dar oportunidad a que éste se defienda, por lo que el arraigo tampoco podría fundamentarse en este artículo.

De un análisis al artículo 18 se aprecia que, de ninguna forma, la figura del arraigo encuadra en su redacción, pues tal precepto establece las normas respecto a la restricción de libertad de quien ya ha sido procesado y sentenciado, cuestión muy ajena a las pretensiones del arraigo. Por otro lado el artículo 19 Constitucional estipulaba hasta antes de la reforma en sus dos primeros párrafos:

> **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 formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como **los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.**

> Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley Penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizado del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del Juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y si no recibe la constancia mencionada dentro de las setenta y dos horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad. Todo proceso se seguirá forzosamente por los delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Se vuelve a reiterar en el anterior texto de la Carta Magna, la importancia de los términos y plazos breves que deben prevalecer cuando se trata de privaciones de la libertad personal, pues dada la jerarquía que ocupa dicha libertad como bien jurídico tutelado o protegido por el Constituyente, se pone de manifiesto que una vez que el Ministerio Público ha puesto al indiciado a disposición de un Juez, este no puede exceder del término de setenta y dos horas o su duplicidad si así lo solicita el inculpado, para que determine, la situación jurídica, pues resultaría injusto e inhumano privar de la libertad personal a un individuo sin que existan en ese momento los datos que hagan veraz el cuerpo del delito y por supuesto su probable responsabilidad (figuras que desaparecieron con la reforma), o en caso contrario decretar el auto de libertad por falta de elementos.

Por lo que se desprende del concepto del arraigo, que este auto priva a la persona en su libertad personal sin que existan ni los datos que acrediten el cuerpo del delito, mucho menos su probable responsabilidad y como si fuera poco, no se resuelve su situación jurídica en un plazo congruente, como lo establece el artículo 19, impidiendo que el indiciado tenga la seguridad jurídica de que va a estar sujeto a proceso o simplemente se le deja libre.

Es evidente que la reforma a estudio es inconstitucional y regresiva, ya que al incluir al arraigo en el texto Constitucional, dentro de los artículos 16 y 19 como una modalidad más para restringir la libertad personal, violenta las garantías individuales que eran reguladas hasta antes de la citada reforma, principalmente por los artículos 14, 16 y 19 Constitucionales; y aunque esta reforma lo hace legal por incluirlo en la Constitución, no deja de ser ilegitimo ya que lo convierte en la negación a los derechos del hombre más elementales, como lo es la libertad.

Esta inconstitucionalidad queda corroborada con la opinión que al respecto ha emitido la Suprema Corte, en sus tesis jurisprudenciales, contradicciones de tesis y acciones de inconstitucionalidad:

ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRÁNSITO. La orden de arraigo no sólo afecta la libertad de tránsito sino también la personal, por lo que en términos de los artículos 133 y 136 de la Ley de Amparo, procede la concesión de la suspensión provisional respecto de actos de esa naturaleza, pues al concederse esa medida, se obliga a la parte quejosa a permanecer durante el tiempo que se le fije, en un determinado inmueble, sin que pueda salir de éste.[185]

ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL. La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto, **es un acto que afecta y restringe la libertad personal** que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma ley.[186]

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

---

[185]Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito, 9a. Época. Tesis I.4o.P.18 P. Tomo: IX, Enero de 1999. Página: 828. Nota: Esta tesis contendió en la contradicción 3/99-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a. /J. 78/99, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, página 55, con el rubro: "ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL."

[186]Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Primera Sala. Novena Época. Tesis Jurisprudencial: 1a. /J. 78/99. Tomo: X, Noviembre de 1999. Página: 55. Contradicción de tesis 3/99. Entre las sustentadas por una parte, por los Tribunales Colegiados Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 20 de octubre de 1999. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Óscar Mauricio Maycott Morales. Tesis de jurisprudencia 78/99. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veinte de octubre de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza.

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 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 inculpado 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. Ahora bien, el artículo 122 bis 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.**[187]

Hay una evidente antinomia entre lo preceptuado en la reforma a estudio y el análisis anterior de las garantías previas a dicha reforma; siendo estas últimas derechos subjetivos públicos limitativos del poder del Estado, derechos que, según el numeral 1° de la Ley Fundamental, solamente pueden ser restringidos o suspendidos en los casos y con las condiciones que ella misma establece; por lo que incluir en ésta dichas limitaciones de

[187]Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno. Novena Época. Tesis: P. XXII/2006. Tomo: XXIII, Febrero de 2006. Página: 1170. Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 19 de septiembre de 2005. Mayoría de cinco votos. Ausentes: José Ramón Cossío 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.

la libertad, atenta contra el espíritu garantista de la Constitución misma.

Es necesario subrayar que los graves problemas de inseguridad no deben traducirse en la renuncia al Estado de derecho. Es deber imperioso para toda autoridad sujetar su actuación a los valores de legalidad constitucionalmente dados. Conceder atribuciones extraordinarias a un poder, por encima de los límites constitucionalmente previstos, no es en modo alguno la solución y sí, en cambio, fuente de riesgo a la seguridad y libertad de todos. No puede combatirse la ilegalidad con ilegalidad.

Por lo que es de observarse una evidente incongruencia en este tema, pues una de las causas argumentadas para la procedencia del arraigo, es el éxito de la investigación, en tanto que uno de los pilares de la presente reforma, lo es que, para el dictado de una sentencia sólo deberán tomarse en cuenta las probanzas ofrecidas y desahogadas ante el Juez. Cabe volver hacer notar, que la multicitada reforma no determinó el lugar donde el arraigo habrá de efectuarse, corriéndose el riesgo de que éste se cumpla en "cárceles clandestinas".

Es de la mayor importancia enfatizar que el establecimiento de un sistema paralelo para "la guerra contra la delincuencia organizada"[188], distinto del garantizado en la Constitución de la República hasta antes de la reforma, entraña una flagrante violación, tanto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[189], como del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos[190], ambos invocados por el Ejecutivo Federal en su iniciativa, ya que dichos ordenamientos internacionales establecen garantías mínimas para todo procesado y a favor de la libertad, intimidad, etc., y, sobre todo, la prohibición de discriminar a cualquier individuo del goce de tales prerrogativas. Situaciones estas sobre las que el gobierno mexicano no hizo reserva alguna en los citados tratados,[191] por lo que

---

[188] En la reforma a estudio se adicionó en el artículo 16, el párrafo octavo en el que se establece el concepto de "delincuencia organizada". Creo que los diputados y senadores que aprobaron la citada reforma adolecieron evidentemente de técnica jurídica en su dictamen, ya que Ley Suprema es una ley general que no debe de ocuparse de esos temas, por lo que el mencionado concepto debe estar en una ley especial.

[189] ARTÍCULO 5. Derecho a la Integridad Personal.1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona
privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

[190] ARTÍCULO 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

[191] El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Detención Arbitraria, en su informe sobre su visita a México realizada en octubre de 2002, señaló que: "la institución del arraigo es en realidad una forma de detención preventiva de carácter arbitrario en razón de la insuficiencia del control jurisdiccional y de la ejecución de la medida en lugares que, si bien no son secretos, si son "discretos". El informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en México señala que "en la mayoría de los casos la tortura y malos tratos ocurren durante los primeros días de custodia del detenido, cuando éste se encuentra en una especial situación de vulnerabilidad e

la creación de un sistema distinto para la delincuencia organizada,[192] resulta en la clara violación de las normas multilaterales aludidas en materia de derechos humanos.

3.2.5 Artículo 16 párrafo octavo (actualmente noveno).

Este párrafo es de nuevo cuño, estableciéndolo la reforma de la manera siguiente:

> *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.*

Es de observarse, que la conceptualización de "delincuencia organizada" en un nuevo párrafo de la Norma Fundamental era innecesaria, ya que aparte de que la ley correspondiente precisa el concepto, por técnica jurídica y legislativa, la Constitución no debe ocuparse de estos temas, pues para eso está la ley secundaria. Aunque si pone de manifiesto la política de tolerancia cero en materia de seguridad, seguida por el Estado, con lo que crea un estado de excepción permanente y permeable a todos los delitos, porque deja abierto a interpretación del juzgador, que el simple acuerdo de organizarse, de lugar a la comisión de un ilícito[193] (los legisladores dan pauta a que se interprete la figura jurídica de delincuencia organizada en grado de tentativa, lo que es una aberración jurídica ya que es ilógico que este tipo penal admita tentativa), dando pie a la criminalización de la protesta social. Esto quiere decir, de manera muy clara, que todo lo relativo a la delincuencia organizada, en cuanto a la determinación de los delitos que la integran, a su investigación y persecución, queda fuera de los postulados constitucionales. Se trata de una fórmula de excepción que remite todo a la regulación de

---

incomunicación y cuando las fuerzas de seguridad tienen un control total sobre la suerte de la persona al no permitir el acceso de sus familiares, de un abogado o de un médico privado". Es claro, pues, que el arraigo contraviene los derechos humanos sin que para su empleo quepa justificación alguna. Boletín SJ-03-08. La inminente aprobación de la reforma penal implicaría graves retrocesos en materia de derechos humanos. Centro Prodh. México, 21 de febrero de 2008.

[192] La figura del arraigo está siendo extrapolada a todos los delitos, no solo los que tienen que ver con la delincuencia organizada, esto se confirma día a día al abrir cualquier periódico en el que se puede leer lo siguiente: *"Conceden orden de arraigo para el presunto homicida."* Periódico "la Prensa". 15 de octubre de 2010. p. 42.

[193] Se observa que al contener las reformas a estudio la ideología filosófica del Derecho Penal del Enemigo, en las regulaciones que le son propias, se verifica un marcado adelantamiento de la punibilidad, atribuyéndole a la pena la función de producir prevención general positiva. En este sentido corresponde destacar que en estas normas, el punto de referencia no es ya el hecho cometido, sino el hecho futuro, la peligrosidad predelictual, que "es aquella que puede constatarse en una persona que aún no ha cometido un delito, pero de la que se pronostica, con base a determinados datos subjetivos y objetivos, que es probable que lo cometa"; este fundamento subjetivo adolece de una significativa inobservancia de los principios básicos del Derecho penal moderno, sobretodo del principio de culpabilidad (que supone sancionar al infractor por el hecho cometido y no por la peligrosidad que el sujeto pueda mostrar hacia el futuro).

la Ley Federal sobre Delincuencia Organizada y, por tanto, evidencia una restricción de garantías, prohibida en el artículo 1°.

Es inobjetable que se dejan fuera del sistema democrático los delitos considerados como delincuencia organizada, es decir, se consagra, implícitamente, el sistema inquisitivo, inadmisible en una República democrática (artículo 40 Constitucional). Estas prescripciones y esta ideología tan atropellante, que para algún sector pudieran ser oportunas por tratarse de delincuencia organizada, son sumamente graves, porque dentro del Titulo Primero destinado a las garantías constitucionales se establece un derecho penal de excepción que rompe con el congruente e integral sistema de justicia penal, consagrado en la Constitución desde 1917. Además, este régimen de excepción, una vez reconocido en la Constitución (aun que de manera contraria a las garantías), pudiera ir ganando terreno, como ya lo ha ganado, y ser un paso para continuar estableciendo excepciones que signifiquen una incertidumbre acerca de la efectividad del respeto absoluto que debe haber en relación con las garantías postuladas en la Constitución.

Al respecto, la Corte observa el siguiente criterio:

> **DELINCUENCIA ORGANIZADA, NATURALEZA DEL DELITO DE.** Conforme al artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la hipótesis delictiva se actualiza cuando: tres o más personas acuerden organizarse o se organicen 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 que en diversas fracciones se precisan de manera limitativa en el propio numeral. De lo anterior se obtiene que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica penal, el aludido delito puede clasificarse como de naturaleza plurisubjetiva, puesto que se requiere de un número mínimo de activos, que es de tres personas; de comisión alternativa, pues puede actualizarse mediante la hipótesis conductual de "organizarse, o bien, por el hecho de acordar hacerlo"; ello con la finalidad de realizar conductas que por sí mismas o unidas a otras, que regula a su vez el fin o resultado de cometer alguno o algunos de los delitos que limitativamente se precisan; por tanto, requiere de un elemento subjetivo específico (distinto del dolo), que se traduce en esa particular finalidad; además, puede clasificarse como de aquellos que la doctrina denomina "de resultado anticipado o cortado" puesto que para su configuración es irrelevante el que se logre o no la consumación, materialización, o simplemente exteriorización de las conductas que pudieran integrar a los diversos delitos que conformaren en abstracto la finalidad perseguida por la organización. Además, es sin duda un delito doloso, en donde el dolo debe abarcar el conocimiento de los aspectos objetivos y la voluntad del autor o aceptar tal integración, esto es, el saber y querer de esa pertenencia al grupo que

deliberadamente se organiza o acuerda organizarse.[194]

3.2.6 Artículo 16 párrafo segundo (actualmente es tercero).

Otra de las funciones que faculta la reforma a estudio, a los jueces de control, está la de librar ordenes de aprehensión, solicitadas por el Ministerio Público, esto con base al artículo 16 párrafo segundo Constitucional (actualmente tercero), el cual en la reforma, quedó como se observa a continuación:

Texto antes de la reforma de junio de 2008	Texto vigente después de la reforma de junio de 2008
Artículo 16. *... No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado* ***cuando menos*** *con pena privativa de libertad* ***y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.***	***Artículo16****...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella 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.***

En el extracto del dictamen a la reforma Constitucional a estudio, emitido por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia,[195] aprobado en lo general en la Cámara de Diputados con 366 votos en pro, 53 en contra y 8 abstenciones, el miércoles 12 de diciembre de 2007, se observa:

> "...en 1993 se consideró conveniente incorporar al párrafo segundo del artículo 16. La exigencia de que para librar una orden de aprehensión el juez debería cerciorarse de que se hubieran acreditado los elementos del tipo penal y existieran datos que hicieran probable la responsabilidad penal del inculpado, incrementando notablemente el nivel probatorio requerido respecto del anteriormente exigido, lo cual genero que la mayoría de las averiguaciones previas iniciadas con motivo de denuncias o querellas tuviesen prolongados periodos de integración y que la mayoría de éstas no llegasen al conocimiento judicial, en virtud de no reunirse los elementos requeridos, o que frecuentemente, al solicitarse la orden de aprehensión, ésta fuese negada por el juez...Por lo anterior, estas comisiones dictaminadoras

[194]Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta .Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis de Jurisprudencia: II.2o.P. J/22. Tomo: XXIV, Septiembre de 2006. Página: 1194. Nota: Por ejecutoria de fecha 8 de octubre de 2008, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 106/2006-PS en que participó el presente criterio.

[195] http://gaceta.diputados.gob.mx

consideramos procedente, atemperar el actual cumulo probatorio que el juez debe recibir del ministerio público para expedir una orden de aprehensión, de manera que los datos aportados establezcan la existencia del hecho previsto en la ley penal y la probable participación (en amplio sentido) del imputado en el hecho, y no ya la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, que exige valorar las pruebas aportadas desde el inicio del proceso y no en el juicio, que es donde corresponde."

Según el Diccionario Jurídico Mexicano[196], aprehensión (del latín *apprehensio,* derivado del verbo *apprehendere,* de *ad,* y *prehendere,* asir, tomar), es el acto material por medio del cual los agentes de la policía judicial prenden físicamente a una persona, en cumplimiento de una orden judicial de aprehensión, para ponerla a disposición del juzgador que haya emitido la orden.

Del anterior concepto se establece que la aprehensión es una detención legal, la cual tenía su fundamento Constitucional en el párrafo segundo del numeral 16 de este ordenamiento (actual párrafo tercero), pero que debía que cumplir con determinados requisitos para que pudiera librarse por la autoridad judicial,[197] requisitos que fueron modificados drásticamente el la reforma a estudio, como se observa a continuación:

Requisitos necesarios para el libramiento de una orden de aprehensión antes de la reforma de junio de 2008.	Requisitos necesarios para el libramiento de una orden de aprehensión después de la reforma de junio de 2008.
a. Se halla interpuesto una denuncia o querella. b. Que esa denuncia o querella se refiera a un hecho que la ley considere constitutivo de un delito y que su comisión sea sancionable con pena privativa de la libertad. c. Que se hayan acreditado el cuerpo de delito y la probable responsabilidad	a. Que exista denuncia o querella. b. Que se trata de un hecho señalado por la ley como delito, y que esté sancionado por ésta con prisión, o que esta pena se halle prevista acumulativamente con otra de diversa naturaleza. c. Que existan datos que establezcan que se ha cometido ese hecho considerado como delito.

[196] Diccionario Jurídico Mexicano. óp. cit. p. 230

[197] En el documental "Presunto Culpable" se muestra una estadística proporcionada por el CIDE en la que se observa que el 93% de los presos nunca vieron una orden de aprehensión. w.w.w.presuntoculpable.org.

del inculpado. d. Que lo solicite el Ministerio Público.[198]	d. Que exista la probabilidad que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión. e. Lo solicite el Ministerio Público.

El párrafo segundo (actualmente tercero), contiene una modificación que debe calificarse como importante, se abandona la figura procesal de "cuerpo de delito"[199] por "hecho considerado como delito", así como la "probable responsabilidad" por "probabilidad que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión". El texto reformado no define lo que debe entenderse como "hecho", por lo que crea duda del alcance de dicha acepción.

Esta reforma está enfocada a flexibilizar los requisitos que eran necesarios hasta antes de ésta,[200] para librar una orden de aprehensión, pues establece que el órgano acusador

---

[198] Los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión estaban determinados en la siguiente tesis jurisprudencial: **CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE A LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y AL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE ACUERDO CON LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADAS EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE.** Es incuestionable que a raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República, del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, destacan, entre otros, la acreditación del cuerpo del delito, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino sólo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos. En efecto, es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador debe entrar al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que éstos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general. Consecuentemente, como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito sólo es aplicable a las exigencias para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es, aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo penal en septiembre de mil novecientos noventa y tres; por esa razón, el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, 9a. Época. Tesis III.2o.P.67 P .Tomo: XII, Septiembre de 2000, Página: 735

[199] La Suprema Corte de Justicia de la Nación defino al cuerpo del delito con la siguiente jurisprudencia: **CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE-[TESIS HISTÓRICA].-** Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal. Apéndice 1917-1995, Tomo II, Tercera Parte, página 545, Primera Sala, tesis 848. Apéndice 2000, Primera Sala, 6a. Época. Informe 1963, Página: 678.

[200] Antes de la reforma constitucional el cuerpo del delito se justificaba por alguno de los medios siguientes: I. Por la comprobación de los elementos materiales del delito; II. Por la confesión del indiciado, aun cuando se ignore quién es el dueño de la cosa material del delito; III. Por la prueba de que el acusado ha tenido en

sólo presente ante el Juez, datos probatorios que establezcan que se ha cometido el hecho que la ley señala como delito y que existe la posibilidad de que el indiciado lo cometió o de alguna manera participo en el, (lo que no define como puede imputarse la conducta al inculpado), dejando a un lado las causas de licitud o justificación como las de inculpabilidad.

El que para librar una orden de aprehensión sean necesarios menos requisitos no debidamente precisados, aunado a que los inculpados quedarán en prisión preventiva de manera excepcional, afecta el principio de seguridad jurídica del gobernado, en particular el de defensa, al no dar oportunidad al indiciado de aportar elementos de prueba para controvertir la solicitud de orden de aprehensión.[201]

Considero que se deben acreditar los elementos objetivos del tipo penal, es decir los elementos materiales (los que se perciben con los sentidos), ya que en la reforma, por su forma de redacción del texto, se entiende que se deberá acreditar el hecho típico, es decir, todos los elementos del tipo penal; es de vital importancia que se deba asegurar siempre que los elementos aportados alcancen el estatus de prueba suficiente para poder fundar el libramiento de la orden de aprehensión, pues al aligerarse o minimizarse los requisitos para el libramiento de una orden de captura, puede acarrear graves consecuencias al permitirle al Ministerio Público consignar a una persona por el simple hecho de que su conducta, en su concepto, pudiera ser consecutiva de delito.[202]

La orden de aprehensión trae como consecuencia la privación de la libertad personal del gobernado sujetándolo al procedimiento penal ante el Juez; sin embargo, desaparece con la reforma no sólo una garantía individual, sino un derecho humano establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos

---

su poder alguna cosa que, por sus circunstancias personales, no hubiere podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia; IV. Por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa materia del delito, y V. Por la prueba de que la persona ofendida se hallaba en situación de poseer la cosa materia del delito, que disfruta de buena opinión.

[201] Se vulneran los artículos 7.- Derecho a la Libertad Personal; 7.1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales; 7.2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas; 7.3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 9.1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[202] En el documental "Presunto Culpable" se observa una estadística proporcionada por el CIDE en la que se lee que el 92% de las condenas no se basan en evidencia física. w.w.w.presuntoculpable.org.

Civiles y Políticos, que es el beneficio de "la libertad provisional bajo caución", lo que en casos de delitos no graves evitaba la prisión preventiva.[203]

En la reforma, se omitió considerar los siguientes criterios de la Corte:

> **ORDEN DE APREHENSION, DEBEN ACREDITARSE PLENAMENTE LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE HIDALGO).** Según el artículo 398, fracción I, del Código de Procedimientos Penales, se exige como requisito previo para poder dictar una orden de aprehensión, que el cuerpo del delito que se atribuye al inculpado, se encuentre plenamente comprobado; en consecuencia, si falta alguno de los elementos que conforman el ilícito, evidentemente no se encuentra acreditado el cuerpo del delito y la orden de aprehensión que se dicte resulta ilegal.[204]
>
> **CUERPO DEL DELITO.** El cuerpo de un delito se comprueba acreditando la existencia de todas y cada una de las circunstancias que lo caracterizan, de tal manera que, al no estar probado algún requisito esencial, cabe concluir que no existe esa comprobación, y, por ende, que falta la base para el proceso penal.[205]
>
> **CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE A LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y AL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE ACUERDO CON LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADAS EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE.** Es incuestionable que a raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República, del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, destacan, entre otros, la acreditación del cuerpo del delito, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal

---

[203]Se violentan los numerales 7.5.- Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 9.3.- La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[204]Semanario Judicial de la Federación, Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, 8a. Época. Tomo: VIII, Julio de 1991, p. 186

[205] Semanario Judicial de la Federación, Pleno, 5a. Época. Tomo: XII, p. 321.

prisión, no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino sólo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos. En efecto, es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador debe entrar al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que éstos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general. Consecuentemente, como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito sólo es aplicable a las exigencias para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es, aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo penal en septiembre de mil novecientos noventa y tres; por esa razón, el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas.[206]

CUERPO DEL DELITO. La comprobación del cuerpo del delito constituye la base de la averiguación penal.[207]

Existe un doble discurso por parte del Estado al promover la reforma efectuada, pues, por una parte, en la exposición de motivos se hace alusión a que se pretenden flexibilizar los requisitos para librar una orden de aprehensión y, por otra, en los medios de comunicación se insiste que el nuevo sistema penal contiene mayores garantías al exigir la Ministerio Público más elementos para acusar a una persona en un proceso; lo cierto es que con esta flexibilización se vulnera el principio de presunción de inocencia, lo que en la praxis significa que se le presume culpable hasta que pruebe lo contrario, viéndose obligada a demostrar su inocencia al interior de una prisión, lugar a donde será llevada al cumplimentarse una orden de aprehensión en su contra, obsequiada sin acreditarse plenamente los elementos del cuerpo del delito necesarios para fincarle una probable responsabilidad; lo que violenta sus garantías constitucionales y sus derechos humanos.

3.2.7 Artículo 16 párrafo décimo (actualmente décimo primero).

---

[206] Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, 9a. Época. Tesis III.2o.P.67 P .Tomo: XII, Septiembre de 2000, p. 735

[207] Semanario Judicial de la Federación, Pleno, 5a. Época. Tomo: VII, p. 1249.

Entre las funciones que faculta la reforma a estudio, a los jueces de control, está la de expedir órdenes de cateo, solicitadas por el Ministerio Público, con fundamento en el artículo 16 párrafo décimo Constitucional (actualmente décimo primero y antes de la reforma este párrafo ocupaba el octavo lugar), el que, con la reforma, quedó como sigue:

Texto antes de la reforma de junio de 2008	Texto vigente después de la reforma de junio de 2008
Artículo 16. ... En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir **y que será escrita,** se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.	**Artículo16**....En toda orden de cateo, que s autoridad judicial podrá expedir, a solicitu Ministerio Público, se expresará el lugar que inspeccionarse, la persona o personas que ha aprehenderse y los objetos que se buscan, a únicamente debe limitarse la diligencia, levantá al concluirla, un acta circunstanciada, en pre de dos testigos propuestos por el ocupante de cateado o en su ausencia o negativa, autoridad que practique la diligencia.

Con la reforma se suprimió en este párrafo la frase ***"y que será escrita";*** por lo que se colige que la solicitud y la expedición podrán ser verbales,[208] además de estar establecido en el Dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados de fecha 10 de diciembre de 2007, en el que se lee:

> "...es procedente la modificación del párrafo décimo primero del artículo 16 de la Constitución consistente en suprimir la regla especial de que las órdenes de cateo deban solicitarse por escrito, habida cuenta de que con la asignación de los jueces de control que realicen los poderes judiciales, los cuales estarán abocados a la

[208]El artículo 11 del Acuerdo General 75/2008, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal estipula que además de oral, podrán usarse medios informáticos para la solicitud de la orden de cateo (ya se analizo anteriormente en el punto 3.2.3 la inconstitucionalidad de estos medios): 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.

inmediata resolución de los pedimentos de merito, **se pueda ser en forma oral, en beneficio de la eficacia de las autoridades de la materia**." [209]

Esta reforma violenta la garantía de fundamentación y motivación y los derechos humanos de los gobernados[210], ya que al ser ahora verbal la expedición de la orden de cateo, ¿cómo se expresara y quedara constancia de el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan?

Además de ilegal e ilegitimo, es sumamente peligroso que se pretenda ejecutar un cateo en un domicilio particular sin contar con la prueba objetiva y fehaciente de su autorización judicial, en aras del "beneficio de la eficacia de las autoridades de la materia", pues ello podía dar lugar a que legítimamente sus residentes optaran por defenderse, incluso por la vía armada mediante el uso de armas que legalmente poseyeran, precisamente para la defensa de su hogar, pudiendo traer como consecuencia la perdida de vida de los participantes en el mencionado cateo, lo cual no podrá ser sancionado penalmente al constituir conductas justificadas vía las causas de exclusión del delito previstas en el artículo 15 fracción IV del Código Penal Federal[211]. Actualmente es común ver delincuentes que se ostentan como policías e incluso llevan vehículos y uniformes de las diferentes corporaciones, incluso militares, por lo que no basta con ostentarse como tales para irrumpir en un domicilio.

El acta circunstanciada a la que hace referencia este numeral, al ser levantada en un cateo que no cumplió con las formalidades estipuladas en el párrafo primero del mismo, deviene en una prueba ilícita, prevista en el artículo 20 apartado A fracción IX del Pacto Federal.[212]

---

[209] http://gaceta.diputados.gob.mx

[210] Se vulneran los artículos: 11.**2.** Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el 17.1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[211] Artículo 15.-El delito se excluye cuando:...IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

[212] ...IX. Cualquier prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales será nula.

Los actos de autoridad deben y deberían ser legales y legítimos, colmados de seguridad jurídica, por lo que es necesario que las órdenes de cateo consten por escrito [213]a fin de evitar violaciones a las garantías individuales[214] y a los derechos humanos.

En este contexto, la Corte ha coadyuvado a la consecución de un derecho de excepción por parte del Estado, al emitir la tesis de jurisprudencia 21/2007, aprobada por la Primera Sala, que prácticamente permite y justifica la peligrosa intromisión a la libertad domiciliaria, estableciendo la posibilidad del ingreso de la policía a un domicilio sin orden judicial, con sólo contar ésta "con datos ciertos o validos que motiven la intromisión al domicilio particular en el que se está ejecutando un delito, sin orden de cateo" [215]

---

[213] La opinión de la Corte al respecto se refleje en la siguiente tesis jurisprudencial: **CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO, LA ORDEN EMITIDA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN, DE LO CONTRARIO DICHA ORDEN Y LAS PRUEBAS QUE SE HAYAN OBTENIDO COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA MISMA, CARECEN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA.** Con la finalidad de tutelar efectivamente la persona, familia, domicilio, papeles y posesiones de los gobernados, el Constituyente estableció en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que las órdenes de cateo única y exclusivamente puede expedirlas la autoridad judicial cumpliendo los siguientes requisitos: **a) que conste por escrito;** b) que exprese el lugar que ha de inspeccionarse; c) que precise la materia de la inspección; d) que se levante un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. En ese sentido, **el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, en observancia a la garantía de inviolabilidad del domicilio, establece que si no se cumple con alguno de los requisitos del octavo párrafo del citado precepto constitucional, la diligencia carece de valor probatorio**. Por tanto, las pruebas obtenidas con vulneración a dicha garantía, esto es, los objetos y personas que se localicen, su aprehensión en el domicilio registrado y las demás pruebas que sean consecuencia directa de las obtenidas en la forma referida, así como el acta circunstanciada de la propia diligencia, carecen de eficacia probatoria. En efecto, las actuaciones y probanzas cuyo origen sea un cateo que no cumpla con los requisitos constitucionales y por tanto, sin valor probatorio en términos del señalado artículo 61, carecen de existencia legal, pues de no haberse realizado el cateo, tales actos no hubieran existido. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Primera Sala. Novena Época. Tesis: 1a./J. 22/2007. Tomo: XXVI, Agosto de 2007. Página: 111.Contradicción de tesis 75/2004-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 17 de enero de 2007. Tesis de jurisprudencia 22/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha siete de febrero de dos mil siete.

[214]Ver la jurisprudencia de rubro "**SEGURIDAD JURIDICA, GARANTIA DE. LAS ORDENES VERBALES DE AUTORIDAD SON VIOLATORIAS EN SI MISMAS DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL"** (nota de pie de pagina No. 170).

[215]**INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA.** Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrará se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la

3.2.8. Artículo 16 párrafo décimo primero (actualmente décimo segundo).

La reforma a estudio establece admitir de cualquier particular que participe en una conversación las grabaciones de ésta como prueba, esto con base en el artículo 16 párrafo décimo primero Constitucional (antes de la reforma noveno), quedando con la reforma:

Texto antes de la reforma de junio de 2008	Texto vigente después de la reforma de junio de 2008
Artículo 16...Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacía de las mismas....	**Artículo16**....Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacía de las mismas, **excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas.** El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se

autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado -como garante de los bienes de la sociedad- debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial. Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irrumpan en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Primera Sala. Tesis de Jurisprudencia: 1a. /J. 21/2007. Tomo: XXVI, Agosto de 2007. Página 224. Contradicción de tesis 75/2004-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 17 de enero de 2007. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada. Tesis de jurisprudencia 21/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha siete de febrero de dos mil siete.

	admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

En principio, en anterior párrafo noveno se dividió en dos con la reforma, formando los párrafos decimo primero y decimo segundo (actualmente decimo segundo y decimo tercero respectivamente), por lo que analizaremos inicialmente la primera parte del párrafo de antes de la reforma.

Es preciso leer el Dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados (ver nota de pie de página No. 209) de fecha 10 de diciembre de 2007, para observar el desenfado con el que nuestros legisladores violentan la Constitución y los derechos humanos de sus representados:

> Constantes debates genera la actual posibilidad tecnológica de que alguno de los participantes en una comunicación privada la grabe y posteriormente la utilice, al no tener consentimiento de su interlocutor para esa publicidad. Pero es diferente cuando uno de los participantes graba una conversación en la que incluye información sobre un evento o conducta delictiva, ya que en tal caso es la voluntad de uno de los propios intervinientes la que divulga la conversación, sin que ningún tercero la intercepte, y más aún cuando el contenido es ilícito o proporciona información para conocer o esclarecer un evento posiblemente delictivo, donde existen disposiciones de orden público e interés social que prescriben la denuncia o la colaboración del sujeto que participo en la conversación...De manera que podría considerarse que eso es suficiente para tener por salvado el problema, pero lo cierto es que al igual que en el allanamiento policial, esa medida para el público en general es ilícita, por la creencia generalizada de que invariablemente las comunicaciones privadas son confidenciales, aunado a que como es del dominio de los juristas, la jurisprudencia de los tribunales es una interpretación de un determinado texto en un momento histórico que en cualquier momento puede interrumpirse y quedar sin efectos, por lo que es necesario establecer la licitud de esa conducta en las circunstancias precisadas, con carácter general y permanente...Considerando lo expuesto, es procedente establecer la restricción a la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, salvo disposición judicial, en caso de que uno de los participantes sea quien grabe la comunicación sin autorización de su interlocutor y siempre que no se viole con ello un deber de confidencialidad previsto por la leyes.

Los legisladores que redactaron lo anterior o no saben leer, o no entienden lo que leen o de plano son unos cínicos; ¿cómo pueden dictaminar *"pero lo cierto es que al igual que en el allanamiento policial, esa medida para el público en general es ilícita, por la creencia generalizada de que invariablemente las comunicaciones privadas son confidenciales"*; lo

prescrito el primer enunciado del mismo párrafo que reformaron no es una "creencia generalizada", sino un mandato constitucional: "*Las comunicaciones privadas son inviolables.*"

Esto aunado a lo expresado erróneamente en el Dictamen anterior, en el sentido de que *"la jurisprudencia de los tribunales es una interpretación de un determinado texto en un momento histórico que en cualquier momento puede interrumpirse y quedar sin efectos,"*; la jurisprudencia de la Suprema Corte ha entendido correctamente, que las comunicaciones privadas que protege el artículo 16 constitucional (no un "determinado" texto cualquiera), deben estar a salvo tanto de las autoridades como de particulares,[216] en cualquier momento histórico, de lo contrario cabe el peligro de caer en una anarquismo.

---

[216]**COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVIOLABILIDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES OPONIBLE TANTO A LAS AUTORIDADES COMO A LOS GOBERNADOS, QUIENES AL TRANSGREDIR ESTA PRERROGATIVA INCURREN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL.** Del análisis de lo dispuesto en diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la misma contiene mandatos cuyos destinatarios no son las autoridades, sino que establece deberes a cargo de los gobernados, como sucede, entre otros casos, de lo dispuesto en sus artículos 2o., 4o. y 27, en los que la prohibición de la esclavitud, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, así como los límites a la propiedad privada, constituyen actos u omisiones que deben observar aquéllos, con independencia de que el mandato constitucional constituya una garantía exigible a las autoridades y que, por ende, dentro de su marco competencial éstas se encuentren vinculadas a su acatamiento. En tal virtud, al establecer el Poder Revisor de la Constitución, en el párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución General de la República, que las "comunicaciones privadas son inviolables", resulta inconcuso que con ello estableció como derecho fundamental el que ni la autoridad ni los gobernados pueden intervenir una comunicación, salvo en los casos y con las condiciones que respecto a las autoridades establece el propio numeral y, por tanto, la infracción de los gobernados a tal deber conlleva la comisión de un ilícito constitucional, con independencia de los efectos que provoque o del medio de defensa que se prevea para su resarcimiento, en términos de la legislación ordinaria correspondiente. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Segunda Sala. Tesis: 2a. CLX/2000. Tomo: XII, Diciembre de 2000.Página 428. **COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVIOLABILIDAD DE AQUÉLLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR CORRESPONDIENTE.** El artículo 16, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las comunicaciones privadas son inviolables; que exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada; que dicha petición deberá ser por escrito, en la que se funden y motiven las causas legales de la solicitud, expresando el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración; y que no se podrán otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. El párrafo décimo de dicho numeral señala que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, y que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que fue voluntad del Poder Revisor de la Constitución establecer como derecho fundamental la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en contrapartida, la obligación exigible tanto a las autoridades como a los gobernados de respetar dicha prerrogativa, lo que da lugar a que si un gobernado realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso e

Es inconcuso que si la autoridad competente yerra constantemente al establecer fehacientemente la existencia de un hecho consecutivo de delito ¿Cómo pedirle a un ciudadano común que establezca con certidumbre cuando una comunicación está relacionada con la comisión de un delito?

Es inaceptable admitir, en la forma que está redactado el párrafo en cuestión (no se precisan los conceptos de "comunicación" ni de "privada" lo que resulta ambiguo), que cualquier particular que participe en una comunicación atente contra la libertad y privacía de las mismas no sea sancionado; la reforma elimina impunemente la garantía que protege el derecho a la intimidad. Tal pareciera que cualquier particular podrá intervenir una comunicación privada sólo por el hecho de haber participado en ella. Si todavía resulta cuestionable que la autoridad intervenga las comunicaciones de los gobernados, cuantimas que lo hagan ahora los particulares. Además pone en inminente riesgo el deber de confidencialidad por razón de profesión u oficio.

En ninguna hipótesis, incluyendo la de delincuencia organizada, narcotráfico o secuestro, deben validarse y admitirse comunicaciones que violenten el derecho de confidencialidad que establece la Constitución, ya que al quedar este aspecto fuera de los postulados constitucionales, se estaría estableciendo una fórmula de excepción riesgosa para la salvaguarda de las garantías individuales y los derechos humanos.[217]

3.2.9 Artículo 16 párrafo décimo segundo (actualmente décimo tercero).

Otra de las facultades que la reforma a estudio otorga a los jueces de control, es la de poder autorizar la intervención de cualquier comunicación privada, solicitada por la autoridad federal que faculte la ley (se colige por lo prescrito en el primer párrafo del numeral 21 Constitucional, que este enunciado se refiere a la policía federal), o por el Ministerio Público, con fundamento en el artículo 16 párrafo décimo segundo Constitucional (actualmente décimo tercero y antes de la reforma era la segunda parte del párrafo noveno), que con la reforma, quedó como sigue:

---

irrefutable de los que la entablan, incurrirá en un ilícito constitucional; por ende, si dentro de un juicio civil, en cualquiera de sus especies, una de las partes ofrece como prueba la grabación de una comunicación privada que no fue obtenida legalmente, tal probanza debe estimarse contraria a derecho y, por tanto, no debe admitirse por el juzgador correspondiente, pues ello implicaría convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época .Segunda Sala. Tesis: 2a. CLXI/2000. Tomo: XII, Diciembre de 2000. p. 428.

[217]Con la reforma se están violentando los artículos 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación; y el 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Texto antes de la reforma de junio de 2008	Texto vigente después de la reforma de junio de 2008
Artículo 16...Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, **por escrito,** deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.	**Artículo16**.... Exclusivamente la autoridad j federal, a petición de la autoridad federal que la ley o del titular del Ministerio Público de la e federativa correspondiente, podrá autoriz intervención de cualquier comunicación p Para ello, la autoridad competente deberá fu motivar las causas legales de la so expresando además, el tipo de intervenció sujetos de la misma y su duración. La aut judicial federal no podrá otorgar estas autoriza cuando se trate de materias de carácter ele fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo el caso de las comunicaciones del detenido defensor.

En este párrafo, la reforma suprimió la frase ***"por escrito";*** observándose que la autorización del Juez de Control para la intervención de cualquier comunicación privada podrá ser verbal, advirtiéndose que, al igual que la reforma analizada en el punto 3.2.7, esta reforma violenta la garantía de fundamentación y motivación vía mandamiento escrito y los derechos humanos de los gobernados, provocando una antinomia con lo preceptuado en el primer párrafo del mismo numeral y ordenamiento, ya que al ser ahora verbal la autorización de intervención de cualquier comunicación privada, ¿cómo se expresara y quedara constancia del tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración?

Aunado a que la exigencia constitucional de fundamentación es el deber que tiene la autoridad, en este caso el Juez de Control, de expresar en su mandato ***por escrito,*** los preceptos legales que regulan la intervención de cualquier comunicación privada y las consecuencias jurídicas de este acto de autoridad, presupuesto que tiene su origen en el principio de legalidad que en su aspecto imperativo consiste en que las autoridades solo

pueden hacer lo que la ley les permite.[218] Al suprimir la forma escrita, también se incumple la exigencia de motivación, la que se traduce en la expresión de los argumentos lógico-jurídicos adecuados a los antecedentes facticos o circunstancias de hecho, que le permitieron colegir con claridad, y plasmar en forma escrita en un documento, por las cuales este Juez de Control considera autorizar la intervención de cualquier comunicación privada.[219]

La exigencia de fundar y motivar vía mandamiento escrito, tiene como propósito, que los gobernados tengan la posibilidad de atacar los actos y resoluciones de la autoridad, si estas no fueran correctas o bien si no fueron acordes con la motivación citada, en otras palabras, tiende a evitar la emisión de actos arbitrarios como el que se observa se produce con la citada reforma, ¿cómo sería posible esto si la autoridad federal que intervenga cualquier tipo de comunicación privada recibió la autorización de forma oral?

Las comunicaciones que se encuentran protegidas por la ley son las transmitidas por cualquier vía y con independencia de su contenido, incluyendo las que se generen mediante el uso de nuevas tecnologías como el Internet. Nadie puede revisar la correspondencia electrónica que circule por la red; ninguna autoridad de forma ilegal y ningún particular pueden violar ese sector de la privacidad de las personas, protegida por el secreto de las comunicaciones.

La inviolabilidad de la comunicaciones siempre ha sido una protección importante para preservar diversos bienes jurídicos (la libertad de expresión, la intimidad, la autonomía de la persona, etcétera) en las sociedades modernas su importancia se ha multiplicado. Como apunta Ricardo Martín Morales: "Hoy día, en las sociedades posindustriales altamente tecnificadas, la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones adquiere una especial relevancia ante la extraordinaria facilidad tecnológica para la interceptación de todo tipo de comunicaciones. A ello hay que añadir

---

[218] Al respecto, es aplicable el siguiente criterio de nuestro Máximo Tribunal: **AUTORIDADES.-** Las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite. Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-1988. Primera Parte, Tribunal Pleno, Tesis Jurisprudencial 293. p. 511.

[219] Es aplicable a lo anterior la siguiente tesis de jurisprudencia publicada con el número 553, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, visible en la pagina 335, Tomo II, del Apéndice de 1995, Octava Época, con el rubro y texto: ***"FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.***- *De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresar con precisión el precepto legal al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además de que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas".*

los aportes tan "ventajosos" que esta actividad ilícita comporta en una sociedad donde la información es poder: ventajas electorales, bursátiles, etcétera."[220]

Los resultados que arroje la investigación derivada de la intervención de cualquier comunicación privada, al no cumplir con las formalidades estipuladas en el párrafo primero del Pacto Federal[221], constituirían una prueba ilícita, prevista en el artículo 20 apartado A fracción IX del mismo ordenamiento (ver nota de pie de página No.212); por lo que se estarían violentando las garantías individuales y los derechos humanos de los gobernados.

[220]MARTIN MORALES, Ricardo, en Carbonell, Miguel. *Los Derechos de Seguridad Jurídica.* México. Porrúa. 2007. p. 723.

[221] **Artículo 16.** 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.**

CAPÍTULO IV
ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES REFORMADOS EN LA ETAPA DE PROCESO PENAL

4.1 Primera etapa del proceso penal (ahora llamada audiencia preliminar a juicio).

La consignación da paso a la primera etapa del proceso penal propiamente dicho, la cual hasta antes de la reforma constitucional era substanciada por un sólo juez, el cual conocía de las cuatro etapas en las cuales estaba dividido éste, llamadas "preinstrucción, instrucción, juicio y sentencia". La citada reforma dividió esta etapa para ser conocida por dos jueces: un Juez de Control o de Garantías y un Juez de Procesos Penales.

La antes llamada preinstrución, ahora llamada audiencia preliminar a juicio, la cual, con la reforma constitucional, estará ahora a cargo de una nueva autoridad llamada Juez de Control o de Garantías, la cual recibirá la consignación del Ministerio Público (auto al que se llamaba de "radicación o cabeza del proceso"), debiendo emitir el juzgador dentro de las 72 horas siguientes a que el inculpado es puesto a su disposición (el llamado "termino constitucional") una resolución en la que deberá decidir si se ha de procesar o no a aquel; si la consignación fue sin detenido y decide procesar, tendrá la obligación de dictar la orden de aprehensión.

Si la consignación fue con detenido y decide procesar al inculpado, la resolución que dicte ahora se denomina auto de vinculación al proceso (antes llamado "auto de formal prisión" si el delito por el que se seguiría proceso merecía pena privativa de libertad, o "auto de sujeción a proceso, si la pena no era privativa de libertad o era alternativa, en estos dos autos se fijaba "el objeto del proceso penal", es decir , se fijaba la *litis*), el cual resolverá la situación jurídica del indiciado y la prisión preventiva como excepción a petición del Ministerio Publico, como asegurar la comparecencia del imputando, protección a la victima, testigos, comunidad y de manera oficiosa en delincuencia organizada, homicidio dolosos, secuestro, seguridad de la nación. El plazo de 72 horas podrá duplicarse a petición del inculpado.

Un cambio importante que se observa en esta primera etapa del proceso penal, consiste en que antes de la reforma constitucional, si el Juzgador consideraba que no habían quedado acreditados el cuerpo del delito o la probable responsabilidad, debía dictar una resolución a la que se designaba "auto de libertad por falta de elementos para procesar". El Juzgador también podía dictar un "auto de libertad absoluta", cuando había quedado plenamente demostrado algún elemento negativo del delito. Ahora, con el cambio al termino "auto a vinculación[222] a proceso", pareciera que la única acepción y objetivo que tiene éste es la de sujetar a proceso en prisión preventiva al gobernado acusado de un injusto.

---

[222]El Diccionario de la Real Academia Española define: **vincular.** (Del lat. *vinculāre*). Someter la suerte o el comportamiento de alguien o de algo a los de otra persona o cosa. Sujetar a una obligación. Asegurar, atar con prisiones.

En esta etapa se reformaron básicamente los artículos 19 y 20, de la Constitución Federal.

4.1.1 Artículo 19 párrafo primero Constitucional.

En el Dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados del 10 de diciembre de 2007[223] se lee: "En esta reforma se modifica el nombre tradicional auto de sujeción a proceso (sic) para sustituirlo por el de auto de vinculación a proceso. La idea de sujeción denota justamente una coacción que por lo general lleva aparejada una afectación a derechos; en cambio, vinculación únicamente se refiere a la información formal que el ministerio público realiza al indiciado, para los efectos de que conozca puntualmente los motivos por los que se sigue una investigación y para que el juez intervenga para controlar las actuaciones que pudieran derivar en la afectación de un derecho fundamental. Se continuara exigiendo, no obstante, acreditar el supuesto material."

La reforma se aprobó como se aprecia a continuación:

Texto antes de la reforma de junio de 2008	Texto vigente después de junio de 2008
Artículo 19. 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 formal prisión** en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos **que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.**	**Artículo 19**. 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 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.

De la lectura del anterior dictamen y del texto del artículo a estudio, pareciera que los cambios en los conceptos "auto de formal prisión" por "auto de vinculación a proceso" y

[223] http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic/20071211-VIII.html

"cuerpo del delito" por "datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito", fueran acordes a la intención de introducir un sistema acusatorio y oral, y que estos cambios benefician al imputado de un delito.

Pero no, ya que tales modificaciones disminuyen la protección de los ciudadanos, ya que debe ser requisito indispensable para privar de la libertad a éstos, comprobar fehacientemente todos los elementos del "cuerpo del delito", es decir, objetivos, normativos y en ocasiones subjetivos; así, la sustitución de éste por "datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito", disminuye y reduce la exigencia de los requisitos probatorios para dictar el denominado "auto de vinculación a proceso", pues ya no se analizan los requisitos de fondo consistentes en la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, implicando que las actuaciones de la representación social y del Juez de Control sean más autoritarias, ya que la reforma constitucional no define lo que debe entenderse como hecho, existiendo duda del alcance de dicha acepción, por lo que la reforma es restrictiva de las garantías del inculpado.

Fernando Arilla[224] establece que el cuerpo del delito es la base del proceso y, por ende, tiene, por lo general, carácter principal, estando constituido por la realización histórica espacial y temporal de los elementos contenidos en la figura que describe el delito, las cuales tienen únicamente un valor hipotético, ya que para que nazca el delito propiamente dicho es necesario que una persona física realice una conducta que sea subsumible en alguna de ellas. Al realizarse en el mundo exterior una de dichas conductas, se ha integrado, tanto en el tiempo como en el espacio, históricamente la hipótesis y se ha corporizado la definición legal. Es decir, ha surgido el cuerpo del delito, actualmente denominado tipo penal, el cual es la descripción que el legislador hace de una conducta que debe ser considerada delictiva.

Marco Antonio Díaz de León[225] nos dice que debe tenerse por establecido que el concepto del "cuerpo del delito" es procesal, y no debe identificarse nunca con el "delito"[226] que es un concepto sustantivo penal; por lo tanto, ambas figuras tienen naturalezas y elementos diferentes, además de que sirven a fines distintos de política criminal; conceptualización que de la lectura del texto constitucional reformado, pareciera que no fue comprendida correctamente por los legisladores ya que podría llegar a interpretarse que los usaron como sinónimos.

---

[224] ARILLA BAS, Fernando. *El Procedimiento Penal en México.* Porrúa. México. 2004. pp. 106-121.
[225] Díaz de León, Marco Antonio. *Código de Procedimientos Penales para el D.F. Comentado.* Porrúa. México. 1990. p. 341.
[226] Delito es la acción típica, antijurídica y culpable. Ibídem. p. 340.

El segundo párrafo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales preceptúa:

> **Artículo 168...**Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La Suprema Corte de Justicia ha entendido por cuerpo del delito:

> **CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE.** Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal[227].

> **CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE.** Es bien sabido que la comprobación del cuerpo del delito es la base del procedimiento penal, y al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte sustenta el criterio de que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen un delito con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, salvo los casos de dolo específico en los cuales éste constituye un elemento importante de carácter moral que requiere comprobación. Este criterio encuentra apoyo en la doctrina penal, toda vez que el tipo aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica o en otros términos, significa más bien, como el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal (Mezger, Tratado de Derecho Penal, Primer Tomo, páginas trescientos cincuenta y uno y trescientos cincuenta y dos). [228]

> **CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE**. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la Ley Penal, y la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delictivo y señalar la pena correspondiente.[229]

---

[227] Apéndice 1917-1995, Tomo II, Tercera Parte IV, página 545, Primera Sala, Tesis de Jurisprudencia 848.

[228] Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XLIV, Segunda Parte, página 54, Primera Sala. Apéndice 2000, Primera Sala, 6a. Época. Tomo: Informe 1960, Página: 405.

[229] Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 7a. Época. Tomo: 58 Segunda Parte, Página: 27. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 86, página 186, bajo el rubro: "CUERPO DEL DELITO. CONCEPTO DE."

La reforma a estudio violento el espíritu garantista y progresivo del Constituyente al omitir exigir que la prueba del hecho abarque todos los elementos del tipo (todos los elementos del *corpus delicti)*, y no sólo alguno o algunos, porque de ser así no nos hallaríamos ante un hecho que la Ley señale como delictuoso, sino ante "parte" de ese hecho tipificado; algunos extremos se hallarían probados, otros no.

El texto constitucional reformado no señala el grado, rango o nivel de prueba requerida (o datos del "establecimiento" del hecho). La omisión sobre esta cuestión conduce necesariamente a la interpretación de un alcance más amplio y garantista, que es la que mejor resuelve el delicado punto de la relación entre el poder público y el individuo en materia penal: prueba completa, plena. El Ministerio Público deberá sustentar el ejercicio de la acción en probanzas de esa naturaleza, al igual que el Juez de Control, no en indicios aislados e insuficientes, y mucho menos en conjeturas y delaciones, como en el caso de acusaciones de testigos protegidos; razón principal esta ultima por lo que el citado precepto constitucional fue reformado en la forma y modo con el que ahora se lee.

En cuanto a "que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión", esta nueva exigencia Constitucional es semejante a la que antes de la reforma prevenía la Ley Suprema, aunque el nuevo texto da pauta a que la autoridad administrativa o jurisdiccional pretenda, a través de una interpretación a modo, reducir las garantías individuales del ciudadano y facilitar o "flexibilizar" el ejercicio de la acción y la practica del proceso. Es de subrayarse el hecho de que el legislador omitió considerar que "probabilidad" implica duda de la responsabilidad, por lo que "vincular a proceso" privado de la libertad a un gobernado con duda, violenta las garantías individuales y los derechos humanos de éste, vulnerando en su perjuicio el principio de presunción de inocencia.

Al respecto, resulta aplicable la siguiente tesis jurisprudencial:

> **CUERPO DEL DELITO, COMPROBACION NECESARIA DEL, PARA FINCAR LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD.** No estando acreditados los elementos del delito por el que fue dictado el auto de formal prisión, debe necesariamente concluirse que tampoco lo está la presunta responsabilidad del inculpado en la comisión del tal ilícito y al no haberlo estimado así la autoridad responsable, incurre en la violación al artículo 19 de la Constitución Federal, que previene que los datos arrojados de la averiguación previa deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.[230]

---

[230] Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, 7a. Época. Tomo: 2 Sexta Parte, p. 71.

4.1.2 Artículo 19 párrafo segundo Constitucional.

La reforma añadió un nuevo segundo párrafo, el cual establece:

> *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.*

El segundo párrafo del artículo 19 contiene disposiciones negativas y preocupantes. En este punto conviene recordar que la reclusión del indiciado, quien se encuentra sujeto a proceso, antes de que exista sentencia que determine la responsabilidad penal de éste, contraría el principio de presunción de inocencia. Cualquier argumento para sostener lo contrario se enfrenta al contraste que existe entre el amplio alcance que pretende tener la presunción de inocencia y la realidad de la precaución cautelar de la libertad. Aquí no hay que olvidar la significativa cantidad de casos en los que la persona consignada y sujeta a proceso acaba por ser absuelta, en muchas ocasiones tras prolongados periodos de prisión preventiva.

La prisión preventiva como medida cautelar que pretende "*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*", observa tres objetivos: investigación, protección y la hipótesis en la que puede operar como medida cautelar por la mera existencia de un proceso en contra de un inculpado, aunque no se acredite la necesidad de ésta.

La referencia simple que hace el texto al "*desarrollo de la investigación*", puede propiciar la aplicación inmoderada, profusa, desbordante y reiterada de la medida privativa de la libertad, porque se carece de reglas o principios que acoten, a titulo de criterios de legitimidad, los supuestos de restricción de la libertad o de los derechos individuales en general. Por otra parte, este fragmento del mencionado precepto habla de investigación, la cual, teóricamente quedo concluida cuando se "vinculó a proceso" al indiciado. Por obviedad no cabe hablar de persona sujeta a prisión preventiva, cuando a ésta no se haya "vinculada" a proceso (para suplir de manera infame a ésta se ha ideado la antijurídica figura del arraigo, ahora constitucionalizada).

Asimismo, la referencia sin más, a determinados extremos de protección como el que hace al referirse a la "comunidad", de forma genérica, propicia también el uso excesivo de la prisión preventiva, contrariando el hipotético espíritu de moderación que anuncian las primeras líneas del párrafo a estudio, cuando enuncia que la Representación Social "*sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes*".

El enunciado "*cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso*", no tiene nada que ver con los fines de la prisión[231], y por tanto no permite valorar la pertinencia de éste a la luz de los objetivos que la justifican. Es innegable que el legislador desconfía y prejuzga de quienes están siendo procesados (probables responsables, pero también presuntos inocentes), o han sido anteriormente sentenciados como responsables (reincidentes), y los considera, de antemano, peligrosos o candidatos a evasión. Olvida que la confianza debe ser reciproca, el ciudadano que por medio de su voto le confió la responsabilidad de legislar leyes justas y equitativas, y que podría estar en los supuestos mencionados, merece la confianza de quien fue elegido a un cargo popular mediante su voto, observando y preservando el principio de presunción de inocencia en su favor, máxime que en el proceso tendría el estatus jurídico de indiciado.

Otro yerro en que ha incidido la reforma a estudio es el de contemplar algunos supuestos obligatorios para decretar la prisión preventiva "forzosa"; esto se observa al leer en su enunciado "*El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente...*", en el cual no se puede negar que es un mandato imperativo prescrito en la ley por el legislador (para no caer en esta iniquidad podría haber legislado con el término "podrá ordenar"). Los supuestos son: 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.

Un aspecto generador de inquietud es el relacionado con el combate a la delincuencia organizada. La reforma a estudio sustrae de las garantías constitucionales a quienes en esta etapa del proceso penal sean sospechosos de la posible comisión de esta clase de

---

[231]Estos se encuentran contemplados en el párrafo segundo del artículo 18 Constitucional "lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad"; en el artículo 5.6 de la Comisión Americana sobre Derechos Humanos: "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"; y en el artículo 10.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos : "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados".

ilícitos, dejando que una ley secundaria defina los términos y modalidades para su investigación y persecución, omitiendo el derecho de estos imputados de ser considerados inocentes hasta que se dicte una sentencia condenatoria que determine su responsabilidad penal.

La reflexión cuidadosa de las implicaciones de tal reforma nos hacen concluir que la justificada indignación social contra la delincuencia incontrolada no debe dar lugar a la supresión del Estado de derecho, porque es precisamente éste el arma superior que tenemos para encauzar la vida social a la ruta de tranquilidad que anhelamos. Asimismo, no debe escapar a la conciencia ciudadana que el estricto respeto a las garantías individuales es la fuente mayor de libertad y seguridad para el ciudadano común y corriente. Nuestra Constitución contempla la hipótesis en que las garantías pueden y deben ser suspendidas, decretándose un estado de excepción para enfrentar una emergencia; establece al respecto en su numeral 29, que tal suspensión debe ser: "*En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto... pero deberá hacerlo...*(el presidente de la República y otros órganos de gobierno) *por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo*".

El texto de la reforma analizada se traduce en la suspensión permanente de un conjunto de garantías para personas presuntamente responsables, que no han sido halladas culpables, para las que se hace nugatorio el Estado de derecho. Con ello, además, se violan la Convención Americana sobre Derechos Humanos[232] y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos[233], acuerdos internacionales suscritos por nuestro país y de observancia obligatoria, los cuales contemplan una serie de garantías mínimas para las mujeres y hombres; derechos que son anulados con la citada reforma, al establecer de forma constitucional y de modo permanente un estado de excepción, lo que constituye un flagrante y grave incumplimiento, no sólo por cuanto repudia a la razón y a la dignidad humana, sino porque el gobierno mexicano no hizo reserva alguna sobre tales garantías al adherirse a estas normas del orden internacional.

---

[232]Artículo 7.5. 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

[233]Artículo 9.3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será 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. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

En la citada reforma, resulta relevante la desaparición del beneficio de la libertad provisional bajo caución que estaba establecida hasta antes de ésta, en el numeral 20 apartado A fracción I, dado que la regla general es que el probable imputado siga su proceso en libertad; amén de resultar paradójico que una Institución que es atacada constantemente por su ineficacia, como es la prisión , lugar donde residirá el procesado en "prisión preventiva", no desaparece sino por el contrario se promueve su mayor utilización, aun cuando se cuestiona el cumplimiento de los fines atribuidos; sin embargo, no se realizan explicaciones acerca de sus deficiencias y sí se propone una utilización de ella en términos más severos, puesto que, generalmente, la propuesta legislativa gira en torno al endurecimiento de las penas, criminalización de múltiples conductas, con énfasis en el aumento de los años de prisión; baste ver el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, que contempla más de 100 "delitos graves", lo que cierra el acceso a la libertad provisional, en muchos de los casos de manera injusta.

Tan es así, que las expresiones "libre desarrollo de la personalidad" y "salud", que se leen en el numeral a estudio y que aparentemente identifican bienes jurídicos sujetos a tutela penal, son en sí mismas sumamente amplias, pudiendo dar acomodo a múltiples figuras delictivas, a discreción de la legislación secundaria, y no necesariamente apuntan hacia delitos de suma gravedad o hacia "delincuentes" que pongan en riesgo el proceso penal, o la seguridad pública. Como por ejemplo, los delitos contra la salud no son los únicamente relacionados con sustancias estupefacientes, psicotrópicos o narcóticos prohibidos, sino que incluye otros más, como el "peligro de contagio", supuesto en el que no parece existir razón para negar genéricamente la libertad del inculpado, y ponerlo a resguardo y cuidado de una Institución de salud pública.

Por lo que, en vista de que no existe un concepto uniforme y vinculante acerca de expresiones como "delitos graves", "desarrollo de la personalidad" y "salud", cada legislador podrá aportar su propia versión y generar, en definitiva, un panorama heterogéneo que difícilmente beneficiara a la justicia penal en su conjunto, y contribuirá al continuo aumento desorbitado de la población carcelaria. Omite éste considerar que el catálogo de delitos graves al ser lo más reducido posible, contribuiría a respetar el principio de presunción de inocencia y abatir la sobrepoblación penitenciaria al reducir el empleo de la prisión preventiva.

La intención errónea del legislador es que la aplicación de la prisión preventiva permee a todos los delitos y se aplique en todos los casos, olvidando que en la prisión, en muchas ocasiones opera más la disocialización que la readaptación, originando un fenómeno denominado "prisionalización", lo que convierte así a la prisión preventiva en una pena de

contención y de castigo para un procesado al cual todavía no se ha acreditado su responsabilidad, mediante sentencia firme, independientemente del delito imputado.[234]

Es concluyente que la prisión preventiva atenta contra el principio de presunción de inocencia a que alude la reforma del artículo 20, el cual se observa en el apartado B fracción I, lo cual deviene en una antinomia constitucional. Para que la presunción de inocencia y la minimización de la prisión preventiva sean efectivas, se deben encontrar fórmulas de redacción de los correspondientes artículos constitucionales que hagan que tales principios no queden sujetos al arbitrio del legislador, ya que en caso contrario se estaría anulando el principio de supremacía constitucional.

4.1.3 Artículo 19 párrafo tercero Constitucional.

Este tercer párrafo también fue adicionado en la reforma, y acota aún más el derecho relativo a un proceso en libertad que la Constitución tutelaba anteriormente, ya que no precisa en que supuestos se podrá revocar ésta, no tomando en cuenta que supuestamente la reforma pugna, de manera esencial, porque al justiciable se le instaure el proceso mientras goza de libertad.

El párrafo a estudio se encontraba contemplado, hasta antes de la reforma, en el artículo 20 apartado A último párrafo de la fracción I de la Constitución Federal:

Texto del artículo 20 apartado A último párrafo de la fracción I, antes de la reforma de junio de 2008.	Texto vigente del artículo 19 párrafo tercero después de junio de 2008.
Artículo 20. I...La ley determinara **los casos graves** en los cuales el juez podrá revocar la **libertad provisional.**	**Artículo 19.** La ley determinará los casos en los cuales **el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.**

Es notoria la diferencia de ambos textos; el anterior a la reforma ciñe la revocación a la gravedad del caso; el incorporado en la reforma simplemente dispone que la ley establezca los casos de revocación, pero no fija, como límite para ésta, la gravedad de la situación, que debería ser el fundamento para que cese la libertad. Se suma a la

[234] En México cada año, 25% de quienes fueron presentados ante un juez, esto es, aproximadamente 40 mil personas en 2002, acabaron siendo absueltos después de ser investigados, y en muchas ocasiones privados de su libertad. De esos 40 mil, 23 mil fueron procesados por los jueces (es decir, inicialmente el juez consideró que el Ministerio Público tenía suficientes elementos en contra de los consignados). De esos 23 mil, 17,527 tuvieron que esperar hasta la sentencia para ser absueltos, sufriendo graves perjuicios, en muchas ocasiones irreversibles, como la pérdida de la libertad, del trabajo, de la familia o de la salud. Zepeda Lecuona, Guillermo. *"Seguridad Ciudadana y la Justicia Penal en México. Los Desafíos Institucionales de su Reforma.* Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. p. 167.

diferencia el hecho de la desaparición del beneficio de la libertad provisional bajo caución que estaba establecida hasta antes de la citada reforma, con lo que cabria la pregunta ¿a que libertad se refiere?

4.1.4 Artículo 19 párrafo sexto Constitucional.

En la reforma constitucional a estudio se agregó otro nuevo párrafo, siendo éste el número sexto, el cual estipula:

> *Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.*

Este penúltimo párrafo acentúa el desacierto del legislador y contraría el garantismo que la reforma predica, al seguir instaurando en la Ley Fundamental un estado de excepción en torno a la delincuencia organizada, buscando incrementar los elementos diferenciales entre el enjuiciamiento ordinario y el reservado a delitos de esa naturaleza, y sembrando dudas que pudieran llevar a consecuencias indeseables.

La figura de la prescripción es un derecho que le otorga al gobernado seguridad jurídica, y se traduce en un derecho fundamental que no puede ser eliminado, en aras de un derecho penal que tiene matices de autoritario, que atiende una política criminal errónea del gobierno en turno y olvida la tradición garantista del derecho mexicano.

La suspensión del proceso y la interrupción de la prescripción de la acción penal para el caso de delincuencia organizada, atenta contra el principio de seguridad jurídica y puede suscitar cuestiones perturbadoras en lo que toca a esos mismos temas cuando no se trate de este delito, y el régimen de la materia queda sometido solamente a la legislación secundaria. Y la pregunta surge ¿es acertada la vigencia de la suspensión *sine die*[235]? Es necesario subrayar que esta interrupción opera ilimitadamente, es decir, la persiguibilidad penal queda abierta para siempre, con la consecuente disminución radical en los derechos y garantías del inculpado.

El párrafo a estudio violenta los criterios establecidos por la Corte:

> **PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.** Los fundamentos a que atiende la prescripción de la acción penal son: la de considerarse contraria al interés social, mantener indefinidamente una imputación delictuosa; que se debilitan las pruebas

[235] Sin día. Se emplea para significar que se aplaza para fecha indeterminada una resolución, acuerdo, etc. Diccionario Latino Jurídico digital. p. 125.

con el transcurso del tiempo; que la sustracción de la acción del Estado efectuada por el delincuente es de por sí suficiente sufrimiento y que, por último, el daño mediato y la razón política de la pena dejan de existir. Consecuentemente, si el acusado fue perseguido por delito de homicidio como tipo sustrayéndose a la acción por un lapso bastante grande para decretar la prescripción, y al finalizar el proceso se le consideró como provocado y se estableció que el homicidio se consumó en riña, aquella entidad "delito" de que habla la ley sustantiva, se actualizó concretamente en homicidio con la modalidad y con la característica del agente transcrito, por lo que esa situación jurídica fijada soberanamente por el órgano jurisdiccional en cumplimiento de los fines del Estado, en estricta dinámica política criminal, debe retrotraerse al momento en que el sujeto fue capturado y al ser así, el término de la prescripción en el caso, transcurrió ampliamente.[236]

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. Para que opere el fenómeno de la prescripción en cuanto a la acción persecutoria, la ley alude al término medio aritmético de la pena, que se ha interpretado como deducible de la individualización legal correspondiente a las entidades delictivas consumadas, pero sin modalidades. La acción penal es la potestad jurídica que el Estado delega en un órgano específico para exigir del poder jurisdiccional una decisión concreta respecto a una relación jurídico material de derecho penal, que en el caso de condena actualiza la pretensión punitiva del propio Estado. La acción penal no puede concebirse, sino en relación a un determinado hecho correspondiente a una figura de delito; de ahí que se afirme que del delito surge la acción penal, o más propiamente de la sospecha del delito. Se considera que la prescripción implica la cesación de la potestad punitiva del Estado, al transcurrir un período de tiempo determinado, en virtud de que el propio Estado abdica de su potestad punitiva, por razón de que el tiempo anula el interés represivo, apaga la alarma social y dificulta la adquisición de pruebas respecto a la realización del evento delictivo, la prescripción penal, por la esencia misma del ordenamiento punitivo, opera coactivamente. Es un mandato impuesto por el Estado para que el órgano delegado específicamente, la institución del Ministerio Público, conforme al artículo 21 constitucional, se abstenga de toda acción represiva del delito y para que el órgano jurisdiccional decrete la extinción de la pretensión punitiva; y por ello, se aplica de oficio y en cualquier grado y estado de la causa. Entendida la acción penal como el fundamento y marco de la decisión jurisdiccional y la prescripción como una causa extintiva de la acción de orden coactivo, es lógico concluir que para calcular el término de su operancia, debe atenderse a la pena conminada en abstracto para el delito simple y no la pena en

[236]Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 5a. Época. Tomo: CXXVII, p. 995.

concreto que habría debido infligirse, computadas las circunstancias objetivas y subjetivas del delito. La acción penal al ejercitarse y mover al órgano jurisdiccional tiene un contenido concreto, pero le compete al órgano decisorio su calificación técnica. El Ministerio Público sólo la ejercita por hechos que estima delictivos. En el auto de formal prisión o de formal procesamiento deberá el Juez natural fijar el tema del proceso y esta determinación se dictará por el delito que se estime comprobado en forma genérica, sin precisar las modalidades del delito, que son materia de la sentencia definitiva. En tal sentido, si la acción penal, en el acto de consignación, se ejercita únicamente por hechos delictivos y el Juez natural dicta la formal prisión o sujeción a proceso por el delito simple sin considerar sus modalidades, y la prescripción atiende al término medio de la pena conminada en abstracto, es obvio que si la extinción de la acción penal por prescripción opera de oficio y en cualquier estado de la causa, no es posible, por ningún concepto, atender a la penalidad aplicable por el delito calificado por modalidades cuya existencia es materia de la sentencia definitiva. Si se atendiera a la penalidad del delito considerado como calificado, ello daría lugar a que la prescripción dependiera del arbitrio del Juez que tendría que definir en una fase procesal previa, circunstancias que le compete decidir en el fallo que pone fin al proceso; y, lógicamente, daría lugar a que se prejuzgase en agravio del imputado, con violación de los principios que norman el instituto de la prescripción de la acción persecutoria.[237]

Permitir que el Estado entregue a un inculpado al cual le está siguiendo un proceso penal, a otro juez en el extranjero que también lo reclame, a pesar de que su proceso en México no haya concluido, violenta sus garantías de seguridad jurídica, exacta aplicación de la ley y el principio de presunción de inocencia; pero además, establecer la suspensión del proceso junto con los plazos para la prescripción del ejercicio de la acción penal es inhumano, antijurídico, aberrante, y denota un total entreguismo de la soberanía y voluntad nacional al gobierno de los Estados Unidos.

Sobre traslados efectuados sin agotar el proceso, la Corte estableció la siguiente opinión:

> **TRASLADO DE REOS. CUANDO ES VIOLATORIA DE GARANTIAS.** Si en la especie quedó demostrado que los peticionarios de garantías se encontraban a disposición del juez de la causa, en el Centro de Readaptación Social del lugar donde ejerce su jurisdicción y sin autorización del referido juez fueron trasladados por las autoridades responsables, a un Centro de Readaptación Social en diversa

[237]Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 6a. Época. Tomo: Segunda Parte, CXXX, p. 19. En el Volumen XLV, p. 59, esta tesis aparece bajo el rubro "PRESCRIPCION DE LA ACCION." En el Volumen XXXII, p. 77, esta tesis aparece bajo el rubro "PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. COMPUTO DEL TERMINO, CUANDO HAY SENTENCIA.".

ciudad, no obstante que aún se encuentra pendiente de dictar la sentencia correspondiente, con ello se quebranta el orden constitucional, que determina tanto las funciones específicas de los órganos del Estado, como el respeto entre los poderes de la unión y su independencia, por lo que ello constituye violación de garantías y, por tanto, fue correcto que el juez de Distrito concediera la protección federal para el efecto de que los procesados estén en aptitud material de ejercitar su derecho de defensa ante el juez instructor, y éste no se vea imposibilitado de dictar a la brevedad posible la sentencia respectiva.[238]

Es de observarse que existe una grave antinomia entre el precepto analizado y el prescrito actualmente en la fracción VII, apartado B del numeral 20 del mismo ordenamiento. Además el legislador omitió considerar lo establecido en el artículo 11 de la Ley de Extradición Internacional vigente, ordenamientos en los que se lee:

a) De la Constitución Federal (reformada):

Artículo 20.-...B...VII. *Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;*

b) De la Ley de Extradición Internacional:

Artículo 11. Cuando el individuo reclamado tuviere causa pendiente o hubiere sido condenado en la República por delito distinto del que motive la petición formal de extradición, su entrega al Estado solicitante, si procediere, se diferirá hasta que haya sido decretada su libertad por reclusión definitiva.

Al respecto son aplicables las siguientes tesis jurisprudenciales:

EXTRADICIÓN. Si en el proceso que el Juez requerido instruye al reo está a punto de agotarse la averiguación, no procede la extradición que se solicita, puesto que si se llevara a cabo se suspendería indefinidamente la continuación del proceso, con violación a lo dispuesto en la fracción VIII del artículo 20 constitucional.[239]

EXTRADICIÓN. La Suprema Corte ha sostenido en diversas ejecutorias, el principio de que la extradición es un acto de soberanía que no puede ejercer el Poder Judicial. De este principio se deduce que los tratados internacionales son los únicos que rigen la materia de extradición; y que las disposiciones del artículo 16

[238] Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Tesis: V.2o.167 P. Tomo: XIII, Enero de 1994. p. 325.
[239] Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 6a. Época. Tomo: Segunda Parte, XXXVI, p. 63.

constitucional, relativas a los requisitos para que se lleve a cabo la aprehensión, están limitadas por lo estipulado en el tratado relativo, siendo las autoridades administrativas, los conductos obligados para verificar la aprehensión, y éstas no están capacitadas para examinar si se han llenado o no, todos y cada uno de los requisitos exigidos por el tratado.[240]

4.2. Segunda etapa del proceso penal (ahora llamada audiencia de juicio).

El periodo del proceso penal, actualmente denominado audiencia de juicio, se inicia con el auto de vinculación a proceso, estableciéndose esto de la simple lectura del actual párrafo quinto del artículo 19 Constitucional: "*Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso...*"

Esta segunda etapa del proceso penal llamada audiencia de juicio, comprenderá a partir del auto de vinculación a proceso hasta la resolución de sentencia; y conocerá del asunto el Juez de la causa llamado Juez de Procesos Penales, el cual será distinto al Juez de Control o de garantías. Esta audiencia se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral, y en ella es donde se concentrara la presentación de argumentos, el ofrecimiento y desahogo de pruebas y la inmediatez procesal, en la que de viva voz, tanto del denunciante como del imputado, se conocerá de los hechos, se argumentara la acusación y la defensa, se expondrán los alegatos de clausura, siendo esto frente a la presencia del Juez de la causa; resolverá con sentencia en cuatro meses los asuntos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, un año si la pena excediera de ese tiempo. Las sentencias deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Para hacer posible lo anterior se modifico el artículo 20 del Pacto Federal, dividiéndolo el tres apartados (antes de la reforma constaba de dos). Es menester mencionar que en teoría no todos los cambios efectuados a este numeral son negativos, y podrán beneficiar a los gobernados, siempre y cuando se lleven de la teoría a la praxis. En este punto sólo analizaremos los enunciados que atentan al espíritu progresivo y garantista del Constituyente, y que violentan las garantías individuales y los derechos humanos previamente establecidos por nuestra Carta Magna hasta antes de la reforma de junio de 2008; por lo que nos abocaremos al análisis del apartado B) del citado ordenamiento, el cual con la reforma "instituye los derechos del imputado" [241] tanto del que se encuentra en investigación en la averiguación previa como del que está vinculado a proceso.

---

[240] Fuente: Informes, Pleno, 5a. Época. Tomo: Informe 1928, Página: 107.

[241] Aquí cabria citar la analogía que hace Zamora-Pierce: "El derecho de defensa comprende, a su vez, una serie de derechos. De ellos, el artículo 20 consagra, con rango constitucional, los siguientes....Es necesario recordar que cada uno de esos derechos representa una conquista sobre los principios aplicables en el procedimiento inquisitorial, el cual era secreto, coaccionaba la confesión del reo mediante tormento, limitaba su derecho a ofrecer pruebas y le negaba totalmente el de ser careado con sus acusadores y, por ultimo,

4.2.1. Artículo 20 apartado B fracción I Constitucional.

En el Dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados del 10 de diciembre de 2007[242], entre otras cosas se observa lo siguiente:

> *En el Apartado B se establecen ahora los derechos de la persona imputada. A continuación se da cuenta de ellos. En primer lugar se reconoce expresamente el derecho a la presunción de inocencia.*
>
> *El principio permite enmarcar el proceso como una practica 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 debe ser demostrada.*

Bajo este argumento la reforma se aprobó quedando como se aprecia a continuación:

Texto antes de la reforma de junio de 2008	Texto vigente después de junio de 2008
Artículo 20. I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a	**Artículo 20. I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;**

condicionaba de tal forma la intervención del defensor que la hacia inútil. Nicolau Eymeric, inquisitor general de Aragón, escribió, a mediados del siglo XIV, una obra llamada *Manual de Inquisidores,* que resumía los procesos seguidos por la Inquisición y que sirvió como regla de práctica y código criminal en todas las inquisiciones del orbe cristiano. Esta obra nos informa que el procedimiento era secreto para el reo y que, cuando finalmente, encontrándose lista la causa para sentencia, se le corría traslado de la acusación, ésta se le comunicaba tan sólo parcialmente, suprimiendo y deformando la información, con el expreso propósito de impedirle un conocimiento cabal de la misma. Dice Eymeric: "Cuando se da traslado de la acusación al reo es cuando más particularmente es de recelar que adivine quiénes son los testigos que contra el han declarado. Los medios de precaverlo son los siguientes: 1° Intervertir el orden en que están sus nombres en el proceso, atribuyendo al uno la declaración del otro; 2° Comunicar la acusación sin los nombres de los testigos, y aparte los nombres de éstos, interpolando con ellos los de otros que no hayan declarado contra el acusado... Podrá comunicarse la acusación al reo, suprimiendo absolutamente los nombres de los delatores y testigos, y entonces tiene aquél que sacar por conjeturas quiénes son los que contra él han formado esta o aquella acusación y recusarlos, o debilitar su testimonio, y éste es el método que ordinariamente se practica. Son indispensables estas precauciones y otras semejantes, porque siendo el punto que más importa preservar de todo riesgo a los testigos, se han de usar para ello todos los medios imaginables, para que no se arredren los delatores de lo cual resultarían gravísimos perjuicios a la república cristiana. En esta parte, la practica de la Inquisición de España puede servir de dechado; en ella se comunica la acusación, suprimiendo todas las circunstancias de tiempo, lugar y persona, y cuanto puede dar luz al reo para adivinar quienes son sus delatores". (cualquier semejanza con la reforma constitucional a estudio es pura coincidencia). Zamora-Pierce, Jesús. *Garantías y Proceso Penal.* Porrúa. México. 2003. p. 255.

[242] *Óp. cit.*. http://gaceta.diputados.gob.mx.

solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias o características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad. El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad del cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado. La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;	

Es de observarse que pareciera que los párrafos de antes y después de la reforma tratan de temas diferentes, pero ambos tienen una profunda conexión, el derecho a la libertad basada en la presunción de inocencia. De la lectura del Dictamen de los Diputados y de la fracción a estudio, se observan dos aspectos:

1. La desaparición del beneficio de la libertad provisional bajo caución que estaba establecida hasta antes de la reforma, en el numeral 20 apartado A fracción I, pugna con el principio de presunción de inocencia, el cual es concordante con la regla general de que el imputado siga su proceso en libertad. Este tipo de libertad tenía como fin aliviar la situación generada a causa de la prisión preventiva a las personas acusadas de un injusto catalogado como no grave, por lo que obviamente, por esta modalidad y circunstancias no graves, no representan un riesgo para la sociedad.

La abrogación de este beneficio significa la permeabilidad de la política del estado de excepción a todos los delitos graves y no graves, en detrimento de las garantías individuales y los derechos humanos de los gobernados. Los legisladores olvidaron considerar que la libertad es uno de los bienes de mayor jerarquía axiológica; sólo la vida lo supera y, dado que la legislación mexicana abolió la pena de muerte, es innegable que la libertad es el bien más valioso de cuantos se debaten en los tribunales y el eje mismo sobre el cual gira la totalidad del drama penal, motivo por el cual, la prisión preventiva debiera de aplicarse en forma restrictiva, al menor número de casos posibles.

La perdida de la libertad puede darse con motivo de una resolución judicial que le imponga pena privativa de libertad a un gobernado sometido a proceso, por un tribunal legalmente constituido y con todas las formalidades de éste; pero también la pierde cuando se le somete ilegítimamente a prisión preventiva sin haber sido oído ni vencido en juicio alguno, y se le constriñen garantías individuales como la del beneficio de libertad provisional bajo caución; por lo que surge la pregunta ¿constituyen una violación de la garantía del debido proceso legal y del principio de presunción de inocencia la abrogación del beneficio de libertad provisional bajo caución y el consecuente sometimiento a prisión preventiva por este motivo?

Al respecto resulta aplicable la siguiente tesis sustentada por contradicción por la Corte:

> **LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. PARA RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA, DEBE TOMARSE EN CUENTA QUE EL DELITO O DELITOS, INCLUYENDO SUS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS, POR LOS CUALES SE DICTÓ EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN RESPECTIVO, NO ESTÉN CONSIDERADOS COMO GRAVES POR LA LEY.** Si se toma en consideración, por un lado, que conforme a la interpretación histórica, sistemática e integral del artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (actualmente 20, apartado A, fracción I), para resolver sobre la procedencia o improcedencia del beneficio de la libertad provisional bajo caución, el delito atribuido al inculpado, incluyendo sus modificativas o calificativas, no debe ser considerado como grave por la ley y, por otro, que el numeral 19 de la propia Carta Magna establece que en el auto de formal prisión deben expresarse tanto el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, como los datos que arroje la averiguación previa, y que todo proceso debe seguirse forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, así como que esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, febrero de 1997, p. 197, de rubro: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES 'AUTO DE FORMAL

PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL.', QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.", sostuvo que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculpado, por lo que deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos incluyendo, en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador, resulta inconcuso que para resolver sobre la procedencia o improcedencia del citado beneficio, no es dable atender sólo a lo dispuesto por el artículo 20, fracción I, constitucional señalado, sino que debe adminicularse o relacionarse con las demás garantías constitucionales consagradas en la propia Carta Magna, específicamente con la tutelada por el diverso numeral 19; por ello es necesario tomar en cuenta que el delito o delitos, incluyendo sus modificativas o calificativas, por los cuales se dictó el auto de formal prisión, no estén considerados como graves por la ley, ya que de lo contrario se estarían tomando en cuenta hechos o datos ajenos a los que son materia del proceso.[243]

Asimismo, como ya se analizo en el punto 4.1.3, el último párrafo de la fracción I apartado A del artículo 20 de la Constitución Federal de antes de la reforma, con ésta pasó al artículo 19 párrafo tercero, con el texto "*La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.";* cambiando el término "*revocar la libertad provisional*", por "*revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso";* omitiendo ceñir la revocación a la gravedad[244] del caso.

---

[243] Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Primera Sala. Tesis de Jurisprudencia 1a. /J. 2/2002. Tomo: XV, Abril de 2002. p. 289. Contradicción de tesis 91/2000-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito. 3 de octubre de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: José de Jesús Bañales Sánchez. Tesis de jurisprudencia 2/2002. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de seis de febrero de dos mil dos, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Juan N. Silva Meza, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

[244] Aquí debe subrayarse que desafortunadamente la procedencia de la libertad provisional estaba basada en la clasificación de delitos graves y no graves implantada con anterioridad por la reforma constitucional de 1993, y que mereció en su momento una fuerte y reiterada critica de los estudiosos del derecho, ya que la calificación de la gravedad se dejó, y se sigue dejando, a la determinación de las leyes procesales; y así, el catalogo de delitos graves se ha ido incrementando con la mayor facilidad, lo que ya de por si desde antes de la reforma que se analiza, la libertad provisional sólo se lograba en reducidos casos.

2. Se reconoce plena y expresamente el derecho a la presunción de inocencia. Aunque es un gran avance que se plasme literalmente en la Ley Fundamental, entra en antinomia con varios preceptos constitucionales reformados, como los artículos16 párrafos segundo (actualmente tercero), séptimo (actualmente octavo), octavo (actualmente noveno); 18 párrafo primero; 19 párrafos primero, segundo, tercero, sexto; 21 párrafo segundo y el numeral 20 apartado A fracción I de antes de la reforma.

Es menester subrayar que uno de los principios básicos del derecho penal moderno y del derecho constitucional en la medida en que tiene por objetivo preservar la libertad, es la presunción de inocencia hasta prueba en contrario. Se trata de una cuestión central para cualquier análisis que se quiera hacer del sistema de derechos fundamentales que rige en México.

La presunción de inocencia significa, para decirlo de forma sintética, que toda persona debe tenerse por inocente hasta que exista una sentencia firme de autoridad competente en la que se le tenga como responsable de la comisión de un delito, es decir, es en el proceso en donde debe de ser demostrada la culpa y no la inocencia. A partir de esa presunción se debieron desarrollar en la reforma una serie de previsiones legislativas, tales como el adicionar a esta fracción que el imputado también tiene derecho al beneficio de libertad provisional bajo caución o bajo protesta, cuando proceda legalmente, para asegurar que mientras la sentencia condenatoria no exista, se le causen las menores molestias posibles al inculpado, sobre todo mientras dura el juicio en su contra. La presunción de inocencia obliga al legislador a limitar la posibilidad de la prisión preventiva a aquellos casos verdaderamente graves, en los que la persona que ha sido detenida supone un riesgo cierto y objetivo para la comunidad, en aras de preservar la libertad, la seguridad jurídica y la defensa social.

Sobre la presunción de inocencia Luigi Ferrajoli apunta:

> *...si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias, la presunción de inocencia no sólo es una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa "seguridad" específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica "defensa" que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.*[245]

Como se dijo, la restricción del uso de la prisión preventiva deriva del principio de presunción de inocencia, pero también de los principios garantistas expresados en el numeral 14 de nuestra Norma Fundamental, de acuerdo con la cual solamente se puede

[245] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta. Madrid, 2002, p. 549.

privar de la libertad a una persona por orden judicial, luego de seguido un juicio en el que se ha ya demostrado su culpabilidad.

El mismo Ferrajoli señala:

> *El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no sólo por que así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, si no también —es decir, sobre todo— por necesidades procesales: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas.*[246]

Hasta antes de esta reforma, en el orden jurídico mexicano, con base en el numeral 133 del Pacto Federal, el principio de presunción de inocencia debería haber sido reconocido plenamente en virtud de que nuestro país ha suscrito diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que expresamente lo consagran como garantía, situación que en la praxis no aconteció. Entre los documentos internacionales con obligatoriedad jurídica[247] que incluyen dicho principio, se encuentran:

a). El artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, que dispone: *"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".*

b). El artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981, con una fe de erratas el 22 de junio del mismo año), que establece: "*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".*

c). El artículo 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981), que estipula: *"Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad."*

d). El artículo 84 párrafo 2 de Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Organización de las Naciones Unidas sobre

---

[246] *Ibidem*, p. 559.

[247] El 2 de enero de 1992 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la "Ley Sobre la Celebración de Tratados", en la que se pone de manifiesto, en el articulo 4 párrafo segundo de la misma, la obligatoriedad de los Tratados: *"Articulo 4.-...Los Tratados, para ser obligatorios en el territorio nacional, deben haber sido publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación."*

prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra, Suiza , en 1955, que dispone: *"El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia"*

e). Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No privativas de la libertad (Reglas de Tokio).

Asimismo, la jurisprudencia ha reconocido la presunción de inocencia, según se establece en las siguientes tesis:

> **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 desprenden, 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 éstos, tal y como se desprende de lo 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 en 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 éstos". 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, tal estado, al disponer

expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.[248]

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. 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, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. 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 la 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.[249]

Es un avance importante que la reforma reconozca en la Constitución y plasme en ésta el principio de presunción de inocencia, pero también no garantiza éste en varios de los numerales reformados en esta Carta Magna, por tener prescripciones antípodas a dicho principio, lo que vulnera los derechos fundamentales y humanos de los gobernados.[250]

4.2.2. Artículo 20 apartado B fracción II Constitucional.

Con la reforma, esta fracción quedo como sigue:

Texto antes de la reforma de junio de 2008	Texto vigente después de junio de 2008

[248]Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno, 9a. Época. Tesis: P. XXXV/2002. Tomo: XVI, Agosto de 2002, p. 14. 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.

[249] Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Segunda Sala. Tesis: 2a. XXXV/2007. Tomo: XXV, Mayo de 2007. p. 1186.

[250] Al respecto de que en la reforma constitucional se reconozca expresamente la presunción de inocencia, en la parte final del documental "Presunto Culpable" se expresa en forma sarcástica lo siguiente: *"La buena noticia: En el 2008, una reforma Constitucional impuso el 2016, como plazo para aplicar la presunción de inocencia en México. La mala noticia: La reforma tiene una clausula que entró en vigor de inmediato y autoriza detenciones de hasta 80 días, sin necesidad de acusación.* w.w.w.presuntoculpable.org.

Artículo 20. A. II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad **distinta del Ministerio Público o del juez,** o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;	**Artículo 20. B. II. A declarar o a guardar 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;**

Pareciera que esta fracción es repetitiva de la fracción II apartado A, de antes de la reforma, ya que se regula el derecho de no autoincriminación, así como evitar cualquier tipo de presión o coacción hacia el inculpado, incluyendo que su silencio no se considere como indicio tácito de responsabilidad. Pero se observa una marcada antinomia con otros preceptos constitucionales de reciente cuño, en los que algunos, de forma velada y otros francamente abierta, presionan y coaccionan al imputado a autoincriminarse, como en el mismo numeral apartado A ultimo enunciado de la fracción VII; en el apartado B último párrafo de la fracción III; amén de incurrir también en esta presión ciertas leyes secundarias, como se observa a continuación:

1. Artículo 20 apartado A último enunciado de la fracción VII.

   VII...La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

2. Artículo 20 apartado B último párrafo de la fracción III.

   III... 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;

3. Artículos 35, 36, 43 y 44 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

   Artículo 35. El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;
II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;
III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y
IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.

Artículo 36. En caso de que existan pruebas distintas a la autoinculpación en contra de quien colabore con el Ministerio Público de la Federación, a solicitud de éste se le podrán reducir las penas que le corresponderían hasta en tres quintas partes, siempre y cuando, a criterio del juez, la información que suministre se encuentre corroborada por otros indicios de prueba y sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador.

Artículo 43. Los sentenciados por los delitos a que se refiere la presente Ley no tendrán derecho a los beneficios de la libertad preparatoria o de la condena condicional, salvo que se trate de quienes colaboren con la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada.

Artículo 44. La misma regla se aplicará en relación al tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena a que se refiere la ley que establece las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.

4. Artículos 23, 24, 31 y 32 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada para el D.F.

Artículo 23. El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;
II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en una tercera parte;
III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una tercera parte, y
IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez de la causa, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en una tercera parte de la privativa de libertad impuesta.

Artículo 24. En caso de que existan pruebas distintas a la autoinculpación en contra de quien colabore con el Ministerio Público, a solicitud de éste se le podrán reducir las penas que le corresponderían hasta en tres quintas partes, siempre y cuando, a criterio del juez de la causa, la información que suministre se encuentre corroborada por otros indicios de prueba y sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador.

Artículo 31. Los sentenciados por los delitos a que se refiere la presente Ley no tendrán derecho a los beneficios de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, salvo que se trate de quienes colaboren con la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada.

Artículo 32. La misma regla se aplicará en relación a los beneficios de libertad anticipada a que se refiere la Ley de Ejecución de Sanciones Penales del Distrito Federal.

5. Artículos 71 BIS y 71 TER del Código Penal para el D.F.

Artículo 71 BIS. Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito no grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria, se disminuirá la pena en una mitad, según el delito que se trate.

> Artículo 71 TER. Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria, se disminuirá la pena una tercera parte, según el delito que se trate...

De la lectura de los preceptos anteriores se colige que, sin importar la garantía del numeral a estudio, de forma contradictoria y nugatoria a éste, se coacciona al imputado a auto incriminarse de una manera "legal", con la inclusión en la reforma, de las normas mostradas en la Ley Fundamental y en las secundarias, independientemente que éstas establecen un sistema jurídico de excepción, violatorio a las garantías individuales y a los derechos humanos del gobernado[251].

Al respecto, resulta aplicable la siguiente tesis jurisprudencial:

> **PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN PREVISTO EN EL APARTADO A, FRACCIÓN II, DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SE VIOLA EN PERJUICIO DEL PRESENTADO SI EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA SE LE REQUIERE LA DEVOLUCIÓN O ENTREGA DEL OBJETO DEL DELITO CUYA COMISIÓN SE LE ATRIBUYE, CON APERCIBIMIENTO DE QUE EN CASO DE INCUMPLIMIENTO SE LE APLICARÁ ALGUNA MEDIDA DE APREMIO PREVISTA EN LA LEY.** El principio acusatorio contenido en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, anterior a la reforma de dieciocho de junio de dos mil ocho, obliga al Ministerio Público a que antes de ejercer la acción penal, esto es, hacer la acusación correspondiente, realice la investigación y persecución del delito, lo que se traduce en una facultad y una obligación consistente en recabar el acervo probatorio suficiente para demostrar el cuerpo del delito y la responsabilidad del inculpado. En esas circunstancias, la orden de localización, búsqueda y presentación del indiciado para que declare dentro de la averiguación previa, no es otra cosa que una diligencia más para integrar el material probatorio que el Ministerio Público debe allegar dentro de esta fase procesal, para obtener los elementos suficientes para ejercer la acción penal; sin embargo, si al presentado en dicha fase se le requiere la devolución o entrega del objeto del delito cuya comisión se le atribuye, con apercibimiento de que en caso de incumplimiento se le aplicará alguna medida de apremio prevista en la ley, se viola en su perjuicio de manera directa el principio de no autoincriminación contenido en la fracción II del apartado A del artículo 20 de la Constitución Federal que establece, entre otros, el derecho de no declarar si lo estima conveniente, lo que

[251]El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su numeral 14.3.g establece: Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable; el artículo 8.2.g de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula; derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable.

conduce a establecer que menos aún está obligado a presentar pruebas que lo perjudiquen, dado que el representante social está facultado para obtenerlas de otras fuentes de información.[252]

4.2.3. Artículo 20 apartado B fracción III Constitucional.

Esta fracción se modifico con la reforma, quedando como se aprecia a continuación:

Texto antes de la reforma de junio de 2008	Texto vigente después de junio de 2008
Artículo 20. A. III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, **el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación,** a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.	**Artículo 20. B. 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. 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;**

En esta fracción III se establece la garantía que tiene el imputado de conocer los hechos que se le atribuyen y los derechos que le asisten desde el momento en que es detenido o en su primera comparecencia ante el M.P. o el Juez.

También se prevé en dicha fracción, una excepción a ese derecho, en lo referente a delincuencia organizada, en el sentido de que la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador. El texto señala que esta autoridad "podrá" autorizar dicha reserva, permitiendo advertir que la autorización para mantener en reserva el nombre y datos del acusador, sólo será respecto de delitos de delincuencia organizada y que esa autorización se deja al arbitrio del juzgador, estando esto en

[252] Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: XXI.1o.P.A.50 P. Tomo: XXVIII, Noviembre de 2008. p. 1374.

contradicción con lo dispuesto en la fracción V apartado C del mismo ordenamiento. Persiste la intención de mantener un derecho de excepción.

Es menester apuntar que el hecho de mantener en reserva el nombre y datos del acusador es debido a la nueva figura jurídica de "testigo protegido", la cual deja en estado de indefensión e incertidumbre jurídica al gobernado sujeto a una imputación por parte de alguien que se convierte en un fantasma, con lo que se impide ejercer en forma plena sus garantías de defensa y vulnera el principio de contradicción[253] estipulado en el primer párrafo del numeral a estudio, amén de que de esta forma el proceso penal se torna inquisitorio. Asimismo se vulnera lo establecido en la fracción III del apartado A del mismo numeral, ya que al conservar en reserva el nombre y datos del acusador, al no estar éste presente en la audiencia del proceso para el desahogo de su testimonial (si no se proporciona el nombre y sus datos menos se va a presentar a una audiencia), su depuesto se convierte en una "prueba anticipada", no entrando el "testigo protegido" en los supuestos que determinaron los legisladores para este tipo de prueba[254], propiciándose la impunidad.

Al respecto, la Ley de Amparo establece:

> Artículo 160. En los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:
> **I.- Cuando no se le haga saber** el motivo del procedimiento o la causa de la acusación y **el nombre de su acusador particular si lo hubiere;**

La fracción a estudio es incongruente y contradictoria con el primer párrafo del mismo numeral reformado que establece que "*El proceso penal será acusatorio...*", y sin embargo se crea un derecho especial, de corte inquisitorio, en relación con la delincuencia organizada, puesto que en esta fracción se autoriza la "declaración

---

[253]La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido este principio, como relativo a que las partes podrán debatir los hechos y argumentos jurídicos de la contraparte, y contravertir cualquier medio de prueba durante el juicio; también resalta la importancia que tiene este principio de llamar a las partes al debate de sus ideas *"Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Penal"*. SCJN. México. 2008. pp. 92, 138. Asimismo, García Ramírez nos dice que "el contradictorio constituye el principio procesal de la más elevada trascendencia. Permite el equilibrio entre las partes, la efectiva igualdad de armas, y conduce a un pleno análisis judicial de la contienda. Cada parte, al tanto de los elementos probatorios sugeridos o aportados por su adversario, puede llevar adelante el examen y la critica de la prueba. Sólo serán eficaces las probanzas desahogadas ante el juzgador y bajo regla de contradicción. Queda a un lado, pues, la reserva probatoria, el secreto, la omnipotencia de una parte y el desvalidamiento de la otra. García Ramírez, Sergio. *La Reforma penal Constitucional*. Porrúa. México. 2008. p. 121.

[254]Cuando la prueba corra riesgo de perderse si no se recaba anticipadamente; por estar gravemente enfermo el testigo y se presuma pueda fallecer o haya fallecido por causa o no del imputado, o cuando este ultimo renuncia expresamente a su derecho a un juicio oral y acepta el hecho que se le imputa a cambio de un beneficio legal. *Dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados del 10 de diciembre de 2007*. http://gaceta.diputados.gob.mx.

anónima"[255], lo que vulnera las garantías del imputado y cobra vida a nivel constitucional, afectando el derecho de defensa y permitiendo la justicia negociada, toda vez que otorga beneficios al inculpado que a través de sus atestos ayude en la investigación de estos ilícitos, (con lo que se reitera la postura del derecho penal del enemigo).

En este contexto, habrá que precisar el significado de *"ayuda eficaz";* si la que permite avanzar en investigaciones o la que se traduce en capturas y enjuiciamientos que terminen en condenas, aunque sean ilegitimas. Se corre el riesgo de interpretaciones erróneas que deriven en aplicaciones desacertadas.

La mencionada fracción violenta la garantía de igualdad prescrita en artículo 1° del Pacto Federal al elevar a rango constitucional los beneficios que se otorgan a los imputados que colaboren en la investigación y persecución de los delitos de delincuencia organizada, mientras de forma expresa en la legislación secundaria se suprimen beneficios no sólo a los imputados por estos delitos sino que se permea esta supresión a muchos otros más[256].

---

[255]Beccaria ya conceptualizaba en el siglo XVIII a las acusaciones secretas como: "evidentes, pero consagrados desordenes, y en muchas naciones hechos inevitables por la debilidad de la constitución, son las acusaciones secretas. Una tal costumbre hace a los hombres falsos y solapados...¿Y de esos hombres haremos nosotros los intrépidos soldados defensores de la patria y del trono?¿Y entre ellos encontraremos los incorruptibles magistrados que, con libre y patriótica elocuencia, sostengan y desarrollen los verdaderos intereses del soberano, y lleven al trono, con los tributos, el amor y las bendiciones de todos los grupos humanos, y de él devuelvan a los palacios y a las cabañas la paz, la seguridad y la industriosa esperanza de mejorar la suerte, útil fermento y vida de los Estados?¿Quien podrá defenderse de la calumnia, cuando esté ella armada con el más poderoso escudo de la tiranía, que es el secreto?¿Que clase de gobierno es aquel en que, quien gobierna, sospecha en cada uno de sus súbditos un enemigo, y se ve constreñido, en bien del público reposo, a quitarlo a todo el mundo?¿Cuales son los motivos con que se justifican las acusaciones y penas secretas?¿La salud pública, la seguridad y el mantenimiento de la forma de gobierno? Pero ¿que extraña constitución es esa, en la que, quien tiene consigo la fuerza y la opinión más eficaz que aquella, teme de todos y cada uno de los ciudadanos? ¿La indemnidad del acusador? Las leyes pues, no lo defienden suficientemente. Y habrá súbditos más fuertes que el soberano. ¿La infamia del delator? Se autoriza, pues la calumnia secreta y se castiga la pública. ¿La naturaleza del delito?...Pero si hubiese que dictar nuevas leyes en algún ángulo olvidado del universo, antes que autorizar semejante costumbre, me temblaría la mano y tendría toda la posteridad ante mis ojos. Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas.* Temis. México. 2003. p. 23.

[256]El artículo 85 del Código Penal Federal establece: No se concederá la libertad preparatoria a: I. Los sentenciados por alguno de los delitos previstos en este Código que a continuación se señalan: a) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis, párrafo tercero; b) Contra la salud, previsto en el artículo 194, salvo que se trate de individuos en los que concurran evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; y para la modalidad de transportación, si cumplen con los requisitos establecidos en los artículos 84 y 90, fracción I, inciso c), para lo cual deberán ser primodelincuentes, a pesar de no hallarse en los tres supuestos señalados en la excepción general de este inciso; c) Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de

Y aquí la pregunta surge ¿se puede legitimar en un Estado democrático y de Derecho, como "complemento" al Derecho Penal, la existencia de una regulación de excepción que afecte a la libertad de sus destinatarios (negándoles la condición de persona) y permita una actuación de lucha por parte del Estado que traspase los límites que impone la condición de persona? Es menester insistir que un derecho de excepción no debe encontrar acomodo en nuestro texto constitucional, ya que de ninguna manera se puede justificar el retroceso en la reforma analizada, de las garantías individuales y de los derechos humanos de los gobernados[257]. Reitero, no se puede combatir la ilegalidad con ilegalidad.

4.2.4. Artículo 20 apartado B fracción IV Constitucional.

La fracción a estudio se modifico con la reforma, resultando como se aprecia a continuación:

Texto antes de la reforma de junio de	Texto vigente después de junio de 2008

edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 203 y 203 bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; d) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; e) Homicidio, previsto en los artículos 315, 315 bis y 320; f) Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter. g) Comercialización de objetos robados, previsto en el artículo 368 ter; h) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 bis; i) Robo, previsto en los artículos 371, último párrafo; 372; 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI y XV; y 381 Bis; j) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; K) Los previstos y sancionados en los artículos 112 Bis, 112 Ter, 112 Quáter y 112 Quintus de la Ley de Instituciones de Crédito, cuando quien lo cometa forme parte de una asociación, banda o pandilla en los términos del artículo 164, o 164 Bis, o L) Los previstos y sancionados en los artículos 432, 433, 434 y 435 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuando quien lo cometa forme parte de una asociación, banda o pandilla en los términos del artículo 164 o 164 Bis. II. Trata de personas previsto en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas. III. Los que incurran en segunda reincidencia de delito doloso o sean considerados delincuentes habituales. Tratándose de los delitos comprendidos en el Titulo Décimo de este Código, la libertad preparatoria solo se concederá cuando se satisfaga la reparación del daño a que se refiere la fracción III del artículo 30 o se otorgue caución que la garantice. Estos en relación con los numerales 8 y 16 de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados; 71 BIS, 71 TER del Código Penal para el D.F. y 42 de la Ley de Ejecuciones Penales para el D.F.

[257] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus numerales 9.2 y 14.3.e establece respectivamente: 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella, e) Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; los artículos 7.4 y 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que estipulan respectivamente: 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, f) derecho de 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.

2008	
Artículo 20. A. IV. Cuando así lo solicite, **será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra,** salvo lo dispuesto en la fracción V del Apartado B de este artículo; **V.** Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.	**Artículo 20. B. 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;

En la reforma se derogó totalmente la fracción IV del anterior apartado A, con lo que se suprimió la garantía constitucional "del careo". La actual fracción IV reformada era la fracción V del citado apartado A, a la cual se le quito el párrafo que se refiere a los testigos, en el sentido de *"siempre que se encuentren en el lugar del proceso";* anexándole el término *"pertinentes"* a la vigente fracción IV.

Al respecto, cabe hacer las siguientes consideraciones:

1. La garantía constitucional del careo, prescrito en la fracción IV de antes de la reforma a estudio, es un derecho de defensa fundamental de todo acusado, que permite que éste fuera careado, con el objetivo de que vea y conozca a las personas que declaran en su contra, para que éstas últimas no puedan formar artificialmente testimonios en su perjuicio y para darle ocasión de hacerles las preguntas que estime pertinentes a su defensa; garantía del inculpado de poder ver a su contraparte frente a frente y declarar libremente sin tener ningún reproche o interpelación, lo que propicia admitir la verdad.

El Constituyente de Querétaro estableció que el inculpado conociera personalmente a la persona que hubiere depuesto en su contra, para que no se le hiciera objeto de engaños respecto a lo que en realidad hubiere declarado el denunciante; que no fuera suficiente con que el funcionario judicial le hiciere saber la declaración rendida por este último, debiendo cumplirse con el principio de que los actos instructorios se desarrollen en presencia del inculpado, que nada se hiciere ocultamente y que se le dieren las facilidades necesarias para llegar al conocimiento absoluto de las pruebas que en su contra existían y de las personas que las hubieren producido; por lo que prescribió en el

punto 4 del artículo 20 de la Constitución de 1917:

> *Será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia, si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa.*

La Ley de Amparo en la fracción III de su numeral 160 dispone:

> Artículo 160. En los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:
> ...III.- Cuando no se le caree con los testigos que hayan depuesto en su contra, si rindieran su declaración en el mismo lugar del juicio, y estando también el quejoso en él;

Según Marco Antonio Díaz de León[258] la palabra "careo" viene de la acción y efecto de carear, y ésta, a su vez, de cara, de poner cara a cara a dos sujetos o más para discutir, es decir, significa enfrentar a dos o varios individuos para descubrir la verdad de un hecho comparando sus declaraciones; para despejar la incertidumbre o situación de duda proveniente de las deposiciones antónimas emitidas por el acusado y los denunciantes del delito a fin de buscar obtener la verdad real de los hechos controvertidos y dudosos.

El concepto del la Corte al respecto de los careos es el siguiente:

> **CAREOS CONSTITUCIONALES, OBLIGATORIEDAD DE LOS.** Esta Primera Sala ha sostenido que la celebración de los careos constitucionales, más que medio de prueba, constituye un derecho concedido al inculpado para que vea y conozca a las personas que declaran en su contra y no se puedan formular artificialmente testimonios en su perjuicio, y para darle ocasión de hacerles las preguntas que estime pertinentes a su defensa; así pues, si los testigos declararon en el lugar del juicio y la responsable no expresa motivos de la omisión de los careos, hay violación de garantías del inculpado.[259]
>
> **CAREOS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES. SUS DIFERENCIAS.** Los careos constitucionales tienen por objeto que el inculpado conozca a las personas que declararon en su contra, las tenga a la vista y les pueda formular las preguntas que considere pertinentes, los cuales se diferencian de los careos procesales, en que éstos deben diligenciarse cuando entre las declaraciones de los testigos se advierta contradicción; en esas condiciones, si la autoridad responsable consideró

[258] DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *óp. cit.* p. 430.
[259] Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 7a. Época. Tomo: 103-108, Segunda Parte, p. 53.

irrelevante la circunstancia de que no se hayan efectuado los careos constitucionales entre el quejoso y los testigos que el primero ofreció como prueba, porque el secretario de Acuerdos adscrito al juzgado de primera instancia certificó la inexistencia de contradicciones entre ambas partes, ello resulta ilegal, pues lo importante para el desahogo de estos careos no es la existencia de contradicciones.[260]

Si el someter a un proceso a un gobernado acusado de un injusto tiene como finalidad llegar a la verdad histórica de los hechos para poder estar en condiciones de emitir una resolución de sentencia justa y equitativa, en bien del orden social, ¿cómo puede ser posible que se haga nugatoria con la reforma, la posibilidad que tienen los actores del drama penal de aprovechar todos los medios que se presenten, como el careo, y que hagan posible al juzgador llegar al conocimiento de esta verdad, de esta prueba del hecho que se debe establecer sin contradicción? La respuesta la da el anterior análisis de la fracción III de la reforma del artículo 20 Constitucional a estudio; si se mantiene en reserva el nombre y datos del acusador ¿cómo sería posible ponerse cara a cara con él? La eliminación de dicha garantía contraviene el espíritu del Constituyente vertido en al Constitución de 1917, y es un retroceso grave en la defensa de las garantías individuales y de los derechos humanos.

2. La actual fracción IV del apartado B, añade una condición que no observaba el texto de la anterior fracción V del apartado A de antes de la reforma: *"en los términos que señale la ley"*. Pareciera aceptable que sea la ley quien fije los términos para la aportación de pruebas por parte del imputado. La redacción de la mencionada anterior fracción V del apartado A era más generosa y amplia, ya que preveía a favor del acusado un sistema de prueba libre, en el sentido de que aquél podía presentar todas las pruebas que quisiera, así como valerse de los testigos que necesitara para apoyar su defensa; la actual, que aporta un cambio al que corresponde hallarle el sentido preciso, es más restrictiva. No mejora la condición del imputado ya que reduce el amplio reconocimiento en la formula constitucional anterior.

El agregar el término *"pertinentes"* a la mencionada fracción IV tiene como significado que las pruebas que se pretendan aportar para la defensa del imputado se regirán bajo el

[260]Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, 9a. Época. Tesis II.1o.P.127 P. Tomo: XIX, Febrero de 2004, p. 991. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VII, enero de 1998, p. 1067, tesis V.1o.28 P, de rubro: "CAREOS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES. SU DIFERENCIA."

principio de pertinencia, es decir, que éstas deberán guardar relación con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención del imputado en su comisión, pero con el riesgo de caer en la apreciación subjetiva del juzgador de que si éstas pertenecen, corresponden o tienen relación o no con la litis, lo que originaría que se prejuzgara a priori la viabilidad y aceptación de dichas probanzas. En la reforma se omitió considerar que la única limitación que debería tener una prueba para que esta sea aceptada y desahogada es que no estén prohibidas por la ley, ni sean contrarias a la moral, y que esta prueba ofrecida en un proceso penal puede ser decisiva en la vida y futuro de un ser humano.

Al respecto, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

> Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad.

El artículo 135 penúltimo párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal estipula:

> Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20, fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

El numeral 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal determina:

> Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.

La opinión de la Corte al respecto es la siguiente:

> **PRUEBAS, EL JUEZ NO PUEDE RECHAZARLAS ADUCIENDO QUE NO TIENEN RELACION CON EL NEGOCIO.** Independientemente de que el juzgador considere que debe o no examinar las pruebas ofrecidas, porque no tengan relación con el negocio, no puede rechazarlas, ya que la fracción V del artículo 20 constitucional es clara en cuanto a la recepción de pruebas, pues la única condición que señala es que los testigos se encuentren en el lugar del proceso.[261]

[261] Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 7a. Época. Tomo: 62 Segunda Parte, p. 24.

INDEFENSION DEL ACUSADO. Lleva a estimar que se viola la garantía consignada en la fracción V del artículo 20 constitucional, al prevenirse que a todo procesado se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso, y queda actualizada la hipótesis prevista en la fracción VI del artículo 160 de la ley reglamentaria del juicio de amparo, al no citarse a las personas cuyo llamado al juicio pidieron el reo y su defensor afectándose gravemente la defensa de aquél[262].

La fracción estudiada, con la reforma presenta un cariz indiscutiblemente restrictivo, atentando contra las garantías individuales y los derechos humanos[263].

4.2.5. Artículo 20 apartado B fracción V Constitucional.

Esta fracción se modifico con la reforma, quedando como sigue:

Texto antes de la reforma de junio de 2008	Texto vigente después de junio de 2008
Artículo 20. A. VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.	**Artículo 20. B. V.** Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo. En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo

[262] Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 5a. Época. Tomo: CXXVI, p. 406.
[263] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su numeral 14.3.b establece: A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; el artículo 8.2.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula; concesión al inculpado de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa

	anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra...

En la fracción a estudio se elimina el jurado y se advierte el carácter público del proceso penal. Esta necesidad de publicidad terminó con modalidades antiguas, por cuya causa los procesos eran secretos y permitían a los juzgadores cometer injusticias y atrocidades. Que la audiencia sea pública quiere decir que se celebre a la vista de todos aquellos que quieran asistir. El proceso debe transcurrir de cara a la sociedad, para que sea ésta la que supervise como actúan las autoridades judiciales ante los inculpados y no restringir, como sucede con la reforma, el conocimiento del público de los procesos que el "derecho de excepción" considera "confidenciales".

La Ley de Amparo estipula en las fracciones IX y X del numeral 160 lo siguiente:

> Artículo 160.- En los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:
> ...IX.- Cuando no se celebre la audiencia pública a que se refiere el artículo 20, fracción VI, de la Constitución Federal, en que deba ser oído en defensa, para que se le juzgue;
> ...X.- Cuando se celebre la audiencia de derecho sin la asistencia del Agente del Ministerio Público a quien corresponda formular la requisitoria; sin la del juez que deba fallar, o la del secretario o testigos de asistencia que deban autorizar el acto;

Al respecto la Suprema Corte establece en sus tesis de jurisprudencia lo siguiente:

> **INDEFENSION DEL REO (FALTA DE AUDIENCIA PÚBLICA).** Si no se celebró la audiencia pública a que alude la fracción VI del artículo 20 constitucional para ser el reo oído en defensa y juzgado, tal anomalía procesal irroga la consiguiente indefensión al acusado, en los términos de la fracción IX del artículo 160 de la Ley de Amparo, y hace procedente la concesión de la protección federal, para el único efecto de que se reponga el procedimiento a partir del momento en que se produjo la mencionada violación procesal[264].
>
> **PROCESOS. DEBEN FALLARSE EN AUDIENCIA PÚBLICA, CON ASISTENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO.** Conforme a la garantía consignada en la fracción VI

[264] Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 5a. Época. Tomo: CXVII, p. 1489.

del artículo 20 constitucional, todo reo será juzgado en audiencia pública; siendo imprescindible la presencia del representante social en esa audiencia.[265]

Los anteriores preceptos y criterios establecen que el acusado tiene el derecho de ser juzgado de modo público, ya que la publicidad es una garantía contra peligros de torcimiento o desviación en la administración de justicia y hace más transparente la actividad procesal penal. El derecho de publicidad no es un derecho exclusivo de los sujetos procesales, sino básicamente es un derecho de la sociedad en general, a partir del cual ésta tiene acceso a la justicia y ejerce su derecho al conocimiento de sus actuaciones y fallos, con la premisa de que la justicia transmite principios y valores a la sociedad.

Quien decide es el órgano jurisdiccional competente, pero este actúa ante el foro de la opinión pública y bajo la vigilancia virtual de la sociedad, por lo que la aplicación de un derecho de excepción en esta fracción que se analiza, que deja al arbitrio y manos del juzgador si existen razones fundadas para justificarlo (lo que cada vez se hace más común), de forma totalmente subjetiva y riesgosa, violenta este principio de publicidad invocado por el mismo numeral a estudio en su primer párrafo, con la consecuente violación de garantías y derechos humanos[266].

Con respecto a lo establecido en el último párrafo de esta fracción que se analiza, cabe hacer valer los mismos argumentos esgrimidos en el punto 4.2.3, en el que se estableció que al aplicar este derecho de excepción en materia de delincuencia organizada (lo que resulta en otro supuesto del derecho penal del enemigo), se crean más excepciones que le otorgan el carácter de derecho especial, pues al conservar en reserva el nombre y datos del acusador (testigo protegido), y tener valor probatorio las actuaciones de la fase de investigación no obstante que las pruebas no se reproduzcan, por no estar éste presente en la audiencia del proceso para el desahogo de su testimonial, su depuesto se convierte en una "prueba anticipada", no entrando este "testigo protegido" en los supuestos que determinaron los legisladores para la naturaleza de este tipo de prueba (ver nota de pie de pagina No. 254), propiciándose la impunidad, con la consecuente violación de garantías y derechos humanos.

4.2.6 Artículo 20 apartado B fracción VI Constitucional.

---

[265] Apéndice de 1995, Primera Sala, 5a. Época. Tomo: CXXIII, Página 148. Apéndice 2000, Primera Sala, 5a. Época. p. 198.

[266] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su numeral 14.1 establece: Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente; el artículo 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula: Toda persona tiene derecho a ser oída.

La fracción se cambio con la reforma, resultando:

Texto antes de la reforma de junio de 2008	Texto vigente después de junio de 2008
Artículo 20. A. VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.	**Artículo 20. B. 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 este 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;

Esta fracción prevé, en teoría, el derecho a la información, esto es, que al inculpado se le proporcione de manera oportuna toda la información necesaria para que ejerza su derecho a la contradicción y a la defensa; pero establece restricción a dicho acceso, el cual sólo podrá darse cuando se encuentre en los supuestos que establece el segundo párrafo, por lo que de no ocurrir éstos, ni el imputado ni su defensor podrán tener acceso a los registros, entendiéndose como registro, los datos que obren en el expediente formado con motivo de la investigación.

Esto resulta contradictorio con lo también previsto en el primer párrafo de esta fracción, que obliga a las autoridades penales a facilitarle al acusado *"todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso"*. Esta garantía pretende que se haga todo lo posible para que el inculpado salvaguarde su libertad personal y lo que dependa de ella,

pero las restricciones del segundo párrafo oscurecen en más de un sentido dicha garantía constitucional.

El imputado debería tener acceso a los registros antes de la "entrevista" (no clarifica el termino, por lo que es válido cuestionar ¿quién entrevista al imputado y con qué propósito?), para que éste, en su calidad de "entrevistado" pueda medir la situación que guarda su situación legal, antes de someterse a negociaciones o transacciones con su interlocutor. De la redacción del texto se observa que esta garantía va dirigida al imputado detenido y la pregunta emerge ¿acaso quien está en libertad tiene nugado tal derecho? En la praxis, considero difícil este acceso por el carácter de secrecía que dan a la averiguación previa las autoridades investigadoras.

Esta fracción entra en franca antinomia con las fracciones III primer párrafo y V del mismo apartado y numeral, ya que la fracción a estudio otorga al indiciado y posteriormente procesado, el derecho de pedir (y porque no, de exigir), que se le informe, y el Ministerio Público y el Juez, respectivamente, estarán obligados a informarle del nombre de su acusador y de la naturaleza y causa de la acusación, así como de las pruebas que se aporten a la averiguación y se ofrezcan en el proceso por el denunciante o querellante, o de las que el propio órgano investigador proporcione; aspectos que las fracciones III y V prohíben, por lo que ¿cual precepto deberá prevalecer, el que da seguridad jurídica al gobernado o el de derecho de excepción?

Es necesario aclarar a que datos tendrá acceso el imputado, porque aunque se lee *"todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso",* es decir, en el expediente, o bien, si éste será sustituido por otras formas de recepción de datos, por los registros correspondientes a todas las actuaciones realizadas en el caso de que se trate; y si la autoridad en cuyo poder obre el expediente se limitara a proveer los datos que solicite el inculpado, o pondrá a la vista de éste los registros en su integridad, para que los analice, y resuelva por si mismo que elementos requiere conocer y analizar para fines de su defensa por lo que surgen los cuestionamientos ¿hasta dónde llegará el derecho del indiciado o procesado? ¿podrá, acaso, solicitar copia certificada de todo lo actuado en la fase de averiguación (investigación)?

Al respecto, la Corte ha exteriorizado el siguiente criterio:

> **DEFENSA, DATOS PARA LA.-** La fracción VII del artículo 20 constitucional, no exige que los datos que el acusado o su defensor soliciten para preparar la defensa y consten en el proceso, sean pedidos precisamente por escrito y ministrados en forma de copias; sino que el expediente original debe ser puesto a la vista de las

partes, para que puedan tomar sus apuntes y el defensor formular sus escritos de descargo.[267]

De lo anteriormente expresado se observan evidentes discrepancias, contradicciones y lagunas que afectan la seguridad jurídica del gobernado y sus derechos humanos.[268]

4.2.7 Artículo 20 apartado B fracción VII Constitucional.

En el texto de esta fracción se lee:

> *VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión**, y antes de un año** si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;*

Esta fracción presenta una discordancia con lo preceptuado en la fracción IX, ya que establece un plazo máximo de un año para que el procesado sea juzgado, y en la última se estipula que la prisión preventiva en ningún caso será superior a dos años:

> *IX. La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso **y en ningún caso será superior a dos años**, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.*

La divergencia se aprecia si se toma en cuenta que la prisión preventiva existe desde el momento en que al inculpado se le privó de la libertad hasta que se le dicta sentencia y esta causa ejecutoria, es decir, dura mientras es juzgado el procesado, por lo que si la fracción VII establece ser juzgado antes de un año, quiere decir por obviedad que la prisión preventiva durara máximo un año y no dos como se lee en la fracción IX; y si la primera impone a los jueces la obligación de respetar un determinado plazo para dirigir el proceso de un inculpado con la finalidad de que la situación de éste no permanezca

---

[267] Semanario Judicial de la Federación, Pleno, 5a. Época. Tomo: III, Página 823. Apéndice 2000, Pleno, 5a. Época. p. 430.

[268] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su numeral 14.3.b establece: **3.** Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b. A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; el artículo 8.2.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula; 2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c. concesión al inculpado de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

indeterminada en detrimento de sus garantías y derechos humanos[269], ¿cómo los legisladores establecen erróneamente en esta ultima fracción un plazo máximo de dos años?

En este contexto es observable el siguiente criterio jurisprudencial:

> **TERMINO PARA FALLAR EN MATERIA PENAL. ARTICULO 20, FRACCION VIII, DE LA CONSTITUCION GENERAL, VIOLACION DEL.** Si la responsable no juzga al reo dentro del término legal, incurre en una responsabilidad legal, que no tiene ningún alcance para tener por prescrita la acción penal, pues ese efecto no esta previsto en el artículo 20, fracción VIII, de la Constitución, ya que la prescripción únicamente se consuma en la forma y términos que establece la ley.[270]

4.2.8 Artículo 20 apartado B fracción VIII Constitucional.

Esta fracción se modifico con la reforma, quedando como sigue:

Texto antes de la reforma de junio de 2008	Texto vigente después de junio de 2008
Artículo 20. A. IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, **por sí, por abogado, o por persona de su confianza.** Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se	**Artículo 20. B. 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.

[269]El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su numeral 14.3.c establece: **3.** Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas; c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas.

[270]Informes, Primera Sala, 6a. Época. Tomo: Informe 1959, Página 66. Apéndice 2000, Primera Sala, 6a. Época. Tomo: Informe 1961, p.1449.

le requiera.	

Esta fracción tiene relación con la adición al texto constitucional del párrafo sexto del artículo 17 Constitucional que establece *"La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público"*, y que pretende profesionalizar a la defensa pública, e instrumentar su servicio civil de carrera y equilibrar procesalmente a la defensa a al órgano de acusación, tanto en su capacitación como en su retribución económica; lo que conllevó a la abrogación de la defensa del procesado por propio derecho y por persona de su confianza.

Con la disposición a estudio, pareciera superado el problema de indefensión del gobernado acusado de un injusto, sin embargo la realidad es diferente, porque en la praxis no se garantiza el derecho a la defensa adecuada que ordena el mandato constitucional. Las reformas constitucionales que establecen un derecho de excepción parecieran facultar a las policías y al Ministerio Público a tener un control absoluto en la averiguación (seria interesante saber si en las instalaciones de la Policía Federal se tienen oficinas de defensoría pública y si éstas laboran las 24 horas de los 365 días del año), y no es raro que se asiente que se hizo saber sus derechos al inculpado y éste se reservo el derecho de designar defensor (la Procuraduría Capitalina ya tiene machotes prehechos al respecto), lo que no corresponde a la realidad, y sólo es argucia para evitar acciones de defensa, pues no debe perderse de vista que si esta reserva fuera cierta, para cumplir con el mandato Constitucional y de la ley, la obligación de la autoridad que esté conociendo del asunto, y ante la falta de nombramiento por parte del indiciado, es la de designarle al defensor público para que proceda hacerse cargo de su defensa desde el momento de su detención.

La Corte ha avalado el actuar ilegal de las policías y del Ministerio Público con criterios aberrantes, erróneos y antijurídicos:

> **DEFENSA, GARANTIA DE.** Si el inculpado argumenta que sus aprehensores no le hicieron saber el derecho de nombrar defensor, debe decirse que el imperativo contenido en la fracción IX del artículo 20 constitucional, es obligatorio para la

autoridad judicial, mas no para la investigadora, sin perjuicio de que, ante esta última, el presunto responsable pueda designar defensor.[271]

DEFENSA, GARANTÍA DE. La obligación impuesta a la autoridad de instancia por la fracción IX del artículo 20 constitucional, surte efectos a partir de que el indiciado es puesto a disposición de la autoridad judicial, y ésta al recibir la declaración preparatoria del presunto responsable tiene la obligación ineludible de designarle defensor si es que aquél no lo ha hecho; mas la facultad de asistirse de defensor a partir de la detención del acusado, concierne única y exclusivamente a éste, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fue detenido, esa omisión es imputable al propio acusado y no al Juez instructor.[272]

El ahora llamado defensor público se ha caracterizado por adolecer de los principios de excelencia, profesionalismo, e independencia; ya por la excesiva carga de trabajo, por la deficiente calidad de sus servicios debida a la falta de apoyo, la carencia de medios suficientes para la obtención y desahogo de pruebas, a su falta de motivación como promociones, prestaciones, estímulos, a su preparación profesional (capacitación); lo que incide en la realización de una defensa meramente simbólica, con la consecuente desventaja del procesado frente a la parte acusadora, vulnerando su garantía de ejercicio de derecho de defensa, dejándolo en estado de indefensión y lo más grave, que la Corte prácticamente avale esto último.

DEFENSOR DE OFICIO, INACTIVIDAD DEL. El hecho de que el defensor de oficio no formule conclusiones ni agravios no da materia al juicio de garantías, sino en todo caso a que se le exija la responsabilidad correspondiente.[273]

De la redacción del texto se colige que el defensor público será el mismo desde su detención, es decir desde la averiguación previa hasta la ejecución de la pena, con todo y sus recursos, porque de seguir como hasta ahora, este párrafo no tiene razón de ser. Lo que quiere decir, que el defensor público se convierte en el sustituto procesal del acusado, y en esta tesitura puede actuar por sí sólo, y sin la presencia de éste en un gran número de actos procesales, tales como el ofrecimiento y desahogo de las pruebas, la interposición de recursos, la formulación de conclusiones, la presentación de agravios en la apelación, la demanda de amparo, etc.; la pregunta surge ¿cómo le van hacer para

---

[271]Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 7a. Época. Tomo: 82 Segunda Parte, p. 21. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, Segunda Parte, tesis 106, p. 236, bajo el rubro "DEFENSA, GARANTIA DE.".

[272]Apéndice 2000, Primera Sala, 7a. Época. Tomo: 33. Tercera Parte, p. 681.

[273]Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 7a. Época. Tomo: 38 Segunda Parte, p. 19. Nota: En el Volumen 37, p. 21, la tesis aparece bajo el rubro "DEFENSORES, INADECUADA ACTITUD DE LOS, NO CORREGIBLE EN AMPARO."

representar a todos los gobernados que estén en estos supuestos y evitar que ningún inocente termine en la cárcel? Veamos:

Una investigación realizada por la Doctora Herlinda Enríquez[274] en el Reclusorio Preventivo Varonil Oriente en el año 2007 arrojó los siguientes resultados, sobre el estatus jurídico de los internos de la mencionada Institución:

Fuero Común		**Fuero Federal**		**Situación Jurídica**	
Procesados	1341	Procesados	691	Indiciados	2941
Sentenciados	4968	Sentenciados	764	Procesados	1964
Total	6309	**Total**	1455	Sentenciados	2859
				Apelación	1948
				Ejecutoriados	1851
				Amparados	1860
				Preliberados	0

Según estos datos había en el año 2007, un total de 7764 internos en el mencionado Reclusorio, de los cuales 6771 requerían de un abogado defensor (indiciados, procesados, y apelación); si un tercio (no el 100%) de estos hubieran acudido a solicitar defensor de oficio, se hubieran requerido 2284 litigantes de oficio, para que pudieran estar presentes en todas y cada una de las comparecencias de su representado, presentar y desahogar probanzas y presentar alegatos y conclusiones. Actualmente hay aproximadamente 12000 internos en el citado Reclusorio, guardando la proporción, actualmente se requerirían 3960 defensores de oficio en materia penal, sólo para el Reclusorio Oriente; hay aproximadamente 40000 internos en el sistema penitenciario del D.F.; en la misma proporción se requerirían 13200 defensores públicos ¿tiene el Estado la capacidad suficiente para garantizar el derecho a una defensa adecuada (esto sin tomar en cuenta peritos necesarios para una defensa eficaz)?

Para este supuesto la Ley de Amparo establece en la fracción II de su diverso 160 lo siguiente:

---

[274] RUBIO HERNÁNDEZ, Herlinda Enríquez. *El Pluralismo Jurídico Intercarcelario*. Porrúa. México. 2007. p. 243.

> Artículo 160. En los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:
> ...II.- Cuando no se le permita nombrar defensor, en la forma que determine la ley; cuando no se le facilite, en su caso, la lista de los defensores de oficio, o no se le haga saber el nombre del adscripto al juzgado o tribunal que conozca de la causa, si no tuviere quien lo defienda; cuando no se le facilite la manera de hacer saber su nombramiento al defensor designado; cuando se le impida comunicarse con él o que dicho defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, o cuando, habiéndose negado a nombrar defensor, sin manifestar expresamente que se defenderá por sí mismo, no se le nombre de oficio;

Por otra parte, las nuevas modalidades procesales, negociación en la aplicación de criterios de oportunidad, así como los derechos y garantías para víctimas y procesados, demandan que éstos cuenten con la información suficiente y oportuna, así como la asesoría eficaz de los abogados. Necesariamente esta demanda de tiempo y habilidades inciden en los costos de los servicios jurídicos, ante el encarecimiento de los servicios legales, debe evaluarse la cobertura y calidad de los servicios jurídicos para los sectores más desfavorecidos de la población. Implementar reformas sin atender el problema de la baja calidad y asimetrías de la asesoría legal tendría graves efectos sociales y minaría la justicia y legitimidad en el sistema penal.

La reforma constitucional a estudio elimino la posibilidad de autodefensa del imputado y de poder autorizar persona de confianza, con lo que restringe su capacidad y posibilidad de defensa. No se tomo en cuenta al ciudadano común que al tener un problema legal en materia penal no tiene, por lo general, recursos para contratar un abogado particular, y menos los tendrá en el transcurso del proceso al perder su trabajo por estar preso; por lo que estaría en la necesidad de solicitar la asesoría legal pública, con la reflexión de que aunado a los argumentos antes expresados y por experiencia personal, tener abogado de oficio y nada es mejor nada. Y aunque pareciera que un procesado carece de tranquilidad, de ánimo propio y que no tiene cabeza para pensar adecuadamente debido al problema legal que enfrenta y otros que éste trae aparejado, es innegable que quien mejor sabe de la verdad histórica de los hechos, es el imputado, y quien tiene mayor interés de que se resuelva adecuadamente el proceso para obtener su libertad, es éste, siendo innegable que no podría tener mejor abogado que si mismo, por lo que si se le permite coadyuvar en defensa propia con un defensor profesional, se podrá garantizar de mejor manera su derecho a la defensa.

La anulación del derecho de autodefensa del inculpado por sí mismo y en coadyuvancia con el abogado defensor, vulnera el principio de igualdad jurídica y la equidad en el

principio de contradicción, ya que la reforma si da este derecho al denunciante u ofendido, como se observa en la fracción II apartado C del mismo numeral 20 a estudio:

> *C. De los derechos de la víctima o del ofendido:*
> *II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.*

No había razón para que el legislador en la reforma abrogara la posibilidad de autodefensa del imputado y de poder autorizar persona de confianza, ya que si ninguno de los dos estaba legitimado para ejercer la profesión de abogado, o no tuvieran los conocimientos y la preparación adecuados para ejercer la defensa, el párrafo segundo del artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales prevé que el tribunal que conociera del asunto designará, al mismo tiempo, a un defensor de oficio que oriente tanto al defensor designado como al inculpado:

> Artículo 160.- ... Fuera de los casos excluidos en el párrafo anterior, el inculpado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en Derecho o autorización de pasante, conforme a la Ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculpado en todo lo que concierne a su adecuada defensa.

La persona de confianza designada por el imputado no pretende usurpar profesión alguna, y sólo tiene la función de ayudar al inculpado a resolver el problema legal que enfrenta con la dirección del primero y el asesoramiento del defensor profesional; siendo generalmente ésta un familiar, un amigo, etc. La Corte ha establecido, al respecto el siguiente criterio:

> **USURPACION DE PROFESION. NO LO COMETE LA PERSONA DE CONFIANZA QUE DESIGNA UN DETENIDO PARA QUE LO DEFIENDA.** La Constitución Política del país y la codificación procesal penal, permiten a los detenidos nombrar persona de su confianza que los defienda, desde el momento en que son aprehendidos, sin exigir que la designación recaiga precisamente en un licenciado en derecho; de ahí que la aceptación del cargo y las gestiones que realizan en favor del inculpado, no necesariamente constituyen actividades propias de esa profesión que configuren el delito en comento.[275]

---

[275] Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, 8a. Época. Tomo: XII, Julio de 1993, p. 325.

Al eliminar la reforma que se analiza la posibilidad de autodefensa del imputado (aún en coadyuvancia con el defensor público) y de poder autorizar persona de confianza, se vulnera la garantía de derecho a la defensa adecuada, el principio de igualdad jurídica y la equidad en el principio de contradicción que ordena el mandato constitucional, así como los derechos humanos[276] del gobernado acusado de un injusto.

4.3. Extinción de dominio.

Con la reforma se inserto en el párrafo segundo del artículo 22 Constitucional, la nueva figura jurídica de extinción de dominio, que deviene en ser un flagrante atentado contra la propiedad de los gobernados sujetos a proceso penal, la cual será sancionada por una autoridad jurisdiccional distinta a la penal, aún sin existir sentencia penal condenatoria, con lo que el Estado podrá requisar, adjudicarse y disponer de los bienes de éstos.

El párrafo segundo del artículo 22 de la Carta Fundamental, con la reforma quedo de la manera siguiente:

Texto antes de la reforma de junio de 2008	Texto vigente después de junio de 2008
Artículo 22... No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento	**Artículo 22**...No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que

[276] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su numeral 14.1. b establece: A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; el artículo 8.2.d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula: derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o de comunicarse libre y privadamente con su defensor; los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados (documento de la ONU adoptado por nuestro país el 7 de septiembre de 1990), en sus puntos 5 y 6 disponen: **5.** Los gobiernos velarán porque la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito, o arrestadas, o detenidas, de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección. **6.** Todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se le asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios

ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.	causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de **extinción de dominio** se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas: I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal; II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes: **a) Aquellos que sean instrumento objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.** b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior. c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo. d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño. II. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

El Dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados del 10 de diciembre de 2007[277], observa con relación a la figura de extinción de dominio, lo siguiente:

> "...tiene como objetivo el enfrentar a la delincuencia de manera sistémica, afectando directamente a la economía del crimen, aumentando sus costos y reduciendo sus ganancias, así como el ataque frontal a los factores que causan, asocian, propician o promueven el comportamiento delictivo...con la finalidad de encontrar una herramienta eficaz que coadyuve a desmembrar las organizaciones delictivas y limitar sus efectos nocivos, impedir que se reproduzcan, pero principalmente decomisar sus activos..."

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM define:

> Dominio, *v.* PROPIEDAD. [278]
>
> Propiedad. I. (Del latín *proprietas.atis.)* Dominio que se ejerce sobre la cosa poseída. Cosa que es objeto de dominio.

Según Rojina Villegas, la propiedad es "el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto". A su vez, nuestro Código Civil define el instituto en términos de su principal característica: "el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes"[279]

El Diccionario de la Real Academia Española precisa:

> Dominio. (Del lat. *dominĭum*). m. Poder que alguien tiene de usar y disponer de lo suyo
> Extinción. (Del lat. *exstinctĭo, -ōnis*). f. Acción y efecto de extinguir o extinguirse.
> Extinguir. (Del lat. *exstinguĕre*). Hacer que cesen o se acaben del todo ciertas cosas que desaparecen gradualmente. .[280]

Con base a los anteriores conceptos podemos definir la extinción de dominio como la acción y efecto de hacer que cese o se acabe el poder que alguien tiene de usar y disponer de su propiedad.

---

[277] Óp. cit. http://gaceta.diputados.gob.mx.
[278] *DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS*. UNAM. México, 1982. Tomo III. p. 349.
[279] Ibídem. Tomo VII. p.272.
[280] Microsoft Encarta 2009.1993-2008. Microsoft Corporation.

Es de observarse que el dictamen de los diputados reconoce que la extinción de domino es un decomiso, y éste es una pena[281] como consecuencia de la comisión de un delito. La reforma prescribe que *"Procederá...aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal"*; por lo que la pregunta nace ¿si no se ha determinado responsabilidad penal alguna por la imputación de un injusto, por medio de sentencia firme dictada por un tribunal competente, la extinción de dominio es legítima? Una sentencia que determine una pena requiere necesariamente como condición previa la declaratoria de un tribunal competente sobre la existencia de un delito y la irrefutable responsabilidad de un gobernado en la comisión de éste. Aunado a que el decomiso (de instrumentos, objetos y productos del delito) es una pena, prevista en el artículo 24 del Código Penal Federal,[282] y que las penas se aplican únicamente a los sentenciados, nunca a los indiciados, inculpados o acusados, aunque se trate de delincuencia organizada.

La fracción I del segundo párrafo del numeral analizado establece que el procedimiento para llevar a cabo la extinción de dominio *"Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal"*. No establece la materia distinta de la penal a la que pertenecerá el órgano jurisdiccional encargado de resolver dicha extinción, y desde que momento procesal tendrá competencia para llevar a cabo que ¿un juicio? ¿una simple dictaminación? En mi concepto, la extinción de dominio no puede ser autónoma de la materia penal, pues es en ésta donde se deberá establecer si el gobernado incurrió en una conducta tachada de ilícita por el Código Sustantivo, y es plenamente responsable de ella, lo que en su caso determinaría el decomiso de bienes utilizados en el injusto o adquiridos como consecuencia de éste.

Esta prescripción tal y como se lee en el texto constitucional se traduce en infracción a la garantía de audiencia, dado que ésta consiste fundamentalmente en la oportunidad que se concede al particular de intervenir en un determinado procedimiento judicial o administrativo, para defender, entre otros bienes, la propiedad o posesión, pero como la referida reforma no respeta esa oportunidad, y tampoco establece ante qué autoridad promover defensas, se hace evidente su inconstitucionalidad.

De la lectura del texto se infiere que dicha figura jurídica de extinción de dominio se aplicara tanto al procesado como a terceros (inciso c)).

---

[281] Pena. I. Del latín *poena,* castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta. *DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. óp. cit.* Tomo VII. p.76.

[282] *Artículo 24.*- Las penas y medidas de seguridad son: 8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito. 18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Esta figura jurídica no tiene cabida en un Capitulo Constitucional denominado "*De las garantías individuales*", simplemente porque no es una garantía para el gobernado, es una sanción ilegal e ilegitima, traducida en un abuso del Estado, al decomisar bienes a un gobernado sin tomar en cuenta lo ordenado por la misma Ley Fundamental, en su artículo 14 párrafos segundo y tercero, respecto a la garantía de audiencia y exacta aplicación de la ley penal; ya que se señala en la fracción II inciso a), que serán decomisados los bienes de éste, *"aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal"*, es decir, aún sin existir sentencia penal condenatoria; aunado a que dicha sanción se establece y aplica actualmente desde la etapa de averiguación previa, con lo que se afectan derechos fundamentales como el de presunción de inocencia y de garantía de audiencia, generándose un retroceso al principio de progresividad de la Constitución Federal.

La Ley de Amparo, establece al respecto en su artículo 160 fracción IX:

> Artículo 160. En los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:
> IX. Cuando no se celebre la audiencia pública a que se refiere el artículo 20, fracción VI, de la Constitución Federal, en que deba ser oído en defensa, para que se le juzgue;

¿Será legitima "la medida constitucional" (no garantía) de decomisar bienes lícitos que la autoridad "investigadora" determine unilateralmente (porque no se ha juzgado todavía el supuesto), que se hayan utilizado para "mezclar" los de procedencia ilícita, implicando esto afectación sobre patrimonios completos de personas que incluyan patrimonio de familia afectados por alimentos o sueldos de trabajadores? (ver artículo 12, puntos 3, 4 y 5 de la Convención de Palermo)

La fracción III de este numeral a estudio postula que *"Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe"*; pero no considera el problema que se presenta al no plantear la reforma un límite temporal para interponer dichos recursos que podrían dar como resultado que se ordenara la devolución de los bienes decomisados. Es de recordar que el Amparo Directo en procedimientos penales no tiene término de interposición, así como no lo tienen el reconocimiento de inocencia, ni las leyes de amnistía, ni el procedimiento de indulto; así que al proceder éstos en cualquier tiempo, la declaratoria de extinción de dominio deberá revertirse igualmente en estos casos, por lo ¿qué pasaría si el Estado ya dispuso sobre tales bienes?, (ejemplo, caso del empresario chino Zhenli Ye

Gon); estas determinaciones vulneran el principio de justicia y seguridad jurídica de los gobernados.

Resulta contradictorio el criterio usado por los legisladores, ya que si bien es cierto que nuestro país firmo la Convención de Palermo, en la cual se contempla la extinción de dominio (aparece en su artículo 12 como decomiso e incautación)[283], ciñéndose a ésta, también es cierto que previamente había suscrito el Pacto Internacional de Derechos

[283]CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS (Convención de Palermo). ***Artículo 12. Decomiso e incautación***. 1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: *a)* Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; *b)* De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención. 2. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso. 3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo. 4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado. 5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito. 6. Para los fines del presente artículo y del artículo 13 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario. 7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas. 8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. 9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste. ***Artículo 13. Cooperación internacional para fines de decomiso.*** 1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención que se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno: *a)* Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o *b)* Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido. 2. A raíz de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención, el Estado Parte requerido adoptará medidas encaminadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención con miras a su eventual decomiso, que habrá de ordenar el Estado Parte requirente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado Parte requerido.

Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos[284] los cuales se encuentran en antinomia con la primera, y no obstante el contraste y evidente retroceso a los derechos humanos, dichos congresistas le dieron supremacía constitucional a esta regresión llamada extinción de dominio, creando en consecuencia un derecho de excepción.

Al constituir este derecho de excepción, los legisladores olvidan de manera riesgosa el pensamiento de Locke, el cual estableció que el Estado no existe para la salvación espiritual de los seres humanos sino para servir a los ciudadanos y garantizar sus vidas, su libertad y sus propiedades bajo una Constitución, y si éste rompe el pacto establecido atentando injustamente contra los mencionados bienes, puede ocasionar que los gobernados cambien el orden político por un medio violento, como una revolución, determinando que ésta no sólo es un derecho, sino, a menudo, una obligación.[285]

En este contexto, la Corte ha establecido al respecto los siguientes criterios jurisprudenciales:

> **POSESION, DEBE RESPETARSE LA GARANTIA DE AUDIENCIA ANTES DE PRIVARSE DE LA MISMA.** Si está probado que el quejoso tiene la posesión del inmueble cuestionado, y si no existe resolución que funde y motive la causa legal del procedimiento en el cual haya sido oído y vencido, la orden para privarlo de la posesión es ilegal, pues en todo caso debe respetarse la garantía de audiencia prevista por el artículo 14 constitucional.[286]
>
> **GARANTIA DE AUDIENCIA.** No es suficiente que el acto de autoridad esté fundado en ley, para dejar satisfecha la garantía de audiencia que consigna el artículo 14 de la Ley Fundamental, sino que toda autoridad está obligada a oír previamente en

---

[284] **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS ARTÍCULO 9.1.** Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. **ARTÍCULO 14.1.** Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. **2.** Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO 7.1.** Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. **ARTÍCULO 8.1.** 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 otro carácter. **2.** Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

[285] "Liberalismo." Microsoft Student 2009. Microsoft Corporation, 2008.

[286] Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, 8a. Época. Tomo: XIV, Julio de 1994, p. 713.

defensa en todo procedimiento al interesado, para el efecto de que esté en condiciones de exponer sus defensas.[287]

[287] Semanario Judicial de la Federación, Segunda Sala, 6a. Época. Tomo: Tercera Parte, LXVII, p. 18.

CAPÍTULO V
ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES REFORMADOS EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

5.1. Concepto de Etapa de Ejecución de Sentencia.

Con la sentencia ejecutoriada, el acusado asume el carácter de sentenciado, y se inicia la Etapa de Ejecución de Sentencia; y si esta sentencia es de una pena privativa de la libertad, se da comienzo al proceso de ejecución de este tipo de penas, el cual, con las reformas a la Constitución, fue modificado en dos artículos: el 18 y el 21 párrafo tercero de la Constitución de la República.

En este capítulo se analizara y valorara el contenido de las reformas a los numerales antes mencionados, observándose que algunas sólo cambiaron de denominación, otras sufrieron cambios de fondo, como la introducción de la figura del Juez de Ejecución de Sanciones Penales, él cual no sólo limitara su actuación a la vigilancia del tratamiento penitenciario de los internos, sino que tendrá facultades para modificar las penas cuando la ley sea modificada y ésta resulte más favorable al sentenciado; además de otorgar los beneficios de la libertad preliberacional cuando el sentenciado cumpla con los extremos que la ley marca para ello.

5.2. Artículo 18 Constitucional.

Este numeral con la reforma, sufrió importantes modificaciones de fondo, así como algunas sólo de denominación, quedando como sigue:

Texto antes de la reforma de junio de 2008	Texto vigente después de junio de 2008
Artículo 18. Sólo por delito que merezca **pena corporal** habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. **Los Gobiernos de la Federación y de los Estados** organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación **como medios para la readaptación social del delincuente.** Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los	**Artículo 18.** Sólo por delito que merezca **pena privativa de libertad** habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. **El sistema penitenciario** se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, **la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado** a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los

destinados a los hombres para tal efecto. Los Gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.	hombres para tal efecto. La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.
La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos.	La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos.
Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social. La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para	Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social. La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes.

adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente. Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves. Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera	Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente. Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves. Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los

sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto.	Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. El traslado de los reclusos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.
Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos Tratados. El traslado de los reos sólo podrán (sic) efectuarse con su consentimiento expreso. Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.	Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.
	Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

La prisión como pena no siempre ha existido en la historia del hombre. Su introducción generalizada sirvió para remplazar penas que ahora se consideran "crueles e inusitadas". Con el paso del tiempo, la prisión añadió a sus justificaciones otras finalidades,

elaboradas y desarrolladas por el espíritu de cada época, como la prevención del delito y la resocialización del delincuente en condiciones humanas y dignas.[288] Sin embargo, las contradicciones mismas de la idea de prisión y el terrible panorama que se presenta en la realidad carcelaria apenas podrían llevar a otra consecuencia que a su abolición. No obstante el diagnóstico claramente desfavorable, la prisión persiste, correspondiendo a juristas y legisladores buscar limites a su utilización, tales como las llamadas penas alternativas o sustitutivas de la prisión. La pena de prisión es en mucho injusta, la sociedad debe plantearse abierta y descarnadamente el grado o nivel de uso del encarcelamiento que en ella habrá de aplicarse y, en consecuencia, debe aceptar pagar el costo de tal decisión.

El numeral 25 del Código Penal Federal establece el concepto de prisión:

> Artículo 25. La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva.

---

[288]Según Bergman, la función y objetivos que cualquier institución penitenciaria puede tener son: 1) Un **instrumento de disuasión** externa para aquellos que consideran cometer delitos. Para ello quien viola la ley debe tener una sensación subjetiva por la cual es medianamente probable que sea aprehendido y encarcelado. En el caso mexicano la gran mayoría considera que es improbable ser detectado en un ilícito, por lo tanto el efecto disuasorio es limitado. 2) Puede ser un **instrumento de contención** y reducción de delitos. Si un homicida serial esta tras las rejas seguramente la sociedad se "ahorrara" un numero de homicidios adicionales. En este caso es menester encarcelar al mayor número de delincuentes que cometen numerosos y costosos delitos. Nuevamente, de acuerdo a esta muestra, las cárceles concentran más de un 50% de presos por delitos menores y muy probablemente la inmensa mayoría de los delincuentes peligrosos permanecen libres. 3) Puede ser un **instrumento de castigo o retribución**. En este caso las cárceles se utilizan como instrumento de castigo simplemente para penalizar a quien comete ciertas violaciones a la convivencia. Si bien su alcance es limitado, los resultados de esta encuesta parecen apoyar moderadamente este objetivo. Sin embargo, para ser efectivo, el numero de castigos parece ser limitado y sesgado hacia los sectores mas marginales de la sociedad. Es decir, son raros los castigos a los delincuentes con poder. 4) Puede ser un **instrumento de rehabilitación**. La institución carcelaria se convierte en un vehículo de rehabilitación y reinserción social para quienes la sociedad fallo en proporcionar los medios adecuados para una exitosa participación social. A pesar de ser este el mandato de la constitución mexicana, claramente la encuesta nos demuestra un total fracaso de este objetivo. En resumen, de los cuatro mayores objetivos sociales de la institución carcelaria, en México solo el efecto castigo (ojo por ojo) parece cumplir, y aún en forma muy limitada y sesgada hacia los sectores más desprotegidos de la sociedad. El abandono de los otros tres objetivos debe prender focos rojos en la sociedad y autoridades si es que se desea trascender el único aspecto vengativo de la institución que parece cumplir. Fuente: SSP. Bergman, Marcelo. *Cárceles en México: Un Estado de Situación. Informe presentado para el proyecto: PRISONS IN CRISIS: Understanding Latin America's Most Explosive Problem Submitted by the Law, Jurisprudence, and Society Section of LASA.* CIDE, México. p. 14.

La privación de libertad preventiva se computará para el cumplimiento de la pena impuesta así como de las que pudieran imponerse en otras causas, aunque hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión. En este caso, las penas se compurgarán en forma simultánea.

5.2.1 Artículo 18 Constitucional párrafo primero.

En el primer párrafo del numeral a estudio, nuestros legisladores no realizaron cambios de fondo, únicamente hicieron el cambio de denominación de *pena corporal,* a *pena privativa de la libertad,* con el argumento de que la primera incluía la pena de muerte erradicada ya de nuestra legislación. También se continúa prescribiendo la prisión preventiva para aquellos delitos que ameriten pena privativa de libertad, en contradicción con el artículo 19 segundo párrafo del mismo ordenamiento, el cual deja al arbitrio del Juez, que la determine, y a petición del Ministerio Público.

De facto, en este párrafo se conceptualiza a la prisión preventiva como una medida cautelar que tiene por objeto asegurar que el acusado o procesado no se sustraiga a la acción de la justicia. Por lo tanto, dicha medida cautelar no puede pretender ser justa ni ética. Simplemente, los legisladores y juristas en general la han considerado como un mal necesario, que está discurriendo sobre la posibilidad de mantener encarcelado a un inocente o a un individuo que será en definitiva condenado a una pena corporal, o a una pena no corporal inferior al tiempo que cumplió en prisión preventiva.

El "mal necesario" de la prisión preventiva se convierte en un mal completamente innecesario e injusto cuando ella se aplica en forma infundada y masiva, como sucede en nuestro país, llegando a ser la principal forma de la privación de libertad de una persona: existe un porcentaje de casi 42% de los presos procesados y de casi 58% de los que ya cumplen una pena, esto es que la prisión ya no es primordialmente una pena sino una medida de seguridad,[289] un instrumento de prevención social consistente en la privación real de una serie de derechos (la libertad misma) sin previo juzgamiento, sin condena.

Es aberrante, irracional y antijurídico que la Corte sustente, al respecto, el siguiente criterio:

PRISIÓN. LA DECISIÓN DE RECLUIR AL SUJETO EN UN CENTRO DE MÍNIMA,

---

[289]Un estudio del CIDE del año 2004 arroja que la población total de internos en todo el país era de aproximadamente 200,000: **Internos en proceso** del fuero común 66,071. Internos en proceso del fuero federal 15,876, dando un total de**:** 81,947; **Sentenciados** del fuero común: 76,598. Sentenciados del fuero federal: 33,345, dando un total de: 109,943; Total fuero común 142,669, total fuero federal 49,221; **Total** 191,890. Fuente: SSP. Bergman, Marcelo. *Cárceles en México. óp. cit.* p.2.

MEDIA O MÁXIMA SEGURIDAD NO SE DEFINE POR SU CALIDAD DE PROCESADO O SENTENCIADO. El instituto de la prisión, regulado por el artículo 18 de la Carta Fundamental, como medida preventiva (primer párrafo) y como pena (segundo, tercer y quinto párrafos), tiene por objeto crear las condiciones necesarias para que, en el primer caso, se asegure la conclusión del procedimiento penal y la ejecución de la eventual sanción de esa índole, y en el segundo caso, se logre la readaptación social del sentenciado, existiendo para el Estado el mismo interés de que no se frustre la conclusión del procedimiento penal como la ejecución de una pena ya impuesta. Por ende, para alcanzar tales objetivos, de igual jerarquía, es necesario que el estado de cautiverio subsista, de modo que las medidas de seguridad que se adopten con esa finalidad deben ponderar, no la calidad que tengan los sujetos frente al procedimiento penal, o sea, la de sentenciados o procesados, sino las características propias del delito que se les imputa, las que rodearon a su realización, presunta o plenamente demostrada, y las personales que, en suma, revelen el menor o mayor interés por sustraerse a ese estado de cautiverio, lo que se traduce en que tanto procesados como sentenciados podrán ser recluidos en establecimientos de mínima, media y máxima seguridad.[290]

La prisión preventiva no es más que la aplicación inversa del principio de que a toda persona se la presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. Al aplicar ésta, en los hechos se está considerando culpable a un individuo mientras no se demuestre lo contrario. Por eso se le mantiene detenido durante el proceso, "por si acaso" fuera culpable y, además, pretendiera evadirse.

Es innegable que se está violando el principio de inocencia y la garantía de audiencia, porque la prisión preventiva no es una institución procesal, es una institución penal. Pretender que la prisión preventiva es una medida cautelar, es absurdo; si se me encierra por dos años en los que dura el proceso (segundo párrafo fracción IX apartado B del artículo 20 Constitucional reformado), eso, en términos de libertad, no me lo puede reparar nadie si la medida cautelar que se me aplica no resulta justificada, al declararme inocente en el proceso. Por lo tanto, asimilar la prisión preventiva a una medida cautelar no puede ser válido. La prisión preventiva es abrumadora, deshonrosa y desmoralizadora y constituye una privación ilegal e inconstitucional de la libertad y por ende violenta derechos humanos[291].

---

[290]Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Primera Sala. Tesis: 1a. XXIV/99. Tomo: X, Septiembre de 1999. Página 90. Véase también la tesis 1ª. XXV/99, en la misma publicación, t. X, septiembre de 1999, p. 91.

[291]**PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. ARTÍCULO 9.1.** Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión

Por otra parte, el carácter de pena de la prisión preventiva es reconocido por el propio derecho penal, cuando en caso de condena computa el tiempo de reclusión preventiva como parte del cumplimiento de la pena[292]. Así que se trata de una pena que se aplica, por las dudas, al sujeto; es una pena que se anticipa a la pena misma, implica purgar una pena de privación de libertad antes de que judicialmente se concluya si tal pena procede o no. El procesado, por principio, no puede estar en peor situación que el sentenciado; en consecuencia, no se le puede negar la alternatividad a la pena que se le está haciendo sufrir.

Mantener a una persona en prisión preventiva (encarcelamiento ilegitimo que vulnera el principio de presunción de inocencia y la garantía de audiencia), o imponerle sanciones de prisión de corta duración, en nada contribuye a su reintegración social ni a garantizar la seguridad pública. Por el contrario, este encarcelamiento favorecerá actitudes y aprendizajes para cometer nuevos hechos delictivos. Esto es tanto más cierto cuando la persona ha sido objeto de procedimientos ilegales y arbitrarios, que la volverán más agresiva y más desconfiada de las instituciones; incidiendo en generar un agravio social y también mayor delincuencia.

5.2.2 Artículo 18 Constitucional párrafo segundo.

Aun cuando en la reforma se omite inscribir en el texto constitucional el término anterior: *"Los Gobiernos de la Federación y de los Estados";* es innegable que éstos son los que están obligados a organizar el sistema penitenciario. No se trata de una potestad, sino de un imperativo que debe traducirse en la elaboración de disposiciones federales y locales que prevean las condiciones en que las personas privadas de la libertad deberán purgar sus condenas. El precepto demanda que el fin de las penitenciarías no sea tener castigados y hacinados a quienes las ocupen,[293] sino suministrarles las condiciones necesarias para que puedan lograr su *"reinserción a la sociedad"*

---

arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO 7. 1.** Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. **2.** Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. **3.** Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

[292]En el último párrafo de la fracción IX del apartado B del Artículo 20 Constitucional reformado se establece: *En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.*

[293]*"El polémico documental* ***Presunto Culpable*** *ha sorprendido a los ciudadanos al mostrar fallas del sistema de justicia del D.F., pero también ha causado sorpresa ¡entre las propias autoridades! Hace unos días* ***Celina Oseguera,*** *subsecretaria del Sistema Penitenciario acudió con parte de su gente a ver la película. Cuentan que la funcionaria llego muy feliz al cine, pero salió muy deprimida pues ¡agárrense!, se sorprendió de las condiciones en que viven los reclusos. Y eso que ella es la responsable de esa área en el*

La reforma analizada cambia el vocablo *sistema penal* por el de *sistema penitenciario*. En este sentido actualmente sería más preciso hablar de sistema de control. En la dogmática del derecho penal se justifica el castigo en cuanto a que es una pena aplicada por un suceso que ocasiono un daño o es peligroso. Este es un discurso que no se corresponde con la realidad del suministro del castigo. Frente a tal realidad, la pena es injustificable desde un discurso que pretenda adjudicarle otros fines diferentes a los eminentemente segregativos de poblaciones en riesgo: función política de control y custodia. Las sociedades disciplinadas han cedido su lugar a las de control.

La sociedad y los modos de producción han cambiado, y junto con ello la función de las instituciones punitivas del Estado, fieles seguidoras de estos cambios y destinadas a la conservación de su orden. Si éste último no es factible mantenerlo por las buenas, es decir, por las estrategias de control informal, suave, en lugares abiertos o semi cerrados, será por las malas. Cuando falla el control suave se activan los mecanismos duros, los formales y violentos del Estado. Así es más apropiado, entonces, referirse ahora a un sistema de control. Ya no es dable referirse a una pena como castigo, sino más bien a una medida de seguridad o un dispositivo de control violento, donde ya no interesa otra cosa más que la manejabilidad y la custodia de grupos peligrosos dentro de prisiones. La esencia del sistema punitivo es la de segregar estos grupos, es un sistema que sirve a los fines del derecho de excepción.

Los medios o elementos de los que se había valido el sistema penitenciario para alcanzar los fines establecidos por el mandato constitucional en comento, eran, hasta antes de la reforma *"sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación"*, que implican verdaderos derechos del sentenciado, concurrentes en el derecho a la readaptación social. La reforma a estudio añadió otros requisitos: *"la salud y el deporte"*.

El requisito de *"salud"*, abre la puerta al examen del tratamiento médico que se proporcionara al sentenciado; y de la lectura del dictamen de los diputados se infiere que también se deben rescatar otros derechos fundamentales del recluso que no se hallen suspendidos o excluidos por la pena privativa de la libertad:

> "...Las prisiones son vistas como un gasto que siempre sería deseable poder economizar. Esta posición ha provocado que las prisiones se conviertan en lugares donde sistemáticamente se violan los derechos humanos de los reclusos. A pesar de que por mandato constitucional se precisa que los reclusos tienen derecho a la

---

Gobierno. ¿A poco la gente que trabaja en los reclusorios maquilla la realidad y limpia "por donde ve la Oseguera" cada vez que la jefa hace recorridos. Periódico *"El Metro"*. Lunes 7 de marzo de 2011. p.25.

> educación, al trabajo y a la capacitación para el mismo, en las prisiones no existen las condiciones necesarias para que los reclusos ejerzan ninguno de esos derechos. Los internos de nuestras prisiones tampoco tienen acceso al derecho de la salud. La precariedad económica existente en los servicios médicos provoca que, en ocasiones, los médicos no puedan siquiera atender lo elemental. Por lo anterior, se considera un acierto incluir el derecho a la salud de las personas privadas de su libertad, pues ello provocará que cada vez se respeten los derechos humanos de los reclusos en mayor medida."[294]

En este tenor, la consideración de la *"salud"* como elemento o requisito para la reinserción, al igual que *el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación,* plantea cuestiones delicadas, ya ésta no estará supeditada al querer y hacer del sentenciado, sino definitivamente a la medida de la injerencia medica de la institución donde se encuentre recluido.

La problemática de nuestro sistema penitenciario es tan grave que está lejos de solucionarse con buenas intenciones expresadas en simples cambios de semántica y de introducción al texto constitucional de términos como *"salud y deporte"*; reclusorios en pésimas condiciones, con sobrepoblación, sin un querer y hacer (negligencia), de parte de las autoridades penitenciarias, lo que sumado, nulifica la posibilidad de generar los espacios y las condiciones para cumplir con el mandato constitucional del artículo 18, "la readaptación social" (con la reforma *reinserción social*), la cual parece convertirse en un mito inalcanzable, y las cárceles (que eso es lo que son), en centros no de readaptación, sino de especialización, ya que los verdaderos delincuentes (en las cárceles ni están todos los que son, ni son todos los que están), adquieren en ellas mayores habilidades para delinquir, y los internos se contaminan delictivamente de manera continua, lo que se convierte en un riesgo tanto para el gobernado que se encuentra en este supuesto como para la sociedad a la que pertenece.

Un ejemplo de esto son los reclusorios del D.F., y los CEFERESOS, en donde se encuentran mezclados procesados y sentenciados, aún cuando lo prohíbe el primer párrafo del numeral en comento; en ellos el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, son prácticamente inexistentes, lo que es un hecho de todos conocido, tan es así, que algunos investigadores jurídicos como Víctor M. Martínez Bulle Gayri[295], opinan al respecto, de una manera sarcástica que:

---

[294] Óp. cit. http://gaceta.diputados.gob.mx.

[295] Martínez Bulle Gayri, Víctor M. *Los Derechos Humanos en el México del Siglo XXI.* México. 1998. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 64.

...si en los reclusorios se proporcionara una adecuada alimentación, posibilidades de trabajo, educación, espacios deportivos, habitaciones adecuadas, servicio medico, además de buen trato, uno no puede menos que pensar que si los reclusorios garantizaran eso, habría inmensas colas para solicitar el ingreso, pues no podemos olvidar que vivimos en un país con más de treinta millones de pobres.

Resulta inconcebible que la Corte avale la violación flagrante al primer párrafo del artículo 18 Constitucional, olvidando la supremacía constitucional dándole más valor jerárquico a un reglamento que a nuestra Carta Fundamental, al expresar el siguiente criterio:

PRISIÓN PREVENTIVA. EL REGLAMENTO DE LOS CENTROS FEDERALES DE READAPTACIÓN SOCIAL NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL POR PERMITIR LA INTERNACIÓN DE PROCESADOS EN ESOS ESTABLECIMIENTOS. Una interpretación armónica y sistemática de los artículos 3o., 11, 12 y 13 del Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social obliga a concluir que los derechos fundamentales que asisten a los procesados en prisión, consagrados por el artículo 18 de la Constitución Federal, se respetan a plenitud, pues por lo que hace a la garantía de reclusión de los encausados en lugares distintos y completamente separados de los destinados a los sentenciados, el artículo 13, primer párrafo, consigna como regla general, la prohibición de áreas o estancias de distinción o privilegio en los Centros Federales de Readaptación Social, y establece, a manera de excepción, en el último párrafo, que no queda comprendido en esa prohibición el establecimiento de áreas completamente separadas para la reclusión de los procesados, lo que significa que prevé la existencia de esos espacios para albergar a quienes aún se encuentran sujetos a la causa penal. Y en lo que concierne a la diversa garantía de no someter a los encausados a los tratamientos de trabajo y educación así como a todo aquel encaminado a lograr la readaptación social de los reos, el ordinal 11 preceptúa que las disposiciones del reglamento en análisis y de los manuales que se expidan al efecto también regularán la vida de los reclusos sujetos a prisión preventiva, pero sólo "... en lo que resulte aplicable ..."; es decir, como manda la observancia del reglamento por los encausados sólo en la parte en lo que les resulte aplicable, por disposición de ese propio numeral no lo será en la parte referente a los programas diseñados para la readaptación social, por ser propios de quienes tienen la diversa calidad de delincuentes.[296]

[296] Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Primera Sala. Tesis: 1a. XXIII/99. Tomo: X, Septiembre de 1999. p. 92.

Dadas las precarias e inhumanas condiciones en que se encuentran los internos en las cárceles de nuestro país, éstos, en teoría, podrían y tendrían el derecho de exigir el cumplimiento de las disposiciones constitucionales a las autoridades penitenciarias correspondientes e incluso acudir al Juicio de Garantías demandando los servicios de otorgamiento de empleo, de capacitación, educación, salud, una alimentación balanceada, deporte, espacios no sobrepoblados,[297] etc.; en la praxis, una utopía, aún cuando el ministro de la SCJN, Mariano Azuela expreso:

> Puede plantearse la inconstitucionalidad de todas las normas que existen en la legislación penal que de algún modo resultan incompatibles con el principio de readaptación del delincuente...si un recluso pidiera amparo en contra de la autoridad encargada del control de la prisión, porque no establece el sistema de trabajo y de educación, seguramente prosperaría...[298]

El aserto de la imposibilidad de la readaptación social lo concluyen los diputados en su dictamen:

> Por otro lado se estima que "readaptación social" es inadecuado (sic) para nombrar al momento en que los sentenciados terminan sus condenas y se insertan nuevamente en su entorno social. **Si tomamos como referente la esencia misma de la prisión, como una institución total y excluyente, inferiremos que no es posible que los sentenciados logren durante su estancia en ella una readaptación social. Una institución cuya característica principal es la exclusión no puede incluir o readaptar a nadie a la sociedad**. Por lo anterior, se apoya que se cambie el termino" readaptación social" por el de "reinserción social" y que se tenga como un nuevo objetivo el procurar que los reclusos no vuelvan a delinquir.[299]

Los diputados están declarando expresamente (y de forma contradictoria con el fin progresivo, garantista y humano del fin de la prisión) en su dictamen la falsedad de la pretendida resocialización dentro del espacio de la cárcel (es decir, el fracaso del poder disciplinar de la prisión), y desnudan la real misión del sistema penal, salvaje e inhumana: el control de los riesgos sociales, cuyos destinatarios serán los individuos que ellos

---

[297] *"Sobrepoblación e inseguridad. Sobrepoblados, inseguros y con altos niveles de riesgo, con condiciones de reclusión dispares, sin programas de readaptación social y sin criterios homogéneos de administración, las 429 cárceles que albergan en el país 226 mil 976 internos, son una grave carga fiscal para el erario público y fomentan la violación a los derechos humanos.* Periódico "El Universal". 10 de julio de 2010. p. A12.

[298] Avilés, Carlos. *Alertan sobre impugnación contra sistema penitenciario.* El Universal. Miércoles 14 de abril de 2004

[299] Óp. cit. http://gaceta.diputados.gob.mx.

consideran no integrables, ingobernables, peligrosos, es decir aquella población que no puede ser transformada sino solamente custodiada, bajo un control continuo o ilimitado. Una realidad que no se puede eludir bajo pena de ingenuidad. La prisión es un espacio de alta seguridad, hacia donde se expulsan "sujetos peligrosos" que han quebrantado el orden y la tranquilidad social, o que poseen las características para hacerlo en algún futuro. En este sentido, la prisión no es más que un reducto adonde se segrega a los peligrosos, cuya característica los designa "enemigos" y que no son, de ningún modo "readaptables".

Al respecto es válido citar a Nietzsche:

> "Lo que menos importa aquí es el daño inmediato que el damnificado ha causado... el delincuente es ante todo... alguien que ha quebrantado, frente a la totalidad, el contrato, la palabra con respecto a todos los bienes y comodidades de la vida común... La cólera... de la comunidad, le devuelve al estado salvaje y sin ley, del que hasta ahora estaba protegido: lo expulsa [descargándoles] sobre él toda suerte de hostilidad [y crueldad]. La 'pena' es, en este nivel de las costumbres, sencillamente la copia, el mimus [reproducción] del comportamiento normal frente al enemigo odiado, desarmado, sojuzgado, el cual ha perdido... todo derecho y protección". [300]

Como se observa, el cambio de término *reinserción* por el de *readaptación social,* anterior a la reforma, es un vocablo que claudica y a la vez justifica; la última no es una expresión que caracterice el momento mismo en que concluye la ejecución de la condena, sino que se aplica en la praxis a toda la etapa que corre desde el internamiento del gobernado en el reclusorio, la emisión de la sentencia y el cumplimiento de la condena; la primera el dictamen la establece: "para nombrar al momento en que los sentenciados terminan sus condenas y se insertan nuevamente en su entorno social"; de lo que resulta indiscutible concluir que los diputados ya se vencieron, borrando de un plumazo las garantías y derechos humanos de los penados[301].

---

[300] NIETZSCHE, Friedrich. *La genealogía de la moral. Un escrito polémico*, Alianza, Madrid, 2001. p. 93.

[301] Los legisladores omitieron considerar lo preceptuado por el artículo 133 de la Carta Magna: *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;* lo preceptuado por el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*; el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*; el Art. 25, párrafo 3ro. in fine de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del

Y las preguntas surgen: ¿cómo privar de la libertad para enseñar a vivir en ella? ¿cómo se puede aprender a vivir en libertad donde no hay libertad? Al fin y al cabo, educar para la libertad en condiciones de no-libertad es no sólo de difícil realización sino pareciera constituir también una utopía irrealizable.

Es innegable que la prisión es una institución total y excluyente, por lo que podría inferirse la imposibilidad de que los sentenciados logren, durante su estancia en ella, una readaptación social; aquí es dable considerar que hay internos que nunca se desadaptaron, que incluso la comisión de una conducta que la ley prescribe como antijurídica no implica necesariamente una desadaptación social. Es cierto, en nuestro sistema donde la corrupción y la ineficiencia incide en la forma en cómo se administran los centros penitenciarios, la readaptación o la no desadaptación es inminentemente personal, y sólo de esta forma se logra; el interno que quiere lograr esto se vale incluso de sus propios medios, con apoyo de familiares, amigos y de otras formas[302] para no contaminarse en el medio nocivo que es la prisión y de su influencia criminógena que vive día a día, y para cumplir, de algún modo, de manera personal, con el mandato constitucional, en aras de obtener beneficios que le permitan reintegrarse a la sociedad, y poder ver por si mismo y por su familia.[303]

La política criminal del Estado es clara: aplicar un derecho de exclusión reprimiendo y controlando riesgos sociales, conteniendo, encarcelando permanentemente a los individuos que considera no integrables, readaptables, ingobernables, peligrosos, que han quebrantado el orden y la tranquilidad social, o que poseen las características para hacerlo en algún futuro, es decir aquella población que no puede ser transformada sino solamente custodiada, bajo un control continuo o ilimitado, privando a este enemigo de todo derecho y protección.[304]

Hombre: *Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad;* y por las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (puntos 56 a 66).

[302]Como el cambio propiciado por el PESCER de la UACM, que cambia radicalmente el concepto de la cárcel de "Universidad del crimen", por el de creación de espacios de conocimiento legal, social, cultural y humano.

[303] *"Cursan la carrera tras las rejas. Entregan a reclusos titulo de licenciados. Ayer, durante una ceremonia a la que acudieron autoridades penitenciarias, 10 internos de la Penitenciaria, tres del penal femenil de Tepepan y tres mujeres que recientemente salieron de prisión, recibieron un diploma por haber concluido la licenciatura impartida por la Universidad Autónoma de la Ciudad de México.* Periódico "El Metro". 10 de julio de 2010. p. 13.

[304] *"La ineficacia de las instituciones de seguridad pública y de procuración de justicia y su funcionamiento paralegal cumplen una función, aunque no necesariamente planificada de modo estratégico. Esto es, sirven para garantizar la propia hegemonía institucional, puesto que se aplica una violencia, arbitraria y selectiva, sobre ciertas clases sociales, para criminalizarlas y mantenerlas sometidas y, al mismo tiempo, sirven para ejercer el poder que tienen para definir una "delincuencia" que, a su vez, legitime la propia existencia del aparato punitivo y del Estado en General.* Ronquillo, Víctor *Cárceles, tierra de nadie.* Revista Código Topo de Excélsior. No. 22. 5 de julio de 2010. p. 10.

Esto es irrefutable al leer en la reforma *"procurar que no vuelva a delinquir"*. ¿Qué significa esto? Única y sencillamente la aplicación de la prevención especial dirigida al individuo que violó la ley, teniendo lugar, básicamente, en la fase ejecutiva del drama penal. Su objetivo es, que el delincuente no reincida, consiguiendo esto con penas inusitadas de 70 años sin derecho a beneficio preliberacional alguno[305], ¿cómo podría reincidir si no tiene posibilidad alguna de salir de la cárcel?[306]; este puro enfoque es utilizado por algunos sectores de la sociedad como fundamento para justificar la pena de muerte, o alguna otra sanción inusitada. En este sentido, los legisladores deberían establecer que las penas que no hagan factible la resocialización de un interno a la sociedad que pertenece, deben desaparecer del catálogo legal, en vez de dictaminar que "no es posible que los sentenciados logren durante su estancia en ella (prisión) una readaptación social".

En un principio la Corte había establecido un criterio jurídico legal y legitimo, acorde al espíritu progresivo de nuestra Constitución de 1917[307] y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, expresado en la siguiente jurisprudencia derivada de una contradicción de tesis:

> **PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL.** Si por pena inusitada, en su acepción constitucional, se entiende aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines punitivos; ha de concluirse que la prisión vitalicia o cadena perpetua es inusitada y, por tanto, prohibida por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que en la legislación mexicana la pena de prisión siempre ha tenido un límite determinado, por estimarse que cuando es de por vida es inhumana, cruel, infamante, excesiva y se aparta de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente. En efecto, la finalidad de la pena ha evolucionado a través del tiempo, pues ésta surgió en principio como una venganza privada en la que el ofendido aplicaba el castigo de acuerdo a la gravedad del daño causado; luego,

---

[305] Artículos 33, 79 párrafo segundo del Código Penal para el D.F.; 42 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el D.F.; 25, 85, 366 fracción III tercer párrafo del Código Penal Federal; 8 fracción V y 16 párrafo tercero de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, 31 y 32 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada para el D.F.; 43 y 44 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

[306] *"Reciben 140 años por plagio. Cuatro hermanos y un cómplice que participaron en dos secuestros, fueron sentenciados a 140 años y 8 meses de prisión por la jueza 47 Penal.* Periódico "Reforma". 16 de mayo de 2010. p. 7.

[307] Art. 22°. **Quedan prohibidas** las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y **cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.**.

como una venganza divina, pues el delito se consideraba como una ofensa a la divinidad; en el derecho griego, además, era intimidatoria; en el derecho romano constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa; en el periodo científico, en Alemania, se estimó que el fin de la pena es una coacción psicológica, de donde surgió la teoría de la prevención general; para la escuela clásica la pena tiende a conservar el orden legal; para los positivistas la finalidad de la pena es un medio de defensa social; para la doctrina absolutista responde a la idea de justicia absoluta, esto es, que el bien merece el bien y que el mal merece el mal; para la doctrina relativa es el instrumento para asegurar la vida en sociedad; y la doctrina ecléctica propone que la pena pública puede tener los fines siguientes: reformar al delincuente, ser ejemplar, intimidatoria, correctiva, eliminatoria y justa. Ahora bien, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 18, segundo párrafo, después de analizar las iniciativas, dictámenes y discusiones de las reformas de que fue objeto, siempre ha sido como finalidad de la pena y garantía del sentenciado la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograr ese fin; en consecuencia, si en la legislación mexicana no se encuentra prevista y sancionada como pena la cadena perpetua o prisión vitalicia, porque contraviene el fin último de la pena, que consiste en readaptar al delincuente para incorporarlo a la sociedad, es evidente que se trata de una pena inusitada, por tanto, es inconstitucional.[308]

Posterior a la postura expresada, la Corte se ha adherido servilmente al derecho de exclusión, establecido en la política criminal del Estado mexicano, instituyendo la siguiente antijurídica, incongruente, aberrante, inhumana e infamante tesis:

PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. La acepción de pena inusitada a que se refiere el precepto constitucional citado se constriñe a tres supuestos: a) Que tenga por objeto causar en el cuerpo del sentenciado un dolor o alteración física; b) Que sea excesiva

[308] Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno. Novena Época. Tesis de Jurisprudencia P. /J. 127/2001.Tomo: XIV, Octubre de 2001. p. 15. Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 127/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno. Nota: En su sesión de 29 de noviembre de 2005, el Tribunal en Pleno determinó modificar la presente tesis, para quedar como aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, febrero de 2006, p. 6, en los términos de la diversa P. /J. 1/2006.

en relación con el delito cometido; que no corresponda a la finalidad que persigue la pena, o que se deje al arbitrio de la autoridad judicial o ejecutora su determinación al no estar prevista en la ley pena alguna exactamente aplicable al delito de que se trate; y, c) Que siendo utilizada en determinado lugar no lo sea ya en otros, por ser rechazada en la generalidad de los sistemas punitivos. En congruencia con lo anterior, se concluye que la pena de prisión vitalicia no se ubica en alguno de los referidos supuestos, ya que si bien inhibe la libertad locomotora del individuo, no tiene por objeto causar en su cuerpo un dolor o alteración física. En cuanto a lo excesivo de una pena, ello se refiere a los casos concretos de punibilidad, en los que existe un parámetro para determinar si para ciertos delitos de igual categoría, el mismo sistema punitivo establece penas diametralmente diferentes, por lo que la pena indicada en lo general no se ubica en tal hipótesis, al no poder existir en abstracto ese parámetro; además, la prisión corresponde a la finalidad de la pena, pues ha sido reconocida como adecuada para el restablecimiento del orden social, sin que la característica de vitalicia la haga perder esa correspondencia, pues dicho aspecto se relaciona con su aplicación, mas no con el tipo de pena de que se trata. Por otra parte, es importante señalar que el hecho de que la prisión vitalicia no tenga como consecuencia que el reo se readapte a la sociedad, dado que éste no volverá a reintegrarse a ella, tampoco determina que sea una pena inusitada, toda vez que el Constituyente no estableció que la de prisión tuviera como única y necesaria consecuencia la readaptación social del sentenciado, ni que ese efecto tendría que alcanzarse con la aplicación de toda pena, pues de haber sido esa su intención lo habría plasmado expresamente.[309]

Ya Beccaria prevenía que la interpretación de las leyes arrastra necesariamente el mal de la inseguridad jurídica para el gobernado:

"Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores...Un desorden que nace de la rigurosa observancia de la letra de una ley penal, no es comparable con los desordenes que nacen de la interpretación. Tal momentáneo inconveniente induce a

[309] Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno. Novena Época. Tesis de Jurisprudencia: P. /J. 1/2006.Tomo: XXIII, Febrero de 2006. Página 6. Solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2005-PL. Presidente Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Sergio A. Valls Hernández, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 29 de noviembre de 2005. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretarios: Rafael Coello Cetina y Alberto Díaz. El Tribunal Pleno, el tres de enero en curso, aprobó, con el número 1/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a tres de enero de dos mil seis. Nota: En su sesión de 29 de noviembre de 2005, el Tribunal en Pleno determinó modificar la tesis P./J. 127/2001, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, octubre de 2001, página 15, para quedar aprobada en los términos de la diversa P./J. 1/2006.

hacer la fácil y necesaria corrección de las palabras de la ley que son la ocasión de la incertidumbre; pero impide, en cambio, la fatal licencia de razonar, que es de donde nacen las arbitrarias y venales controversias. Cuando un código fijo de leyes, que deben observarse a la letra no deja al juez otra incumbencia que la de examinar las acciones de los ciudadanos y juzgarlas conformes o disconformes a la ley escrita; cuando la norma de lo justo o de lo injusto, que debe dirigir las acciones tanto del ciudadano ignorante como del filosofo, no es asunto de controversia, sino de hecho, entonces los súbditos no están sujetos a las pequeñas tiranías de muchos..."[310]

La duración muy prolongada de la pena de cárcel origina la institucionalización de los penados la cual es contraproducente. Como consecuencia de ello, la institución no sólo sirve para deshumanizar al interno, sino que también refuerza los valores negativos, en vez de modificarlos en una dirección positiva. El estigma de la cárcel es imborrable y tiende a retrasar la reintegración del sentenciado en la sociedad, ocasionándole un agravio social; el problema de la prisión es ella misma, la prisión no puede realizar ninguno de los efectos beneficiosos que se esperan de ella, desvanece, en quien la ha experimentado, el temor de la ley y la vergüenza del crimen. Es inútil para la víctima y onerosa para el Estado. Además, podría considerarse que resultara injusta, porque concede gratis, domicilio y alimentación (aunque precaria, deficiente y de ínfima calidad)[311] á los acusados de transgredir la ley, mientras que muchos mexicanos, principalmente en el campo, carecen á menudo de trabajo y alimentación.

El derecho de exclusión se observa también en la negación sistemática del otorgamiento de los *beneficios que para él* (sentenciado) *prevé la ley,* cuando éste cumpla los requisitos constitucionales para tal efecto; baste leer la nota periodística publicada por el periódico "El Grafico", con el título "No respetan la Ley de Sanciones":

---

[310] Beccaria, Cesare. Óp. Cit. p. 13.

[311] En el documental "Presunto Culpable" se expone una estadística proporcionada por el CIDE en la que se advierte que el 78% de los presos son alimentados por su familia. w.w.w.presuntoculpable.org. También en: Ronquillo, Víctor. *Cárceles, tierra de nadie.* Óp. Cit. p.11., se lee: *"Quienes padecen las insuficiencias en los penales, los males en un sistema penitenciario incapaz de rehabilitar a las personas, son los familiares de los internos. Noventa y cinco por ciento de los familiares llevan alimentos a los reclusorios; el 80 por ciento provee de ropa y artículos de higiene a sus internos; más del 70 por ciento les lleva dinero cuando los visita. Los familiares costean las deficiencias en las condiciones de vida de los internos de los penales de la Ciudad de México, lo mismo sucede en otros penales del país. Es un secreto a voces, todos lo saben, las drogas circulan en el interior de los reclusorios y los llamados centros de readaptación social. De acuerdo a los familiares de los internos las controlan verdaderas mafias. Los reclusorios de la Ciudad de México son parte del sistema penitenciario mexicano, in sistema penitenciario en crisis, incapaz de rehabilitar a quien se segrega de la sociedad."*

"El que hace año y medio el jefe de Gobierno capitalino haya "congelado" la ley de Ejecución de Sanciones ha provocado este tipo de aplazamientos ilegales y la consiguiente y cada vez más peligrosa sobrepoblación carcelaria."[312]

Esta política criminal del Estado establece el abismo que hay entre la ley escrita y la praxis, evidenciando que para éste, la cárcel solo sirve como depósito y contención de seres humanos, y lo prescrito en las leyes es letra muerta en papel oficial.

5.2.3 Artículo 18 Constitucional párrafos tercero y octavo.

El análisis de estos dos párrafos se hará conjuntamente ya que se encuentran correlacionados. Las disposiciones contenidas en ambos párrafos están dirigidas a individuos sentenciados por delincuencia organizada o considerados por el Estado como "peligrosos".

Se establece en la reforma un cambio de denominación de "reo" por "sentenciado", porque en su dictamen los diputados consideran que el primer vocablo "es infamante y denigrante", y olvidan que crear un régimen de excepción con las reformas a estudio es más ignominioso, deshonroso, degradante e ilegitimo para la sociedad en su conjunto.

En principio los legisladores no contemplaron en la reforma, el caso en el que un interno no peligroso sea trasladado de una cárcel del interior del país, (a fin de purgar su condena en un centro penitenciario más cercano a su domicilio que les permita estar en contacto con su medio, costumbres y familia), a una institución penitenciaria que se encuentre rebasada con mucho su capacidad, como por ejemplo a la Penitenciaría del D.F. (una verdadera cloaca); en este supuesto se estaría violentando la garantía individual (contemplada antes de la reforma), de purgar la condena en condiciones necesarias que hagan posible su readaptación y posterior reinserción a la sociedad; una cárcel superpoblada no reúne las condiciones mínimas exigidas a un Estado para privar a una persona de libertad y por lo tanto torna ilegitimo el encierro.[313]

Al párrafo octavo en su parte final, se le hizo una adición que se refiere a la prohibición de compurgar la sentencia en los penales más cercanos al domicilio, para la delincuencia organizada y a otros internos que el Estado considere que requieran medidas especiales de seguridad (aún cuando sean de diferente fuero), con lo que otra vez se convierte a

---

[312] Periódico "El Grafico". 12 de septiembre de 2010. p. 8.

[313] *"Los penales, las cárceles, son lugares donde se vive la muerte del hacinamiento, de la condena de sufrir las condiciones más degradantes. En México las cárceles están llenas de pobres y de pobres jóvenes".* . Ronquillo, Víctor *Cárceles, tierra de nadie. óp. cit.* p.10.

nuestro derecho penal en un derecho de excepción para determinados grupos, en un "derecho penal del enemigo" tal y como lo establece Jakobs Günter[314].

El que a los internos procesados y sentenciados se les traslade a centros penitenciarios de alta seguridad lejanos al lugar donde residen implica una privación extra, que conlleva a estos muchos problemas; a los procesados al ser sustraídos de su lugar de residencia, se les constriñe su posibilidad de defensa; ambos se le torna difícil el contacto con su nucleó familiar, con las consecuencias y trastornos que esta situación acarrea, haciendo nugatoria la posibilidad de dotarlos de medios (familia y amistades) que posibiliten su readaptación y posterior reinserción social.[315]

Mucho antes de la reforma nuestro máximo Tribunal había precisado su opinión al respecto:

> **TRASLADO DE REOS, INCONSTITUCIONALIDAD DEL.** El hecho de que la cárcel del lugar donde se cometió el delito que motiva el procesamiento de los quejosos, no preste las seguridades debidas, no basta para que se les traslade a lugar diverso de aquel en que radica el proceso, en violación de las garantías que el artículo 20 de la Constitución Federal consigna en su favor, pues aquella circunstancia sólo aplicaría la obligación para el Gobierno del Estado respectivo, de acondicionar la prisión en salvaguarda de los intereses sociales, pero no sustraer a los procesados del lugar de su residencia, privándolos del derecho de ser careados con los testigos que depongan en su contra y quienes declaran en su presencia, para que puedan hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa, y a ser juzgados por un Juez o jurado, vecinos del lugar y partido en que se cometió el delito, prerrogativas todas éstas de las que se les privaría sin fundamento legal alguno y con notoria violación de sus garantías constitucionales, ya que no es exacto que tales diligencias pueden tener la eficacia que requiere la ley cuando se verifican por exhorto, porque independientemente de la naturaleza excepcional de este procedimiento, el mismo irrogaría a los encausados los perjuicios inherentes a su lentitud, lo que se traduciría en la consiguiente violación de otro género de garantías.[316]

En la actualidad la Corte se ha prestado a establecer un derecho de excepción al establecer al respecto, los siguientes criterios:

---

[314] GÜNTER, Jakobs. óp. cit. p.27.

[315] *"El rol de los familiares es determinante para el bienestar del interno. Las familias asumen con frecuencia, y de diferentes maneras, una parte importante de los costos de reclusión del interno. Esto significa que la institución impone, o admite de facto que se impongan, penas que incluyen a la familia, que trascienden al interno. Además de que esta situación es jurídicamente inadmisible, coloca en una situación de desventaja a aquellos internos que carecen de familia o cuyas familias no están dispuestas o no tienen la posibilidad de asumir dichos costos."* Bergman, Marcelo. *Cárceles en México.* óp. cit. p. 14.

[316] Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala. Quinta Época. Tomo: CI. p. 1462.

PRISIÓN, PENA DE. DELITOS DEL ORDEN FEDERAL. CORRESPONDE AL DIRECTOR GENERAL DE EJECUCIÓN DE SANCIONES DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DESCONCENTRADO PREVENCIÓN Y READAPTACIÓN SOCIAL DE LA SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA FEDERAL DESIGNAR EL LUGAR DONDE SE HABRÁ DE COMPURGAR LA. A la Secretaría de Seguridad Pública Federal, compete entre otras cosas, ejecutar las penas impuestas por delitos del fuero federal y administrar el sistema penitenciario en ese ámbito, sin embargo, es el director general de Ejecución de Sanciones del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social dependiente de dicha secretaría de Estado, a quien compete señalar, previa valoración técnica jurídica de los sentenciados del citado fuero, la institución en que éstos compurgarán la privativa de libertad impuesta, atento a lo dispuesto por el numeral 15, fracción III, del Reglamento del Órgano Administrativo Desconcentrado en cuestión, por lo que, si la autoridad judicial, al emitir la resolución correspondiente, indica que el sentenciado la compurgará en el lugar que para tal efecto determine "el Ejecutivo Federal", tal decisión es incorrecta porque existe disposición expresa respecto de la autoridad competente para ese fin.[317]

PRISIÓN, PENA DE. LA DIRECCIÓN DE EJECUCIÓN DE SANCIONES PENALES DE LA SUBSECRETARÍA DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL, ES LA FACULTADA PARA DESIGNAR LA INSTITUCIÓN EN QUE HABRÁ DE COMPURGARSE. De la lectura del artículo 41 del Reglamento Interior de la Administración Pública, en relación con los diversos 2o., fracciones IV y V, y 28 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales, ambos del Distrito Federal, le compete a la citada dirección designar la institución en que habrá de recluirse al sentenciado para que compurgue la prisión impuesta; por tanto, la determinación de la autoridad judicial responsable respecto a que es la Dirección General de Prevención y Readaptación Social de esa subsecretaría quien decide sobre el particular, así como el cómputo del tiempo en que el acusado permaneció en prisión preventiva se estima incorrecta, ya que el artículo 33 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal establece que la ejecución de la pena restrictiva de libertad se llevará a cabo en los establecimientos del Distrito Federal o del Ejecutivo Federal, conforme a la legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados; por ende, al existir disposición expresa, la autoridad facultada para la designación es la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito

[317] Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis de Jurisprudencia: I.2o.P. J/26. Tomo: XXII, Octubre de 2005. p. 2262.

Federal.[318]

Este "régimen de excepción" que establece un doble régimen penal, violenta las garantías individuales y los derechos humanos de los internos, entrando en contradicción con lo establecido en el primer párrafo del artículo 20 del mismo ordenamiento constitucional respecto del sistema penal acusatorio, el cual la reforma, afirma ser más garantista.

5.2.4 Artículo 18 Constitucional párrafo séptimo.

La reforma no efectúa cambios de fondo en este párrafo, concretándose sólo a cambio de denominaciones, *reo* por *sentenciado* y *readaptación* por *reinserción*. Trata de sentenciados en otros países de nacionalidad mexicana que podrían ser trasladados a México, y de sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del fuero común y federal que podrían ser enviados a su país de origen, si así lo solicitaran estos, siempre y cuando exista un tratado internacional entre ambos países en cuestión.

El párrafo reformado no menciona si se trata de sentenciados por delitos graves o, incluso, delincuencia organizada, por lo que al momento de aplicación no debería existir problema alguno; como en el caso de la ciudadana francesa Florence Cassez, sentenciada por el delito de secuestro en nuestro país, a la que le ha sido negada la posibilidad de ser trasladada a su nación,[319] derivado esto del derecho de excepción que actualmente tiene como política criminal el Estado mexicano, el cual olvida que este párrafo establece, como garantía de los sentenciados, la posibilidad de que se les permita compurgar sus penas de prisión y se reinserten a la sociedad en sus lugares de nacimiento o residencia, lo que les permitirá estar cerca de su ámbito social y familiar, y en contacto directo con su medio, tradiciones, usos y costumbres.

Al caso concreto, el Estado mexicano omite aplicar el criterio jurisprudencial de la Corte:

> **PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA. El principio pro homine que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos** y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete

[318] Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis de Jurisprudencia: I.2o.P. J/19. Tomo: XX, Diciembre de 2004. p. 1226.

[319] *"Calderón rechazó entregar a Cassez para que cumpla su sentencia en Francia aduciendo que allá no cumpliría toda la condena impuesta en México.* Periódico "La Prensa". Jueves 23 de septiembre de 2010. p. 43.

y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria. [320]

Antes de la reforma, en la parte final del párrafo a estudio se prescribía que:

> *"Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos Tratados.* ***El traslado de los reos sólo podrán (sic) efectuarse con su consentimiento expreso.***

La Corte ha pronunciado en contra del anterior mandato constitucional los siguientes criterios:

> **TRASLADO DE REOS, CONSENTIMIENTO NO NECESARIO PARA EL.** No es verdad que para trasladar a un reo al centro penitenciario donde ha de cumplir la sanción privativa de libertad impuesta, deba efectuarse sólo con el consentimiento expreso del sentenciado. Esa prerrogativa que consagra el artículo 18 constitucional, es exclusiva para los reos de nacionalidad mexicana que se encuentran compurgando penas en países extranjeros, o para los reos no mexicanos que estén cumpliendo condenas en prisiones nacionales, en cuyos casos sus respectivos gobiernos podrán celebrar tratados para que los sentenciados cumplan sus penas en su país de origen, hipótesis en que sí se requiere que los propios reos den su consentimiento expreso.[321]

> **REOS DE DELITOS FEDERALES, LA ORDEN DE TRASLADO DE, NO REQUIERE QUE PREVIAMENTE SE TRAMITE PROCEDIMIENTO ALGUNO.** De la recta interpretación de los artículos 77 del Código Penal Federal y 529 del Código Federal de Procedimientos Penales, se deduce que compete al titular del Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Gobernación, concretamente de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social determinar el lugar en que los reos que hayan sido condenados por la comisión de un delito de carácter federal deban compurgar las sanciones privativas de libertad que les fueren impuestas; de ahí que, si dicha dependencia ordena el traslado de uno de los reos de los ilícitos citados a un centro de readaptación social distinto al en que originalmente fue recluido, tal

[320] Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Tesis: I.4o.A.464 A. Febrero de 2005, p. 1744. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tesis I.4o.A.441 A, Tomo XX, octubre de 2004, p. 2385, de rubro: "PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN."

[321] Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala. Séptima Época. Volumen: 199-204 Segunda Parte. p. 73.

determinación no es ilegal aun cuando no se desahogue previamente procedimiento alguno, pues esa resolución proviene del uso exclusivo de las facultades que tiene conferidas.[322]

En la opinión de Zamora Pierce[323], la Suprema Corte ha interpretado siempre las garantías individuales en la forma menos favorable para el acusado; al grado de que, para todo efecto práctico, nuestra Corte ha derogado las garantías en materia de proceso penal. Por ello, cuando determinada tesis jurisprudencial no es fiel interprete de la Constitución, cuando contraviene ésta, puede afirmarse que la tesis no tiene justificación, ni se impone obligatoriamente.

5.2.5 Artículo 18 Constitucional párrafo noveno.

Este párrafo fue adicionado con la reforma, y tiene una conexidad directa con el octavo (ya analizado anteriormente), el cual, como ya se observo, establece una dualidad del orden penal, ya que establece un derecho penal paralelo, acuciado con mayor vehemencia en el párrafo a estudio, ya que dispone que: *"Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales"*; con lo que los penales de máxima seguridad adquieren rango constitucional, en abierto y total régimen de excepción. Esto significa que todos los procesados sujetos a prisión preventiva y los sentenciados por el delito de delincuencia organizada, invariablemente deberán ser recluidos en centros especiales de nominados CEFERESOS (Centros Federales de Readaptación Social).

Los penales de alta seguridad han suscitado una polémica que no cesa. En el juicio que sobre ellos se produzca entran en colisión diversas consideraciones; por una parte, la persistente tesis de la readaptación social, acogida por la propia Constitución, así como la necesidad de respetar con escrúpulo las normas de trato digno a los individuos privados de la libertad; y por otra, la lucha contra la delincuencia, tema que se ha convertido en eje principal del gobierno calderonista, que omite aceptar que el fenómeno de la delincuencia es multifactorial, y que hay que atacarlo desde diferentes aspectos, como la educación, la reducción del abismo socioeconómico en aras de una equidad en la sociedad, etc., y no construyendo más cárceles de alta seguridad, sacando el ejercito a las calles, incrementando las penas desmesuradamente sin beneficios de preliberación.

---

[322] Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: VI.2o.222 P. Tomo: IX, Enero de 1999. p. 908. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 115-120, Sexta Parte, p. 117, tesis de rubro: "ORDEN DE TRASLADO DE UN CENTRO PENITENCIARIO A OTRO. NO ES VIOLATORIA DE GARANTÍAS INDIVIDUALES.".

[323] Zamora Pierce, Jesús. *óp. cit.* p. XXIX.

En los penales de máxima seguridad el régimen y tratamiento psicológico que se observa desde el ingreso tiene la finalidad de desvalorizar y deshumanizar al interno; violenta sus derechos humanos; además, de que este sistema inhibe el derecho constitucional a la readaptación social. Dicho régimen es cruel, inhumano, y se opone a todas las normas, nacionales e internacionales que orientan la ejecución de la pena y cuya finalidad parece ser llevar a cabo una verdadera limpieza social. En efecto, al aplicarse en estos centros penitenciarios un derecho de excepción, deviene en ser uno de los últimos retoños espurios de la propensión de exasperar la pena, derecho del Estado vertido en las reformas constitucionales en el Capitulo de las garantías individuales de los gobernados. Ésta, no es, definitivamente, la respuesta válida para hacer frente al clima de inseguridad que prevalece en nuestra sociedad como resultado multifactorial de aspectos sociales, económicos y culturales.

En cuanto a la prescripción de *restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros,* así como *imponer medidas de vigilancia especial,* es indudable que este trato diferencial y desigual que establece este derecho de excepción, es una antinomia que violenta garantías individuales como el derecho a la readaptación establecida en el segundo párrafo del artículo 18 anterior a la reforma ; la estipulada en el último párrafo del artículo 19; de presunción de inocencia en los inculpados prescrita en la fracción primera del apartado B del artículo 20; la prohibición a la incomunicación ordenada en la fracción segunda de mismo párrafo, apartado y numeral anterior; y la observada en el primer párrafo del artículo 22, todos de la Constitución Federal; así como también viola sus derechos humanos, adoptados y contenidos en los tratados internacionales suscritos y ratificados por México sin reserva alguna de su parte, contradiciendo y cancelando el principio universal de que los derechos humanos son para todos los humanos.[324]

---

[324] En materia de interpretación de los tratados debe prevalecer lo establecido por la **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,** (ratificada el 24 de marzo de 1981, de acuerdo al decreto de promulgación publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo del mismo año.), en el sentido de que: *"**Artículo 27.1**. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado."* El cual, de acuerdo al principio de *Pacta sunt servanta*: *"**Artículo 26.** Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe."*; así, se violenta lo establecido en la **Declaración Universal de Derechos Humanos:** ***Artículo 7.****Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.* En el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:** ***Artículo 5.****2. No podrá admitirse restricción menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.* ***Artículo 10.1****. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.* ***2. a)*** *Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;* ***3.*** *El régimen*

Puede aplicarse el siguiente criterio que la Corte ha establecido al respecto:

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de

---

penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.. ***Artículo 17.1****. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia.* ***Artículo 26.****Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley;* En la **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS:** ***ARTÍCULO 5.1.*** *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.* ***2.*** *Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.* ***4.*** *Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.* ***6.*** *Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.* ***ARTÍCULO 11.2.*** *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia en su domicilio o en su correspondencia.* ***Artículo 17.1.*** *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.* ***ARTÍCULO 24.*** *Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley;* En las **REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS: reglas *8. b)*** *Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena;* ***37.*** *Los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas.* ***38.1)*** *Los reclusos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares.* ***39.*** *Los reclusos deberán ser informados periódicamente de los acontecimientos más importantes, sea por medio de la lectura de los diarios, revistas o publicaciones penitenciarias especiales, sea por medio de emisiones de radio, conferencias o cualquier otro medio similar, autorizado o fiscalizado por la administración.* ***57.*** *La prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad. Por lo tanto, a reserva de las mediadas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación.* ***60. 1)*** *El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona.* ***61.*** *En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin debe recurrirse, en lo posible, a la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento en su tarea de rehabilitación social de los reclusos. Cada establecimiento penitenciario deberá contar con la colaboración de trabajadores sociales encargados de mantener y mejorar las relaciones del recluso con su familia y con los organismos sociales que puedan serle útiles. Deberán hacerse, asimismo, gestiones a fin de proteger, en cuanto ello sea compatible con la ley y la pena que se imponga, los derechos relativos a los intereses civiles, los beneficios de los derechos de la seguridad social y otras ventajas sociales de los reclusos.* ***79.*** *Se velará particularmente por el mantenimiento y el mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia, cuando éstas sean convenientes para ambas partes.* ***84.2)*** *El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia.* ***85. 1)*** *Los acusados serán mantenidos separados de los reclusos condenados.***92.** *Un acusado deberá poder informar inmediatamente a su familia de su detención y se le concederán todas las facilidades razonables para comunicarse con ésta y sus amigos y para recibir la visita de estas personas, con la única reserva de las restricciones y de la vigilancia necesarias en interés de la administración de justicia, de la seguridad y del buen orden del establecimiento.*

dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos.[325]

El riesgo y la tendencia de caer en un Estado fascista al estar creando un régimen jurídico especial que disminuye garantías, se pone de manifiesto al leer el último enunciado de este párrafo: *"Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley";* es bastante grave que se esté transpolando este derecho de excepción al total del universo de internos procesados y sentenciados de todo el país no involucrados en delincuencia organizada, por lo que si era violatorio de garantías y derechos humanos el aplicar este tratamiento diferenciado a esta ultima, lo es aún más en los restantes casos.

La reforma a estudio carece de una total técnica legislativa, ya que instituye un sistema carcelario de excepción en el Capitulo que la Carta Fundamental consagra a las garantías individuales ¿o será acaso que este régimen carcelario de excepción es un nuevo derecho penal paralelo que nuestra Constitución "reconoce" para todos los gobernados? Habrá que preguntarles a los legisladores si existe un plan de control social para penalizar y encerrar por medio de este derecho de excepción a los miembros más vulnerables y desprotegidos y por ende más débiles de la sociedad. Olvidan que la delincuencia que afecta al país está íntimamente ligada a la pobreza, al incumplimiento de la ley por parte de la autoridad y los particulares, a la corrupción de la que deriva la impunidad, entre otros factores.

5.3 Artículo 21 párrafo tercero Constitucional.

Con la reforma se adicionó el párrafo tercero al artículo 21 de la Constitución Federal, en el cual se prescribe:

> *La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.*

Este párrafo está en estrecha relación con el segundo párrafo del numeral 18 del ordenamiento a estudio en el que se ordena que se deben *observar los beneficios que para él* (sentenciado) *prevé la ley*; instituyendo y dando origen de forma tácita a la figura del Juez de Ejecución Penal, quien se encargara de modificar las sentencias, con motivo de la aplicación retroactiva, para el caso que se promulgue una nueva ley o que se modifique o derogue ésta, beneficiando al sentenciado; así como el otorgamiento, cuando se cumplan los extremos de la ley, de los beneficios de preliberación; además de darle

---

[325] Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.7o.C.51 K. Tomo: XXVIII, Diciembre de 2008. p. 105

seguimiento y vigilando el exacto cumplimiento constitucional de las penas y salvaguardando la garantía constitucional de "readaptación social" o "resocialización" de los reclusos, fungiendo también como instancia revisora de los actos de autoridad ejecutiva; reservando para ésta ultima la administración de los centros penitenciarios y la de ser auxiliar en la ejecución de la pena.

La instauración del Juez de Ejecución de Penal pretende asegurar un orden jurídico estricto que regule todos los aspectos de la ejecución de la pena, sede en la que se concreta tanto el contenido de la misma como el tiempo efectivo de duración, situaciones que no alcanzan a ser predeterminadas taxativamente en la disposición penal sustantiva, y que también escapan del ámbito de la determinación judicial, quedando actualmente, por lo menos dudosamente, para ser detallada en sede administrativa.

Antes de la reforma, era la autoridad administrativa quien determinaba y supervisaba el tratamiento de "readaptación", además de conceder la libertad preliberacional; con la modificación estas funciones dejan de estar a cargo del Poder Ejecutivo y se trasladan al Judicial, significando que sólo este ultimo tendrá competencia para resolver toda cuestión relativa con la pena impuesta y su extinción. Este órgano jurisdiccional atenderá la conducta y al desarrollo del interno al interior de la institución penitenciaria para determinar la concesión o negativa de la reducción de la pena o la libertad anticipada. De esta forma se excluye la posibilidad actualmente existente de manejar esos beneficios como instrumento de negociación disciplinaria con los sentenciados, fenómeno que genera corrupción, impunidad e invasión de las facultades del Poder Judicial, en la medida en que permite que las autoridades administrativas modifiquen sustancialmente la duración de las penas, en clara contravención al artículo 21 constitucional.

Es de esperarse que el Juez de Ejecución Penal garantice la correcta y exacta aplicación del mandato constitucional de *observar los beneficios que para él* (sentenciado) *prevé la ley*, con apego a los derechos humanos y evitando caer en las practicas antijurídicas de las actuales autoridades encargadas de la ejecución de sentencias, como se observo ya en el punto 5.2.2 al leer la nota periodística publicada por el periódico "El Grafico", con el titulo "No respetan la Ley de Sanciones".

Entre las funciones que los Jueces de Ejecución efectuaran, se encuentra la actuar sobre la institución penitenciaria y su mejora, y no solo sobre el interno, verificando la elaboración de planes y del desarrollo de programas efectivos de capacitación, educación y trabajo por parte de ésta a fin de dar cumplimiento al mandato constitucional, garantizando al sentenciado el derecho a una verdadera readaptación y posterior reinserción al la sociedad. Así, también deberá permitir la intervención de los organismos públicos de protección a los derechos humanos, con la finalidad de que estos verifiquen la

legalidad en el cumplimiento de las sanciones, sin omisiones, restricciones, privilegios ni favoritismos y por otra, supervisen que los efectos negativos accesorios del encierro se subsanen, al facilitarse la relación de los internos con la vida social exterior.

En el tratamiento intrainstitucional e interdisciplinario del interno, es necesario eliminar cualquier referencia a su personalidad, siempre que ésta suponga el condicionamiento en el ejercicio de sus derechos, pues puede confundirse, como ha sucedido hasta ahora, la orientación de la pena con el régimen y la comisión del delito con la personalidad del delincuente. Por lo que el otorgamiento de la reducción de la pena y la libertad anticipada deben atender tanto a la legislación en la materia como a criterios objetivos que, como tales, sean susceptibles de verificación o de refutación, pues de otro modo la creación de un Juez de Ejecución de Penas se reduciría únicamente a trasladar la subjetividad de unas autoridades a otras, y se continuaría con la reiterada violación de los derechos humanos del interno.

El Juez de Ejecución de Penas debe garantizar los siguientes principios:

1. Seguridad jurídica.
2. Legalidad de la ejecución.
3. Racionalidad, proporcionalidad y equidad.
4. Respeto de la dignidad humana.
5. Personalización administrativa de la sanción.
6. Establecimientos adecuados.
7. Igualdad de trato.
8. Interpretación de la norma en el sentido que favorezca a los sentenciados.
9. Aplicación del principio de defensa.
10. Mínima aflicción en la ejecución de la sanción o medida de seguridad.
11. Tratamiento individualizado y correspondiente con apego a la orientación constitucional, leyes y tratados internacionales.

De observarlos, es claro que tendrá que chocar con el derecho de excepción instaurado en la reforma constitucional a estudio que atenta contra la vida de los seres humanos en la cárcel y violenta sus derechos humanos.

La pena debe ser un instrumento que minimice la violencia proveniente tanto de la delincuencia como del poder punitivo del Estado. En ese sentido, el derecho penal, y, consecuentemente, los poderes legislativo, el ejecutivo y el judicial, han de orientarse a la consecución de la exclusiva protección de bienes jurídicos fundamentales, que por definición no puede prescindir del respeto a la dignidad de todo ser humano, así sea de aquel que por contravenir normas jurídicas se encuentra privado de su libertad; y el lugar donde se extingue ésta, la prisión, debe servir a la justicia y no ser otro motivo de

injusticia. En este contexto, Foucault expreso: *"Es preciso que la justicia criminal en lugar de vengarse castigue al fin"*.[326]

[326] FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. óp. cit.* p.78.

CONCLUSIONES

Es de concluirse, luego del estudio realizado, que la mayor parte de las reformas constitucionales del sistema de seguridad y justicia penal, llevadas a cabo por el Estado Mexicano, en vigor desde junio de 2008, evidentemente atentan contra las garantías individuales y los derechos humanos de los gobernados, transgrediendo los principios y la filosofía que sustento el Constituyente de Querétaro en 1917.

Se debe reconocer que la reforma tuvo algunos avances (los menos) y loables propuestas, como por ejemplo, el de disponer que el proceso penal sea acusatorio; el de establecer en la Carta Fundamental explícitamente el principio de presunción de inocencia, donde la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponderá a la parte acusadora; la instauración del Juez de Ejecución de Penas, o la de establecer constitucionalmente derechos de la víctima o del ofendido, entre otras; amén de esperar que en la praxis se cumplan exegéticamente; pero también contempla prescripciones con un contenido nocivo de gran trascendencia, ciertamente desacertadas, alarmantes y amenazadoras.

Si retomamos el concepto de "garantías individuales", que determina que son las que protegen al individuo en sus derechos y que el fin de éstas, en consecuencia, son salvaguardar al individuo contra cualquier acto de autoridad que viole o vulnere algún derecho consagrado en la ley; y que el objetivo del Estado es velar por los derechos del individuo, derechos inherentes a éste ultimo y que el primero debe reconocer, respetar y proteger, dando a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Carta Magna debe consignar; es de concluirse que la mayor parte de las reformas analizadas no tenían cabida en este Capítulo Constitucional, y que su presencia en el texto constitucional se debe sólo y únicamente a una mala técnica legislativa.

En efecto, es necesario acotar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos denomina al Capítulo I de su Titulo Primero, ***"De las garantías individuales"***; por lo que es innegable que ésta es la parte axiológica de nuestra Ley Fundamental, es decir, la base de los valores que sustenta el constitucionalismo mexicano: si el hombre es persona jurídica por el hecho de existir, y como persona tiene una serie de derechos, actualmente también llamados "derechos humanos", (recordemos que en la Constitución de 1857 este Capítulo se intitulaba *"De los derechos del hombre"*), resulta irrebatible que el origen de las actuales garantías individuales es la idea de los derechos del hombre, buscado un equilibrio entre la libertad y el orden, respetando los derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos desde una base de valores, principios y garantías constitucionales.

Visto lo anterior es dable, justo y necesario preguntar ¿la derogación de la acreditación del cuerpo del delito, el decretar el arraigo a una persona hasta por 80 días, la definición de delincuencia organizada, el allanamiento policial sin orden escrita de cateo, la violación a las comunicaciones privadas, la reducción de garantías necesarias para la vinculación a proceso, la suspensión del procedimiento sin tiempo de prescripción, la prisión preventiva y su incremento a dos años, la desaparición de la libertad bajo caución, la coacción a auto incriminarse, la reserva del nombre y datos del acusador, la vulneración del principio de publicidad que se aplica no solo a casos de delincuencia organizada, la extinción de dominio, los centros y medidas especiales para delincuencia organizada y casos en que se requieran medidas especiales, la creación de un derecho de excepción, etc., son una serie de derechos del hombre, inherentes a todos los seres humanos, en virtud de su propia naturaleza, base y objeto de las instituciones sociales que el Estado debe reconocer, respetar y proteger? ¿son estas, acaso, garantías individuales que deberán identificarse con el respeto a la dignidad humana, ya que están inscritas en este Capítulo de la Constitución? ¿son quizá, derechos del hombre, de todos los seres humanos, sin los cuales no se puede vivir y, por tanto, el Estado tiene el deber de respetar, proteger y defender? ¿debemos catalogarlos como valores y principios que sustentan al constitucionalismo mexicano?

El Ejecutivo y los legisladores responsables de la reforma constitucional no reflexionaron que la Constitución está por encima de todas las leyes y de todas las autoridades; que es la Ley que rige a las leyes, que mana hacia los poderes públicos, transmitiéndose a los funcionarios públicos invistiéndolos de autoridad, dándoles legalidad; por lo que si la reforma adolece de legitimidad y es contraria a su esencia y espíritu original, si en lugar de ser progresiva es retrograda, y los postulados emanados de ésta vulneran las garantías individuales y derechos humanos, careciendo de legitima constitucionalidad, siendo un no derecho al crear un derecho de excepción, dejan impotente, sin protección ni defensa al ciudadano frente al poder y los abusos de autoridad del Estado.

¿Por qué no insertar los conceptos y normas que deban estar en las leyes secundarias, en éstas, en vez de incrustarlos en la Ley Fundamental? ¿quizás porque es de concluirse que devienen en ser inconstitucionales? Las reformas constitucionales no deben ser un instrumento al servicio del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, sino un verdadero instrumento de justicia penal y social diseñado sobre la base de una estructura de garantías esenciales, que garanticen la seguridad y la paz sociales.

De ninguna manera debe prevalecer el interés estatal de protección y castigo de conductas penalmente relevantes, si para ello se infraccionan desproporcionadamente los derechos fundamentales tanto de contenido sustancial (derecho a un debido proceso, exacta aplicación de la ley penal, principio de lesividad, de litis cerrada) como aquéllos

que determinan el carácter justo y equitativo del proceso (principio de contradicción, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, defensa adecuada).

La actual política criminal trazada por la reforma constitucional, de "ley y orden" o de "tolerancia cero", que privilegia "la seguridad" por encima de la libertad y de los derechos fundamentales y garantías procesales, es auspiciada por doctrinas globales que legitiman su aparición (como la pretensión de la generalización del denominado Derecho penal del enemigo), así como por el efecto multiplicador de los medios de comunicación sobre evocaciones catastrofistas de aspecto populista, que incluso han trascendido las propias ideologías de los partidos políticos gobernantes, los que no han tenido un verdadero conocimiento y posterior análisis de la realidad y complejidad del problema, concluyéndose esto ante la evidente imposibilidad que han tenido hasta ahora de legislar soluciones que sean realmente efectivas en el Estado mexicano.

Es una realidad que vivimos en una sociedad globalizada, en la que se observa la tendencia a nivel mundial del desarrollo de una nueva forma de Estado, conservador y minimalista, limitado a asegurar las políticas de mercado trazadas por las empresas transnacionales y por el Banco Mundial de Desarrollo, mediante reformas a su legislación, donde el efecto más visible es la desaparición o degradación del trabajo asalariado, el incremento del empleo informal y del desempleo, desigualdad en la distribución de ingresos, la reducción del rol social (alimentación, salud pública, subsidios, beneficios, programas, seguridad social, educación, vivienda, etc.) y el aumento notorio del rol penal encaminado al control de las tensiones y conflictos provocados por la profunda e injusta brecha social.

Este contexto es ideal para que se desarrollen perfectamente teorías de la pena y una dogmática como la del Derecho penal del enemigo, integradora, legitimante de un *ius puniendi* del Estado que no pierde tiempo en analizar ningún aspecto interno de los sujetos que procesa (ni si se encuentran en un pie de igualdad o si son minorías discriminadas, ni si desde su ser comprenden o no la norma, pues el fin de la vigencia de la norma actúa eliminando cualquier contradicción), baste ver la jurisprudencia más reciente (novena época) y reiterada de la Corte la que no sólo ha derogado tácitamente las garantías consagradas en la Constitución, sino también ha entrado en conflicto con tesis propias de épocas pasadas. Es necesario que los juzgadores estén ciertos y consientes de que la Corte no legisla al formular tesis jurisprudenciales, las cuales sólo interpretan o clarifican el sentido de la norma cuando ésta no sea suficientemente clara, pero que la jurisprudencia no es ley ni está por encima de ésta, ya que al contravenir esto violenta el artículo 133 Constitucional.

La reforma de seguridad y justicia penal estudiada adquiere en este modelo una importante ubicación; en términos de control social, debe reconocerse el valor que tiene el

delito como fenómeno negativo y el fuerte impacto que genera en la población, que lleva a que la inseguridad sea el tema principal de la agenda política, pero no debe obstar para declarar a los infractores sujetos sin garantías, colocándolos en una esfera de no derecho, segregándolos en cárceles convertidas en depósitos, en bodegas de contención de seres humanos calificados de delincuentes inadaptados, en las que se pudren día a día .

El instaurar en la Constitución un sistema de excepción, un sistema penal paralelo, en un intento del Estado por combatir de manera más eficaz a la ahora intitulada "delincuencia organizada", insertando restricciones a las garantías individuales, permite que éste atropelle los derechos fundamentales de las personas bajo pretextos de seguridad y combate a la delincuencia, forjando el riesgo de generalizarse y de convertirse en regla, y que un día el Estado considere y crea que todos los ciudadanos son enemigos del sistema, retornando abiertamente al régimen inquisitivo y de control social, implantándolo no como excepción sino como regla genérica.

Es de considerarse que es deber y obligación del Estado, en coadyuvancia con los diferentes sectores de la sociedad, reformar el sistema de seguridad y justicia penal del mejor modo posible, con el propósito, de que corresponda a las exigencias del pueblo en esta materia, que son tan numerosas como justificadas y apremiantes, pero con respeto irrestricto de las garantías individuales y los derechos humanos de todos los gobernados.

En este tenor, una reforma constitucional en seguridad y justicia penal moderna debe tener como objetivo la mejor conformación social posible. Esto es, tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de Derecho con las del Estado social. Este Estado de Derecho reclama la protección más efectiva posible de todos los individuos y de la sociedad en su conjunto, condición que la reforma constitucional estudiada no logró, y si engendró un doble sistema de enjuiciamiento; en un caso con derechos y garantías plenos, en el otro, con derechos y garantías suprimidos, reducidos o recortados en contra del derecho penal garantista, propio de una sociedad democrática.

Las reformas estudiadas no están destinadas a aliviar las insoportables condiciones de inseguridad que prevalecen en el país, cuya corrección requeriría acciones de diverso carácter, emprendidas conforme a una política criminal que no ha existido en estos años y que los cambios constitucionales no plantean. El objetivo de éstas es otro, crear un derecho de excepción, concentrándose éste, en la procuración y la administración de justicia, que por sí solas no podrían modificar esas condiciones de inseguridad ni reducir el crecimiento y la violencia de la criminalidad, tanto tradicional como la llamada ahora "organizada". Es necesario tener presente que no se puede combatir la ilegalidad con la ilegalidad.

Nada se podrá avanzar, por ejemplo, en el combate contra la impunidad, que es uno de los principales factores de la inseguridad existente, sin lograr previamente que la sociedad tenga verdadera confianza en las instituciones encargadas de la seguridad y de la impartición de justicia. Quienes son víctimas de un ilícito y deciden no reportar éste, los mueve la desconfianza y la baja expectativa sobre el desempeño de las autoridades; así, la delincuencia se establece y prospera en un entorno de impunidad y de ineficiencia de las instituciones encargadas de combatir al crimen.

Lo anterior aunado a que la citada reforma no ofrece la posibilidad de implementar en las leyes secundarias un sistema eficaz de controles que minimicen los espacios y oportunidades para la desviación de poder y para posibles actos de corrupción. No hay que olvidar también que esta última, si no se combate, es una precondición esencial para el crecimiento de grupos criminales; la impunidad que emerge de la corrupción genera una disuasión débil, dando oportunidad para que el crimen se desarrolle.

Es una premisa fundamental que el Estado atienda las causas socioeconómicas, culturales y políticas de la inseguridad ciudadana. Pretender sólo concentrarse en reformas constitucionales de tipo penal equivaldría a privilegiar el castigo sobre la prevención y sobre el combate a las causas sociales que provocan la delincuencia. La deserción (generalmente vinculada a la pobreza) y la falta de oportunidades de educación principalmente en niveles medio y superior, el incremento de las tasas de desempleo, principalmente entre los jóvenes, la pérdida del poder adquisitivo de los salarios (el que en nuestra sociedad lucre el hombre más rico del mundo, mientras que al mismo tiempo en el campo mexicano haya comunidades que viven en pobreza extrema), provoca un agravio social, y es campo fértil para la delincuencia, lo que se traduce en tener en las manos una bomba de tiempo.

Es un hecho innegable que el nivel de inseguridad ciudadana y violencia de una sociedad está íntimamente ligada a sus condiciones sociales y económicas, que la criminalidad aumenta en forma proporcional al deterioro de los satisfactores sociales básicos. Criminalizar la marginación social en lugar de darle alternativas y soluciones de carácter social, económico, cultural y político es tanto como volver a los tiempos de las peores oligarquías fascistas; es imprescindible y necesario dejar de considerar en las reformas, a la población marginada y discriminada, como individuos indeseables y molestos, como "ciudadanos especiales" a los que hay que apartar, aislar, ya que esta política podría llegar a destruir a la sociedad que conocemos.

Es indudable que en nuestro país existe una violencia legalizada que se corresponde con las injusticias estructurales, económicas, sociales, por discriminación de género y raciales, por desigualdad de oportunidades, marginación, hambre y pobreza, y por la violación reiterada de los derechos humanos. Esta violencia reproduce las estructuras sociales

injustas y sus efectos, multiplica también la desigualdad del orden social, institucional y legal existente, motivo por el cual se debe propiciar una reforma constitucional de fondo en seguridad y justicia penal que acote el sistema de exclusión instituido en la reforma estudiada, derecho de excepción que traspasa la frontera del derecho penal garantista; y que permita hacer efectivas las garantías ya anteriormente consagradas constitucionalmente y acordes a los derechos humanos, en la que impere la verdad, la libertad del acusado y sólo excepcionalmente la prisión preventiva, la reducción al mínimo indispensable las figuras delictivas así como la disminución al límite razonable de la sanción privativa de la libertad, el combate a la corrupción, a la impunidad, el castigo al culpable, la absolución al inocente, la reparación del daño a la víctima o del ofendido del delito, así como la recuperación de la confianza y credibilidad a sus instituciones de impartición de justicia; reforma que deberá ser más garantista y humanitaria y que propicie una mayor seguridad social y jurídica para todos los gobernados, combatiendo los factores socioeconómicos y culturales inequitativos que desencadenan el delito, en beneficio de la sociedad en su conjunto.[327]

Concluyo este análisis recordando el pensamiento de Beccaria inscrito en su obra *"De los delitos y de las penas"*, el cual adelantándose con mucho, no sólo a su tiempo, sino también al de los políticos y legisladores mexicanos, precisó cómo se pueden prevenir los delitos: *"Mejor es prevenir los delitos que castigarlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de los bienes y de los males de la vida...Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas puedan surgir, sino crear otros nuevos...La mayor parte de las leyes no son*

---

[327] Como nota de ultimo momento, y con la finalidad de subrayar lo erróneo, de lo violenta en todo sentido, política criminal del Estado, de la cual derivó la reforma constitucional a estudio, se muestran las siguientes cifras: *"De acuerdo con cifras oficiales de la Procuraduría General de la República (PGR), destaca que durante los cinco años del actual sexenio de Calderón la estrategia contra en narco y entre cárteles de la droga ha afectado a mil 269 municipios, equivalentes a 52% de todos los del país,* ***dejando un saldo de 47 mil 515 muertos,*** *entre ejecuciones, enfrentamientos y agresiones entre diciembre de 2006 y septiembre de 2011".* "El Universal en línea, SDPNOTICIAS lun. 27 feb. 2012 09:48; *"...se entiende que para el Pentágono-según lo dicho por funcionarios mexicanos-****el número de muertos en la guerra contra el narcotráfico de Felipe Calderón es de 150 mil, dos veces más que los que su gobierno reconoce oficialmente****".* Rodríguez Cortés, Raúl, "Los muertos del narcotráfico" Periódico "El Grafico" 28 de marzo de 2012. p. 15; *"****Guerra de Irak,*** *también conocida como Segunda Guerra del Golfo u Operación Libertad Iraquí en Estados Unidos, Operación Telic en el Reino Unido y, en otros ámbitos, ocupación de Irak, fue un conflicto que comenzó el jueves 20 de marzo de 2003 y finalizó el domingo 18 de diciembre de 2011...****Las estimaciones del número de personas muertas fluctúan entre más de 150.000*** *a más de 1 millón de personas, según fuentes".* El Universal en línea, INTERNACIONAL SDPNOTICIAS, no precisa fecha.

más que privilegios, es decir, una contribución de todos a la comodidad de unos pocos... ¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las leyes sean claras, sencillas, y que toda la fuerza de la nación se concentre para defenderlas, y ninguna parte de ella se empeñe en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos a las clases de hombres que a los hombres mismos...Haced que las luces acompañen a la libertad...Finalmente, el más seguro, pero más difícil medio de prevenir los delitos, es el de perfeccionar la educación..."[328]

[328] BECCARIA, Cesare. *óp. cit.* pp. 87 a 92.

BIBLIOGRAFIA

ARELLANO GARCÍA, Carlos. *El Juicio de Amparo.* Porrúa. México. 2001.

ARILLA BAS, Fernando. *El Procedimiento Penal en México.* Porrúa. México. 2004.

BAZDRESCH, Luis. *Garantías constitucionales.* Trillas. México. 1986.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas.* Temis. México. 2003.

BERGMAN, Marcelo. *Cárceles en México: Un Estado de Situación. Informe presentado para el proyecto: PRISONS IN CRISIS: Understanding Latin America's Most Explosive Problem Submitted by the Law, Jurisprudence, and Society Section of LASA.* CIDE, México. 2004

BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría general de los derechos humanos.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 1993.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano.* Porrúa. México. 1973.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *El Juicio de Amparo.* Porrúa. México. 1975.

BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales.* Porrúa. México. 1983.

CABANELAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental.* 2006.

CARBONELL, Miguel. *Garantías Individuales, Los derechos fundamentales en México* en *Glosario de términos básicos sobre derechos humanos.* Universidad Iberoamericana. México. 2006.

CARBONELL, Miguel. *Los Derechos de Seguridad Jurídica.* México. Porrúa. 2007.

CARNELUTTI, Francesco en *"La Reforma Penal Constitucional (2007-2008)"* de Sergio García Ramírez. Porrúa. México. 2008.

CARNELITTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal. Vol. I.* Edit. Bosch. Buenos Aires, Argentina. 1950.

CARPIZO, Jorge. *Estudios Constitucionales.* UNAM. México. 1980.

CASTRO, Juventino. *Lecciones de garantías y amparo.* Porrúa. México. 1978.

DE LA CUEVA, Mario. *Teoría de la Constitución.* Porrúa. México. 1982.

DE VEGA GARCÍA, Pedro. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales,* en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo... *Derecho procesal constitucional.* T. II. Porrúa/Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2003

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código de Procedimientos Penales para el D.F. Comentado.* Porrúa. México. 1990.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Sistemas Procesales Penales de Cara al Nuevo Siglo* en la *Ciencia Penal y la Política Criminal en el umbral del Siglo XXI.* INACIPE. México. 1998.

Diccionario Jurídico Mexicano. IIJUNAM. Porrúa. México.2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón.* Edit. Trotta. Madrid. 2001.

FERRER MC. GREGOR, Eduardo. *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho Comparado.* Porrúa. México. 2002.

FIX ZAMUDIO, Héctor. *Juicio de Amparo.* Porrúa. México. 1964.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar.* Editorial Siglo XXI. México. 2005.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?* Porrúa. México. 2008.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Proceso Penal y Derechos Humanos.* Porrúa. México. 1992

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Revista Jurídica virtual. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No. 95.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2008.

GONZALES URIBE, Héctor. *Teoría Política.* Porrúa. México. 1995.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas.* Edit. Bosch. España. 1985.

GÓMEZ COLOMER, Juan L. *La instrucción del Proceso Penal por el Ministerio Fiscal; Aspectos Estructurales a la Luz del Derecho Comparado.* Revista Peruana de Derecho Procesal. Perú. 1997.

Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Reader's Digest. México. 1991.

GÜNTHER Jakobs y Manuel Cancio Meliá. *Derecho Penal del Enemigo.* Civicas Ediciones.S.L. Madrid, España. 2003.

HERNÁNDEZ SOLÍS, Abelardo Norberto. *La integración de los derechos humanos al proceso penal.* UNAM. México. 1996.

HOBBES, Thomas. *Leviathan.* Alianza Editorial. Madrid. 1989.

IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Alba. *Garantías Individuales.* Oxford Press. México. 2007.

IZQUIERDO, Martha. *Garantías individuales y sociales.* UAEM, México. 2000.

KELSEN, Hans. *Teoría General de Estado.* Traducción de Luis Legaz y Lacambra.15ª. Edición. Editora Nacional. España. 1979.

LARA PONTE, Rodolfo. *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano.* UNAM.LV Legislatura de la Cámara de Diputados. México.1993.

LIONZ, Monique. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano.* Porrúa. México. 2001.

Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana. IIJUNAM. México. 1981.

MADLENER, Kurt. *Derecho Procesal Penal y Derechos Humanos.* INACIPE. México. 1998.

MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal, Fundamentos.* Tomo I. Edit. Del Puerto. Buenos Aires, Argentina. 1996.

MARTÍNEZ BULLE GAYRI, Víctor M. *Los Derechos Humanos en el México del Siglo XXI.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 1998.

NIETZSCHE, Friedrich. *La genealogía de la moral. Un escrito polémico*, Alianza, Madrid, 2001

ODERIEGO, Mario. *Lecciones de Derecho Procesal.* Edit. De Palma. Buenos Aires. 1973.

OVALLE FAVELA, José. *Teoría general del proceso.* Oxford. México. 2005.

PADILLA R., José. *Sinopsis de amparo.* Ed. Cárdenas. México. 1977.

RABASA, Emilio y Caballero, Gloria. *Mexicano, ésta es tu Constitución.* Constitución comentada. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LI Legislatura. México. 1982

RUBIO HERNÁNDEZ, Herlinda Enríquez. *El Pluralismo Jurídico Intercarcelario.* Porrúa. México. 2007.

SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. *Los Derechos Humanos en la Constitución t en los Tratados Internacionales.* Porrúa. México. 2001.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal.* Edit. Indemsa. Lima, Perú. 2004.

SARRE, Miguel, "*Control del Ministerio Público", Anuario de Derecho Público, Los Controles Constitucionales*, México, McGraw-Hill, núm. 1, 1997.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución.* Bonn, Alemania. 1972. Editora Nacional, México. Traducción e introducción de Francisco Ayala.

SUPERTI, Héctor. *Derecho Procesal Penal.* Edit. Juris. Argentina. 1998

TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano.* Porrúa. México. 1958.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *El Proceso Penal.* Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España. 1992.

VEDROS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental.* Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. México. 1985.

VIKLUND, Andreas. *Apia Virtual. Powered by Word Press.*7 de febrero de 2008.

ZAMORA PIERCE, Jesús. *Derecho Procesal Penal y Derechos Humanos,* en *La Ciencia Penal y la Política Criminal en el umbral del Siglo XXI.* INACIPE. México. 1998.

ZAMORA-PIERCE, Jesús. *Garantías y Proceso Penal.* Porrúa. México. 2003.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo. *"Seguridad Ciudadana y la Justicia Penal en México. Los Desafíos Institucionales de su Reforma.* Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C.

LEYES CONSULTADAS.

Código Federal de Procedimientos Penales

Código Penal Federal

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Limusa. México. 2007.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. DinamiKom. México. 2008.

CITAS HEMEROGRAFICAS

AVILÉS, Carlos. *Alertan sobre impugnación contra sistema penitenciario.* El Universal. Miércoles 14 de abril de 2004.

CARRASCO, Patricia. "*Urge acabar con impunidad. Raúl Plascencia Villanueva*". Endurecer penas no sirve si no se aplican las que la ley marca, afirmo el ombudsman. *La Prensa*. 8 de octubre de 2010.

PANSZA, Arturo R. "Hasta 70 años de cárcel a plagiarios; se congratulan Isabel Miranda y Alejandro Martí". *La Prensa*. 8 de octubre de 2010.

Periódico *"El Grafico"*. 12 de septiembre de 2010.

Periódico *"El Metro"*. Lunes 7 de marzo de 2011.

Periódico "*El Metro*". 10 de julio de 2010.

Periódico *"El Universal."* 24 de mayo de 2007.

Periódico "*El Universal."* 25 de octubre de 2008.

Periódico *"El Universal."* 12 de mayo de 2009

Periódico "*El Universal*". 10 de julio de 2010.

Periódico *"La Prensa"*. Jueves 23 de septiembre de 2010.

Periódico "*La Prensa*." 30 de septiembre de 2010.

Periódico *"La Prensa"*. 8 de octubre de 2010.

Periódico "*Reforma"*. 16 de mayo de 2010.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Espasa Calpe. Madrid. 2001.

Revista *"Código Topo"* de Excélsior. No. 22. 5 de julio de 2010

Revista *"Proceso"* No. 1755, del 20 de junio de 2010.

SABY, Sandra. *La negociación penal y la conformidad, una necesaria reforma para el establecimiento del sistema adversarial en el proceso penal peruano,* en Revista Diálogo con la Jurisprudencia, Vol. 10, No. 81. Lima, Perú. 2005.

TOCORA, Fernando. *La reforma procesal penal en América Latina en Revista Capítulo Criminológico. Vol. 33. No. 04*. Universidad de Zulia. Venezuela. 2005.

SITIOS WEB

BRICKER, Kristin. *Reporter's Notebook*. 12 de octubre de 2008.

DORNBIERER, Manú. http://www.voltairenet.org/article 145528.html. 26 de mayo de 2007.

Editora Argos. El Mañana On Line. 13 de septiembre de 2008.

Diccionario Jurídico Enciclopédico (electrónico). Consultor Jurídico Digital de Honduras. 2005.

Diccionario Latino Jurídico digital.

http://gaceta.diputados.gob.mx

http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-21-07.pdf

http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/paseo1/u07/unidad7b.htm

http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/?sesion=2007/03/13/1&documento=4.SUBSECRETARIA DE ENLACE LEGISLATIVO

Jurisprudencias y Tesis Aisladas. IUS (junio 1917- junio 2009).

Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social o Principios de derecho político.* Microsoft. Encarta. 2009. 1993-2008 Microsoft Corporation.

w.w.w.presuntoculpable.org.

Coordinación de Certificación y Registro
UACM
Universidad Autónoma
de la Ciudad de México
Nada Humano me es ajeno