

13
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON

**“LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL
PROTOCOLO MODIFICATORIO AL
TRATADO DE EXTRADICIÓN
MÉXICO - ESPAÑA”**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ALMA RUTH ALATORRE GONZALEZ

ASESOR: LIC. JUAN JESUS JUAREZ ROJAS

269394

MEXICO, 1998.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Agradezco a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**
la formación académica a la que tuve acceso desde el **COLEGIO DE**
CIENCIAS Y HUMANIDADES PLANTEL NAUCALPAN, y después el
brindarme la oportunidad de estudiar esta carrera en la
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES ARAGÓN.

-Gracias a mis padres

MARÍA ELENA GONZÁLEZ ZAMORA

por su apoyo, confianza, amor y guía en toda mi vida

HÉCTOR ALATORRE MORALES

por su ayuda para concluir mis estudios de licenciatura.

Gracias también a mi hermana,
ORALIA ALATORRE GONZÁLEZ
y a mi cuñado
FERNANDO PONCE MARTÍNEZ
por su solidaridad.

A mí sobrino
HÉCTOR FERNANDO PONCE ALATORRE
que representa la ternura y amor
de este mundo.

Gracias a mi asesor

LIC. JUAN JESÚS JUÁREZ ROJAS.

En la razón y en la naturaleza del hombre se encuentra la definición de justicia.
Enrique Álvarez del Castillo.

"LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROTOCOLO MODIFICATORIO AL TRATADO DE EXTRADICIÓN MÉXICO-ESPAÑA"

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I. SEMBLANZA SOBRE GARANTÍAS INDIVIDUALES.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS	1
1.1 ANTECEDENTES NACIONALES	11
1.2. LA CONSTITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS UNIDOS MEXICANOS	14
2. CONCEPTOS FUNDAMENTALES	
2.1 DEFINICIÓN DE ESTADO	21
A) Territorio	23
B) Población	24
C) Poder soberano o Soberanía	30
3. DEFINICIÓN DE GARANTÍA INDIVIDUAL	36
3.1. ESTABLECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN UN ORDENAMIENTO JURÍDICO	39
3.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES	40
3.3 ELEMENTOS DE LA GARANTÍA INDIVIDUAL	45
A) Sujetos	46
B) Objeto	52
C) Fuente	54
D) Principios que rigen a las Garantías Individuales	55
E) Extensión de las Garantías Individuales	56
F) Origen Formal de las Garantías Individuales por lo que toca a su congración por el Orden Jurídico Estatal	56
4. CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES	58
5. GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA	59

5.1. Artículo 14	60
a) <i>Garantía de Irretroactividad de la Ley</i>	60
b) <i>Garantía de Audiencia</i>	66
c) <i>Garantía de la Exacta Aplicación de la Ley</i>	73
d) <i>Garantías de Legalidad en materia Jurisdiccional Civil</i>	75
5.2. Artículo 15	78
5.3. Artículo 16	81
5.4. Artículo 21	102
6. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 18 Y 119 CONSTITUCIONALES	
6.1. ARTÍCULO 18	111
6.2. ARTÍCULO 119	128

CAPÍTULO II. GENERALIDADES SOBRE LA EXTRADICIÓN.

1. DEFINICIÓN	135
1.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXTRADICIÓN	137
1.2. OBJETO DE LA EXTRADICIÓN	143
1.3. ACTOS QUE MOTIVAN LA EXTRADICIÓN	144
2. CLASIFICACIÓN DE LA EXTRADICIÓN	147
3. ESTUDIO ANALÍTICO DE LA LEY DE EXTRADICIÓN INTERNACIONAL	149
3.1. PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN	150
3.2. DOCUMENTOS QUE DEBERÁN ACOMPAÑARSE	159
3.3. MODALIDADES DEL PROCEDIMIENTO	163
3.4. REFORMAS A LA LEY DE EXTRADICIÓN	170

CAPÍTULO III. ANÁLISIS Y CRÍTICA DEL PROTOCOLO MODIFICATORIO AL TRATADO DE EXTRADICIÓN MÉXICO-ESPAÑA

1. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL	178
2. DEFINICIÓN DE TRATADO INTERNACIONAL	181
2.1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO PÚBLICO INTERNACIONAL	183

2.2. ELEMENTOS DE LOS TRATADOS	185
3. CLASIFICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES	189
4. PROCESO DE ELABORACIÓN DE LOS TRATADOS	195
4.1. ÓRGANOS ESTATALES COMPETENTES PARA CELEBRAR TRATADOS	198
4.2. ENTRADA EN VIGOR DE LOS TRATADOS	199
4.3. OBSERVANCIA Y APLICACIÓN DE LOS TRATADOS	200
4.4. TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS	202
5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MÉXICO	202
5.1. NORMAS CONSTITUCIONALES	203
5.2. LEY SOBRE LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS	209
6. BREVE REFERENCIA AL TRATADO DE EXTRADICIÓN MÉXICO- ESPAÑA	212
6.1. TRATADO DE EXTRADICIÓN Y ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL ENTRE MÉXICO- ESPAÑA	215
7. ESTUDIO Y CRÍTICA DEL PROTOCOLO MODIFICATORIO AL	232
7.1. PROTOCOLO POR EL QUE SE MODIFICA EL TRATADO DE EXTRADICIÓN Y ASIS TENCIA MUTUA	233
7.2. ALCANCES DEL PROTOCOLO	238
7.3. CRÍTICA AL PROTOCOLO	243

CAPÍTULO IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROTOCOLO

1. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA EXTRADICIÓN	259
1.1. DERECHOS HUMANOS Y EXTRADICIÓN	259
1.2. EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	263
1.3. EL CASO DE MÉXICO	272
2. VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA	

DERIVADA DE LA APLICACIÓN DEL PROTOCOLO
MODIFICATORIO 278

CONCLUSIONES 385

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Es bien sabido lo importante que son las relaciones entre los Estados, principalmente en lo referente a la Cooperación y ayuda mutua en diferentes sectores, sean estos culturales, políticos, económicos, jurídicos, etc. Todos estos muy amplios y con gran trascendencia para la sana convivencia entre los Estados.

Para poder lograr que estas relaciones sean fructíferas y se obtengan los beneficios deseados, los países celebran Acuerdos o Convenios a los cuales se les denominan Tratados, y pueden ser celebrados por dos (bilaterales) o más Estados (multilaterales), en estos Tratados se establecen las bases sobre las que versará la cooperación a la que se obligan recíprocamente los Estados celebrantes.

Dentro de la diversidad de Acuerdos que celebran los países existen los Tratados en materia de extradición, con el objeto de evitar la impunidad de los delincuentes comunes, que salen de su país y entran al territorio de otro, con el fin de evitar ser sancionados.

Nuestro país ha celebrado Tratados de Extradición con muy diversos países, entre ellos España, con quien celebró un Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal el 21 de noviembre de 1978, y posteriormente un Protocolo por el cual se Modifica al Tratado, firmado en la Ciudad de México el 23 de junio de 1995.

Con referencia al mencionado Protocolo, la Secretaría de Relaciones Exteriores emitió varios Comunicados, en los cuales menciona los resultados obtenidos durante las conversaciones sostenidas en las instalaciones de la Cancillería Mexicana, entre una Delegación de Expertos de los Ministerios de Relaciones Exteriores y Justicia del Gobierno de España, con sus contrapartes mexicanas, sobre los Alcances del Protocolo Modificatorio al Tratado de Extradición.

Siendo el ámbito de aplicación del Protocolo lo que nos ocupa en el presente trabajo de investigación, debido al carácter de Retroactividad que se le ha otorgado, contradiciendo así a lo establecido por el artículo 14 Constitucional, por lo que consideramos que la aplicación del Protocolo Modificadorio desde nuestro punto de vista es Inconstitucional.

CAPITULO I. SEMBLANZA SOBRE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para iniciar el desarrollo de este trabajo recepcional, resulta necesario enmarcar el tema dentro de un contexto histórico que nos señale los acontecimientos que dan origen o, como es el caso del tema de la presente investigación, sirven de fundamento.

El presente capítulo, tal y como se señala en el título, se refiere a las Garantías Individuales, de las cuales estudiaremos su origen, analizando la teoría clásica de los derechos del hombre el "Jus naturalismo", para lo cual hemos recurrido a las opiniones de Edgar Bodenheimer.

Las Garantías Individuales enmarcan Derechos, y estos derechos se traducen en libertades. A lo largo de la historia apreciamos la lucha del hombre por esas libertades, y la necesidad de su reconocimiento. Durante esta lucha encontramos el quehacer realizado por los pensadores y filósofos, quienes se ocuparon en definir y explicar el derecho basándose en la esencia humana, tomando en cuenta tres características excepcionales en el hombre: su racionalidad, su sociabilidad y su naturaleza política.

En la Escuela antigua, los filósofos sostenían que este es un derecho basado en la naturaleza del hombre como ser individual permanente y eterno. El contenido de este derecho es que hay un cuerpo de normas fundadas en la naturaleza humana. Los pensadores griegos estudiaron la gran variedad de leyes y costumbres de distintas naciones, concluyendo que en muchos casos no coincidían los conceptos de derecho y justicia, por lo que estos pensadores opinaban que no existían principios eternos e inmutables de derecho y justicia,

decían que estos conceptos cambiaban de acuerdo al tiempo, circunstancias y en razón del propio hombre. Estas opiniones eran sostenidas por los sofistas, entre ellos Trasímaco, quien decía que las leyes eran creadas por el hombre, y la justicia, es conforme a lo que le conviene al más fuerte. En cambio Calicles un expositor de la teoría aristotélica del superhombre, afirmaba que las leyes las hacían los hombres débiles y la multitud, porque estos eran la mayoría, pues el derecho natural del más fuerte contrastaba con la ley de la grey. Más tarde, doscientos años, Carneades (214-219 a.C.) de la escuela escéptica, afirmaba que todos los seres vivos son llevados por su instinto natural a buscar su ventaja personal. El sofista Pitágoras (411 a.C.) sostuvo que las leyes hechas por los hombres eran obligatorias y válidas sin consideración a su contenido moral.

En Grecia se creía que existen elementos en la naturaleza humana que son los mismos en todos los pueblos y tiempos, a estos elementos los denominaron *physis* que significa naturaleza, los cuales son de validez universal y encuentran su expresión en el derecho. Aunque también hacían mención a otro elemento inestable y variable que era producto de un acuerdo temporal de determinada comunidad política, a este elemento lo nombraron *nomos*, que significa norma creada por el hombre. Heráclito (535-475 a.C.) formuló el supuesto de un derecho divino y natural, distinto a las leyes de los Estados. Le siguió Hippias quien distinguió el derecho escrito el cual describía como el conjunto de reglas casuales sometidas al cambio, y el derecho no escrito el cual es dado por los dioses. Platón (429-348 a.C.) creía en la existencia de una idea eterna de justicia, pensaba que la armonía de una República en la que individuo y clase eran llamados a ocupar el lugar que les estaba destinado a desempeñar. Aristóteles (384-322 a.C.) hizo de un pronunciamiento positivo un cuerpo legislativo.

La idea de derecho natural alcanzó su pleno desarrollo hasta la aparición del estoicismo. La escuela estoica, fué fundada por Xenón (350-260 a.C.), entendía a la naturaleza como un principio regidor del universo identificándolo con Dios, y de carácter racional. Para Xenón el derecho natural era idéntico a la ley de la razón, teniendo en cuenta que si el hombre siendo parte de la naturaleza cósmica, es una criatura esencialmente racional, y es esta razón considerada como la base del derecho y la justicia. Por lo tanto, el hombre sea cual sea su nacionalidad y raza tiene en su ser la habitación de una raza divina, y sus postulados son obligatorios para todo el mundo. Desarrollaron una filosofía cosmopolita basada en la igualdad de los hombres quienes convivieron guiados por la razón divina, pensaban que había existido una etapa primitiva llamada "edad de oro" donde todos los hombres eran iguales, libres sin divisiones de clases o nacionalidades, desconocían instituciones, familias, esclavitud y cualquier forma de dominio del hombre por el hombre. Esta comunidad fué destruida por el egoísmo, la ambición y el ansia de poder. Frente a esto la razón tuvo que crear e inventar medios para hacer frente a la nueva situación de la humanidad degenerada. Esta tesis influyó en el desarrollo del derecho y la filosofía jurídica romana medieval, en la tesis clásica y en la Revolución Francesa.

El derecho natural en Roma adquirió un sistema práctico influenciado por los griegos y la tesis estoica. Cicerón (106-43 a.C) fué seguidor de la doctrina estoica, la justicia para él era la emancipación del derecho natural, y el verdadero derecho es la recta razón conforme a la naturaleza de aplicación universal, inmutable y eterna. Para ser justa una ley tiene que estar de acuerdo con los postulados morales fundamentales de derecho natural. Sin embargo, hay que recordar que en las etapas de Monarquía y República en Roma, existió la esclavitud y una marcada desigualdad social, así tenemos la distinción que hacen los jurisconsultos

romanos, del Jus Gentium, que era un cuerpo de normas, principios y costumbres, aplicábanse a los que no eran ciudadanos sino súbditos y extranjeros. Puede observarse también el desarrollo de las ideas humanitarias atribuibles a los conceptos estoicos del derecho y la igualdad naturales. En primer lugar afectó al status legal de la esposa romana y contribuyó a su gradual emancipación del marido, hasta lograr en el periodo imperial ser completamente independiente y poder divorciarse fácilmente y con entera libertad. También la relación entre el Paterfamilias y los hijos fué tomando formas más humanas prohibiéndose la venta de los hijos por los padres con la salvedad de extrema miseria, estableciéndose la obligación del padre de alimentar a sus hijos, así como el poder absoluto que tenía el padre de disponer de la propiedad de los hijos.

La Corriente Cristiana, se basó en el conjunto del universo expuesto en el Nuevo Testamento. En la Edad Media, la Iglesia dominó la filosofía jurídica, las ramas de la ciencia y el pensamiento. El derecho natural fué aislado de su íntima conexión con el universo físico trasplantado a la esfera espiritual, convirtiéndose en un derecho divino manifestado por la revelación. La Iglesia suponía que las reglas de derecho natural eran anteriores a la organización del Estado, y que ostentaban el carácter de verdaderas normas jurídicas; se vió influenciada por la corriente estoica, de la cual adoptó la distinción entre derecho natural absoluto, mencionando que todos los hombres son iguales, todos conviven en una comunidad libre bajo el amor cristiano; y el derecho natural relativo, que es un sistema de principios jurídicos adaptados a la naturaleza humana modificada por el pecado original, lo que derivó la obligación del trabajo y con ello la propiedad. Los padres de la Iglesia enseñaban que era preciso intentar aproximar al derecho natural relativo al derecho natural absoluto, siendo la Iglesia la encargada de esta labor. San Agustín (354-430) realza en su doctrina al derecho

absoluto, él dice que gobierno, propiedad y civilización son producto del pecado y la Iglesia como guardián de la ley eterna de Dios puede interferir en esas instituciones, tiene una soberanía plena sobre el Estado. Teniendo como justificación la necesidad de mantener la paz sobre la Tierra aplicando la ley. Santo Tomás de Aquino (1226-1274), sus pensamientos sobre cuestiones jurídicas y políticas muestran una influencia del sentir aristotélico, y distingue cuatro tipos de leyes: la eterna, natural, divina y humana. La parte más importante de la filosofía de Santo Tomás es la que se refiere a la ley natural, la cual es una expresión de la voluntad divina, esa voluntad ha sido dada a conocer al hombre no sólo por la revelación divina, sino por la propia razón humana. Esta tesis ha resucitado en nuestros días por los pensadores "neo-tomistas", quienes tratan de retornar a las ideas de la ley natural del medievo.¹

Después del oscurantismo de la Edad Media en que la Iglesia tenía inmersa a Europa, surge el protestantismo en el siglo XVI naciendo así la escuela clásica del pensamiento del derecho natural, que sostenía la concepción teológica de que Dios gobierna al mundo, pero reconoció la libertad de pensamiento y opinión del ser humano creando un espíritu de individualismo y liberalismo. Su ataque estaba dirigido al catolicismo y al sistema económico feudal. La teología protestante aceptaba que podía emplearse la razón humana para discernir los caminos y las intenciones de Dios. La Escuela del derecho natural sostuvo que podía describir el derecho por medio de la razón sólo por ella. Los defensores del derecho natural en la época clásica de la doctrina, creían que había un cuerpo de derecho eterno e inmutable que la razón humana podía descubrir y aplicar la reconstrucción de la sociedad y que sólo a causa de las supersticiones teológicas de la Edad Media, había dejado la humanidad de

¹ Cf. Bodenheimer, E. Teoría del Derecho. Sexta reimpresión. Traducción de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1979. 125-149 pp.

reconocer y aplicar esas leyes eternas en los siglos precedentes. Su precepto fundamental era que el hombre nace libre e independiente. No vivía originalmente en sociedad, pero había hecho un contrato con otros individuos para defender su vida y su propiedad. Por este contrato transfería a la sociedad a su vez, le garantizaba la protección de su vida y propiedad contra la invasión de otros individuos.

La doctrina del derecho natural encontró desde el principio un fuerte rival en otra doctrina, que algunos aspectos era producto de las mismas fuerzas políticas, económicas y sociales que contribuyeron a su nacimiento. Se trata de la doctrina de la "Razón del Estado", que recibió su formulación más influyente en los escritos del filósofo-político italiano Nicolás Maquiavelo (1469-1527), quien glorificó la omnipotencia del Estado y subordinó enteramente los principios éticos y morales en la vida pública a las necesidades políticas del Estado. Fue contemporánea a la emancipación del individuo en el continente europeo y surgimiento de los Estados nacionales soberanos e independientes que trataban de emanciparse del Imperio universal medieval. Esta emancipación fue parte de la lucha contra el feudalismo y las pretensiones totalitarias de la Iglesia.

Puede resumirse lo anterior en tres periodos en el desenvolvimiento de la escuela del derecho natural. La primera etapa del proceso de emancipación de la teología medieval y el feudalismo, se produjo después del Renacimiento y la Reforma, la señalan el protestantismo en el campo de la economía. A esta etapa corresponden las teorías de Groccio, Hobbes, Spinoza, Pufendorf y Wolff. El segundo periodo comienza aproximadamente con la revolución puritana de 1649, caracterizada por una tendencia hacia el capitalismo libre en la economía y al liberalismo de la política y la filosofía. A este periodo corresponden las opiniones de Locke y Montesquieu. La tercera etapa está señalada por una fuerte creencia en la soberanía

popular en la democracia. El derecho natural queda confiado a la voluntad general del pueblo, el representante más destacado de esta etapa fué Rousseau, cuyas teorías políticas ejercieron una gran influencia profunda en el desarrollo político de Francia, en tanto que la segunda etapa predominó en los Estados Unidos.²

La doctrina Jus naturalista defiende los derechos del hombre, considerando como tales el derecho a la vida, el derecho a la libertad, a la propiedad, como derechos fundamentales a los cuales el individuo no puede renunciar y que son oponibles al Estado, cualquiera que sea el tipo de gobierno en que se encuentra organizado. Pero no se encuentra algún documento en el cual se haga el reconocimiento enunciativo en forma de enlistado de los derechos fundamentales.

Remontándonos al documento más antiguo (del siglo XIII) considerado como punto de partida de la manifestación formal de los derechos humanos, la Carta Magna expedida el 15 de junio de 1215 por el monarca inglés Juan Sin Tierra, inmediatamente después de ser derrotado en Bouvines Roche-aux-Mines. El cual promete respetar las libertades individuales de seguridad personal y de libertad de comercio. Este documento destaca por lo mencionado en su artículo 29 que dispone: "Ningún hombre podrá ser detenido en prisión, ni desposeído de su tenencia, de sus libertades o libres usos declarado fuera de la ley, exiliado o molestado de manera alguna, sino en virtud de un juicio legal de sus pares y según la del país (Common Law)."³

La Carta Magna de 1215 permaneció vigente en Inglaterra durante varios siglos, pero la violación reiterada de los derechos que enmarcaba, provocó surgiera la llamada Petición de Derechos, acordada por Carlos I en 1628, con la cual se pretendía evitar que el pueblo

² Cf. *Ibid.* 150-154 pp.

³ Los Derechos del Pueblo Mexicano, (México a través de sus Constituciones) Doctrina Tomo I, Tercera edición, México, LJI Legislatura Cámara de Diputados, 1986, p. 181

inglés fuera gravado con imposiciones y subsidios arbitrarios. Posteriormente en el año de 1679 Carlos II "...concedió la Acta famosa del Habeas Corpus, que es una de las más preciosas garantías que disfrutan en Inglaterra bajo la denominación de:

- Igualdad ante la ley.
- Libertad de conciencia.
- Libertad individual.
- Inviolabilidad del domicilio.
- Libertad de trabajo.
- Derecho de propiedad.
- Libertad de imprenta.

Derecho de reunión y asociación".⁴ Otro antecedente, el cual ha influenciado especialmente a los países hispanoamericanos, son los distintos fueros españoles los cuales precisan el carácter de la autoridad (juzgados y tribunales) para intervenir en la defensa de los derechos humanos, deduciendo estos derechos del contenido de principios filosóficos y sociológicos, sin tener un enlistado en un documento de tales derechos. Dicha enumeración de los derechos humanos, se registra en documentos como lo son las distintas Cartas fundadoras de las Colonias inglesas de América y principalmente en la de Virginia en 1776, así como en la Declaración de los derechos del hombre y del Ciudadano de 1789 como consecuencia del triunfo de la Revolución Francesa.

⁴ Montiel y Duarte, *Estudios en Garantías Individuales*, quinta edición, México, Porrúa, 1991, p. 42.

La declaración de derechos de Virginia se contiene en un breve documento de dieciséis puntos, entre los cuales sobresale el primero: "Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes, los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún contrato privar o despojar a su posteridad; especialmente el goce de la vida y de la libertad, son los medios de adquirir y de poseer la propiedad y de perseguir y obtener la felicidad y la seguridad."⁶

Otros puntos que destacan: "...para evitar privilegios exclusivos (punto IV); elecciones libres y derecho al sufragio (punto VI); derecho a averiguar la causa y la naturaleza de una acusación, derecho al careo, juicio por jurado imparcial de vecinos, derecho a no declarar en su contra; privación de la libertad sólo por leyes del país o juicio de sus pares (punto VIII); prohibición de fianzas o multas excesivas o castigos crueles y desusados (punto IX); legalidad de las investigaciones (punto X), juicio por jurado en contiendas sobre propiedad y entre hombre y hombre (punto XI); libertad de prensa (punto XII); fuerza militar subordinada y gobernada por el poder civil (punto XIII); derecho al libre ejercicio de la religión, según los dictados de la Conciencia (punto XIX)."⁶

Por su parte la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano contiene igualmente derechos reproducidos en sucesivas declaraciones, destacándose su artículo 2º el cual menciona: "El objeto de toda sociedad 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."⁷

⁶ *Los Derechos del Pueblo Mexicano*, Orl. Cit. p. 182.

⁶ *Ibid.* p. 183.

⁷ *Id.*

De igual forma sobresalen las siguientes disposiciones: "...los hombres nacen libres en derechos, y las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la utilidad común (art. 1º); que toda soberanía reside esencialmente en la nación (art. 3º); que la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no dañe a otro y que por ello el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguren a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos, cuyos límites sólo pueden ser determinados por la ley (art. 4º); que todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido (art. 5º); que ningún hombre puede ser acusado, arrestado, ni detenido sino en los casos determinados en la ley y con las formalidades prescritas por ella (art. 7º); que nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida anteriormente al delito y legalmente aplicada (art. 8º); que todo hombre debe presumirse inocente mientras no sea declarado culpable (art. 9º); que nadie debe ser molestado por sus opiniones con tal de que su manifestación no turbe el orden público (art. 10º); la libre comunicación de las opiniones (art. 11º); que la fuerza pública está instruida en beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos a quienes es confiada (art. 12º); obligación de la contribución común (art. 13º); y que siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente justificada, lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización (art. 17º).⁸

Ante los antecedentes enumerados, los países de América (entre ellos México), quienes van logrando su independencia e influenciados, coinciden en la necesidad de dividir sus ordenamientos fundamentales precisando en una parte, generalmente al inicio del texto constitucional, con una declaración de derechos humanos o garantías constitucionales, y que

⁸ Id

doctrinalmente es referida como parte dogmática de esos instrumentos, y en la segunda parte estructural u orgánica en la cual se establece el sistema de gobierno, los órganos de éste, los principios fundamentales que reconocen al Estado, su funcionamiento, ya sea centralizado o federalizado, derechos u obligaciones de nacionales y extranjeros, y disposiciones varias ya no referentes a los derechos humanos reconocidos, sino a la organización del Estado y el funcionamiento de sus dependencias.

1.1 ANTECEDENTES NACIONALES

El desarrollo de los derechos humanos o garantías en nuestros documentos constitucionales, que adoptan las principales disposiciones de los documentos mencionados anteriormente (la Declaración de los Derechos de Virginia y la declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano principalmente), ejercen en el pensamiento de los habitantes de la Nueva España, el anhelo de libertad y de justicia, iniciándose una revolución social, con la idea de independencia en las distintas clases sociales de la Colonia (criollos, propietarios, comerciantes y campesinos, además de los miembros de las distintas castas producto de los mestizajes), quienes pensaban que el primer paso para alcanzar la libertad y con ello quitar las limitaciones que se tenían en el comercio y en la industria por parte de España, era precisamente separarse de la Corona y alcanzar de esta forma la Independencia.

Con la declaración de Independencia se acentúa en la figura de José María Morelos y Pavón, quien a decir de Mario de la Cueva, "...centró su lucha en remediar la miseria del pueblo mexicano, la igualdad del hombre sin distinción de raza o mestizaje. Y fué Morelos quien precisamente hizo el primer intento de crear una Constitución mexicana."⁹

⁹ Ibid p 14

El Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, que comúnmente es llamada Constitución de Apatzingan, jamás entró en vigor en el México Independiente. Su fecha de firma es el 22 de octubre de 1814, y la elaboró don José María Morelos. De este documento se destaca al artículo 24 que menciona: "...que el objeto de la Institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad, metas que deben perseguirse para llegar a obtener la felicidad del pueblo, como indica dicho documento, pero sin que se afirme que esos rubros son derechos del ser humano que obliguen o deban obligar al Estado que estaba por formarse."¹⁰ El resto del articulado hace referencia a otros propósitos que el documento enuncia y que ahora reconocemos como derechos, tales como el de audiencia, de la inviolabilidad del domicilio, los de propiedad y posesión, el derecho de defensa, la libertad ocupacional, la libertad de instrucción y la palabra e imprenta

La primera Constitución Mexicana que realmente rigió al país fué la Constitución Federal de 4 de octubre de 1824, la cual no contiene derechos del hombre, porque no enlista en un capítulo especial tales atributos, pero se pueden reconocer derechos otorgados en forma indirecta, al establecer prohibiciones al dictado de leyes o de mandamientos de autoridad que pueden afectar a los habitantes, de esa manera resultan libertades reconocidas.

El documento de las Siete Leyes Constitucionales del 30 de diciembre de 1836, hace referencia a los "Derechos del Mexicano", que señala algunas prerrogativas para todo aquéi que ostente la nacionalidad mexicana (exclusivamente), como el ser aprehendido o privado de la propiedad, llevado a cabo de casas y papeles, ser juzgado y sentenciado, el libre tránsito

¹⁰ *Ibid* p 187

de personas y bienes a otro país, y el derecho de expresión de ideas políticas sin previa censura.

La Constitución liberal de 1857, cuyo nombre oficial es Constitución Política de la República Mexicana, con fecha de expedición del 5 de febrero de 1857, hace un planteamiento riguroso de los derechos humanos: "El título I, sección I, lleva precisamente el rubro 'De los derechos del hombre', y en su artículo 1º dispone que el pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, y en consecuencia declara que todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga esta Constitución."¹¹

Esta sección se compone de veintinueve artículos, algunos de ellos han sido adoptados por nuestra actual Constitución vigente, referentes a la "libertad de enseñanza, libertad de trabajo, de manifestación de ideas, de escribir y publicación de libros, de derecho de petición, de reunión, de tránsito, de posesión y transporte de armas; la prohibición de las leyes privativas y juzgados o tribunales especiales; la prohibición de expedir leyes retroactivas, de celebrar tratados de extradición de reos políticos, de esclavos; así como convenios o tratados que alteren las garantías y derechos que ese mismo documento otorga al hombre y al Ciudadano; las molestias que no se apoyen en mandamiento escrito por autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. La prohibición de apresamiento por deudas de carácter civil, y el derecho y la obligación de la jurisdicción para administrar justicia. Enuncia los derechos para legalizar los apresamientos o, para procesar a los inculcados, y aplicarles las penas o, para imponer los arrestos y las multas. La prohibición de la tortura; los casos en los que se puede imponer la pena de muerte, las

¹¹ Ibid. p. 188.

instancias en los juicios criminales; la protección a la correspondencia y al domicilio, principalmente por la autoridad militar; la ocupación de la propiedad de las personas y los requisitos para ello. La prohibición a los monopolios y estancos; por último la suspensión de todas esas garantías en los casos graves de perturbación de la paz pública."¹²

1. 2 LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917

La Constitución de 1917 surge al término de un movimiento revolucionario trascendental, que llevó al país a crear un ordenamiento jurídico fundamental, el cual tenía que conjugar el deseo de libertad y justicia.

En un principio Venustiano Carranza en la adición al Plan de Guadalupe de 1914 pretendía que al triunfo de la Revolución, el primer Jefe convocará a elecciones para formar el Congreso de la Unión y reformar la Constitución de 1857. Sin embargo, para septiembre de 1916 había cambiado la situación militar y política del país, y ya no necesitaban sólo reformas, sino crear una nueva Ley fundamental. Como lo menciona el considerando que a continuación se transcribe, que forma parte del decreto del 15 de septiembre de 1916 emitido por Venustiano Carranza, en el que sostiene que "...es necesario convocar a un Congreso Constituyente por cuya conducta la nación entera exprese de manera indubitable su soberana voluntad, pues de este modo a la vez que se discutirán y resolverán en la forma y vía más adecuadas todas las cuestiones que hace tiempo están reclamando solución que satisfaga ampliamente sobre bases sólidas en tiempo relativamente breve, y en términos de tal manera que nadie se atrevera a impugnarlos."¹³

¹² *Id*

¹³ *Ibid.* Historia, T. I, p. 224.

Los artículos 4º y 5º del decreto mencionado ordenaban al primer Jefe convocar a elecciones para un Congreso Constituyente y presentar el proyecto de Constitución reformada para que se discutiera, modificara o aprobaran las reformas realizadas a la Constitución de 1857.

En su momento se comentó que esta Convocatoria carecería de legalidad al contravenir las disposiciones en primer lugar a la Constitución de 1857 y no seguir la forma establecida para su reforma, y en segundo lugar, como lo menciona Marío de la Cueva: "...a la luz de los principios de la teoría pura del derecho según fueron expuestos por la escuela vienesa, resultara que careció de validez formal."¹⁴ Sin embargo Carranza (comenta el mismo autor), teniendo conocimiento de esto defendió la legalidad de la revolución y la Convocatoria haciendo referencia a que el pueblo en ejercicio de su soberanía puede romper con el derecho preestablecido y crear un régimen nuevo. Lo cual se retoma en el artículo 39 de la Constitución del '17.

El Congreso Constituyente fué inaugurado el día 1º de diciembre de 1816, quedando en la Presidencia el C. Luis Manuel Rojas. El mencionado Congreso desde un principio se dividió en radicales que eran los revolucionarios (de quienes se comenta por algunos autores no tenían una preparación académica, eran personas sencillas, formados por la clase trabajadora y campesinos en su mayoría), entre los integrantes revolucionarios se encontraban Francisco J. Múgica, Luis G. Monzón, José Alvarez y José María Truchuelo; y los llamados renovadores (quienes formaban el grupo intelectual), entre ellos se encontraban los Licenciados Luis M. Rojas, José Natividad Macías, Fernando Lizardi Cravioto y el ingeniero Félix F. Palavicini.

¹⁴ Ibid. p. 225.

El proyecto de reformas presentado por Carranza al Congreso Constituyente -dice de la Cueva- no convenció a los legisladores debido a que no correspondía a los compromisos contraídos por la Revolución. Cuando se dió lectura al Proyecto de Constitución, los diputados se quedaron perplejos, por la pobreza de las nuevas disposiciones y porque no daba satisfacción a ninguna de las promesas revolucionarias: el artículo 27 se limitaba a hablar de los ejidos que restituyeran o dieran a los pueblos conforme a las leyes, y la fracción X del artículo 73 autorizaba al Poder Legislativo Federal para legislar en toda la República sobre trabajo. El artículo 28 en su primera parte, declaraba que en la República Mexicana no habría monopolios ni estancos, ni exención de impuestos, ni prohibiciones a título de protección a la industria; la fórmula traducía el viejo pensamiento de la economía clásica, si bien en su parte segunda facultaba al Estado para dictar las leyes necesarias para perseguir los acaparamientos de productos de consumo necesario, los actos encaminados a la libre concurrencia, los acuerdos o combinaciones que se propusieran suprimir la competencia entre industriales o comerciantes y exigir precios exagerados a los productos que fabricaran o vendieran y, en general, toda acción que pudiera constituir una ventaja exclusiva con perjuicio del público en general o de determinada clase social.¹⁵

Los diputados Constituyentes consideraron que el proyecto carecía de los ideales básicos de la Constitución y defraudaba a trabajadores, campesinos y a la clase media, regresando al liberalismo clásico, a decir de Octavio Hernández: "No era posible sostener por más tiempo el papel pasivo, meramente regulador, que las corrientes liberales atribuyeron al Estado. El Estado gendarme o guardián había demostrado su ineficacia -incluso en México - pese a la existencia de una Constitución generosa y liberal como la de 57."¹⁶

¹⁵ Cf. *ibid.* p. 228.

¹⁶ *Ibid.* p. 229.

De acuerdo a lo anterior, el Constituyente debía transformar la Revolución en derecho. Sin embargo el Congreso se convirtió en revolucionario no porque apelara al desorden y a la violencia sino porque transformó al mismo derecho. En opinión del mismo autor, México creó un derecho propio, con una doctrina exclusiva, distinta y diferente a todas las existentes. En la base de esa concepción hallábanse, por un lado, la experiencia histórica y por el otro un nuevo concepto: el de justicia social.

Retomando y sintetizando las opiniones de los autores citados en los párrafos precedentes, la Revolución tenía como finalidades conquistar la democracia entendiendo por esta la efectividad del sufragio popular (el voto), teniendo una renovación constante de los cargos públicos, y de esta manera evitar la dictadura para el caso de quien ocupe el cargo de Presidente de la república; y en segundo término establecer un ambiente de libertad económica, jurídica y política, en las que el pueblo tuviera injerencia directa y fuera partícipe en todas las áreas incluso en el poder, y de esta forma se lograra una sociedad democrática y por ende un mejor nivel de vida.

De ahí que se diga que la Constitución del '17, se adelantó a la visión filosófica que se tenía en su época, y se considera que "...sus notas específicas están de tal manera dibujadas, tienen trazos tan propios y colorido tan suyo, que su distinción...es profunda al grado que lo revolucionario de la Constitución, le viene, más que el movimiento político del que brotó, de su contenido, sistema, finalidades y expresión, que rompieron viejas amarras, acabaron con postulados inmovilizados por la tradición y revolucionaron auténticamente los principales conceptos constitucionales y políticos."¹⁷

¹⁷ *Ibid.* p. 231.

Por lo tanto la Constitución de 1917 es considerada como una nueva ley que recoge los ideales revolucionarios del pueblo, y no como una reforma de la Constitución anterior de 1857. Muchos autores mencionan que nuestra Carta Magna es la primera en el mundo en declarar y proteger la *garantías sociales*, debido a que tutela a las clases más desprotegidas como lo son los obreros y campesinos en relación a otros núcleos con quienes resulta estar en desventaja económica y social, dándole al Estado la tarea de equilibrar esta relación sin quitarle a los patrones, empresarios, comerciantes y banqueros los recursos para protegerse a sí mismos. Los derechos del hombre en nuestra Constitución, se dan en el momento en que el Constituyente establece en el artículo 39 última parte: "El pueblo tiene en todo momento el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno."

Es el pueblo quien integra a la nación, y este tiene el derecho a organizarse políticamente, manifestándolo en una Ley Fundamental y reconociendo los derechos fundamentales, así como la creación de la estructura del Estado. De esta manera los preceptos de la "...Constitución que crean los órganos de gobierno y fijan sus atribuciones, no otorgan al Estado facultades sobre o en contra del ciudadanos...y se traducen en obligaciones del gobernante o en límites a su actividad, límites que están señalados con precisión en la lista de derechos públicos individuales, llamados garantías individuales. La garantía de seguridad, y su eficaz vigencia de estos derechos públicos se encuentra en la existencia misma de la Constitución, en la estructura que ella da al Estado mexicano, en la adopción de la democracia, la división de poderes, la república, la representación, el federalismo y el municipio; en el ejercicio del sufragio; y, principalmente, en el juicio de amparo, garantía por excelencia, que imparte protección y tutela a la persona frente al Estado, y de modo reflejo

asegura la vigencia real de la Constitución y del orden legal ordinario, y su observancia por parte de las autoridades.”¹⁸

Se reconoce que la Constitución mexicana (como ya se ha mencionado anteriormente), es el primer documento de su especie, que aparte de hacer un reconocimiento de los derechos humanos que a lo largo de varios siglos se idealizaron en nuestro país y los elevó a garantías otorgadas al gobernado. Llamándosele de justicia social porque pretende armonizar los derechos del individuo con los derechos sociales a diferencia de la del '57, que era de carácter individualista. La posición de la Constitución vigente no es individualista ni completamente socialista, sino ecléctica, es decir, busca equilibrar los intereses del individuo con los del grupo.

Atendiendo a su contenido la Constitución se integra por dos partes: Dogmática y Orgánica:

a) La parte Dogmática, trata sobre los derechos fundamentales del hombre, nombradas como garantías individuales, que derechos que reconoce a los individuos, teniendo la obligación las autoridades de respetarlos, de lo contrario el gobernado puede inconformarse por medio del Juicio de Amparo.

b) La parte Orgánica, establece los cuerpos encargados de las funciones de gobierno del Estado a través de los Poderes de la Unión: el Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

La Carta Magna se encuentra también dividida en apartados, cuya función consiste en establecer de manera organizada, las disposiciones que dan forma a la misma. Tales apartados son:

¹⁸ Ibid. 233-234 pp.

- Título Primero: Establece las garantías individuales, la nacionalidad y ciudadanía mexicana, así como el régimen de los extranjeros en nuestro país.
- Título Segundo: Se refiere a la soberanía nacional y la forma de gobierno, así como las partes integrantes de la Federación.
- Título Tercero: Alude al principio de la División de Poderes y a su estructura e integración.
- Título Cuarto: Menciona los casos de los servidores públicos cuando incurren en responsabilidad así como las sanciones por faltas cometidas.
- Título Quinto: Se refiere a los Estados que integran la Federación y el Distrito Federal.
- Título Sexto: Contiene las consideraciones relativas al trabajo y a la previsión social.
- Título Séptimo: Menciona las prevenciones generales.
- Título Octavo: Establece el proceso para reformar a la Constitución.
- Título Noveno: Alude a la inviolabilidad de la Constitución.

Como última observación, la Constitución además de ser catalogada como social, por integrar los derechos sociales como conjunto de principios, instituciones y normas que en función de integración protegen, tutelan y reivindican a los que viven de su trabajo y a los económicamente débiles. La Constitución tiene el carácter de ser *política*.

A partir de la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, en la mayoría de la Constituciones se consignan estos derechos en la parte denominada como Dogmática, lo cual es característico de las Constituciones denominadas como políticas. "Las Constituciones políticas, en primer término, en la parte dogmática declaran y garantizan esos

derechos frente al poder público y, en segundo lugar, en su parte orgánica distribuyen las funciones del Estado.”¹⁹

Por lo tanto, la Constitución mexicana del '17 es considerada política porque establece en la parte dogmática las garantías individuales, las cuales resguardan los derechos del individuo de las arbitrariedades que las autoridades del poder público realicen en detrimento del gobernado, y mantener de esta forma el equilibrio entre el Estado y el individuo.

2. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

2.1. DEFINICIÓN DE ESTADO

Toda sociedad humana al evolucionar creó formas de organización política instituyendo un poder y un orden. Desde la sociedad más sencilla (tribus, clanes, imperios, polis, monarquías, feudos, hasta el siglo XVI momento en que aparece el Estado moderno como la organización más importante instituida por el hombre), encontramos una estructura social y política que permite su existencia.

De la variedad de teorías que tratan de explicar la esencia del Estado, sobresalen : la Corriente Idealista y la Corriente Realista.

1. La Corriente Idealista: se manifiesta en el campo del *Deber Ser*, parten para su análisis de las organizaciones político-sociales que han existido y que existen, criticándolas y pretendiendo que los Estados cambien su orden jurídico por lo que debería ser el Estado ideal. No dan un concepto científico, sólo se basan en el deber ser del Estado Ideal.

¹⁹ Trueba Urbina, A. La primera Constitución Político-Social del Mundo. México. Porrúa. 1971. p. 15.

La Corriente Realista da un concepto general de Estado y no persigue el ideal de Estado, se basan en la observación y en la inducción de que es el Estado, en la realidad. El Estado tal y como lo conocemos actualmente, es una forma de organización política en la que se han estructurado u organizado sociedades y naciones, dándoles seguridad al crear normas de derecho y garantizar el orden social.

Rojina Villegas define al Estado como "...una persona jurídica con poder soberano, constituida por una colectividad humana determinada territorialmente, cuyo fin (de dicha persona) es la creación y aplicación del Derecho al cual se encuentra sometida."²⁰

García Maynez define al Estado como "...la organización jurídica de la sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en un determinado territorio."²¹

En la formación del Estado observamos elementos constitutivos sin los cuales no existiría como tal. En opinión de Burgoa, son elementos formativos anteriores a su creación como persona moral o jurídica. Tales elementos son la Población, el Territorio y el Poder Soberano u Orden Jurídico Fundamental. El mismo autor señala que además existen elementos posteriores a la formación del Estado pero que son indispensables para que cumpla con sus finalidades: el Poder Público y el Gobierno.

Para comprender el concepto de Estado, y cumplir con la finalidad del presente trabajo, sin extendernos demasiado, realizaremos una breve referencia a los elementos formativos del Estado en general y en específico del Estado mexicano.

²⁰ Citado por Burgoa, I. Derecho Constitucional Mexicano. Novena edición. México. Porrúa. 1994. p. 237

²¹ García Maynez, E. Introducción al Estudio del Derecho. Cuadragésimotercera edición. México. Porrúa. 1992. p. 99.

A) Territorio.

Etimológicamente Territorio deriva de la palabra latina *terra* que significa tierra. Definida como "...la parte de la superficie terrestre sometida a la jurisdicción de un Estado, provincia, región o municipio."²²

Acosta Romero al referirse al territorio menciona que "...es la consecuencia del ejercicio de la soberanía del Estado, que establece sobre sus el mismo su imperio, y sus leyes determinan sus disposiciones y usos, dentro del Estado, está influenciada por los factores del medio ambiente geográfico como el suelo, el clima, la topografía, los mares, los ríos, los bosques, la caza e inclusive la demografía."²³

Entonces tenemos que el territorio nacional "...es la base geográfica de una nación comprendida dentro de sus fronteras, el espacio sometido a su imperio."²⁴

En general se considera que territorio es el ámbito espacial de aplicación de las normas jurídicas del Estado. En cuanto al ámbito geográfico, el territorio está comprendido en el espacio tanto terrestre, aéreo y marítimo dentro del que el Estado ejerce su poder, a través de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial.

El artículo 42 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, marca la integración del territorio nacional:

"Artículo 42.- El territorio nacional comprende :

I. El de las partes integrantes de la Federación;

²² Cabanellas Torres, G. Diccionario Jurídico Elemental. Séptima reimpresión. Buenos Aires. Heliasta. 1964. p. 297.

²³ Acosta Romero, M. Segundo Curso de Derecho Administrativo. Segunda edición. México. Porrúa. 1993. p. 164.

²⁴ Cabanellas Torres, G... Ob. Cit. p. 297.

- II. El de las islas incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;
- III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en el Océano Pacífico;
- IV. La plataforma continental y zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;
- V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional y las marítimas interiores, y;
- VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional.”

Respecto al ámbito espacial del territorio, es el referido a las dos esferas de competencia del Estado: la Federal y la Estatal. Estas esferas a decir de Burgoa no se demarcan territorialmente sino por la materia en relación con la cual las mismas funciones se ejercitan. La Constitución marca la realización y funcionamiento de las autoridades federales en su jurisdicción y señala la competencia de las autoridades locales o estatales por exclusión, de acuerdo a lo señalado por el artículo 124 del ordenamiento fundamental:

“Artículo 124.- Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados.”

B) Población o Nación.

La población la forman todos los hombres que pertenecen a un Estado. Es el elemento humano del Estado, hacia quienes está dirigida la actividad del Estado.

“La población es un grupo humano que reside en un cierto espacio guardando con éste una simple relación física...cuando al grupo lo une un conjunto de factores de los que participan sus componentes y que se determinan por causas culturales (historia, tradición y

costumbres) o geográficas y económicas, la población asume la calidad de comunidad, pudiendo comprender aquélla varias comunidades distintas. La comunidad es una forma vital superior a la simple población, y se convierte en nación. Una nación es una comunidad de gentes que admiten como la historia los ha hecho que valoren su pasado.”²⁵

De la anterior cita, advertimos el papel que la población tienen en el Estado, y cómo al tener características en común los habitantes de una comunidad se identifican y agrupan gradualmente hasta decidir formar un pueblo o nación, (desde el punto de vista sociológico estos conceptos pueblo y nación son equivalentes). De tal manera que el pueblo como elemento humano es anterior al Estado, y este es resultado del primero.

Acosta Romero distingue entre Estado y Nación, mencionando que “...la nación comprende un sin número de aspectos de la vida humana, ejerce una influencia sobre casi todas las actividades del hombre, es una especie de atmósfera colectiva que circunscribe impregna un sin fin de conductas en nuestra existencia, en cambio, el Estado es sólo una organización pública, armazón jurídico, el órgano formalmente establecedor del Derecho, aplicador de éste. El Derecho es su vida dinámica, que comprende sólo cierto número de aspectos determinados de nuestra vida, y nada más.”²⁶

El mismo autor refiere que etimológicamente Nación deriva de la palabra latina *natio* que significa nacer y que en generales un conjunto de personas, organizado bajo tradiciones históricas, de costumbres, usos, idioma, creencias y que habla el mismo idioma y también que sus integrantes tienen un lugar común de nacimiento que es el propio territorio.

²⁵ Burgoa, I... Ob. Cit. p. 39.

²⁶ Acosta Romero, M... Ob. Cit. p. 196.

La población de un Estado se encuentra compuesta por los nacionales, que son los habitantes que se encuentran dentro del área territorial en la que el Estado ejerce su potestad, pero existen también otro tipo de pobladores no originarios de este territorio, sino de otro similar a los cuales se les denomina extranjeros. La población del Estado mexicano está compuesta por dos grupos generales a saber, el mayoritario que es el nacional, y el minoritario integrado por extranjeros o extranacionales.

El ser humano está sometido por el Estado en cuanto a su persona, sus bienes y sus hechos. En cuanto a su persona a través de su domicilio, nacionalidad, origen y lugar en que se encuentra. Siendo estos elementos de sujeción o puntos de conexión porque vinculan al hombre con la norma jurídica. A la nacionalidad se le da el carácter de conexión.

Niboyet define a la nacionalidad como un vínculo jurídico y político que relaciona a un individuo con el Estado. Este concepto cayó en desuso porque de la interpretación se desprende que *individuo* excluye a las personas morales y a las cosas, sólo contempla a las personas físicas; *vínculo jurídico* este término es erróneo porque es exclusivo del concepto de la ciudadanía, y no todos los nacionales son ciudadanos, excluye a los menores de edad; y *jurídico* es un término amplio y exclusivo del concepto nacionalidad.

El concepto de nacionalidad se establece por el derecho interno del Estado, el cual fija los criterios para considerar a los nacionales que componen al Estado, por lo tanto se le considera a la nacionalidad como un acto jurídico normativo establecido por el poder constituyente mismo que tiende a integrar al cuerpo político del Estado, segregando de él a los individuos que por causas variables y muchas veces circunstanciales no deben formarlos.

Existen dos teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la nacionalidad atendiendo a las voluntades que en ella intervienen: la primera considera a la nacionalidad como un contrato sinalágmatico que liga al individuo y al Estado. La segunda, le da a la nacionalidad la categoría de un acto unilateral del Estado comprendido dentro del derecho público interno. La voluntad del Estado manifestada a través de los actos jurídicos de derecho internacional o derecho interno es una facultad discrecional del Estado que se ejerce en la forma que los gobernantes estiman más conveniente para los intereses estatales (aunque sin anular de una manera absoluta los derechos de los gobernados) pudiendo el Estado al ejercer su facultad discrecional darle o no relevancia a la voluntad de los particulares.

La salida de nacionales al extranjero representa una disminución del elemento humano nacional de ese Estado y le hace adoptar a este una actitud defensiva que le permite conservar el nexo con los que abandonan su territorio.

La llegada de extranjeros al territorio de un Estado no constituye un enriquecimiento del elemento humano nacional sino fuera acompañado del *Jus Soli*, es decir si un Estado de inmigración intensa no adopta medidas que le permitan naturalizar a los extranjeros que en gran número llegan a su territorio corre peligro su existencia.

A través del factor demográfico se manejan los movimientos migratorios y a través de estos los Estados utilizan los sistemas de atribución de nacionalidad que son: *Jus Soli*, *Jus Sanguinis*, *Jus Domicili* y *Jus Optanti*.

1. *Jus Soli*: Por medio de este sistema se atribuye al individuo desde su nacimiento la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació.

2. *Jus Sanguinis*: Por medio de este sistema se atribuye desde su nacimiento la nacionalidad de sus padres. Son vínculos de la sangre los que imprimen al individuo una identificación con sus parientes consanguíneos además los lazos de la sangre cualifican a un sujeto como nacional de un Estado y como recién nacido por la ley natural está imposibilitado para manifestar su voluntad sobre la nacionalidad que debe corresponderle, el Estado es quien le atribuye dicha nacionalidad.
3. *Jus Domicili*: Se concibe como un discutido derecho del país donde el extranjero ha fijado su domicilio por varios años para imponerle su nacionalidad. Sin embargo no se ha adoptado este sistema porque aún no alcanza la madurez suficiente, y porque miembros muy importantes de la sociedad internacional no están todavía persuadidos de la existencia a favor de los Estados de una facultad de interponer su nacionalidad al domiciliado. (Ningún país lo maneja en la actualidad.)
4. *Jus Optanti*: Sistema de la opción, cuyas características son necesariamente mixtas, el Estado otorga una nacionalidad de origen, bien con fundamento en el Jus Soli o en el Jus Sanguinis o combinando ambos, pero el otorgamiento de esta nacionalidad es provisional hasta que el sujeto tiene la capacidad volutiva requerida por la ley para manifestar su deseo de pertenecer a un país y por lo tanto para adquirir una nacionalidad definitiva.

El nacimiento de una persona constituye un punto de partida para considerarlo como nacional de un Estado, de esta manera se da cumplimiento a la regla de que todo individuo debe poseer una nacionalidad desde su nacimiento. Este individuo por virtud de su edad se le impide manifestar su voluntad que lo ligue con un Estado determinado, por ello el país interesado en él sustituye su voluntad omisa y le señala una nacionalidad que por ser la primera se conoce con el nombre de nacionalidad originaria, la cual se encuentra

contemplada en la Constitución y en la Ley de Nacionalidad. La suplencia la hace el artículo 30 Constitucional inciso A) por medio de dos sistemas el Jus Soli y el Jus Sanguinis.

“Artículo 30.- La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A) Son mexicanos por nacimiento:

- I. Los que nazcan en territorio de la República; sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.
- II. Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos, de padre mexicano o de madre mexicana.
- III. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas sean de guerra o mercantes.”

El mismo artículo en el inciso B) señala la nacionalidad no originaria conocida como naturalización.

“B) Son mexicanos por naturalización:

- I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores carta de naturalización.
- II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos y tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional.”

Arellano García , define a la naturalización como : “la institución jurídica en virtud de la cual una persona física adquiere y disfruta de la condición jurídica de nacional con las

modalidades propias de los que no poseen nacionalidad originaria en su caso en virtud de la adquisición de la nacionalidad de un Estado con posterioridad al nacimiento."²⁷

Se le considera como una institución jurídica porque a través de esta se realizan una serie de relaciones jurídicas, en otras palabras, engendra no sólo una relación entre sujetos, sino que da lugar a una serie de nexos entre diversos tipos de sujetos. Verbigracia, se establece una relación jurídica entre el Estado en el que se obtiene la nacionalización y el sujeto naturalizado, el cual queda como nuevo súbdito de ese Estado. El sujeto naturalizado establece una relación jurídica con los demás nacionales, los no nacionales y autoridades que deberán reconocerle su nuevo atributo.

C) Poder Soberano o Soberanía.

El *poder* es un elemento básico para la existencia del Estado y del Derecho. Todas las organizaciones político-sociales son modelos que parten del poder, el cual es un fenómeno que se manifiesta en casi todas las relaciones sociales, como una imposición de la voluntad.

Como ya hemos mencionado anteriormente, la sociedad al organizarse política y jurídicamente adquiere la categoría de Estado, éste debe garantizar un orden dentro de la sociedad, para lo cual crea un conjunto de normas de derecho tendientes a guardar ese orden convirtiéndose en autoridad, siendo el Estado el titular del poder social, también conocido como poder soberano.

La definición de soberanía ha resultado ser muy debatida, debido a las diferentes concepciones que se le han dado. Por ejemplo el de autarquía dado por Aristóteles, sinónimo de autosuficiencia; *maiestas, potestas o imperium* (que significa fuerza de dominación y

²⁷ Arellano García, C. *Derecho Internacional Privado*. México. Porrúa. 1981. p. 320

mando del pueblo romano), dadas en Roma; en la Edad Media se hablaba de supremacía, hegemonía o prevalencia; en las corrientes del pensamiento jurídico de los siglos XVII y XVIII se comienza a hablar de soberanía nacional o del pueblo, sostenidas por Locke, Montesquieu y Rosseau; el pensamiento del siglo XIX compartía el sentido de la soberanía que reside totalmente en los ciudadanos.

Así como se le ha denominado de distintas formas, se le ha dado diversas significaciones lo cual ha ocasionado, a decir de Burgoa que unos consideren a la soberanía "...como poder permanente al pueblo o a la nación y otros como atributo característico del poder del Estado. Lo cual provoca indiscutiblemente...una discrepancia conceptual que para nosotros es irreconciliable, pues nunca puede ser lo mismo la soberanía popular o nacional y la llamada 'soberanía estatal' que en nuestra opinión no existe..."²⁸

El mismo autor define a la soberanía como la derivación "...de una conjunción super-omnía, o sea sobre todo, es un atributo del poder del Estado, de esa actuación suprema desarrollada por y dentro de la sociedad humana, que supedita todo lo que en ella existe, que subordina todos los demás poderes y actividades que se despliegan en su seno."²⁹

El tan ya recurrido autor, cita la definición que al respecto da Jellinek quien opina que la soberanía radica en el pueblo y que no reconoce ningún otro poder superior a sí, es el poder supremo e independiente. Dándole a este concepto dos características principales:

1.- La imposibilidad de que exista un poder superior a ella dentro del Estado, lo cual le da el carácter de autónomo pudiendo crear sus propias normas para regir su vida interior, y;

²⁸ Burgoa, I. Derecho Constitucional... Ob. Cit. p. 241.

²⁹ Burgoa, I. Las Garantías Individuales. 2da. Edición. México. Porrúa. 1996. p. 156.

2.- Exteriormente no depende de ninguna otra potestad, es independiente, pues sus relaciones con otros Estados no está supeditado a ellos.

Además de estas dos principales características, la soberanía es limitada y determinada, es también inalienable e indivisible. La limitación se da en función de las restricciones que el Estado le impone a sus autoridades en el ejercicio de su actividad, en la que desempeña la soberanía del pueblo. Por lo tanto, el Estado se autolimita y de esta manera se tiene el control de la actuación arbitraria e ilegal de sus órganos autoritarios. Esta facultad de autolimitación se encuentra prevista en el artículo primero constitucional, y en todo el derecho positivo el cual complementa a las garantías constitucionales. De igual forma el Estado se autodetermina, es decir selecciona él mismo la manera de constituirse y el sistema de su funcionamiento.

La inalienabilidad e indivisibilidad de la soberanía se dan en los postulados de Rousseau, quien de acuerdo a la fuente consultada, establece que ésta equivale a la voluntad general, la voluntad del pueblo o nación, que resulta del pacto social mismo, o sea, del momento en que deciden formar una organización social, política y jurídica, es decir, forman un Estado; esta decisión surge del poder del pueblo o nación que se deposita en el Estado, en el cual se convierte en un ente soberano. El artículo 39 Constitucional señala que:

“Artículo 39.- La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo momento el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su Gobierno.”

Como lo hemos indicado en varias ocasiones en el punto que nos ocupa, la nación que se constituye en un Estado, necesita de un ordenamiento normativo el cual organice la vida

y las funciones del pueblo. Para crearlo el Estado establece un poder llamado constituyente, este poder, crea la Constitución que habrá de regir y estructurar fundamentalmente al sistema de gobierno del pueblo a nivel jurídico y político. Este poder para lograr establecer un orden constitucional debe ser: supremo, es decir que se puede imponer por sobre los otros poderes que se desarrollen individual o colectivamente dentro de una comunidad. Debe ser coercitivo, teniendo capacidad de sometimiento al régimen que establezca y; debe ser independiente, es decir, no debe estar subordinado a fuerzas exteriores o ajenas al pueblo o nación, que si se diera el caso ya no sería poder constituyente.

Claro está que el poder constituyente pertenece al pueblo, pero éste, para crear el ordenamiento fundamental, no puede ejercitarlo por factores que se pueden entender como lo son el gran número de personas que componen a la nación, el territorio que abarca, la diversidad de comunidades y pensamientos sociales, etcétera, lo cual haría imposible una labor así. De tal manera que el ejercicio del poder constituyente debe delegarse, y esta delegación se lleva a cabo por medio de representantes populares, que al unirse forman lo que se conoce como Congreso o Asamblea Constituyente, y cuya misión única consiste en elaborar una Constitución a nombre del pueblo.

El Estado a parte de la obligación que tiene de crear una Constitución, tiene además una finalidad intrínseca a su naturaleza, nos referimos a su actividad, la cual debe estar investida de un poder llamado público o poder estatal, el cual debe encontrarse sometido al orden jurídico fundamental del cual deriva. El Estado realiza sus funciones a través de tres formas: la legislativa, la administrativa o ejecutiva y la judicial; quienes realizan actos de autoridad (actos de poder público) con características de imperatividad, unilateralidad y coercibilidad.

La creación de los órganos del Estado la encontramos en el derecho fundamental o Constitución, la cual señala la función a desempeñar y su competencia, a estos se les conoce como Constitucionales y originarios. Hay otros órganos del Estado que se les denomina como legales o derivadas, a quienes se les fija su función y competencia por un acto legislativo ordinario; por último existen los órganos del Estado que por su composición son individualizados o colegiados. Los individualizados pueden ser constitucionales o legales, su integración la absorbe una persona llamada funcionario; los colegiados se componen de varios sujetos, aisladamente considerados, los representan, ni bajo la misma consideración, realicen las funciones que tienen normativamente encomendadas.

Los órganos del Estado presentan una organización jerarquizada lo cual se puede corroborar en aquellos que se dedican a las funciones administrativas y jurisdiccionales.

La definición de órgano del Estado citada anteriormente, establece que es un ente impersonalizado, lo cual permite que una persona este al frente de tal órgano, quien será su titular y es necesario que se designe al titular para que realice su actuación particular llamado por los doctrinarios acto-condición. "El titular puede ser legítimo o ilegítimo, según el acto-condición se haya o no ceñido a las reglas jurídicas que lo rijan, mientras que el órgano en sí puede ser competente o incompetente conforme tenga o no facultades constitucionales o legales para desempeñar una función pública y los actos específicos en que ésta se manifieste."³⁰

La Constitución Política como ordenamiento normativo fundamental del Estado Mexicano se encarga de organizar, legitimar y limitar al poder del Estado. Esta organización del poder determina la composición de los órganos de ejercicio las funciones y ámbitos de

³⁰ Burgoa, I. Derecho Constitucional... Ob. Cit. p. 246.

competencia de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Al respecto el artículo 41 del ordenamiento citado menciona:

“Artículo 41.- El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y en las particulares de los estados, los que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.”

La limitación del poder no solamente consiste en que los órganos del Estado en su ejercicio se comparten en estricto apego a la norma suprema, sino que ella misma y la voluntad popular, les otorguen el reconocimiento para gobernar. La limitación al poder va enfocada a evitar el abuso que puede hacerse de éste. Se limita el poder mediante la determinación de sus facultades y el ámbito de su ejercicio.

El artículo 49 Constitucional establece el principio de la División de Poderes, cuya finalidad es precisamente evitar el abuso del mismo, varios autores señalan que en relación a este principio de separación de poderes, obedece sólo al ejercicio de las funciones.

“Artículo 49.- El supremo poder de la Federación se divide para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo en el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.”

3. DEFINICIÓN DE GARANTÍA INDIVIDUAL.

La palabra Garantía denota un concepto muy amplio y con diversos significados dependiendo de la materia de que se trate. En general Garantía significa *seguridad y protección*.

En el Derecho mexicano, dentro de la materia Constitucional, Garantía se utiliza para enunciar los derechos fundamentales del hombre, los cuales, de acuerdo a la teoría clásica de los derechos del hombre, están basados en la propia naturaleza del hombre. Los derechos humanos nos lleva a la idea de libertad. Juventino V. Castro al referirse al concepto de libertad, señala que debemos distinguir la libertad como concepto filosófico de la libertad jurídica. En la libertad filosófica se debe tratar por separado la libertad de querer y la de actuar, "...la primera forma...se refiere a una situación en la cual la persona esta exenta de una inclinación necesaria para tomar una decisión de elegir. Técnicamente es una referencia al libre arbitrio o libre albedrío. La libertad de actuar significa la ausencia de condicione y le límites para autodeterminarse."³¹

El mismo autor cita a García Maynéz para explicar la libertad jurídica en cuanto a los derechos humanos, mencionando que existen dos posiciones: la primera en sentido negativo, dándole el derecho al individuo de optar entre la ejecución o la omisión de comportamientos que no estén prohibidos ni ordenados; y la libertad jurídica en sentido afirmativo, siendo la posibilidad de optar lícitamente entre el ejercicio y el no ejercicio de nuestros derechos subjetivos de primer grado, es decir, los que no derivan de nuestros propios deberes.

³¹ Los Derechos del Pueblo Mexicano. Ob. Cit. Doctrina. T. I. p. 177.

Nuestra Constitución hace referencia textual de los derechos humanos con el nombre de libertades: libertad de procreación (art.4º), libertad de trabajo (art.5º), libertad de expresión (art.7º), libertad de culto (art.24) y, libertad de concurrencia (art. 28).

Otra forma de denominar a las garantías individuales, son los derechos del gobernado, que se traduce en un freno a la actuación de la autoridad que pretenda rebasar su marco legal establecido a sus atribuciones en contra del gobernado. En opinión de J. V. Castro, en sentido estricto las garantías individuales no son equivalentes con los derechos humanos ni con los derechos del gobernado "...puesto que es confusa la utilización de este término -aun dentro del campo estricto del derecho de amparo- cuanto que la federación, las personas morales oficiales y otros organismos públicos pueden, de acuerdo a la Constitución y a las leyes reglamentarias, interponer la acción de amparo, y de manera alguna podríamos referirnos a ellos pretendiendo que son gobernados."⁸²

Siguiendo las observaciones del autor citado, los derechos públicos subjetivos, (otra de las formas con las que se identifica a las garantías individuales), son más bien una contraposición de los derechos subjetivos privados, una de cuyas diferencias podría ser en beneficio particular, sino precisamente por su alta calidad de humanos.

Burgoa explica a los derechos públicos subjetivos no como el concepto Jus naturalista de los derechos del hombre, sino con la influencia del pensamiento kelseniano, mencionando que "...la fuente del derecho subjetivo es la norma jurídica objetiva, sin la cual no puede existir. En cambio, para los jusnaturalistas los derechos del hombre son anteriores y superiores a todo orden jurídico positivo. Lo que para el jusnaturalismo es un 'derecho' del hombre, para nosotros es una exigencia deontológica que se traduce en un ideal, fincado en

⁸² Ibid. p. 180.

la naturaleza humana, y que debe cristalizar en su reconocimiento jurídico normativo si el orden de las potestades libertarias naturales del hombre, los erige a la categoría de 'derecho subjetivo', por lo que lo 'jurídico' de esas potestades, o sea, su respetabilidad coercitiva e imperativa, deriva de la norma reconocitiva y no de ellas mismas."³³ Sostiene que las garantías individuales se han reputado históricamente como aquellos elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público. La potestad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto a las prerrogativas fundamentales del hombre, tiene la naturaleza de un derecho subjetivo.

Por último haremos referencia al término de garantías constitucionales, el cual determina los derechos correspondientes a las personas contemplados a nivel constitucional.

Isidro Montiel y Duarte señala que "...todo medio consignado en la constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía, aún cuando no sea de las individuales."³⁴

Héctor Fix Zamudio explica el concepto de garantía individual como una protección procesal inspirándose en los juristas italianos que en su muy personal opinión desarrollaron una teoría admirable de las garantías constitucionales en sentido estricto entendidas como instrumentos procesales para lograr la efectividad de las normas de la Constitución. Menciona que se debe considerar el estado actual de la doctrina y el de ciertos textos constitucionales latinoamericanos, es preciso distinguir entre los derechos del hombre consignados en la ley suprema y las 'garantías' de tales derechos, que no son otra cosa que los medios procesales por conducto de los cuales es posible su protección y eficacia. Del mismo

³³ Las Garantías Individuales. Ob. Cit. p. 179.

³⁴ Montiel y Duarte, l... Ob. Cit.. p. 26.

modo establece que no es correcto darle la calificación de individuales a los derechos del hombre puesto que actualmente estos derechos han adquirido una trascendencia social, es decir, que paralelamente a los que tradicionalmente se han asignado al individuo, han surgido otros derechos que contemplan a la persona humana pero en su integración con los diversos grupos sociales que componen a la sociedad moderna.⁸⁵ Burgoa concuerda con las ideas del autor señalado al mencionar que las mal denominadas garantías individuales "...no se consignan únicamente para el hombre o persona física, ni sólo protegen sus 'derechos', sino que se extienden a todo ente jurídico distinto del ser humano en cuanto tal, que se encuentre en la situación del gobernado."⁸⁶

3.1 ESTABLECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN UN ORDENAMIENTO JURÍDICO

Existen tres corrientes al respecto:

1. *Tesis Jusnaturalista*: Señala que dada la naturaleza del propio hombre, desde que es concebido tiene derechos que le son inseparables por su propia naturaleza. Circunstancias necesarias para el desarrollo de su propia personalidad. Y que son anteriores a cualquier posible ordenamiento, por lo tanto el Estado tiene la obligación de incorporarlos a su ordenamiento jurídico.

Como consecuencia de la tesis Jusnaturalista surge:

2. *Tesis del Reconocimiento*: Esta tesis (de acuerdo con la tesis anterior), establece que el Estado tiene que reconocer los derechos naturales del hombre e incorporarlos al régimen

⁸⁵ Cf. Fix Zamudio, H. Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos. 1988. México. Miguel Angel Porrúa. p. 59

⁸⁶ Burgoa, J. Las Garantías Individuales... Ob. Cit. p. 164.

constitucional, es decir, una vez que se conceden los derechos de los gobernados, se tienen que manifestar por escrito y legalizarlos en nuestra Carta Magna (la Constitución), para el reconocimiento del Estado y de todas las autoridades gubernamentales. De ahí que se le denomine tesis del reconocimiento, porque el Estado reconoce a los gobernados ciertos derechos, los cuales debe respetar, reconocer y cumplir.

3. *Tesis del Otorgamiento*: Indica que el hombre desde que nace no tiene ningún derecho que oponer frente al Estado. Sin embargo el Estado para lograr la felicidad de los gobernados reconoce que es necesario el otorgamiento de ciertos derechos requeridos para tal fin.

De las anteriores tesis citadas, es importante señalar a cual de ellas se acoge nuestra Ley Fundamental, y es precisamente la *Tesis del Otorgamiento* la que recoge dicha Ley de acuerdo a lo que establece el artículo 1º Constitucional.

“Artículo 1º.- 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.”

Es importante señalar que el Estado no otorga las garantías sino la propia constitución, las como potestad soberana, teniendo el Estado la obligación de respetar y cumplir.

3.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

El maestro Alfonso Noriega en su libro “La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917”, explica la naturaleza jurídica de las libertades declaradas en dicho ordenamiento y, el legado que contiene de la anterior constitución de 1857, siendo su esencia el carácter de derechos del hombre, que no se funda en una teoría específica del derecho

natural, sino en la convicción de que el hombre por el simple hecho de serlo tiene derechos propios frente al Estado. Tampoco acepta la tesis positivista que fundamenta a las garantías individuales, la cual señala que estas son sólo derechos que el Estado concede u otorga a los ciudadanos y, se opone al formulismo kelseniano que señala que fuera del orden jurídico estatal no existe el derecho. Juventino V. Castro sintetizando el pensamiento del referido autor señala que para Noriega el positivismo llega a sus más extremas consecuencias, acentuando de manera firme y definitiva la supremacía del Estado y por lo tanto del Derecho. Noriega en su obra ya mencionada, señala que la doctrina mexicana está influenciada por el positivismo jurídico y el formulismo kelseniano, dichas corrientes jurídicas son acogidas por juristas mexicanos, y analiza la postura de tres de ellos, que ha considerado de trascendencia, pues han impartido la cátedra de esta materia y por lo tanto, han formado seguidores de éstas doctrinas, con las cuales Noriega no simpatiza según sus propias palabras: "Estos conceptos -debo confesarlo- me producen un sentimiento de horror ante las trágicas consecuencias de afirmar y propugnar estas doctrinas jurídicas en que el bien y la justicia dependen de un mandato del Estado, han sufrido percibidos por grandes juristas contemporáneos que han dado la voz de alarma y se han detenido a considerar su peligrosidad en el campo de la teoría, por su carácter nihilista y estéril, y en el de la vida política, por sus tremendas consecuencias."³⁷

Concluye diciendo que los derechos del hombre y las garantías individuales son derechos naturales inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el Estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la

³⁷ Garantías y Amparo. México. Porrúa. 1993. p. 21.

creación de un orden jurídico y social, que permite el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social.

En primer lugar nombra a Narciso Bassols, de quien reproduce el pensamiento que manifestaba en sus cátedras. De acuerdo a sus ideas, consideraba que el auge de la doctrina del derecho natural, si bien había sido el primer paso para la justificación y el contenido de los derechos del hombre, actualmente ya se encuentra superada. Para él la teoría del Jus naturalismo ya no tiene vigencia, quedó atrás su fundamentación, que se basaba en que el Estado le reconoce al individuo sus derechos y que estos son anteriores al surgimiento de éste. Desde el punto de vista estrictamente científico (menciona) no se puede aceptar que los derechos del hombre tengan el carácter de naturales, universales, inalienables e imprescriptibles y menos aún que sean anteriores al Estado, puesto que estas observaciones han perdido vigencia; y que estos derechos han evolucionado conforme se transforman las teorías que sustentan la formación del Estado (principalmente de elementos que forman a esta organización político-social con atributos como la Soberanía y el problema de la autolimitación del poder).

Respecto a la esencia jurídica, explica que las garantías individuales son la consecuencia de un acto de autolimitación del Estado, y adquieren realidad y vigencia cuando se les dota de sanción y se les consigna en el derecho positivo. Los derechos individuales están determinados por las fórmulas que el mismo Estado establece, y que por lo tanto no tienen el carácter de anteriores al Estado. En cuanto a su contenido las define como: "...un conjunto de normas éticas provistas de sanción jurídica que derivan su validez del derecho positivo."³⁸

³⁸ Noriega C., A. La naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917. México. UNAM. 1967. p. 21

Para dejar más clara su postura, hace una comparación entre el artículo 1º de la Constitución de 1857 y el de la Constitución de 1917, en la primera Constitución se reconocía que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, o sea que son inherentes al hombre y anteriores al Estado, mientras que en la Constitución de 1917 en el mismo artículo se menciona que en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución lo cual declara autolimitaciones del Estado dotadas de sanción jurídica y consignadas en ese ordenamiento fundamental como concesiones del derecho positivo a los gobernados.

Noriega analiza el pensamiento de Vicente Peniche López, de quien dice fué discípulo de las ideas de Bassols, y su profesor de la materia que nos ocupa. Peniche López explica el concepto clásico de los derechos del hombre en base al Estado guardián de *laisser-faire*, *laisser-paisser*, en donde el Estado sólo vigila el orden, el cual dice que ya ha sido desterrado en todos sus aspectos, tanto en el derecho innato del hombre, como en su sentido individualista, y ahora el Estado ha adoptado una actitud activa. Sin embargo el reconocimiento de estos derechos tiene un interés eminentemente humano. Considera que las normas que declaran los derechos públicos individuales, son el resultado de la solidaridad social que el Estado, al dotarlas de sanción, las incorpora al derecho positivo y otorga a los particulares.³⁹

Noriega sostiene que estos dos autores son eminentemente positivistas mientras que por el lado del formulismo kelseniano se encuentra Ignacio Burgoa.

Burgoa en su obra de "Las Garantías Individuales", analiza la naturaleza de estas mismas, y hace una comparación entre los artículos 1º de la Constitución de 1857 y la de 1917,

³⁹ Cf. *Ibid.* p. 23.

donde la primera contenía una declaración de carácter dogmático, en el sentido de que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. Coincide con Bassols, en decir que esta declaración es consecuencia del jusnaturalismo, y la obligación que señala dicho precepto al Estado de respetar y sostener la vigencia de esos derechos. Este autor hace una comparación entre el precepto mencionado y su similar de la Constitución de 1917 la cual considera a los derechos del hombre como una concesión por parte del orden jurídico del Estado.

Burgoa explica la naturaleza jurídica de las garantías individuales en base a la relación jurídica existente entre el Estado y el gobernado. En esta relación el Estado se autolimita o restringe la conducta de las autoridades por todo el ordenamiento jurídico del Estado, y son precisamente estas restricciones o limitaciones las que entrañan a las garantías individuales. Menciona que en todos los Estados y sociedades existen relaciones de derecho, las cuales son de tres tipos: *de coordinación, de supraordinación y las de supra a subordinación.*

Las relaciones de *coordinación* se dan entre personas físicas y morales, colocados en un mismo plano de igualdad jurídica. Como ejemplo podemos mencionar las relaciones entre particulares y el Estado sin su investidura de imperio.

Las relaciones de *supraordinación*, se dan entre entes colocados en un mismo supuesto, que realizan actividades de autoridad (órganos del Estado), y norman la actuación de cada uno de ellos, que al plasmarse esta normación en el derecho positivo surge el derecho constitucional y el derecho administrativo. Como ejemplo mencionaremos a las Secretarías de Estado que se encuentran colocadas en un mismo plano de relevancia.

Estas dos formas de relaciones marcan un plano de igualdad o paridad entre sujetos ya sean gobernados entre sí o autoridades, sin embargo las relaciones de *supra a subordinación* son aquellas que se dan entre dos entes colocados en distintos planos jurídicos. El Estado y sus órganos de autoridad ejerciendo su poder soberano manifestado en sus actos de autoridad unilaterales, imperativos y coercitivos y el gobernado a quien van dirigidos y quien debe acatarlos en su carácter de subordinado. Cuando estas relaciones se regulan en el ordenamiento jurídico fundamental, aparecen las garantías individuales. Por lo tanto se traducen en relaciones de supra a subordinación, y como en toda relación jurídica, en esta también existen dos sujetos: el activo (gobernado) y el pasivo (Estado y órganos de autoridad), generando derechos y obligaciones.

La relación jurídica que implica la garantía individual, engendra un derecho para el sujeto activo o gobernado, y para el sujeto pasivo, las autoridades estatales y para el Estado, genera una obligación. Esta obligación se revela en el respeto que el sujeto pasivo debe observar por lo que toca a las prerrogativas fundamentales del ser humano, en beneficio del sujeto activo, mismas que constituyen el objeto de la tutela de la garantía individual.

3.3 ELEMENTOS DE LA GARANTÍA INDIVIDUAL

De acuerdo a las consideraciones de Burgoa, la relación jurídica en que se revela la garantía individual, consta de características específicas, a las cuales les da el nombre de elementos, y los divide en:

- A) Sujetos.
- B) Objeto.
- C) Fuente.

- D) Principios Constitucionales que rigen a las Garantías Individuales.
- E) Extensión de las Garantías Individuales en cuanto a su consagración Constitucional.
- F) Origen formal de las Garantías Individuales por lo que toca a su consagración por el Orden Jurídico Estatal.

A) SUJETOS

Los sujetos que participan en esta relación jurídica en que se revela la garantía son el sujeto activo (gobernado) y sujeto pasivo (Estado y sus autoridades).

Las garantías -explica Burgoa- fueron consignadas para tutelar los derechos del individuo frente a los actos del poder público. Sin embargo este término de individuo causó algunos conflictos, esto debido a que las garantías individuales según la postura ideológica adoptada en las Constituciones que han estado vigentes desde el siglo pasado, han sido considerados medios para asegurar los derechos del hombre, y atendiendo al sujeto como único centro de imputación, la denominación o el adjetivo de individuales se justificó, sin embargo surgió el problema jurídico de determinar si las personas morales podían ser titulares de garantías individuales y por consiguiente invocarlas frente a cualquier acto de autoridad violatorio de estos preceptos fundamentales. En un principio se les negó a estas personas morales la protección de estos derechos, pues en ese momento se argumentaba que sólo la persona física (ser humano) podía ser titular de los derechos del hombre. Este problema lo resolvió (dice Burgoa), don Ignacio L. Vallarta, pues deja de considerar a las garantías como exclusivamente individuales, y consideraba que aunque las personas morales "...no eran seres humanos, sino ficciones legales, y de que, por ende no gozaban de derechos del hombre, como entidades sujetas al imperio del Estado, sí podían invocar en su beneficio

las garantías individuales, cuando éstas se violasen por algún acto de autoridad, lesionando su esfera jurídica.”⁴⁰

El ya tan multicitado autor considera que a partir de la Constitución de 1917 se registró una evolución social y económica lo cual trajo como consecuencia la aparición de sujetos o entidades distintas a las personas morales de derecho privado, surgiendo así: organismos o asociaciones patronales, en materia agraria surgen las comunidades ejidales, en materia administrativa han surgido empresas de participación estatal y organismos descentralizados, quienes se convierten en entes sujetos a normas jurídicas. Por lo tanto son consideradas como centros de imputación de normas jurídicas en lo que atañe a las relaciones de coordinación y de supra a subordinación bajo la vigencia de la Constitución de 1917 los siguientes:

- Los individuos o las personas físicas.
- Las personas morales del derecho privado.
- Las personas morales de derecho social . Vgr. Sindicatos obreros y patronales o las comunidades agrarias.
- Las empresas de participación estatal (paraestatales).
- Los organismos descentralizados.

Dentro de la condición de gobernado, como centro de imputación de las normas jurídicas que regulan las relaciones de supra a subordinación en que se encuentran las personas físicas, morales, empresas de participación estatal y los organismos

⁴⁰ Burgoa, I. Las Garantías Individuales... Ob. Cit. p. 169.

descentralizados puesto que son susceptibles de ser afectados en su esfera jurídica por actos de autoridad.

El *acto de autoridad* que repercute en la esfera jurídica del gobernado tiene como atributos ser: imperativo, coercitivo y unilateral.

1.- Es imperativo porque se impone su cumplimiento a la fuerza.

2.- Es coercitivo porque en caso de incumplimiento se impondrá una sanción.

3.- Es unilateral porque no requiere del consentimiento del gobernado para su cumplimiento.

1) *Sujeto Activo*

Burgoa explica al Sujeto activo en base al concepto de gobernado quien es "...aquella persona en cuya esfera operen o vayan a operar actos de autoridad, es decir, actos atribuibles a algún órgano estatal que sean de índole unilateral, imperativa y coercitiva."⁴¹

Por lo tanto existe una relación de supra a subordinación entre el Estado y el gobernado. Este autor explica que el concepto de gobernado equivale al de individuo utilizado por la Constitución federal en el artículo 1º el cual engloba a los diferentes tipos de entes jurídicos sujetos activos de la Garantía Individual:

1. Personas físicas o individuos.

2. Las personas morales de derecho privado.

3. Las personas de derecho social (sindicatos y comunidades agrarias).

⁴¹ Ibid. P. 174

4. Las personas de derecho público (personas morales y oficiales).

5. Por último los organismos descentralizados.

1.- En el primer caso las personas físicas (ser humano en su sustantividad biológica), constituyen al gobernado o sujeto activo de la garantía individual, y se traduce a todo aquel que habite dentro del territorio nacional, independientemente de su calidad migratoria, nacionalidad, sexo, condición civil, etcétera. El artículo primero de nuestra Constitución en el cual dice que "...todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución..." (*Supra*, pág. 40), de donde se deduce la evolución del precepto citado, y la asimilación de las garantías individuales, como relaciones jurídicas entre gobernantes y gobernados, a los cuales los derechos fundamentales del hombre, que se caracterizan por su calidad de universales con la naturaleza de todo ser humano, independientemente de su condición concreta y particular, a modo de potestades necesarias para el desarrollo de la personalidad.

2.- Las personas morales de derecho privado son creadas por la ley, otorgándoles capacidad de adquirir derechos y obligaciones, y en el momento de ostentarse como gobernados son titulares de garantías individuales, al estar sometidas al imperio autoritario.

Rojina Villegas define a las personas morales como: "Los entes creados por el derecho son las personas morales o ideales, llamadas también personas jurídicas colectivas."⁴² Las cuales son susceptibles de derechos y obligaciones al igual que una persona física y pueden intervenir en relaciones jurídicas, y realizar actos jurídicos como sujeto pasivo o activo.

En relación a la personalidad jurídica atribuible a las personas morales existen varias teorías que han tratado de explicarla: la teoría francesa de la ficción en materia de

⁴² Rojina Villegas, R. Derecho Civil Mexicano. Sexta edición. Tomo I. México. Porrúa. 1990. p. 116.

personalidad de los entes colectivos, la teoría de la propiedad colectiva, teorías que afirman la realidad de los entes colectivos, tesis de Brinz, tesis de Ferrara y la teoría de la institución de Hauriou. Las cuales sólo nos permitimos mencionar y no analizar por no ser objeto del presente trabajo. En el sistema jurídico mexicano, el Código Civil para el Distrito Federal en materia del fuero común y aplicable en toda la república en materia del fuero federal, reconoce como personas morales:

“Artículo 25.- Son personas morales:

- I. La Nación, los Estados y los Municipios;
- II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;
- III. Las sociedades civiles o mercantiles;
- IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;
- V. Las Sociedades cooperativas y mutualistas; y
- VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.
- VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del art. 2736.”

Se ha debatido mucho por los doctrinarios acerca de la cuestión de si las personas morales deben considerarse o no como titulares de derechos humanos. Dicha discusión ha sido superada por nuestra actual Ley Fundamental que sustituyó el término de derechos humanos por el de garantías individuales que otorga dicho ordenamiento, y de las cuales no

sólo son titulares las personas físicas sino también las personas morales, y va más allá puesto que pueden ser sujetos activos de garantías individuales además de las personas morales de derecho privado, las personas morales de derecho público y de derecho social. Lo anterior se deduce de lo ya mencionado y establecido en el artículo 1° de la Constitución vigente en donde el término de 'individuo' equivale al de 'gobernado' cuya esfera jurídica es susceptible de ser objeto de actos de autoridad imputables a órganos estatales. Nuestra legislación le da la posibilidad a las personas morales oficiales de acudir al amparo cuando tengan alguna afectación en sus intereses patrimoniales por actos de autoridad, lo anterior lo encontramos en el artículo 9° de la Ley de Amparo:

“Artículo 9°.- Las personas morales oficiales podrán ocurrir en demanda de amparo, por conducto de los funcionarios o representantes que designen las leyes, cuando el acto o la Ley que se reclamen afecten los intereses patrimoniales de aquéllas.

Las personas morales oficiales estarán exentas de prestar las garantías que en esta Ley se exige a las partes.”

Respecto de los organismos descentralizados se aplica el mismo criterio al cual están sujetas de las personas morales de derecho público, puesto que si son afectadas por un acto de autoridad en su esfera jurídica, pueden ostentarse como gobernados y acudir al amparo. Concluye Burgoa respecto del sujeto activo de la relación jurídica que implica la garantía individual, que se cambie dicho término de garantías del gobernado, lo cual implicaría borrar las confusiones en cuanto al término de individuo y evitar críticas.

2) Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo de la relación jurídica que implica la garantía individual es el Estado como entidad jurídica y política en que se constituye el pueblo y por las autoridades del mismo, quienes están limitadas en su actividad frente a los gobernados por las garantías individuales manifestándose como una restricción al poder de imperio del que esta investido el Estado.

Si se toma en cuenta que la relación que establece las garantías individuales es de supra a subordinación y que el titular de la garantía individual es el gobernado o individuo subordinado a la autoridad del Estado, y este es el sujeto pasivo en dicha relación, se concluye que todo ente público que ejerza frente al particular un acto de autoridad será sujeto pasivo incluyendo a los organismos descentralizados quienes también pueden ejercer actos autoritarios en perjuicio de los gobernados.

B) OBJETO.

Como toda relación jurídica genera derechos y obligaciones a las partes de igual forma la relación establecida por las garantías individuales genera derechos y obligaciones con la particularidad de ser especiales, debido a que las garantías individuales son consideradas como elementos de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público, y los derechos y obligaciones que genera la relación de garantías individuales entre gobernados y gobernantes es entorno a estas prerrogativas del ser humano, teniendo distintas connotaciones como la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la propiedad.⁴³

⁴³ Cf. Burgoa, I. Las Garantías Individuales... Ob. Cit. p. 179.

El objeto de la garantía individual se manifiesta (según Burgoa) desde dos puntos de vista: 1) Desde el punto de vista del Sujeto Activo y, 2) Desde el punto de vista del sujeto pasivo.

1) *Desde el punto de vista del sujeto Activo:* Gobernado o individuo, la relación jurídica que se establece por la garantía individual le genera un derecho, el cual lo hace valer obligatoriamente frente al Estado en forma mediata y de manera inmediata frente a sus autoridades, generando a estos últimos una obligación, y es este derecho considerado como inherente a la naturaleza del hombre el objeto tutelado por las garantías individuales.

El gobernado tiene la potestad de reclamar del Estado y sus autoridades el respeto de sus derechos fundamentales y esta exigencia es lo que se conoce como en derecho subjetivo público, pero no entendido como lo maneja la corriente jusnaturalista, sino bajo la influencia de Kelsen quien menciona "...es una exigencia deontológica que se manifiesta, en un ideal, fincado en la naturaleza...al reconocer este orden las potestades libertarias naturales del hombre, las erige a la categoría de derecho objetivo, por lo que lo jurídico de esas potestades, o sea, su respetabilidad coercitiva e imperativa, deriva de la norma reconocitiva y no de ellas mismas."⁴⁴

De tal manera que los derechos públicos subjetivos son aquellos otorgados a los gobernados por la Constitución, y son el concepto más acertado porque son el objeto de la relación recíproca entre gobernantes y gobernados. Conceptualizando cada una de las palabras que componen al término derecho público subjetivo tenemos lo siguiente:

⁴⁴ Id.

- 1.- Es un derecho, porque establece una obligación al Estado y sus autoridades, de respetar y hacer valer las prerrogativas fundamentales que tienen los gobernados y que le otorga la misma Constitución.
- 2.- Es subjetivo porque es una facultad que tienen los gobernados de exigirle al Estado y sus autoridades el respeto a sus prerrogativas.
- 3.- Es público, porque el gobernado los hace valer frente a todo tipo de autoridad , incluyendo al Estado mismo.

El término *derecho público subjetivo* es el nombre técnico más adecuado a las garantías individuales y tienen tres características:

- a) Son originales: porque son consubstanciales a la propia naturaleza del hombre, y a las que tiene derecho desde su concepción, y las demás personas jurídicas desde su nacimiento.
- b) Son Absolutas: porque se hacen valer ante todo tipo de autoridad.
- c) Son Públicos: porque nace de la relación recíproca que se da entre el gobernado y los gobernantes.

C) FUENTE

Para explicar la fuente de las garantías individuales es necesario remitirnos al ordenamiento legal, es decir, al sistema normativo del Estado. El cual en cuanto a su forma puede ser escrito o consuetudinario. Lo que nos lleva a pensar que la fuente formal de las garantías puede ser tanto la costumbre jurídica como la legislación escrita. Sin embargo en el orden legal establecido en nuestro país, los derechos públicos subjetivos, se instituyen en el ordenamiento fundamental o básico, o sea, la Constitución y ésta es la fuente formal de las

garantías individuales que no son sino la relación jurídica de supra a subordinación de que hemos hablado y de que derivan los mencionados derechos. Por consiguiente es la misma ley fundamental la que regula dicha relación. En consecuencia los derechos públicos subjetivos son de creación constitucional.

D) PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

La misma Constitución establece los principios que la rigen, y siendo esta Ley Fundamental la fuente de las Garantías Individuales, también están investidas de tales principios. Son dos los principios:

1.- El llamado principio de *Supremacía Constitucional* establecido en el artículo 133 del ordenamiento fundamental dándole prevalencia a la Constitución sobre cualquier norma o ley secundaria que se les contraponga y preferencia de aplicación.

“Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones de los estados.”

2.- El principio de *Rigidez Constitucional* se establece por el artículo 135, en el cual establece que no puede ser reformada la Constitución por el Congreso de la Unión como órgano legislativo federal, ni por los órganos legislativos de los Estados, sino por un órgano extraordinario integrado en los términos del mencionado precepto.

“Artículo 135.- La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que 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. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.”

E) EXTENSIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN CUANTO A SU CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL

Se cuestiona si las garantías individuales sólo se encuentran en los primeros 29 artículos de la Constitución, o si se extienden a más preceptos del mismo ordenamiento.

Al respecto encontramos que las garantías individuales se encuentran en toda la Constitución puesto que como se explica en la siguiente cita: “...el concepto de ‘garantía individual’ no es restrictivo, sino por el contrario, extensivo,...no se debe identificar a las garantías individuales con los veintinueve primeros artículos de la Constitución, pues éstos solamente los enuncian en forma más o menos sistemática, sino referirlas a todos aquellos preceptos constitucionales que por su espíritu mismo vengán a complementar...”⁴⁵

F) ORIGEN FORMAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES POR LO QUE TOCA A SU CONSAGRACIÓN POR EL ORDEN JURÍDICO ESTATAL

El origen formal de las garantías es su incorporación al ordenamiento jurídico fundamental por el Estado, la cual es explicada por dos tesis: la jusnaturalista y la estatista.

⁴⁵ Ibid. p. 188.

De la tesis clásica del jusnaturalismo hemos hablado en el presente trabajo y sabemos que establece que los derechos del hombre, por su propia naturaleza son inseparables del ser humano y preexistentes a toda organización política y jurídica (Estado) quien tiene la obligación de respetarlos e incorporarlos a su ordenamiento jurídico.

La tesis estatista es opuesta al jusnaturalismo, parte del criterio de que sobre el poder del pueblo o nación no existe ninguna otra potestad individual. Por lo tanto el sujeto no tiene ningún derecho que oponer al Estado, sin embargo este debe velar por la felicidad de sus habitantes para lo cual el Estado en ejercicio de su poder soberano otorga a los gobernados ciertas prerrogativas que lo amparan de los abusos de las autoridades (tesis del otorgamiento o creación de las garantías individuales).

En documentos anteriores a la Constitución vigente, específicamente en la Constitución anterior la de 1857 se seguía la corriente jusnaturalista e individualista que consideraba que los derechos del hombre son inherentes a toda persona humana y que las garantías que instituía significaban limitaciones impuestas al poder público para asegurar el goce de tales derechos.

La Constitución de 1917 adopta la tesis del otorgamiento de las garantías individuales en su artículo 1º señala que otorga garantías al individuo, pero como consecuencia de los derechos naturales que tiene en su carácter de persona sino en su calidad de gobernado, en cuya esfera jurídica recaen los actos de autoridad en su ejercicio del poder de imperio.

(Supra, pág. 40)

4. CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

La clasificación de las Garantías se establece en base a dos criterios: 1) En cuanto a la obligación del Estado y, 2) En cuanto al contenido intrínseco o naturaleza jurídica de los derechos públicos subjetivos.

1) En cuanto a la obligación del Estado: La obligación del Estado como sujeto pasivo se va a manifestar en *dar* o *hacer*, o por el contrario en un *no hacer*, dentro de las cuales se establece una subdivisión en materiales y formales respectivamente.

1.- Obligación de *dar* o *hacer*, es en sentido positivo, que se manifiesta en realizar por parte del Estado y sus autoridades una serie de actos en beneficio del gobernado, como lo son por ejemplo, el respeto de las formalidades del procedimiento penal. Una segunda clasificación es la correspondiente a garantías formales (en donde ubicamos la obligación de dar o hacer), las cuales requieren de un actuar, de un comportamiento positivo del sujeto pasivo consistente "...en realizar todos los actos tendientes a cumplir u observar las condiciones que someten la conducta autoritaria para que ésta afecte con validez la esfera del gobernado."⁴⁶ Corresponden a este grupo las garantías de seguridad jurídica, de audiencia y legalidad.

2.- Obligación de *no hacer*, en donde el sujeto pasivo desarrolla una conducta negativa, de abstención, de no violar o vulnerar la esfera jurídica del gobernado. Ubicándose en este grupo las garantías *materiales*, en donde el Estado y sus autoridades adoptan una actitud de no hacer o abstención. Corresponden a esta clasificación las garantías de libertad, igualdad y propiedad.

⁴⁶ Ibid. p. 194.

2) En cuanto al *contenido* intrínseco o naturaleza jurídica de la Garantía. Esta clasificación obedece al contenido de la propia garantía, es decir, la exigencia de los derechos públicos subjetivos resultado de la relación en que se manifiesta la garantía individual y respecto de este contenido las garantías se clasifican en: garantías de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica.

5. GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA EN PARTICULAR

La seguridad jurídica se traduce en los requisitos y lineamientos que la autoridad debe cubrir para emitir sus actos, que afectan la esfera jurídica del gobernado, entendida ésta como el conjunto de derechos públicos subjetivos.

Se definen a las garantías de seguridad jurídica como “el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrado por el *summum* de sus derechos subjetivos.”⁴⁷

La obligación que entrañan las garantías de seguridad jurídica para el sujeto pasivo (Estado y autoridades) es de hacer porque le exige a este una actividad, un hacer, el cumplir con los requisitos que señala la ley para realizar el acto de afectación a la esfera jurídica del gobernado (sujeto activo); y es una garantía formal precisamente por el carácter positivo que tiene en donde se debe dar cumplimiento efectivo a todas las condiciones necesarias para que el acto de autoridad produzca válidamente la afectación en la esfera jurídica del gobernado. Para fines de nuestro estudio revisaremos los artículos 14, 15, 16 y 21 Constitucionales.

⁴⁷ Ibid. p. 504.

1.- ARTÍCULO 14.

El artículo 14 constitucional consagra cuatro garantías específicas de seguridad jurídica y de legalidad (los dos últimos párrafos). Son garantías específicas porque nos llevan cada una de ellas a un tema central.

- a) Irretroactividad de la ley (párrafo primero).
- b) Garantía de Audiencia (párrafo segundo).
- c) Exacta aplicación de la ley en materia penal (párrafo tercero).
- d) Garantía de legalidad jurisdiccional (párrafo cuarto).

a) Garantía de Irretroactividad de la Ley

También llamada garantía de legalidad de la ley, consistente en prever que la ley sea vigente.

La definición de ley marca a esta como características ser una disposición obligatoria, general, abstracta, impersonal e imperativa y además algo muy importante, ser vigente.

La vigencia se establece cuando la ley empieza a regular hechos o conductas presentes o que estén por venir en tanto no se derogue o abroge. La ley se aplica hacia el presente o porvenir, si hay un hecho que no se ampara en la norma no se aplicará. La norma una vez en vigor no puede regresar a otros hechos que no estuvieron en amparo de ella sino de otra anterior. Si la norma se aplica a situaciones o hechos que se dieron bajo el amparo de una ley anterior estaremos en presencia de una ley retroactiva. Toda ley vigente es entonces una ley irretroactiva por su aplicación al presente.

La irretroactividad significa que una ley no debe retrotraerse al pasado para regular situaciones o hechos ocurridos en ese tiempo.

El artículo 14 párrafo primero establece la irretroactividad de la ley:

“Artículo 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”

De la interpretación que se hace de esta párrafo se advierte y así lo manifiestan las opiniones de los estudiosos de la materia la excepción a la garantía de irretroactividad de la ley: no se debe aplicar al pasado si perjudica, pero sí se puede aplicar a un hecho del pasado en tanto sea para beneficio de la persona. Hasta aquí nos queda clara la aseveración de la ley retroactiva y de la consideración que se debe tomar en cuenta para que dicha ley pueda aplicarse retroactivamente; pero no tenemos cierta la posibilidad exacta de reconocer una ley retroactiva y cómo reconocer cuando comienza a causar una afectación o perjuicio y por lo tanto sea considerada como inconstitucional.

Burgoa planteó el problema de la retroactividad de la ley como *conflicto de leyes en el tiempo*, el cual se traduce en determinar cual ley va a regir un acto o hecho, estando en presencia de dos leyes, una anterior abrogada o derogada y la ley vigente (actual).

Señala el mismo autor que existen serios conflictos para determinar cuando una ley es retroactiva. Si se considera que toda ley tiene una vigencia temporal determinada, desde que se crea, hasta que se deroga o abroga por una nueva ley, desde su promulgación o su entrada en vigor rige para futuro (*facta futura*), y va a tener validez sobre todos aquellos actos o hechos que se sucedan después de su entrada en vigor. Entonces: “Una norma jurídica es evidentemente retroactiva cuando se aplica a un hecho simple y ya consumado con

anterioridad a su vigencia, esto es, a un acontecimiento que no genera consecuencias jurídicas que tengan verificativo dentro del período de normación de la ley y que se ha realizado plenamente con antelación a éste (*facta praeterita*).⁴⁸

Autores que tratan de explicar la retroactividad de la ley:

El multicitado autor para clarificar el controvertido tema de la retroactividad cita a una serie de autores que dan su punto de vista acerca de este tema, el cual por ser centro de nuestro análisis hemos decidido mencionar a los autores más destacados (en la opinión de Burgoa):

En primer lugar la tesis de *Blondeau* quien es el principal exponente de la tesis clásica de los derechos adquiridos, explica la retroactividad haciendo la distinción entre los derechos adquiridos y las expectativas de derechos. Los derechos adquiridos "...son aquellos que han entrado en nuestro dominio formando parte de él, y que no nos puede arrebatar aquél del que los tenemos."⁴⁹

En otras palabras el derecho que ya es reconocido por la ley, no puede privársele al sujeto por una ley nueva; de lo contrario la confianza en el Estado y la protección que se tiene en la ley se perdería y estaría amenazado el orden público. Por lo tanto el órgano legislativo debe respetar el derecho adquirido a los particulares. Respecto a las expectativas de ley, considera que estas aún no están transformadas en derechos y no merecen la misma protección.

⁴⁸ Ibid. p. 507.

⁴⁹ Ibid. p. 508

Para explicar más claramente estos conceptos de la obra en estudio el autor cita a otro exponente destacado, de esta tesis *Merlín*, quien explica por separado los conceptos de derecho adquirido, facultad y expectativa. “Derechos adquiridos, dice, que son los que han entrado en nuestro patrimonio, que hacen parte de él y de los que no pueden despojarnos aquellos de quienes los adquirimos’ sosteniendo que las facultades, mientras no hayan sido ejercidas, pueden ser revocadas... ‘Las expectativas son las esperanzas que se tienen provenientes de un hecho ya pasado o de un estado actual de cosas, de gozar de un derecho cuando se realice’.”⁵⁰

Sin embargo como explica Burgoa, con esta teoría surge otro problema el de determinar exactamente cuando hay un derecho adquirido o una simple expectativa, además de precisar el momento en que ingresa ese derecho al patrimonio del sujeto.

Coviello dice “...la retroactividad de la ley ‘significa que el juez no puede aplicarla a hechos pasados, o desconociendo las consecuencias nuevas sobre la única base de la apreciación del hecho pasado’.”⁵¹

Para *Paul Roubier*, la solución a la retroactividad legal se encuentra en la diferenciación entre el efecto retroactivo y el efecto inmediato: “El efecto retroactivo es la aplicación al pasado; el efecto inmediato es la aplicación al presente. Si la ley pretende aplicarse a hechos consumados (*facta praeterita*), es retroactiva; se pretende aplicarse a situaciones en curso (*facta pendentia*) es necesario establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación, que no pueden ser afectadas sin retroactividad, y las partes posteriores, para las que la ley nueva, si debe aplicarse, no tiene

⁵⁰ Id.

⁵¹ Ibid. p. 511

sino un efecto inmediato; en fin, frente a hechos futuros (*facta futura*) es claro que la ley nunca puede ser retroactiva.”⁵²

Burgoa, considera que para darle solución al problema de la retroactividad se debe acudir a la equidad, y aplicar en base a ésta la tesis o solución que más se acomode al caso concreto, y en el cual sólo la autoridad competente decidirá sobre la aplicación de la ley, si la anterior o la nueva. Este autor concuerda con las ideas de Roubier al sostener que: “...los hechos plenamente consumados antes de la vigencia de una norma jurídica no pueden ni deben ser regidos por ésta, sino por la ley que hubiere estado en vigor en la época en que hayan acaecido, según el principio *tempus regis actum*. La hipótesis de los *facta praeterita*, así como la de los *facta futura* no pueden contener dada su naturaleza, ningún problema de retroactividad, puesto que en ellas no se suscita ningún conflicto de leyes, porque,...o es la antigua o es la actual la que debe aplicarse, respectivamente.”⁵³

A pesar de las diferentes teorías que plantean soluciones a la retroactividad de la ley, la doctrina ha aceptado cinco hipótesis que al concurrir en la aplicación de una ley, se le considere a ésta como retroactiva:

- 1.- *Cuando se alteren las condiciones, requisitos o elementos de existencia de un acto, hecho o situación jurídica.*
- 2.- *Cuando se alteren las condiciones, requisitos o elementos de validez de un acto, un hecho o una situación jurídica.*

⁵² Ibid. p. 513.

⁵³ Ibid. p. 514.

3.- *Cuando se afecten los derechos o las obligaciones producidos durante la vigencia de la ley nueva, derivados de actos, hechos o situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la misma, siempre y cuando la autoridad que aplique dicha norma, para declarar procedentes o improcedentes las causas legales de la afectación, deba recurrir a la apreciación de la causa del objeto o materia afectada.*

4.- *En los juicios ya iniciados y desarrollados hasta la fijación de la litis inclusive, cuando se alteren los requisitos y elementos esenciales de la acción ejercida o se restrinja la defensa genérica del demandado, en el caso de que la ley nueva declare inoponibles ciertas excepciones.*

5.- *En los juicios en general cuando se altere la forma en que pueda ser ejercitado un derecho adquirido, y éste haya nacido del procedimiento.⁶⁴*

Garantía establecida en el primer párrafo del artículo 14 constitucional: La prohibición que establece está dirigida a toda autoridad del estado para abstenerse de aplicar una ley retroactivamente en perjuicio de cualquier persona. Sin embargo si es para su beneficio si puede hacerse la aplicación retroactiva. Cabe señalar que la prohibición esta señalada sólo para su aplicación y no para su expedición.

En este sentido el poder Legislativo Federal, no ésta impedido para expedir leyes con carácter retroactivo, lo cual se da tratándose de leyes auto-aplicativas. Se considera que es una ley auto-aplicativa cuando desde el primer acto de aplicación (su publicación), le causa una afectación al gobernado. La Suprema Corte menciona:

“Al establecer el artículo 14 constitucional como garantía del individuo, que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, no debe entenderse que la

⁶⁴ Cf. Ibid. 515-516 pp.

prohibición se refiere únicamente al legislador por el acto de expedir la ley, sino que también comprende a la autoridad que hace la aplicación de ella a un caso determinado, porque así permiten interpretarlo los conceptos mismos de la disposición constitucional que se comenta, ya que al igual que la primera de esas autoridades puede imprimir retroactividad al ordenamiento mismo haciendo que modifique o afecte derechos adquiridos con anterioridad, la segunda al aplicarlo hace que se produzca el efecto prohibido.”⁵⁵

Para que la aplicación retroactiva de la ley contravenga a la garantía individual, debe originar un perjuicio personal. A lo cual la Suprema Corte opina: “La retroactividad existe cuando una disposición vuelve al pasado, cuando rige o pretende regir situaciones ocurridas antes de su vigencia retro-obrando en relación a las condiciones jurídicas que antes no fueron comprendidas en la nueva disposición y respecto de actos verificados bajo una disposición anterior. Ahora bien, la Constitución General de la República consagra el principio de la retroactividad, que causa perjuicio a alguna persona, de donde es deducible la afirmación contraria, de que puede darse efectos a la ley, *si ésta no causa perjuicio*, como sucede frecuentemente, tratándose de leyes procesales o de carácter penal, sea que establezcan procedimientos o recursos benéficos, o que hagan más favorable la condición de los indiciados o reos de algún delito, ya por elevados fines sociales o por propósitos de humanitarismo.”⁵⁶

b) Garantía de Audiencia:

El artículo 14 constitucional párrafo II establece:

⁵⁵ Ibid. p. 521.

⁵⁶ Id.

“Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, de sus posesiones, propiedades 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.”

De la interpretación de este precepto, la palabra *Nadie* implica tácitamente la garantía de igualdad, los gobernados, quienes se encuentran dentro de la relación que establece la garantía individual en la situación de supra a subordinación frente al Estado. Interpretando al contrario sensu el Estado sí puede, por medio de los actos de autoridad privar al gobernado de alguno de los bienes jurídicos tutelados por este artículo, es una facultad potestativa y no un imperativo categórico.

El *acto de autoridad* como lo hemos señalado (*Supra, pág. 33*), es la manifestación de voluntad de un órgano del Estado a través de actos unilaterales, coercitivos e imperativos, que van encaminados a afectar los valores tutelados del gobernado.

La *privación* se traduciría en la pérdida, detrimento o menoscabo de los derechos consubstanciales del gobernado. Por lo tanto el *acto privativo de autoridad*, se traduce en la manifestación de un órgano del Estado que en forma unilateral, imperativa y coercitiva genera una conducta ocasionando la pérdida o menoscabo de las garantías del gobernado.

El acto de privación por la autoridad tiene como finalidad la esfera jurídica del gobernado la cual se compone por: la vida, la libertad, la propiedad, la posesión y los derechos; que conforme al párrafo II del precepto en análisis corresponden a los bienes jurídicos tutelados.

1. Bienes Jurídicos Tutelados por la Garantía de Audiencia.

1.- La *vida*, de acuerdo a la corriente existencialista es un estado del ser. Desde el punto de vista psico-somático, la situación que permite que un ser tenga vida, lo contrario será lo inerte, lo que no tiene vida. Desde el punto de vista biológico es un intercambio de sustancias. Desde el punto de vista médico, vida humana cuando se encuentran en forma autónoma y en funcionamiento los sistemas respiratorios, cardio-vasculares y nervioso. El Código Civil habla de la capacidad de goce desde el momento de la concepción. Tratar de definir a la vida es muy complejo, por lo que Burgoa para definirla toma en cuenta el estado físico y metafísico, conformándose con afirmar que "...la vida humana se traduce en el estado existencial del sujeto entendiendo por existencia la realización de la esencia desde el punto de vista aristotélico."⁵⁷

Por lo tanto la garantía de audiencia tutela la existencia misma del gobernado frente a los actos de autoridad que pretendan hacer de ella objeto de privación.

2.- La *libertad*, siendo esta la facultad de todo individuo de seleccionar los fines más adecuados para su vida. La garantía de audiencia preserva la libertad como derecho público subjetivo contra cualquier acto de privación de la libertad física, personal o ambulatoria.

3.- La *propiedad*, es un derecho real, que se traduce en una obligación a cargo del Estado de respetar y salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos subjetivos que se derivan de ella, que son: el uso, goce o disfrute y el de disposición de la cosa materia de la misma.

4.- La *posesión*, sólo se salvaguarda el uso y goce. La posesión puede ser originaria que es la que tiene el propietario o derivada que es la tenencia material o de hecho sobre la cosa.

⁵⁷ *Ibid.* p. 540.

Como lo explica Burgoa "...no distinguiendo el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución sobre si la garantía de audiencia tutela a la posesión originaria o a la posesión derivada es lógico concluir que protege a ambas, máxime que el artículo 791 del Código Civil, ... considera como poseedores de la cosa tanto al originario como al derivado."⁵⁸

5.- Los *derechos*, surgen para todo individuo, es decir, para todo gobernado, y cualquiera de estos derechos se encuentra protegido por la garantía de audiencia.

2. Garantías Específicas que integran a la Garantía de Audiencia

Son cuatro las garantías específicas o requisitos constitucionales que debe observar la autoridad para emitir el acto de privación.

1.- *Previo juicio*: El gobernado debe ser oído en un juicio, es decir en un procedimiento el cual dirima el conflicto o controversia jurídica. En otras palabras, "...para que el acto de privación de cualquier bien tutelado por el artículo 14 de la Constitución sea jurídicamente válida, es menester que dicho acto éste precedido de la función jurisdiccional, ejercida a través de un procedimiento, en el que el afectado tenga plena injerencia a efecto de producir su defensa."⁵⁹

El juicio al que se refiere el artículo 14 constitucional no necesariamente debe ser un procedimiento jurisdiccional sino una actividad lógica que se caracteriza por tres actividades principales: conocimiento, valoración y resolución.

2.- *Ante los tribunales previamente establecidos al caso*: Lo cual se correlaciona con el artículo 13 constitucional, en el sentido de que el tribunal debe estar constituido formal o

⁵⁸ Ibid. p. 544

⁵⁹ Ibid. p. 549

materialmente, antes de la comisión del hecho, es decir, que el tribunal debe de existir antes del acto de privación.

La presente garantía específica se extiende no sólo a los tribunales, sino que es operante para toda autoridad administrativa que llegue a realizar actos de privación en detrimento del gobernado, que como señala Burgoa, la extensión de dicha garantía para proteger al gobernado está corroborada por una tesis de la Suprema Corte:

“Las garantías individuales del artículo 14 constitucional se otorgan para evitar que se vulneren los derechos de los ciudadanos sujetos a cualquier procedimiento, bien sea administrativo, civil o penal por lo que es errónea la apreciación de que sólo son otorgadas para los sujetos del último.”⁶⁰

3.- *Que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento:* El previo juicio que se inicie ante los tribunales previamente establecidos, se debe de cumplir con las formalidades señaladas por una ley adjetiva de la materia en que se va a dirimir el conflicto (civil, penal o administrativa), señaladas para dicho procedimiento. En el mencionado procedimiento la autoridad debe otorgarle a la persona que va a ser objeto de un acto de privación de la vida, de la libertad, propiedad, posesión o derecho, la oportunidad de defenderse u oponerse. Esta defensa u oposición tiene su manifestación en diferentes actos procesales que se desarrollan en la cuatro fases del procedimiento. Así por ejemplo en un procedimiento jurisdiccional en materia civil, en la primera fase una vez que es recibida la demanda se lleva a cabo una notificación al demandado para que éste manifieste lo que a su derecho convenga, realice sus excepciones u oposición a las pretensiones del actor.

⁶⁰ Ibid. p. 555.

El Código de Procedimientos Civiles establece las formalidades que se deben seguir en un procedimiento de esta materia, la inobservancia por parte de la autoridad en este rubro implica una privación a la defensa del gobernado y por lo tanto una violación a la garantía de audiencia.

Los artículos 159 y 160 de la Ley de Amparo hacen referencia a los casos en los cuales se consideran violadas las leyes del procedimiento y que afectan las garantías del quejoso.

4.- *El fallo o resolución culminatoria debe pronunciarse conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho:* Esto quiere decir que las leyes aplicadas hayan sido elaboradas con anterioridad al acto privativo. La presente garantía específica corrobora lo establecido en el párrafo primero del artículo en cuestión, respecto de la no retroactividad de la ley. (*Supra. Pág. 62*) Por lo "...que opera respecto a las normas sustantivas que dejan de aplicarse para decir el derecho en el conflicto jurídico, pues por lo que concierne a las adjetivas, éstas, en la mayoría de los casos, pueden dotarse de eficacia retrospectiva sin incidir en el vicio de retroactividad..."⁶¹

3. Excepciones a la Garantía de Audiencia.

Las excepciones constitucionales a la garantía de audiencia las establece la propia Ley Fundamental (como fuente formal de las mismas). Que se traduce en el derecho público subjetivo de defensa y prueba al gobernado.

1.- Cuando se trate de extranjeros cuya permanencia en el país juzgue el ejecutivo inconveniente, los hará abandonar sin necesidad de juicio previo:

⁶¹ Ibid. p. 558.

“Artículo 33.- Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.”

2.- La señalada en el artículo 27 párrafo 2º constitucional, respecto de la expropiación por causa de utilidad pública en el cual se establece que el legislativo a través del Presidente de la república o los gobernadores de los Estados dictar el acto expropiatorio, sin que el afectado realice su defensa.

“Artículo 27 párrafo segundo.- Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.”

3.- En materia tributaria, en el caso de la fijación de los impuestos por parte del Congreso de la Unión. Antes de que se fije un impuesto no se escucha al gobernado. En tal sentido se ha manifestado la corte al señalar “...antes del acto que fije un impuesto, la autoridad fiscal respectiva no tiene la obligación de escuchar al causante. También ha estimado, que las leyes fiscales no deben necesariamente consignar ningún procedimiento para que, conforme a él, se brinde oportunidad a los sujetos tributarios para discutir los impuestos, derechos o aprovechamientos antes de que estas prestaciones se señalen en cada caso.”⁶²

⁶² Ibid. p. 560.

Dado que el pago de impuestos no es considerado como un acto de privación puesto que no se considera al impuesto como un derecho o bien dentro de la esfera del gobernado. Pero sí procede la garantía de audiencia siempre que sea posterior a la fijación del impuesto, cuando el interesado impugne ante las propias autoridades el monto y cobro correspondiente a la fijación del impuesto.

“ Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:

VII. Para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto;”

4.- Tratándose de la orden de aprehensión, esto porque no se le va a notificar, la orden se ejecuta. La orden de aprehensión debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 16 constitucional (*Infra. Pág. 90*), pero no se exige que previamente se le oiga en defensa al presunto indiciado.

5.- En materia agraria, cuando se trate de resoluciones dotatorias o restitutorias el propietario afectado no tendrá derecho a juicio previo (inclusive el amparo), sólo a reclamar la indemnización correspondiente.

c) Garantía de la Exacta Aplicación de la Ley en Materia Penal.

Del párrafo tercero del artículo 14 Constitucional se desprende la garantía de la exacta aplicación de la legislación penal:

“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 trate.”

De lo anterior se deduce que el órgano jurisdiccional tiene la obligación de aplicar la ley de acuerdo al caso que le ocupa. En materia penal implica el principio de legalidad "nulla poena, nullum delictum sine lege", o sea, si no hay delito no hay pena.

Para que una conducta, sea activa o pasiva, se le considere como delito debe estar establecido en un ordenamiento legal en el cual también se mencione la sanción a quien incurra en dicha conducta. La seguridad jurídica implicada en el párrafo en análisis, establece precisamente que no se aplique una sanción penal si la conducta realizada no se encuentra tipificada en la ley correspondiente (Código Penal). Al igual funciona la presente garantía para en caso en que la legislación correspondiente tipifique el delito pero no se establezca la sanción correspondiente, en este caso, la autoridad no puede imponer sanción alguna. El párrafo tercero del artículo en análisis para reforzar la exacta aplicación de la ley establece la prohibición de la aplicación de la ley por analogía o por mayoría de razón.

1.- *Interpretación Analogía*: La aplicación analógica de la ley consiste en imponer las consecuencias jurídicas de la norma a un hecho no regulado por ésta pero que de acuerdo a sus similitudes guarda relación con uno sí previsto en una norma. Es decir, la ley penal regula casos concretos señalando en la misma las circunstancias que deben existir para que esa norma legal se establezca, y siempre que se den dichas circunstancias se aplicará tal disposición. El parecido que debe existir es en substancia, y su aplicación no implica la analogía.

Se menciona que se da la aplicación por analogía cuando existe un caso parecido al regulado por la ley, pero no en substancia, sino relativamente, lo cual implica que no es el caso concreto al que deba aplicarse tal disposición. "...la aplicación analógica de la ley tiene lugar cuando a ésta se atribuyen efectos normativos sobre casos reales (actos, hechos,

relaciones o situaciones) *que no están previstos en ella, pero que guardan con las hipótesis expresamente reguladas no una semejanza absoluta (identidad) sino una similitud relativa, o sea, en cuanto a ciertos aspectos o elementos comunes.*"⁶³

La aplicación analógica implica una vulneración al principio de legalidad de *nulla poena sine lege*, es decir, que no se puede aplicar ninguna pena que no esté decretada por una ley para un determinado delito, y la aplicación analógica presume que no existe una disposición legal para ese caso específico, por lo tanto el que se le aplique una sanción de un tipo penal semejante se viola el principio aludido.

2.- *Interpretación por Mayoría de Razón*: El precepto en análisis en su tercer párrafo prohíbe la imposición de penas por mayoría de razón, "...impide que la ley que contenga la sanción penal se haga extensiva a hechos que, aunque de mayor gravedad, peligrosidad o antisociabilidad, etc., que el delito previsto, no estén comprendidos en ella y sean esencialmente diferentes de su antecedente abstracto, asegurándose mediante tal prohibición la efectividad del principio *nulla poena sine lege*."⁶⁴

d) Garantías de Legalidad en materia Jurisdiccional Civil

El cuarto párrafo del artículo 14 constitucional contiene dicha garantía:

"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho."

⁶³ Ibid. p. 576.

⁶⁴ Ibid. p. 579.

El acto de autoridad condicionado en el párrafo citado, es la sentencia definitiva, entendida ésta como el auto que dirime el conflicto en un juicio. Sin embargo, aunque el artículo sólo hable de sentencia, la Suprema Corte considera que el acto de autoridad condicionado se extiende también a decisiones interlocutorias o proveídos que se dictan en un juicio. En otras palabras, se señala para toda resolución que se dicte en un procedimiento jurisdiccional, sin que necesariamente sea definitiva. Dicha resolución debe fundarse estrictamente en la norma señalada en la ley como la aplicable al caso concreto.

La extensión de esta garantía no sólo se establece para la materia civil, sino que también abarca materias como: la mercantil, procesal del trabajo, administrativa, fiscal, agraria, aduanal, con excepción de la penal. Es decir, rige para toda materia en la cual se realice ya sea normalmente o excepcionalmente la función jurisdiccional.

La decisión que dé por terminado un juicio, debe ceñirse a la letra de la ley o en base a la interpretación que se haga de la misma y que sea aplicable al caso concreto, o sea, se debe basar en la interpretación gramatical del texto jurídico. Por lo tanto, un juicio debe resolverse en base a lo que estrictamente diga la ley, y a falta de ésta, a los principios generales del derecho. Entonces se concluye que no se debe de aplicar para este caso la costumbre, pues esto contravendría a lo establecido por el artículo 14 cuarto párrafo.

Para los casos en los que la ley es imprecisa, confusa o contradictoria, se debe de aplicar la interpretación jurídica de la ley, de acuerdo a lo también establecido en el referido párrafo. La doctrina establece distintos métodos de hermenéutica jurídica, que a continuación explicamos:

1.- El método *Lógico*: Este método recurre a la razón para desentrañar el sentido de la ley. Burgoa considera que este sistema no es el idóneo para interpretar una ley, "...pues sólo toma en cuenta a una o varias normas específicas sin relacionarlas con las demás disposiciones que la integran."⁶⁵ Siendo que la ley esta formada por una serie de ordenamientos los cuales comparten entre sí aspectos que los vinculan formando un ámbito normativo, en el cual no se puede apreciar a una norma aisladamente.

2.- El método de interpretación *Auténtica*: Con este método se pretende desentrañar el sentido que el legislador quiso plasmar en la ley, para tal fin se analizan las exposiciones de motivos y los debates que se llevaron a cabo en la discusión previa a su aprobación en el Congreso de la Unión, el cual de acuerdo al artículo 72 inciso f) de la Constitución tiene facultades de interpretar a la ley:

"Artículo 72: Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el reglamento de debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones:

f) En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación;"

En este caso el acto legislativo se convierte en leyes interpretativas, que son complementarias de las disposiciones legales interpretadas, tales leyes interpretativas pueden llegar a derogar a las disposiciones legales en algunas de las partes que no se entiendan y que son objeto de interpretación.

⁶⁵ Ibid. p. 581.

3.- Método *Causal-teleológico*: Este método recurre a las causas que originaron el precepto legal así como a los fines sociales, políticos, económicos, culturales etc., y conforme a estos elementos se puede determinar su sentido.

Existen casos que como lo explica Burgoa aún con la invocación de la norma legal, no se le da solución a la controversia de derecho, lo cual da origen a las llamadas *lagunas de la ley*, en este caso el artículo en análisis en el cuarto párrafo menciona que para darle solución a este caso se debe acudir a los principios generales del derecho, cuando no exista ley aplicable al caso individual de que se trate.

Burgoa menciona que por principios generales del derecho en términos del artículo 14 constitucional deben entenderse "...las normas elaboradas por la mente investigadora mediante el análisis inductivo del sistema jurídico mexicano y de los sistemas culturales afines, con vista a establecer, en los juicios lógicos en que deben traducirse tales principios, las notas uniformes que rijan a todas las instituciones integrantes de tales sistemas."⁶⁶

2.- ARTÍCULO 15.

El artículo 15 Constitucional establece:

"No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano."

⁶⁶ Ibid. p. 584.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

El precepto transcrito establece para el sujeto pasivo de la relación de garantía individual, una obligación de no hacer (negativa).

Se traduce la obligación en abstenerse el Estado de celebrar tratados de extradición de reos políticos o de delincuentes que tengan la condición de esclavos en su país de origen.

De acuerdo con el artículo 89 fracción X de la Constitución, le concierne la facultad de celebrar tratados con otros Estados al Presidente de la República, debiéndose ratificar por el Congreso de la Unión. El artículo 76 fracción I de la Constitución establece que la ratificación de los tratados le corresponde sólo al Senado, estableciéndose una contradicción como lo señala Burgoa.

Por último el artículo 133 de la misma Ley Fundamental establece la investidura de supremacía de los tratados, lo cual reitera la facultad exclusiva del Senado. Por lo que la obligación negativa esta referida tanto al Presidente de la República como al Senado, lo que establece una limitación a las Relaciones y actuar en el Exterior del Estado Mexicano.

El tratado internacional en su sentido amplio se le define como "...el acuerdo entre Estados soberanos que forman el concierto internacional para crear, modificar o extinguir entre ellos derechos y obligaciones...el tratado debe tener los elementos de existencia de todo convenio (*latu sensu*), es decir, el *consentimiento* (acuerdo o concurrencia de voluntades) y el *objeto* (materia de las prestaciones pactadas)."⁶⁷

A los términos de tratado y convenio se les usa como sinónimos, sin embargo se les diferencia en cuanto a la materia, al tratado se le asigna un carácter eminentemente político

⁶⁷ Ibid. p. 585.

que se lleva a cabo entre dos Estados; y el convenio se plantea como un pacto con características económicas o administrativas.

La facultad que tiene el Estado Mexicano a través del Presidente de la República y el Senado de celebrar tratados internacionales, la limita el artículo 15. En caso de que no observe esta obligación negativa el Estado, el tratado o convenio adolecerá de nulidad absoluta, y el gobernado que resulte afectado por la aplicación del tratado o convenio, tiene la facultad de impugnarlo por la vía del amparo.

Para explicar la prohibición constitucional o en otras palabras, la obligación de no hacer a cargo del Estado, establecida en el artículo en cuestión, Burgoa maneja el tema respecto al objeto de los tratados o convenios internacionales, que prohíbe su celebración la Constitución, si se refieren a la extradición, alterando las garantías del gobernado y los derechos del ciudadano, para los siguientes casos:

1.- Se establece la prohibición de celebrar tratados que pretendan extraditar a una persona a quien se le impute un delito de carácter político.

2.- El alcance de la prohibición constitucional implica también la celebración de tratados de extradición para los delitos del orden común cuando el delincuente haya tenido la condición de esclavo en su país de origen lo anterior corrobora la garantía de igualdad establecida en el artículo 1º de la Constitución.

3.- Establece la prohibición al Estado de celebrar tratados o convenios que afecten o vulneren cualquiera de las garantías que establece la Constitución.

Esta prohibición que abarca los supuestos mencionados, no sólo toma en cuenta a las garantías, sino que al mencionar "cualquiera de las garantías que establece la Constitución",

se extiende también a los derechos del ciudadano los cuales no pueden ser alterados por la celebración de un tratado o convenio internacional.

3.- ARTÍCULO 16.

El artículo 14 junto con el artículo 16 de la Constitución forman el principio de legalidad que debe privar en todos los ordenamientos legales secundarios. El artículo 14 establece las condiciones y los requisitos a los que debe someterse el acto de privación (*Supra*, pág. 69); por su parte, el artículo 16 establece las condiciones y los requisitos a los que se debe sujetar el acto de molestia.

A) Análisis del párrafo primero.

“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 de procedimiento.”

La palabra *nadie* interpretada al contrario sensu implica *todos*, lo cual reitera la garantía de igualdad contenida en el artículo primero de la Constitución. Ninguna persona puede ser molestada, lo que implica que el Estado conjuntamente con sus autoridades sí puede debido a que no es un imperativo categórico.

1. Acto de Molestia.

El acto de autoridad condicionado en el párrafo en estudio es el acto de molestia. Como ya se ha señalado en páginas precedentes, el acto de autoridad es aquél que tiene como

características la unilateralidad, imperatividad y coercitividad. La molestia es la ofensa que se da en la esfera jurídica del gobernado, una lesión directa.

El acto de molestia en sentido amplio es cualquier afectación a la esfera jurídica del gobernado, y en sentido estricto, es cualquier afectación o perturbación en la esfera jurídica del gobernado que no constituye pérdida, detrimento o menoscabo (características éstas del acto de privación).

2. Clasificación de los Actos de Molestia.

a) En actos materialmente administrativos: son aquellos actos de molestia en sentido estricto, es decir, “una simple afectación o perturbación a cualquiera de sus bienes jurídicos, sin importar un menoscabo, merma o disminución de su esfera subjetiva de derecho ni una impedición para el ejercicio de un derecho.”⁶⁸

b) En actos materialmente jurisdiccionales penales o civiles: el acto de molestia en sentido lato o amplio, es decir, una afectación en la esfera jurídica del gobernado.

c) En actos estrictos de privación, (acto de molestia en sentido amplio), “...independientemente de su índole formal o material, es decir, en aquellos que produzcan una merma o menoscabo en la esfera jurídica subjetiva de la persona o la aludida impedición.”⁶⁹

3. Bienes jurídicos tutelados.

Los valores jurídicos tutelados al gobernado son: su persona, su familia, domicilio, papeles o posesiones.

⁶⁸ Ibid. p. 591.

⁶⁹ Ibid. p. 592.

a) En cuanto a su *persona*, se alude a la persona física en cuanto a su entidad bio-psico-social (ser humano), pero también en cuanto hace a sus atributos tales como capacidad, nombre, domicilio, estado civil, etc. El gobernado a través de su persona puede ser afectado por un acto de molestia, como lo menciona Burgoa, en los siguientes casos:

“1. Cuando se le restringe o perturba su actividad o individualidad psicofísica propiamente dichas e inclusive su libertad personal;

2. Cuando tal restricción o perturbación concierne a su capacidad jurídica de adquirir derechos y contraer obligaciones (libertad de contratación);

3. Tratándose de personas morales, al reducirse o disminuirse las facultades inherentes a su entidad jurídica, impidiendo o limitando el ejercicio de su actividad social.”⁷⁰

b) *La familia:* Este concepto es distinto del concepto utilizado en el Código Civil, se refiere a los derechos otorgados individualmente a cada uno de sus integrantes tales como el estado civil, así como a la situación de padre, de hijo, etc. El acto de molestia debe recaer necesariamente en los derechos familiares del gobernado.

c) *El domicilio:* El artículo 16 alude no sólo al lugar destinado a la habitación y convivencia familiar, también considera el local en donde se encuentre su negocio, de acuerdo a lo establecido por los artículos 29 y 33 del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 29.- El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios, en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren.

⁷⁰ Ibid. p. 593.

Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en el por más de seis meses.”

“Artículo 33.- Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración.

Las que tengan su administración fuera del Distrito Federal, pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se considerarán domiciliadas en el lugar donde los hayan ejecutado, en todo lo que a esos actos se refiera.

Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales.”

En base a lo anterior Burgoa considera dos hipótesis de afectación por el acto de molestia.

“1. En el sitio o lugar en que la persona tenga establecido su hogar, esto es, su casa-habitación donde conviva con sus familiares, comprendiéndose en él todos los bienes que se encuentren dentro de ella, los cuales, por tal motivo, pueden constituir la materia del acto de molestia;

2. En cuanto a las personas morales, el sitio o lugar donde se halle establecida su administración, conforme a lo dispuesto por el artículo 33 del Código Civil.”⁷¹

d) *Los papeles:* Es todo documento o constancia escrita en el que se plasma un hecho o acto jurídico. La tutela de este bien jurídico se refiere a que el acto de molestia que afecte a los documentos del gobernado, se restringe a las constancias que la integren, y nunca extenderse a los actos o derechos que en las mismas se consignent.

⁷¹ Ibid. p. 694.

e) Las *posesiones*, este punto hace alusión al concepto de propiedad que implica el uso, goce y disposición. Tutelando exclusivamente al poseedor originario, o derivado, y no así al simple detentador.

El uso es la facultad que tiene el propietario de utilizar el bien para la satisfacción de sus propias necesidades. El disfrute se refiere a los frutos de la cosa tanto civiles como naturales de los que goza el dueño; y la disposición es la potestad que tiene el titular de la propiedad consistente en celebrar actos de dominio como lo son la renta, donación, gravámenes, etc.

4.- Requisitos del Acto de Molestia

1.- *Autoridad Competente.*

Al respecto la competencia se divide en competencia constitucional o de origen, y competencia legal o procesal.

Competencia Constitucional: Es como lo menciona Burgoa la primera de las garantías de seguridad jurídica que condiciona el acto de molestia el cual debe dimanar de autoridad competente, y la controversia gira en torno a la explicación de la competencia según el artículo 16 Constitucional. De tal manera que varios autores han explicado a la competencia constitucional.

En primer lugar el autor multicitado en el presente trabajo hace mención a la Tesis de Iglesias, quien habla de una competencia de origen la cual legitima la actuación de la autoridad (de acuerdo a las facultades otorgadas por la Ley Fundamental), y por lo tanto a su competencia. "La legitimidad de la elección de una autoridad o funcionario envuelve

forzosamente su competencia o incompetencia para el conocimiento de un negocio y para su decisión, porque nunca pueden ser competentes si les falta la legitimidad.”⁷²

La otra tesis citada respecto a la competencia es la de Ignacio Vallarta, quien distingue la legitimidad llamada también competencia de origen de la competencia de las autoridades. Menciona “...son dos entidades independientes con existencias perfectamente separadas aunque se encarnen en una persona...*La legitimidad se refiere a la persona, al individuo nombrado para tal cargo público; y la competencia se relaciona sólo con la entidad moral que se llama autoridad...*”⁷³

En conclusión se establece que la competencia constitucional (o de origen), es el conjunto de facultades que el constituyente le otorga a cada uno de los poderes de la Unión, la cual esta protegida por las garantías individuales. Las controversias que surjan respecto de ésta se resuelven por medio del juicio de amparo.

Competencia Legal o Procesal: la establece la ley, es el límite de la jurisdicción, en cuanto a materia, territorio y cuantía, los conflictos que surjan en cuanto a ésta se dirimen conforme a las disposiciones legales.

2.- *Mandamiento Escrito.*

Se traduce en una orden que debe estar en un documento público u oficial, y debe contener la firma autógrafa de la autoridad que la emite, plasmada por el funcionario público. La finalidad de que la orden o mandamiento sea por escrito, es para que el particular

⁷² Ibid. p. 597.

⁷³ Ibid. p. 598.

afectado por la orden tenga conocimiento de su ejecución, de su fundamentación y motivación legal, así como de la autoridad que la emite.

a) **Motivación:** Son los hechos que originan el acto de autoridad, generalmente corresponden al desarrollo de una conducta generada por el gobernado. La motivación debe ser específica y determinada, es decir, la adecuación que debe hacer la autoridad de la norma legal del acto de molestia al caso específico. De no hacerlo la autoridad respectiva, violaría la garantía de legalidad. Dentro de la motivación la autoridad debe mencionar los motivos (hechos, circunstancias y modalidades) por los que se pretende ejecutar el acto de molestia en la esfera jurídica del gobernado, con lo cual se justifica dicho acto, que al formularse por escrito, el gobernado los conoce y pueda producir su defensa.

Burgoa menciona que muchas veces la motivación legal no exige la exacta adecuación de la norma jurídica al caso concreto, esto debido a que las autoridades administrativas tienen la facultad discrecional, es decir, la autoridad puede decidir la adecuación del caso a la norma jurídica, pero dicha adecuación debe estar dentro de los supuestos generales del texto jurídico sin alterarlos, de lo contrario vulneraría el principio de legalidad en estudio.

b) **Fundamentación:** El órgano del Estado deberá citar el precepto legal (apartado, fracción, inciso o párrafo) en el cual se base el acto de molestia. Por otro lado el acto de autoridad para que sea procedente su realización debe estar contemplado en una ley que lo autorice, es decir las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite.

Condiciones que se exigen para fundar debidamente todo acto de molestia, que se traducen en obligaciones para la autoridad responsable:

“1. En que el órgano del Estado del que tal acto provenga, esté investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica (ley o reglamento) para emitirlo;

2. En que el propio acto se prevea en dicha norma;

3. En que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan;

4. En que el citado acto se contenga o derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyen.”⁷⁴

3. Expresión de la Causa Legal del Procedimiento.

Corresponde a la relación causal y lógica que vincula la fundamentación con la motivación (principio de congruencia). Burgoa la define como “...el acto o la serie de actos que provocan la molestia en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones de un gobernado, realizados por la autoridad competente, deben no sólo tener una causa o elemento determinante, sino que éste sea *legal*, es decir, *fundado y motivado en una ley* su aspecto material, esto es, en una disposición normativa general e impersonal, creadora y reguladora de situaciones abstractas.”⁷⁵

B) Análisis del párrafo segundo.

“No podrá librarse ninguna orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.”

⁷⁴ Ibid. p. 602.

⁷⁵ Id.

El párrafo segundo del artículo 16 vigente, hace referencia a la orden de aprehensión, que es el acto de autoridad que priva al gobernado de su libertad sin que sea derivado por una sentencia judicial, sólo es preventiva. Sin embargo si el delito que se imputa no está sancionado con pena de prisión, el inculpado no puede ser sometido a prisión preventiva, ni tampoco puede ser privado de su libertad mediante orden de aprehensión. Tampoco debe dictarse orden de aprehensión si el delito es sancionado con pena alternativa (prisión o multa); y en los casos en los que cuales se autoriza al juez para no imponer la pena señalada si se reúnen ciertos requisitos mencionados en la propia ley. De acuerdo a lo establecido en dicho precepto, el acto de molestia ésta condicionado a que sea emitido por una autoridad judicial, es decir, que pertenezca al poder judicial. (*Infra, p. 101*).

El mismo párrafo se desprende una facultad potestativa de la autoridad judicial de emitir el acto de molestia o no, cumpliendo los requisitos previos de denuncia o querrela de un hecho castigado por la ley penal con pena corporal, o sea, privativa de libertad.

1) Querrela: La realiza el ofendido, que es en quien recaen los daños ocasionados por un hecho ilícito. Con lo cual se busca el castigo de quien le ocasionó ese daño. "...Para los procesalistas del siglo pasado, el término *acusación* era sinónimo del término *querrela*, así como lo eran los términos *delación* y *denuncia*. Éste era el lenguaje forense con el que estaban familiarizados los constituyentes de 1917, luego entonces, cuando se refieren en el artículo 16 a 'denuncia, acusación o querrela', están empleando estos últimos dos términos como sinónimos..."⁷⁶

Tanto la denuncia como la querrela son los medios que le otorga la Constitución al gobernado para provocar la actividad investigadora del Ministerio Público, y Policía

⁷⁶ Zamora-Pierce, J. *Garantías y Proceso Penal*. Sexta edición. México. Porrúa. 1993. p. 14.

Judicial, quienes al reunir los elementos suficientes a fin de tener la probable responsabilidad del inculpado soliciten la orden de aprehensión al Juez. La querrela tiene dos momentos, el primer momento que es hacerle del conocimiento de la autoridad judicial, y un segundo que es la manifestación de la voluntad del querellante de que se persiga penalmente al delincuente.

2) Denuncia: "La denuncia es la noticia que da cualquier persona a la autoridad competente sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible de oficio."⁷⁷ Puede interponerla tanto la víctima de un delito como un tercero, en los casos en que el delito se persigue de oficio.

3) Datos que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad: Además de la querrela y la denuncia, la orden de aprehensión debe ir acompañada de pruebas que aporten datos suficientes para acreditar la probable responsabilidad del inculpado. Una de estas pruebas es la declaración de una persona digna de fe, la cual no necesariamente tiene que comprobar la responsabilidad del inculpado, basta con que se presuma la responsabilidad de éste y existan indicios del hecho delictivo. Una vez que se cumpla con las formalidades descritas, el Ministerio Público al ejercitar la acción penal le solicita al Juez la orden de aprehensión. La excepción a esto son los casos de flagrancia y casos de urgencia. (*Infra, pág. 92*).

⁷⁷ Ibid. p. 15

C) Análisis del párrafo tercero.

“La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley.”

La policía judicial ejecuta la orden de aprehensión, y debe poner al inculcado a disposición del Juez sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. Lo cual implica un imperativo categórico. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal, porque se encuadra en el tipo penal referente a los delitos cometidos por los servidores públicos, señalado en el artículo 255 del Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal.

“Artículo 255.- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por los servidores públicos, los siguientes:

XX. Ordenar la aprehensión de un individuo por delito que no amerite pena privativa de libertad, o en casos en que no preceda denuncia, acusación o querrela; o realizar la aprehensión sin poner al detenido a disposición del juez en el término señalado por el párrafo tercero del artículo 16 de la Constitución;”

D) Análisis del párrafo cuarto.

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

La orden de aprehensión debe emanar formalmente de una autoridad judicial, sin embargo existen dos excepciones, la flagrancia y el caso urgente.

Este párrafo hace mención a la flagrancia. “Por delito flagrante o *in fraganti* se entiende todo hecho delictivo cuya ejecución es sorprendida en el preciso momento de estarse realizando o en el supuesto de que su autor sea perseguido inmediatamente después de cometerlo.”⁷⁸

Al detener al presunto delincuente se le debe de poner de inmediato a disposición de la autoridad competente, de lo contrario su demora implicaría establecerse como privación ilegal de la libertad.

E) Análisis del párrafo quinto.

“Sólo en los casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a 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.”

Esta excepción a la orden de aprehensión emitida por una autoridad judicial, faculta a que una autoridad no siendo judicial (administrativa) pueda privar de la libertad a una persona en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley. La gravedad puede determinarse en cuanto a la penalidad del hecho delictivo cometido.
2. Que exista un riesgo eminente de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, es decir la fuga.

⁷⁸ Burgoa, I. Las Garantías Individuales... Ob. Cit. p. 615.

3. Que no haya en el lugar autoridad judicial o que por razón de la hora, lugar o circunstancia no se encuentre.

4. El Ministerio Público (autoridad administrativa), que realice la detención funde y motive la misma.

F) Análisis del párrafo sexto.

“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.”

La anterior es una formalidad del procedimiento penal, el juez una vez que se ha puesto a disposición al indiciado deberá de calificar el acto de autoridad ejercitado por el Ministerio Público ratificando la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

La facultad del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, es calificado por el órgano jurisdiccional, lo cual es una garantía constitucional de seguridad jurídica para el gobernado que se da en el auto de término constitucional.

G) Análisis del párrafo séptimo.

“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en 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 caso de que se contravenga a lo anterior se sanciona por la ley penal, encuadrándose en el título de los delitos cometidos contra la impartición de justicia en el

capítulo referente a los delitos cometidos por los servidores públicos en el artículo 255 fracción X del Código Penal.

“Artículo 255.- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por los servidores públicos, los siguientes:

X. Detener a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la ley, o retenerlo por más tiempo del señalado por el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional.”

La excepción se da para los casos en que la ley prevea como delincuencia organizada, cuyo plazo se duplica, es decir 96 horas tiene el Ministerio Público para poner a disposición del juez al inculcado.

H) Análisis del párrafo octavo.

“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.”

El cateo es un acto de molestia por lo que se circunscribe a que debe ser: una orden por escrito, emanado de la autoridad competente (sólo la autoridad judicial a través del órgano jurisdiccional facultado para tal fin), fundado y motivado, con la firma autógrafa del juez que lo emite y se debe expresar el lugar específico que se pretende catear (o inspeccionar). Además se debe mencionar a la persona o personas que se van a aprehender,

especificando los objetos y detallarlos, no se puede extender a otros objetos que no se mencionen.

Este párrafo establece como obligación de la autoridad ejecutante de la orden de cateo el levantar en el lugar una acta circunstanciada.

Acta Circunstanciada: debe ser elaborada al final de la diligencia especificando tiempo, lugar y modo, con presencia de dos testigos designados por el cateado o por la autoridad que realiza el acto de molestia. En esta Acta se debe detallar la diligencia iniciándose por la hora, el día, el lugar, etc. Los testigos deben firmar dicho documento, en caso de que se nieguen la autoridad lo hace constar.

I) Análisis del párrafo noveno.

“Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. 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. Por 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 éstas 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.”

Este párrafo fué adicionado al artículo 16 constitucional, correspondiente a la reforma publicada el 3 de julio de 1996 en el Diario Oficial de la Federación. En dicho párrafo se

establece la facultad exclusiva del poder judicial federal de intervenir las comunicaciones privadas.

El titular del Ministerio Público de la Federación (Procurador General de la República) o el Procurador de cada Estado, o la autoridad federal facultada por la ley, pueden hacer la petición de intervención de una comunicación privada a un Juez de distrito en materia penal. La petición debe fundar y motivar la intervención (basta con los meros indicios), especificando a las personas a quienes hayan de intervenir y su duración, la cual será por el tiempo necesario. La intervención de las comunicaciones privadas no se otorgará cuando sean cuestiones de carácter electoral, mercantil, fiscal, civil, laboral o administrativos. Sólo se permite para la materia penal a nivel federal. Se pueden hacer intervenciones a cualquier tipo de comunicación, tales como teléfonos, fax, computadoras, etc.

La finalidad de la intervención de las comunicaciones privadas es obtener información y localizar a las bandas de delincuentes organizados nacionales e internacionales, que operen en nuestro país. Principalmente se aplicará a delitos graves como lo son el terrorismo, narcotráfico, acopio de armas, falsificación de moneda, tráfico de menores, lavado de dinero, asalto en carretera, y para los casos en los que el Ministerio Público de la federación ejerza su facultad de atracción para delitos del orden común como el caso de secuestro y robo de vehículos.

J) Análisis del párrafo décimo.

“Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstas carecerán de todo valor probatorio.”

La intervención de las comunicaciones privadas, se concede cuando se tengan indicios de la existencia de una banda de delincuentes organizados, se concede por el tiempo necesario (indeterminado). Su utilización puede ser tanto para la averiguación Previa como para el Proceso Penal.

La Procuraduría General de la República deberá contar con una Unidad especializada en la investigación y persecución de delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada, integrada por agentes del Ministerio Público de la Federación, auxiliados por los agentes de la Policía Judicial Federal y peritos, tal y como lo señala el artículo 8º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

K) Análisis del párrafo décimo primero.

“La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.”

En el párrafo transcrito, se faculta a la autoridad administrativa para realizar visitas domiciliarias sin previa orden judicial, con el fin de ver si se han cumplido con los

reglamentos de policía y buen gobierno y las disposiciones fiscales. Si la visita o inspección no cumple con la finalidad mencionada se viola este precepto constitucional.

“...el reglamento es materialmente una ley, o sea, un acto jurídico creador, modificativo o extintivo de situaciones abstractas e impersonales, que expide la autoridad administrativa para dar bases detalladas conforme a las cuales deban aplicarse o ejecutarse las leyes propiamente dichas...el reglamento presupone la existencia de una ley específica.”⁷⁹

El artículo 89 constitucional fracción I le otorga al Ejecutivo Federal la facultad de expedir reglamentos con el fin de que se cumplan administrativamente las leyes dictadas por el Congreso de la Unión. Sin embargo los reglamentos dictados en materia federal no son de gobierno ni de policía, son como los llama Burgoa *heterónomos*, y son dictados sólo para pormenorizar las leyes que expide el Congreso de la Unión.

Por otro lado, en el orden local le corresponde a las legislaturas de los Estados de la República, de acuerdo con el artículo 124 constitucional, legislar en aquellos asuntos que no correspondan al Congreso Federal. Las leyes que dicte el gobierno de cada Estado serán para pormenorizar las leyes expedidas por el Congreso Local que son los reglamentos que Burgoa llama *autónomos* que son precisamente los de policía y gobierno.

Precisando el concepto de gobierno, Burgoa menciona, “...debe estimarse en su acepción funcional, es decir, como la acción o la potestad de guiar o dirigir a la población que integra el elemento humano de dicha entidad federativa para obtener su bienestar, para satisfacer sus necesidades o para evitarles cualquier damnificación.”⁸⁰

⁷⁹ Ibid. p. 650.

⁸⁰ Ibid. 653-654 pp.

Los reglamentos de policía y gobierno tienen como finalidad el bienestar colectivo, para lo cual pueden establecer obligaciones o sanciones a cargo de los particulares, y su incumplimiento es una transgresión que impide cumplir con dicha finalidad.

La autoridad fiscal (tanto local como federal) puede exigir la exhibición de libros y papeles para comprobar que se cumple con las disposiciones en materia tributaria. Las autoridades facultadas para realizar visitas domiciliarias son: La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Secretaría de Salud, y la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

La visita domiciliaria no debe estar precedida por ninguna orden judicial o mandamiento escrito, debido a que la simple inspección no implica un acto de molestia, pues sólo se pretende establecer si se cumple con los reglamentos gubernativos o fiscales. Pero al término de la visita domiciliaria se debe levantar un Acta Circunstanciada en la cual se especifique los resultados de dicha visita, se levanta con presencia de dos testigos designados por la persona cuyo negocio se inspeccione o en su defecto si éste se negare los designara el inspector, los cuales deben firmar el documento si se negaren la autoridad lo hará constar en el mismo documento.

Para el caso de que como resultado de la visita administrativa se estableciere el incumplimiento a alguno de los reglamentos de gobierno y fiscales, "...la autoridad que corresponda debe hacer cumplir tales ordenamientos mediante decisiones o resoluciones que procedan (multa, clausura del establecimiento, imposición de obligaciones de hacer o de dar, etc.) y como dichos actos entrañan sendas molestias en cualquiera de los bienes jurídicos a que se refiere el artículo 16 constitucional en su primera parte, deben estar condicionados a las garantías de seguridad jurídica que ésta contiene y que ya hemos estudiado (mandamiento escrito dirigido al particular afectado o que se le dé a conocer, competencia

constitucional de la autoridad que lo expida y expresión de los fundamentos legales que apoyen el acto de molestia de que se trate, así como de los motivos de aplicación respectivos.”⁸¹

L) Análisis del párrafo décimo segundo.

“La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro y su violación será penada por la ley.”

Se establece para toda autoridad una obligación negativa de abstención, de no revisar la correspondencia del gobernado, de no censurarla ni de prohibir su circulación. La Ley de Vías Generales de Comunicación es el ordenamiento que regula la materia de correos, la cual remite al Código Penal para el caso de que se registre la correspondencia privada.

El Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal, en el capítulo II, relativo a los delitos de Violación de Correspondencia específica:

“Artículo 173.- Se aplicarán de tres a ciento ochenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad:

- I. Al que abra indebidamente una comunicación escrita que no esté dirigida a él, y
- II. Al que indebidamente intercepte una comunicación escrita que no esté dirigida a él, aunque la conserve cerrada y no se imponga de su contenido.

Los delitos previstos en este artículo se perseguirán por querrela.”

⁸¹ Ibid. p. 628.

Para el caso de circulación de correspondencia por estafetas, no se tiene contemplado ningún delito de acuerdo al siguiente artículo penal:

“Artículo 175.- La disposición del artículo 173 no comprende la correspondencia que circule por la estafeta, respecto a la cual se observará lo dispuesto en la legislación postal.”

En el caso de las intervenciones de las comunicaciones privadas el artículo 177 de la ley penal citada:

“Artículo 177.- A quien intervenga comunicaciones privadas sin mandato de autoridad judicial competente, se le aplicarán sanciones de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días de multa.”

M) Análisis del último párrafo del artículo 16.

“En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.”

Este párrafo establece la garantía de inviolabilidad del domicilio privado, en contra de las autoridades militares para el caso de que en tiempo de *paz* pretendan ocuparlo o habitarlo, con este precepto el gobernado tiene el derecho de oponerse a la ocupación de su domicilio particular. De igual forma no se puede exigir al gobernado prestar cualquier trabajo sin su consentimiento.

Sin embargo para el caso de *guerra* de acuerdo a este supuesto, cualquier miembro del ejército puede pedir alojamiento, bagajes, alimentos, etc., al gobernado en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

4.- ARTÍCULO 21.

El artículo 21 constitucional en su primera parte establece:

“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 que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de 36 horas.

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso.”

La primer garantía específica de seguridad jurídica que se desprende del párrafo citado, es la facultad de imponer penas, exclusiva de la autoridad judicial, imponiéndole a las autoridades administrativas o legislativas la obligación negativa de abstenerse de imponer sanción alguna de las establecidas en el Código Penal.

Se considera autoridad judicial, aquella que se encuentra formalmente constituida (constitucional o legal), y que pertenece al Poder Judicial Federal, o al de los diferentes Estados.

El artículo primero de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece:

“Artículo 1º.- El Poder Judicial de la Federación se ejerce:

- I. Por la Suprema Corte de Justicia de la Nación;
- II. Por los Tribunales Colegiados de Circuito;
- III. Por los Tribunales Unitarios de Circuito;
- IV. Por los Juzgados de Distrito;
- V. Por el Jurado Popular Federal;
- VI. Por los Tribunales de los Estados y del Distrito Federal, en los casos previstos por el artículo 107, fracción XII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los demás en que, por disposición de la ley, deban actuar en auxilio de la justicia federal, y
- VII. Por el Consejo de la Judicatura Federal.”

En cuanto a la pena Fernando Castellanos la define como “...el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico.”⁸²

El artículo 24 del Código Penal para el Distrito Federal señala las penas:

“Artículo 24.- Las penas y medidas de seguridad son:

1. Prisión.
2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

⁸² Castellanos, F. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Trigésimaprimer edición. México, Porrúa. 1992. p. 318

4. Confinamiento.
5. Prohibición de ir a lugar determinado.
6. Sanción pecuniaria.
7. (Derogada).
8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
9. Amonestación.
10. Apercibimiento.
11. Caución de no ofender.
12. Suspensión o privación de derechos.
13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
14. Publicación especial de sentencia.
15. Vigilancia de la autoridad.
16. Suspensión o disolución de sociedades.
17. Medidas tutelares para menores.
18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Y las demás que fijen las leyes.”

La imposición de las penas, transcritas en el artículo anterior, es una función reservada a las autoridades judiciales con exclusión de todo órgano autoritario de cualquier

otra índole. Por ejemplo, las Juntas de Conciliación y Arbitraje no pueden imponer pena alguna por no tener el carácter de judicial, puesto que es una autoridad administrativa.

Sin embargo, el párrafo primero del artículo en análisis plantea una excepción a la garantía de imposición de las penas, y es la referente a que la autoridad administrativa tiene la facultad de aplicar sanciones cuando existan infracciones a los reglamentos de policía y de buen gobierno. Dichas sanciones consisten en la multa o el arresto hasta por treinta y seis horas. Si el infractor no paga la multa, entonces deberá cumplir con el arresto de 36 horas sin que exceda en horas. En caso de que el infractor fuere obrero, jornalero o trabajador, la multa que se le imponga por la autoridad administrativa no podrá exceder del salario que reciba por jornada, si es asalariado será el equivalente a lo que gane por día, lo anterior es conocido en la doctrina como el *quantum máximo*.

De acuerdo al artículo en estudio la autoridad administrativa tiene facultad para sancionar las infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, las cuales sólo consisten en sanciones pecuniarias tales como la multa, y corporales como lo es el arresto de hasta por treinta y seis horas. Estas de acuerdo a lo mencionado por Burgoa, son las únicas sanciones constitucionalmente permitidas, y cualquier reglamento que prevea una sanción distinta de las mencionadas será inconstitucional, un ejemplo es la clausura.

Al imponer la sanción la autoridad administrativa, ésta debe respetar las garantías de audiencia y legalidad que respectivamente se consagran en los artículos 14 segundo párrafo, y 16 primera parte.

La primera parte del artículo 21, establece la garantía de seguridad jurídica, relativa a que sólo le corresponde al Ministerio Público y a la Policía Judicial (bajo las órdenes de

aquél) la persecución de los delitos. El ofendido por un delito debe acudir siempre ante el Ministerio Público, denunciar los hechos, para que así éste inicie una investigación y reuniendo los elementos del tipo pueda ejercitar la acción penal, y se le castigue al culpable.

Los fundamentos jurídicos constitucionales de la figura jurídica del Ministerio Público se encuentran en los artículos 21 y 102 apartado A del mismo ordenamiento, el cual se refiere a las facultades del Ministerio Público Federal, que en el segundo párrafo menciona:

“Artículo 102.- A.

Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales de todos los delitos del orden federal; y por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados, buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.”

Tiene como naturaleza jurídica ser instrumento toral del procedimiento, tanto en la fase averiguatoria previa de instrucción, parajudicial o administrativa, así como también en el curso del procedimiento judicial, donde asume monopólicamente o no, el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado. Se le considera como una parte acusadora de carácter público en pedir la acción de la pretensión punitiva y de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal. La persecución de los delitos a cargo del Ministerio Público se da en dos momentos:

1.- *Averiguación previa*: en este momento se realizan todas las diligencias tendientes a comprobar los elementos del tipo penal y reunir todos los requisitos legales para obtener la

orden de aprehensión. La naturaleza jurídica de la averiguación previa es administrativa, toda vez que ésta se desarrolla y se integra con base principalmente, en lo previsto por los acuerdos y circulares emitidos por el Titular del ramo, en los que se establece el criterio jurídico interpretativo de los señalamientos de carácter general contenidos en los Códigos de Procedimientos Penales. Los requisitos de procedencia de la averiguación previa son: la denuncia y la querrela.

La denuncia es el relato de hechos constitutivos de algún delito de persecución oficiosa que hace cualquier persona ante el Ministerio Público, ésta la podrá hacer verbalmente cualquier individuo o por escrito, proporcionando el denunciante, todos aquellos datos y elementos de prueba que estén a su disposición a fin de facilitar la averiguación previa correspondiente.

La querrela de acuerdo al criterio de diversos autores se considera que es un medio con el cual el ofendido pone en conocimiento de la autoridad respectiva la comisión de un delito de que ha sido víctima, y pide que sea sancionado. En este sentido el artículo 114 del Código Federal de Procedimientos Penales establece lo siguiente:

“...es necesaria la querrela del ofendido, solamente en los casos en que así lo determinen el Código Penal u otra ley.”

2. *Ejercicio de la acción penal:* en este segundo momento el Ministerio Público participa como parte en el procedimiento judicial tendiente a la determinación de la pena correspondiente. Las diligencias necesarias para que el Ministerio Público ejercite o no la acción penal se hacen consistir en las siguientes hipótesis:

- a) Cuando hay elementos que comprueban la comisión de delito que merece pena corporal y la responsabilidad de un sujeto que se encuentre detenido, se debe ejercitar la acción penal para que si el juez comprueba los elementos que dan base al proceso, inicie éste. (Con prisión preventiva).
- b) Cuando hay elementos que comprueban la comisión de delito y que no merece pena corporal, cuando la responsabilidad de un sujeto que no esta detenido, se ejercita la acción penal para los efectos de que si el juez estima comprobados los elementos que dan base al proceso, se sujeta al inculpado a éste. (Sin prisión preventiva).
- c) Cuando hay elementos que comprueban la comisión de delito que merece pena corporal y la responsabilidad de un sujeto que no se encuentre detenido se debe solicitar orden de aprehensión.
- d) Cuando no hay elementos para ejercitar acción penal se pueden promover nuevas diligencias, o ponencias de reserva y/o archivo.

Las atribuciones del Ministerio Público durante la investigación y persecución del delito tiene doble carácter: el de ser parte ante el Juez de la causa penal y el de autoridad en relación a la víctima del delito. Por virtud de la primera es el encargado de aportar pruebas con el objeto de que la investigación se perfeccione y solicitar la práctica de las diligencias tendientes a dejar comprobados los requisitos del artículo 16 constitucional.

En cuanto al segundo carácter, que está en relación con la víctima del delito es el de autoridad, en la medida que tiene una potestad legítima que ha recibido de la constitución y que no es otra que de ejercitar la acción penal.

En materia internacional las atribuciones del Ministerio Público se encuentran previstas en lo dispuesto por los artículos 9º de las Ley Orgánica de la Procuraduría y 19 de su Reglamento, entre las que destacan:

- a) La promoción ante el Presidente de la República de los instrumentos de alcance internacional en materia de colaboración policial o judicial.
- b) La intervención en la extradición internacional de delincuentes.
- c) Vigilar la ejecución de los instrumentos legales signados por México, que sean competencia de la Procuraduría General de la República.
- d) Intervenir en los actos legales internacionales relacionados con las tareas de procuración de justicia, derivados de los tratados y acuerdos suscritos por México.

A decir del artículo 21 constitucional, la persecución de los delitos es una facultad que tiene el Ministerio Público, pero también es una obligación social que debe llenar. "Este deber, derivado del mismo artículo 21 de la Constitución, excluye la facultad de abstener del ejército de la acción punitiva, ya que no perseguir los delitos ni a sus autores, entraña una situación antisocial que pone a la colectividad en permanente peligro, auspiciando la perpetración permanente o periódica de hechos delictuosos bajo el signo de su impunidad."⁸³

La segunda parte del artículo 21 establece:

"Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.

⁸³ Burgoa, I. Las Garantías Individuales... Ob. Cit. p. 660.

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

La Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, se coordinarán en los términos que la ley señale para establecer un sistema nacional de seguridad pública.”

En esta segunda parte del artículo 21, se establece la procedencia del juicio de amparo en favor del ofendido por el no ejercicio de la acción penal y el desistimiento de ésta, lo anterior resultado de la reforma publicada el 31 de diciembre de 1994. “De esta reforma puede inferirse la procedencia de la acción de amparo en favor del ofendido por un delito en contra de las resoluciones, ya que, por virtud de la derogación tácita del artículo 10 de la ley que rige nuestra materia, la restricción que este precepto contiene se ha vuelto inoperante. Esta circunstancia implica evidentemente la consecuencia de que la jurisprudencia de la Suprema Corte declarativa de la improcedencia de la acción de amparo en favor del ofendido por un delito, ha quedado sin operatividad. Estas breves y someras ideas nos conducen a pensar que no hay necesidad de que se expida una ley específica que consigne la vía jurisdiccional para impugnar las aludidas resoluciones del Ministerio Público, a efecto de que contra ellas proceda el juicio de garantías.”⁸⁴ El ofendido tiene los siguientes derechos tanto en la fase de averiguación previa como durante el proceso penal.

1. Recibir asesoría jurídica y ser informado, cuando lo solicite, del desarrollo de la averiguación previa o del proceso.

⁸⁴ Ibid. p. 662.

2. Coadyuvar con el Ministerio Público.
3. Estar presente en el desarrollo de todos los actos procesales en los que el inculpado tenga este derecho.
4. Recibir la asistencia médica de urgencia y psicológica cuando lo requiera.
5. Proporcionar al Ministerio Público o al juzgador, directamente o por medio del Ministerio Público, todos los datos o elementos de prueba con que cuenten, que conduzcan a acreditar los elementos del tipo penal y establecer la probable o plena responsabilidad del inculpado, según el caso y la procedencia y monto de la reparación del daño.

El artículo en estudio señala también a la seguridad pública como una garantía para el gobernado, a cargo del Estado (la Federación) y las partes integrantes de éste en sus respectivas jurisdicciones (los Estados y municipios), quienes deberán establecer un sistema nacional de seguridad pública , cuya actuación -como mandato constitucional- deberá regirse por los principios de legalidad, eficacia, profesionalismo y honradez.

6. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 18 Y 119 CONSTITUCIONALES.

1.- ARTÍCULO 18.

A) Antecedentes.

Para realizar el análisis del artículo 18 constitucional, hemos considerado mencionar los antecedentes históricos en orden cronológico. De acuerdo a la magna obra de los Derechos del Pueblo Mexicano (aludida ya en el presente trabajo), de la edición publicada en el año de

1967, son doce los antecedentes correspondientes a las distintas leyes y constituciones que han estado vigentes en nuestro país desde la época colonial.

El primer antecedente lo encontramos en el artículo 297 de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, que mencionaba: “Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos: así el alcalde tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos.”

El segundo antecedente se encuentra en el artículo 21 del Decreto Constitucional, sancionado en Apatzingan el 22 de octubre de 1814, que señala: “Sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano.”

El tercer antecedente señalado en el artículo 72 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la ciudad de México el 18 de diciembre de 1822 que establece: “Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o que el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días, y en su defecto a satisfacer el arrestado los atrasos y perjuicios que se le sigan de aquella providencia.”

El cuarto antecedente se encuentra señalado en los artículos 31 al 35 del Proyecto de Constitución formulada por Joaquín Fernández Lizardi, publicado de mayo a junio de 1825: “Artículo 31: Debiendo ser las cárceles no unos depósitos de perdidos, semilleros de vicios y lugares para atormentar la humanidad, como por desgracia lo son las nuestras, sino unas casas correccionales de donde los hombres salgan menos viciosos que lo que han entrado, se dispondrán en lo que adelante en edificios seguros; pero, capaces, sanos y bien ventilados.”;

“Artículo 32: En todas ellas habrá departamentos de oficios y artes mecánicas dirigidas por profesores hábiles, no delinquentes.”; “Artículo 33: Si el preso tuviere algún oficio, como sastre, zapatero, etc., se pondrá con el respectivo maestro, quien lo hará trabajar diariamente, y de lo que gane el preso se harán dos partes, una para el fondo de la misma cárcel y otra para él, para que pueda socorrer a su familia si la tuviere.”; “Artículo 34: Si el preso no tuviere ningún oficio, se le dejará a su elección que aprenda el que quisiere; y puesto con el maestro respectivo, no saldrá de la cárcel hasta no estar examinado de oficial; y esto aún cuando haya compurgado el delito por el cual entró.”; “Artículo 35: Por ningún motivo se permitirán en las cárceles naipes, dados, licores, ni armas cortas; siendo de la responsabilidad de los directores de oficios el recoger y guardar diariamente todos los instrumentos de éstos.”

El quinto antecedente se encuentra en el artículo 5º, fracción IX del Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842, fechado en la ciudad de México el 26 de agosto del mismo año: “La Constitución otorga a los derechos del hombre, las siguientes garantías: *Seguridad*.- IX. El edificio destinado a la detención, debe ser distinto del de la prisión: uno y otro estarán en el lugar de la residencia del juez competente que ha de juzgarlos, y tanto el detenido, como el preso, quedan exclusivamente a la disposición del juez que conoce de su causa, sin que ninguna otra autoridad pueda intervenir en cosa alguna relativa a su persona, sus bienes, o su juicio, debiendo limitarse a prestar a la judicial los auxilios que le pida y quedando éstos enteramente a sus órdenes.”

El sexto antecedente se localiza en el artículo 13 fracciones XIII y XVII, del Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 2 de noviembre de 1842: “La Constitución reconoce en todos los derechos naturales de

libertad, igualdad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia, las siguientes garantías: *Seguridad*.- XIII. La detención y prisión se verificarán en edificios distintos; y una y otra son arbitrarias desde el momento que excedan los términos prescritos en la Constitución. Ni el detenido, ni el preso deben ser custodiados fuera de la residencia del juez que ha de juzgarlos, ni preso en otro edificio que el que señalare su juez, conservándose allí a su absoluta disposición.”; XVII. Ni a los detenidos, ni a los presos, puede sujetarse a tratamiento alguno que importe una pena. La ley especificará los trabajos útiles a que los jueces pueden sujetar a los formalmente presos para su ocupación y los medios estrictamente necesarios para la seguridad de las prisiones.”

El séptimo antecedente se encuentra el artículo 49 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, dado en el Palacio Nacional de México el 15 de mayo de 1856: “Se arreglarán las prisiones de manera que los detenidos estén separados de los presos y que a ninguno se obligue a la comunicación con los demás presos o detenidos; y ni a unos ni a otros podrá sujetarse a tratamiento alguno que importe una pena. Las leyes fijarán los trabajos útiles a que puede obligarse a los presos y los medios estrictamente necesarios para la seguridad y policía de las prisiones.”

El octavo antecedente se encuentra en el artículo 31 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 16 de junio de 1856: “Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquiera 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.”

El noveno antecedente se localiza en el artículo 18 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857: "Sólo 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 fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios, o de cualquier otra ministración de dinero."

El décimo antecedente se encuentra en los artículos 66 y 67 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el 10 de abril de 1865: "Artículo 66.- Las cárceles se organizarán de modo que sólo sirvan para asegurar a los reos, sin exacerbar innecesariamente los padecimientos de la prisión."; "Artículo 67.- En las cárceles habrá siempre separación entre los formalmente presos y los simplemente detenidos."

El decimoprimer antecedente se localiza en el punto 44 del Programa del Partido Liberal Mexicano, fechado en la ciudad de San Luis Missouri, E. U. A., el 1º de julio de 1906: "El Partido Liberal Mexicano propuso la siguiente reforma constitucional: Establecer, cuando sea posible, colonias penitenciarias de regeneración, en lugar de las cárceles y penitenciarias en que hoy sufren el castigo los delincuentes."

El décimosegundo antecedente lo encontramos en el Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la ciudad de Querétaro el 1º de diciembre de 1916: "Artículo 18 del Proyecto.- Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal. El lugar de prevención o prisión preventiva será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas."

Toda pena de más de dos años de prisión se hará efectiva en colonias penales o presidios que dependerán directamente del gobierno federal, y que estarán fuera de las poblaciones, debiendo pagar los Estados a la Federación los gastos que correspondan por el número de reos que tuvieran en dichos establecimientos.”⁸⁵

B) Análisis del Artículo 18 en el Diario de Debates.

1.- El artículo-18 de la Constitución de 1917.

El texto del artículo 18, propuesto a la Asamblea Constituyente del 17, por Venustiano Carranza en su Proyecto de Reformas a la Constitución de 1957, no fué aceptado por la Comisión dictaminadora, que hizo una objeción (en la 22º sesión ordinaria celebrada en el Teatro Iturbide el 25 de diciembre de 1916), relativa al establecimiento de la centralización del régimen penitenciario, pues consideró que lo anterior favorecía el absolutismo del Poder Central, dejando a los Estados del país sin injerencia en la ejecución de las sentencias y sin la posibilidad de legislar en todo lo concerniente a la imposición de la penas. Las facultades de los Estados en materia penal acabarían al pronunciarse la sentencia, lo cual implica un menoscabo a la soberanía de los Estados.

Señalaba que: “La tesis de la centralización del régimen penitenciario presupone que la Federación tiene mayores elementos económicos y científicos que un Estado, considerado aisladamente; ...Si se prohibiera a éstos la facultad de legislar en lo relativo a los establecimientos penitenciarios, se mataría la iniciativa que puede existir en los especialistas de provincia...porque también en esta materia deben tenerse en consideración las circunstancias locales. Hay delitos más comunes en una región que en otra, y en cada una

⁸⁵ Cf. Los Derechos del Pueblo Mexicano, (México a través de sus Constituciones). “Antecedentes y evolución de los artículos 16 a 27 Constitucionales. México. XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados. 1967. 83-85 pp.

abundan determinados especies de delincuentes; los medios de regeneración deben ser también distintos y las personas que limitan su campo de observación a una comarca, están en mejor situación de acertar en el estudio de las medidas legislativas relacionadas con las cuestiones locales.”⁸⁶

Además de las anteriores consideraciones, también se mencionaba que alejar de su familia a los delincuentes significaba una crueldad tanto para unos como para los otros. Por todas estas consideraciones la Comisión dictaminadora proponía la substitución del segundo párrafo del artículo 18, propuesto por Venustiano Carranza, conservando la primera parte:

“Artículo 18. Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. El lugar de prevención o prisión preventiva será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas.

Los Estados establecerán el régimen penitenciario sobre la base del trabajo, como medio de regeneración del delincuente.”⁸⁷

Sin embargo, la Asamblea Constituyente de Querétaro no aceptó tampoco la propuesta de la Comisión dictaminadora, y fué rechazada tal disposición después de una de las discusiones más extensas, las cuales se centraron en dos puntos de impugnación: la primera se refirió a la subsistencia de la prisión preventiva en los casos en que un delito tenga señalada pena alternativa de pecuniaria o corporal; y la segunda fué relativa a la obligación que, debe hacerse a los Estados de implantar el régimen penitenciario. El artículo fué desechado por 70 votos contra 69.

⁸⁶ Diario de los Debates del Congreso Constituyente de Querétaro de 1916-1917. México. Joaquín Porrúa editores. Tomo I. 1969. 644-645 pp.

⁸⁷ *Id.*

Se señaló para nueva discusión la 28ª sesión ordinaria del 3 de enero de 1917, en la cual, la Comisión dictaminadora presentó los cambios realizados al texto del artículo 18 de acuerdo a lo alegado en la sesión anterior, señalando "...que la mayoría de la Asamblea está en contra de la centralización del sistema penal que se pretende establecer en el proyecto de Constitución. En el mismo sentido se declaró la opinión de los subscriptos desde que comenzaron el estudio del artículo 18, y su convicción sobre este particular fué lo que principalmente impulsó a la Comisión a modificar el proyecto."⁸⁸

Explica la Comisión, que resulta conveniente que se desautorice la prisión preventiva para los casos de que un delito tenga señalada pena alternativa de pecuniaria o corporal y cree también en la completa libertad de los Estados para que adopten el sistema penitenciario que mas les convenga. Sometiendo a la consideración de la Asamblea el siguiente texto del artículo 18:

"Artículo 18. Sólo habrá lugar a prisión preventiva por delito que merezca pena corporal. El lugar de prevención o prisión preventiva será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en su respectivo territorio, el sistema penal-colonias penitenciarias o presidios-, sobre la base del trabajo como medio de regeneración."

Dicho precepto fué aprobado por la Asamblea Constituyente con 155 votos contra 37. En la 64a. Sesión ordinaria, celebrada en la tarde del sábado 27 de enero de 1917, la Comisión de Corrección de Estilo presentó minuta del artículo 18 constitucional ya aprobado.

⁸⁸ Ibid. Tomo II. p. 35.

C) Reformas realizadas al Artículo 18.

El artículo 18 constitucional, ha sido reformado dos veces: la primera reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de febrero de 1965; y la segunda publicada el 4 de febrero de 1977.

1.- *Reforma del 23 de febrero de 1965.*

Dicha reforma se llevó acabo con apego al procedimiento establecido en el artículo 135 constitucional, a raíz de una iniciativa del Ejecutivo Federal, enviada a la Cámara de Diputados, la cual le hizo modificaciones para después ser aprobada por la Cámara de Senadores, y previa su aprobación por las legislaturas de los Estados, se publicó el siguiente decreto:

“GUSTAVO DÍAZ ORDAZ, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed: Que el H. Congreso de la Unión se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO:

El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, en uso de la facultad que le confiere el artículo 135 de la Constitución General de la República y previa la aprobación de la mayoría de las honorables legislaturas de los Estados, declara reformado y adicionado el artículo 18 de la propia Constitución.

ARTÍCULO ÚNICO.- Se reforma y adiciona el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

ARTÍCULO 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá 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 y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de 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.

La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.”

La reforma realizada al párrafo segundo del artículo 18 constitucional consistió “...en substituir el concepto de “territorios” por el de “jurisdicciones”, lo que desde el punto de vista jurídico es más acertado, pues “territorio” como base geográfica del “Gobierno de la Federación” comprende toda la República, incluyendo...a los diferentes “territorios” de los Estados, circunstancia que se presentaba en innumerables equívocos; en cambio, la idea de “jurisdicción” equivale a la de “competencia” entre las autoridades federales y las locales, sustentada sobre el principio proclamado en el artículo 124 constitucional.”⁸⁹

⁸⁹ Burgoa, I. Las Garantías Individuales... Ob. Cit. 641-642 pp.

Además del trabajo contemplado en el precepto en cita, para lograr el fin de la regeneración del delincuente se agregaron la capacitación (para dicho trabajo), y la educación. Otra circunstancia adicionada a tal disposición es la relativa a que la compurgación de las penas para hombres y mujeres deben realizarse en sitios separados.

2.- Reforma del 4 de febrero de 1977.

A iniciativa del Ejecutivo Federal a finales del año de 1976 se reformó el artículo 18 constitucional. Como consecuencia de dicha reforma se adicionó un quinto párrafo al mencionado precepto, el cual fué publicado en el Diario Oficial el 4 de febrero de 1977, mediante el siguiente decreto:

“DECRETO por el que se adiciona un quinto párrafo al Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que el H. Congreso de la Unión se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO:

El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, en uso de la facultad que le confiere el Artículo 135 de la Constitución General de la República, y previa la aprobación por la mayoría de las honorables legislaturas de los Estados, declara adicionado con un quinto párrafo, el Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ARTÍCULO ÚNICO.- Se adiciona un quinto párrafo al Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

“Artículo 18.-

.....
.....
.....

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 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. 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 podrá efectuarse con su consentimiento expreso.”⁹⁰

De acuerdo a la opinión de Burgoa, dicha adición produce varios problemas de carácter jurídico cuya trascendencia la hacen impracticable. “En efecto, en el caso de que se trasladaran al país a delincuentes mexicanos que se encuentren compurgando alguna pena en el extranjero, se daría a las sentencias condenatorias respectivas efectos extraterritoriales, para cuya ejecutividad habría previamente que determinar si los delitos materia de la condena estuviesen tipificados como tales en la legislación mexicana, y si durante el proceso

⁹⁰ Gobernación, Secretaría de. Diario Oficial de la Federación. 1977. p. 2

respectivo se hubiesen observado las garantías equivalentes a nuestras garantías constitucionales consagradas principalmente en los artículos 14, 16, 18, 19, 20 y 22. En el supuesto de que estas condiciones no se satisficiesen, el solo hecho de que el reo condenado por tribunales extranjeros penetre al territorio nacional, produciría su inmediata libertad, pues no puede admitirse que ninguna persona purgue en México una condena que se hubiese decretado contrariamente a nuestra Constitución y a nuestras leyes.”⁹¹

Y explica, que de igual forma se violarían las garantías constitucionales, en el caso de que el extranjero juzgado en México, con las leyes mexicanas, las cuales fueran diferentes a las de su país de origen, al trasladarlo, se trasgredieran las mencionadas garantías. Aunque se estableciere en algún tratado internacional el intercambio de reos, carecería de validez jurídica, para el caso de que permitiera la violación citada.

El artículo 15 constitucional, prohíbe la celebración de tratados o convenios internacionales en los que se afecte las garantías de los gobernados, sea o no delincuente. Por lo tanto un extranjero condenado por un tribunal mexicano, puede interponer un juicio de amparo en contra del traslado; y al contrario un delincuente mexicano que haya sido sentenciado por un tribunal extranjero, que es trasladado a nuestro país para que compurgue aquí su pena, también puede promover el juicio de amparo.

Por todo lo anterior Burgoa concluye, que es “inútil, innecesaria e impráctica la adición que se pretende incorporar, como párrafo quinto, al artículo 18 constitucional, debiéndose recordar que las garantías constitucionales son irrenunciables, por lo que el

⁹¹ Ob. Cit. Burgoa, I. Las Garantías Individuales... Ob. Cit. p. 644.

consentimiento que los reos emitiesen para su traslado no produce el efecto de evitar las violaciones a que hemos aludido.”⁹²

D) Análisis del texto vigente.

El artículo 18 constitucional vigente dispone:

“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 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.

La Federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

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

⁹² *Id.*

extranjera 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. 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 podrá efectuarse con su consentimiento expreso.”

De los renglones transcritos se desprende la relación con el artículo 16 constitucional en su segunda parte relativa a la orden aprehensión o detención de una persona se traduce en la privación de su libertad y ésta privación puede ser preventiva “...La cual obedece, no a un fallo en el que se haya estimado a una persona como penalmente responsable de la perpetración de un delito, sino a la orden judicial de aprehensión o al hecho de que el detenido quede a disposición de la autoridad judicial, por una parte, o al auto de formal prisión que, como condición *sine qua non* de todo juicio penal, prevé el artículo 19 constitucional, por la otra.”⁹³

La prisión preventiva se inicia desde que la persona detenida o aprehendida se pone a disposición del juez. Tiene dos momentos :

- 1.- Comienza en cuanto el sujeto queda bajo la autoridad judicial, ya sea por una orden de aprehensión o por su consignación por el Ministerio Público, que abarca hasta el auto de formal prisión o de libertad por falta de méritos.
- 2.- Inicia a partir de dicho auto de formal prisión hasta que se pronuncia sentencia ejecutoria en el juicio motivado por el hecho delictivo de que se trate.

⁹³ *Ibid.* p. 639.

Para que la prisión preventiva proceda deben cumplirse previamente con los requisitos constitucionales de la orden de aprehensión (artículo 16) y los establecidos por el artículo 18, es decir sólo cuando al delito se le asigne en la legislación penal, una sanción corporal, o sea, la pena corporal debe estar consignada en el Código sustantivo penal por el delito que se le impute a una persona. Si la sanción prevista es alternativa, es decir, una conjunción con otro tipo de pena como lo es la pecuniaria, no procede constitucionalmente la prisión preventiva, consecuentemente tampoco la orden de aprehensión.

Otra cuestión importante respecto a lo establecido en el artículo 18, es el lugar que se designe para la prisión preventiva, el cual debe ser distinto del que se destine para la extinción de las penas, los cuales deben estar en lugares separados. Esto debido a que sus causas son distintas:

- 1.- La prisión preventiva no es una sanción que se impone como consecuencia de la comprobación de la responsabilidad en la realización de un delito. Es sólo una medida de seguridad en tanto el sujeto sea absuelto o condenado por una sentencia ejecutoria.
- 2.- A la privación de libertad como pena debe antecederle una sentencia ejecutoria (como requisito *sine qua non*), la cual se halla dictado como consecuencia de la comprobación de la responsabilidad del acto delictuoso.

En el párrafo segundo se establece la regeneración del delincuente y su readaptación social. Lo cual se pretende conseguir mediante la imposición de las penas tendientes a lograr tal fin mediante capacitación, trabajo y educación en los lugares destinados a extinguir la pena.

El párrafo tercero del precepto en cuestión, faculta (no como obligación, sino como potestad), a los gobernadores de los estados a celebrar convenios con la Federación, respetando las leyes estatales para no afectar su autonomía. Tales convenios asumen el carácter de ley y forman parte de la legislación penal de la entidad. Además los convenios no pueden pactarse en relación con los procesados, quienes todavía no han sido condenados por una sentencia ejecutoria, que no pueda ser impugnada, es decir, que la Justicia Federal, por la vía del amparo le halla negado la protección contra la sentencia definitiva, la cual le impone una sanción penal de privación de libertad, y el amparo se halla promovido por contravenciones de fondo en el fallo definitivo dictado por la autoridad judicial respectiva. Tampoco puede pactarse por delitos que no sean del orden común.

Según jurisprudencia de la Suprema Corte: "...resulta que en la práctica la posibilidad de celebrar los convenios a que se refiere el tercer párrafo del artículo 18 constitucional, se verá muy menguada o amenazada de inconstitucionalidad, pues basta que un sujeto no haya interpuesto el amparo directo contra un fallo definitivo pronunciado por algún tribunal local que lo hubiese condenado a sufrir una pena privativa de libertad, para que no se le considere como "reo sentenciado", máxime que, por virtud de la suspensión que se le conceda contra la ejecución de dicho fallo, en el caso de que lo impugne, se le seguirá reputando como "procesado"."⁹⁴

El cuarto párrafo del artículo 18 se refiere al tratamiento de los menores infractores, el cual previene que los gobiernos de los Estados, así como la Federación, creen instituciones especiales para tal fin. A los menores que incurrían en un ilícito, la ley considera que no son

⁹⁴ Ibid. p. 643.

delincuentes, y que psicológica y socialmente no se les considera como tales, y por lo tanto, no se les debe sujetar al mismo régimen de readaptación que los delincuentes.

2.- ARTÍCULO 119.

A) Antecedentes.

Los principales antecedentes constitucionales e históricos del artículo 119 de la Constitución de 1917, son los que se indican en orden cronológico.

El primer antecedente se localiza en el artículo 26 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, fechada en la ciudad de México el 31 de enero de 1824: "Artículo 26.- Ningún criminal de un Estado tendrá asilo en otro, antes bien será entregado inmediatamente a la autoridad que le reclame."

El segundo antecedente se localiza en las fracciones V y VI del artículo 161 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824: "Cada uno de los Estados tiene obligación:

V.- De entregar inmediatamente los criminales de otros Estados a la autoridad que los reclame.

VI.- De entregar los fugitivos de otros Estados a la persona que justamente los reclame, o compelerlos de otro modo a la satisfacción de la parte interesada."

El tercer antecedente se encuentra en el artículo 137, fracciones VI y VII del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 25 de agosto de 1842: "Son obligaciones comunes a cada uno de los Departamentos:

VI.- Entregar inmediatamente los criminales de otros Departamentos a la autoridad que los reclame.

VII.- Entregar a los fugitivos de otros Departamentos a la persona que justamente los reclame, o compelerlos a que satisfagan a la parte interesada.”

Cuarto antecedente, se localiza en el artículo 25, fracción IV del Voto particular de la Minoría de la comisión Constituyente de 1842, fechado en la ciudad de México el 26 de agosto del mismo año: “Parte conducente.- No hay diferencia alguna entre los ciudadanos de diversos Estados, y ...ninguna disposición puede evitar que se haga efectiva la responsabilidad civil o criminal que hubieren contraído en alguno de ellos.”

El quinto antecedente, se encuentra en el artículo 100 del Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 2 de noviembre de 1842: “Parte conducente.- No hay diferencia alguna entre los ciudadanos de los diversos Departamentos, y ninguna disposición puede evitar se realice la responsabilidad que hubiere contraído en alguno de ellos.”

El sexto antecedente se localiza en el artículo 11 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 16 de junio de 1856: “Cada Estado tiene obligación de entregar sin demora los criminales de otros Estados a la autoridad que los reclame.”

El séptimo antecedente se localiza en el artículo 113 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857: “Cada Estado tiene obligación de entregar sin demora los criminales de otros Estados a la autoridad que los reclame.”

Octavo antecedente, localizado en el Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la ciudad de Querétaro el 1º de diciembre de 1916: "Artículo 119 del Proyecto.- Cada Estado tiene obligación de entregar, sin demora, los criminales de otro Estado o del extranjero, a la autoridad que los reclame.

En estos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria de extradición, será bastante para motivar la detención por un mes, si se tratare de extradición entre los Estados, y por dos meses cuando fuere internacional."⁹⁵

B) Análisis del artículo 119 en el Diario de Debates de 1917.

En la 62a. Sesión Ordinaria celebrada la noche del jueves 25 de enero de 1917, sin discusión y por unanimidad de 154 votos fue aprobado el artículo 119 del Proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza.

C) Reformas realizadas al artículo 119.

El artículo en referencia ha sido reformado dos veces: La primer reforma publicada en el Diario Oficial el 3 de septiembre de 1993, publicándose una fe de erratas a la primer reforma el 6 de septiembre de 1993; la segunda reforma se publicó el 25 de octubre de 1993.

1.- *Reforma de 3 de septiembre de 1993.*

En el Diario Oficial de la federación se publicó el siguiente decreto:

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

⁹⁵ Cf. Los Derechos del Pueblo Mexicano (México a través de sus Constituciones) Tomo VIII Antecedentes y evolución de los artículos 107 a 136 constitucionales. 560-561 pp.

CARLOS SALINAS DE GORTARI, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que la Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO

ARTÍCULO ÚNICO.- Se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

ARTÍCULO 119.- Cada Estado y el Distrito Federal están obligados a entregar sin demora a los indiciados, procesados o sentenciados, así como a practicar el aseguramiento y entrega de objetos instrumentos o productos del delito, atendiendo a autoridad de cualquier otra entidad federativa que los requiera. Estas diligencias se practicarán, con intervención de las respectivas procuradurías generales de justicia, en los términos de los convenios de colaboración que, al efecto, celebren las entidades federativas. Para los mismos fines, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios de colaboración con el Gobierno Federal, quien actuará a través de la Procuraduría General de la República.

Las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de esta Constitución, los Tratados Internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. En esos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días naturales."⁹⁶

⁹⁶ Diario Oficial de la Federación, 3 de septiembre de 1993, 5-6 pp.

2.- *Reforma de 25 de octubre de 1993.*

Mediante la publicación en el Diario Oficial de la Federación el párrafo primero del artículo 119 constitucional se reformó quedando como sigue:

“Título Quinto

De los Estados de la Federación y del Distrito Federal

ARTÍCULO 119.- Los Poderes de la Unión tienen el deber de proteger a los Estados contra toda invasión o violencia exterior. En cada caso de sublevación o violencia exterior. En cada caso de sublevación o trastorno interior, les prestarán igual protección, siempre que sean excitados por la Legislatura del Estado o por su Ejecutivo, si aquella no estuviere reunida.”⁹⁷

D) Análisis del Texto vigente.

El artículo 119 constitucional vigente señala:

“Artículo 119.- Los poderes de la Unión tienen el deber de proteger a los estados contra toda invasión o violencia exterior. En cada caso de sublevación o trastorno interior, les prestarán igual protección, siempre que sean excitados por la legislatura del estado o por su Ejecutivo, si aquella no estuviere reunida.

Cada Estado y el Distrito Federal están obligados a entregar sin demora a los indiciados, procesados o sentenciados, así como a practicar el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito, atendiendo a la autoridad de cualquier otra entidad federativa que los requiera. Estas diligencias se practicarán, con intervención de las respectivas procuradurías generales de justicia, en los términos de los convenios de

⁹⁷ *Ibid.* 25 de octubre de 1993, p. 3.

colaboración que, al efecto, celebren las entidades federativas. Para los mismos fines, los estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios de colaboración con el Gobierno Federal, quien actuará a través de la Procuraduría General de la República.

Las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de esta Constitución, los tratados internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. En esos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por 60 días naturales.”

El párrafo primero establece la obligación por igual a los poderes de la Unión, es decir, al Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de tomar todas las medidas pertinentes para proteger a los Estados de la República, y a ésta misma, de toda violencia o invasión exterior. Como medida constitucional a cargo del Ejecutivo Federal, con aprobación del Legislativo, para lograr la finalidad de proteger a la sociedad, el artículo 29 establece la suspensión de garantías individuales en los casos de: perturbación grave de la paz pública; cualquiera que ponga en peligro a la sociedad; o, por conflicto. La suspensión se realiza por medio de un decreto emitido por el Presidente de la República de acuerdo con los Secretarios de Estado, los departamentos administrativos, con la aprobación del Congreso de la Unión y en los recesos, por la Comisión Permanente. Para el caso de que la sublevación sea interna, la legislatura local, puede convocar a las autoridades federales para que coadyuven en la solución al problema.

El párrafo segundo se refiere a la obligación para los Estados de entregar a los presuntos delincuentes que se hallen en su territorio, cuando sean requeridos por las autoridades competentes de otros Estados de la Federación, e incluso el Distrito Federal. Para

tal fin se deben celebrar convenios de colaboración entre los Estados, el Distrito Federal así como éstos y la Procuraduría General de la República en representación del gobierno federal.

Siendo ésta una especie de extradición interna, con el fin de que se le juzgue al culpable de transgredir la ley penal, en el lugar en donde cometió el hecho delictuoso, así como por las autoridades y leyes respectivas.

Tales diligencias de intercambio de delincuentes las deben tramitar las procuradurías estatales de justicia, así como la procuraduría de justicia del Distrito Federal.

El último párrafo señala la extradición para los reos del orden común de acuerdo con la Ley de Extradición Internacional y los Tratados de Extradición celebrados por México. La extradición de los delincuentes reclamados por otras naciones, tiene su fundamentación en el respeto, la cooperación y la reciprocidad entre los Estados para el mantenimiento del orden jurídico que hace posible la convivencia entre los mismos.

CAPÍTULO II. GENERALIDADES SOBRE LA EXTRADICIÓN.

1. DEFINICIÓN.

La etimología de la palabra extradición, "está formada del prefijo "ex" que significa: fuera de. así como del vocablo "tradición" que en el lenguaje jurídico significa entrega."⁹⁸

De lo anterior se deduce que es la entrega de algo que está fuera. Aplicando lo dicho, al concepto de extradición, resulta ser la entrega de un individuo (que ha cometido un hecho delictuoso), a un Estado el cual se lo solicita, a otro Estado, en cuyo territorio se encuentra tal individuo.

Carlos Arellano García, menciona que "por extradición debemos entender la institución jurídica que permite a un Estado denominado requirente solicitar de un Estado requerido la entrega de un individuo que se encuentra fuera del territorio del Estado requirente y que se ha refugiado en el Estado requerido, para juzgarlo o para sancionarlo."⁹⁹

Manuel J. Sierra señala: "Extradición es el acto de entrega de un individuo acusado o convicto de un delito cometido dentro del territorio del estado reclamante competente para juzgarlo y reclamarlo, al estado de refugio."¹⁰⁰

El Diccionario Jurídico Omeba, define a la extradición como: "...un acto, por el cual un Estado entrega por imperio de una ley expresa (tratado o ley) un individuo a otro Estado, que lo reclama con el objeto de someterlo a un proceso penal o al cumplimiento de una pena."¹⁰¹

⁹⁸ Arellano García, C... Ob. Cit. p. 424.

⁹⁹ Id.

¹⁰⁰ Sierra J., Manuel. Tratado de Derecho Internacional Público. México. Porrúa. 1947. p. 193.

¹⁰¹ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XI. Buenos Aires. Omeba. 1974. p. 685.

Jímenez de Asúa dice: "La extradición es la entrega del acusado o del condenado, para juzgarlo o ejecutar la pena, mediante petición del Estado donde el delito perpetróse, hecha por aquel país en donde buscó refugio."¹⁰²

Cuello Calón explica : "La extradición es el acto por el cual un gobierno entrega a un individuo refugiado en su territorio al gobierno de otro país que lo reclama por razón de delito, para que sea juzgado, y si ya fué condenado; para que se ejecute la pena o la medida de seguridad impuesta."¹⁰³

De las anteriores definiciones, extraemos elementos comunes, en los cuales los autores coinciden al definir a la extradición.

1. Es una figura jurídica a la cual recurren los Estados para poder castigar a un individuo que cometió un delito, y que para sustraerse a las autoridades del Estado donde cometió dicha acción, y evitar el castigo, sale de dicho Estado y se refugia en otro.
2. Se necesita que exista una petición de entrega del individuo (que cometió una acción delictuosa) de un Estado (llamado requirente) a otro Estado (requerido).
3. La finalidad de tal petición se realiza:
 - a) Para que se juzgue o someta al individuo a un proceso penal.
 - b) En el caso de que ya se le haya juzgado, para que el delincuente cumpla con la pena impuesta por el delito cometido.

La extradición es una forma de colaboración internacional en la lucha contra el delito, y contra la posibilidad de que esta quede impune, al salir el delincuente de un Estado, e ir a

¹⁰² Citado por Castellanos Tena, F... Ob. Cit. p. 102.

¹⁰³ Id.

otro, para evitar de esta forma el castigo. Por lo tanto la extradición surgió "...como una necesidad ante la extensión del campo de acción del delito y las facilidades que le otorgan los actuales medios de comunicación y la tecnología que contribuyen al acercamiento de los pueblos, tanto en su faz positiva como en la negativa."¹⁰⁴

Las formas de colaboración o cooperación entre los Estados puede tener varias posibilidades, entre ellas medidas administrativas y legales al interior de cada Estado, por ejemplo las leyes en materia de extradición, en las cuales se regula el procedimiento para los casos en que no existe un tratado de extradición. Otro aspecto de la colaboración internacional se da en el nivel legislativo, el cual se ciñe a aspectos sustantivos, es decir a la tipificación internacional de un delito, así como a establecer los aspectos procesales destinados a la prevención y búsqueda de delincuentes, o tan sólo para satisfacer aspectos relacionados al proceso penal.

1.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXTRADICIÓN.

Manuel J. Sierra explica la legitimidad de la extradición, respecto de considerar la entrega de un criminal fugitivo como una obligación jurídica del estado, vertiendo dos opiniones al respecto:

1.- La relativa al principio de protección a la libertad humana y al derecho de asilo llevado a su máxima expresión, como consecuencia de la soberanía territorial. Este punto de vista considera que no existe norma alguna de Derecho Internacional que obligue al Estado a entregar a los delincuentes que se encuentren dentro de sus fronteras.

¹⁰⁴ Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela. Tomo II. Madrid. Tecnos. 1979. p. 866.

La otra opinión, tiene una postura completamente contraria a la anterior, puesto que considera que existe una interdependencia y cooperación internacional en favor de la aplicación de la justicia como indispensable para evitar la impunidad del crimen, aplicando la extradición internacional.

Otros autores, entre ellos Hugo Grocio, "considera que la extradición constituye un deber impuesto a los Estados por el derecho natural."¹⁰⁵

Hay quienes consideran una obligación moral para los Estados, la entrega de criminales. Sin embargo, ningún Estado está obligado a entregar a un criminal por un delito realizado fuera del territorio del Estado requirente, y tampoco por los delitos verificados dentro del territorio requerido. Los delitos cometidos a bordo de barcos o aviones de particulares dentro del territorio marítimo o aéreo de otro Estado, se consideran cometidos en ese Estado. Nuestra legislación en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal, establece:

"Artículo 5º.- Se considerarán como ejecutados en territorio de la República:

Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales;

Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto;

Los cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tranquilidad pública o si el delincuente o el

Cita por Arellano García, C... Ob. Cit. p.425.

2. La otra opinión, tiene una postura completamente contraria a la anterior, puesto que considera que existe una interdependencia y cooperación internacional en favor de la aplicación de la justicia como indispensable para evitar la impunidad del crimen, aplicando la extradición internacional.

Otros autores, entre ellos Hugo Grocio, "considera que la extradición constituye un deber impuesto a los Estados por el derecho natural."¹⁰⁶

Hay quienes consideran una obligación moral para los Estados, la entrega de criminales. Sin embargo, ningún Estado está obligado a entregar a un criminal por un delito realizado fuera del territorio del Estado requirente, y tampoco por los delitos verificados dentro del territorio requerido. Los delitos cometidos a bordo de barcos o aviones de particulares dentro del territorio marítimo o aéreo de otro Estado, se consideran cometidos en ese Estado. Nuestra legislación en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal, establece:

"Artículo 5º.- Se considerarán como ejecutados en territorio de la República:

- I. Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales;
- II. Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto;
- III. Los cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tranquilidad pública o si el delincuente o el

¹⁰⁶ Cita por Arellano García, C... Ob. Cit. p.425.

BIBLIOTECA VULGAR

COLECCIÓN

ofendido, no fueren de la tripulación. En caso contrario, se obrará conforme al derecho de reciprocidad;

IV. Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señalan para buques las fracciones anteriores, y

V. Los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas.”

Alfredo Verdross, “en un punto de vista positivista, concluye que el deber de extradición sólo puede fundarse en un convenio expreso.”¹⁰⁶

Carlos Arellano García considera tres aspectos en cuanto a la obligación de los Estados:

“A) Los Estados tendrán el deber jurídico indiscutible de extraditar cuando haya convenio expreso en ese sentido.

B) En aras de la protección a la libertad humana y del reconocimiento expreso al derecho de asilo, los Estados han establecido excepciones al deber jurídico de extraditar pactado en los Convenios Internacionales y de esta manera se han exceptuado los delitos políticos y los delitos que no tienen carácter de tales en ambos Estados, o sea en el Estado requirente y el Estado requerido (principio de reciprocidad).

C) A falta de deber jurídico de extraditar, los Estados pueden, unas veces por conveniencia propia para no recibir extranjeros indeseables, otras veces por reciprocidad y otras para

¹⁰⁶ *Id.*

cooperar internacionalmente y otras más para combatir la impunidad del crimen, acceder a una petición de extradición.

D) En cuanto a desprender la obligación jurídica del Derecho Natural hacemos la observación de que el Derecho Natural está formado por normas intrínsecamente válidas, por lo que puede ser valioso extraditar para evitar la impunidad y para cooperar internacionalmente pero puede no ser valioso extraditar afectando indebidamente la libertad humana y afectando el derecho de asilo.”¹⁰⁷

Derecho de Asilo: por el derecho de asilo en general, se ha entendido como una facultad jurídica soberana de un Estado de conceder refugio a individuos perseguidos por las autoridades de otro Estado. Es “...la protección que encuentra una persona, objeto de persecuciones por parte de las autoridades de un Estado, en aquellas hipótesis en que dichas persecuciones se enfrentan ante la prohibición de su persecución dentro de ciertos espacios competentes de la autoridad de otro Estado, sin que éste tenga la obligación de facilitar su continuación entregando al refugiado a las autoridades del Estado que pretende ejercer tal persecución.”¹⁰⁸

El concepto transcrito se refiere al asilo externo, es decir, aquél otorgado por otro Estado en su territorio. Sin embargo, existe otro tipo llamado asilo interno o extraterritorial, conocido más comúnmente como asilo diplomático, es aquél que se da en la práctica internacional en sedes de misiones diplomáticas, oficinas consulares, buques de guerra y bases militares, en donde se otorga asilo a un individuo que requiere protección y refugio por huir de la justicia local. El Estado que otorga el asilo, ésta condicionado a una absoluta

¹⁰⁷ Id.

¹⁰⁸ Alonso Gómez-Robledo Verduzco. Temas selectos de Derecho Internacional. Segunda edición. México. UNAM. 1994. p. 252.

discrecionalidad. Pero no están los Estados obligados a conceder el asilo a individuos perseguidos, no está consagrado en el derecho internacional positivo. Lo que sí prevé el derecho internacional positivo es la facultad jurídica para todo Estado soberano de garantizar el asilo a toda persona que fundadamente así lo solicite, siempre y cuando el Estado en cuestión no esté bajo ninguna obligación contractual de realizar lo contrario, tales como las convenciones en materia de extradición en las cuales el estado sea parte.

Una regla internacional sobre el derecho de asilo, es la referente a que el otorgamiento de asilo no constituye un acto de inamistad o intromisión en asuntos internos del Estado que persigue al asilado.

Relación entre Extradición y Asilo: la relación existente entre la extradición y el asilo es de acuerdo a dos aspectos: el primero se da en la negativa de extraditar a una persona lo cual puede implicar el otorgamiento de asilo; y por otra parte, la extradición significa un rechazo a la concesión del asilo. Sin embargo la extradición y el asilo son figuras jurídicas diferentes, que no necesariamente son parte del mismo problema. "De acuerdo a Atle Grahl-Madsen, el "derecho de asilo" en el sentido del derecho del Estado a conceder asilo se compone de diversas facetas:

- a) Derecho a admitir a una persona en su territorio.
- b) Derecho a permitirle permanecer en dicho territorio.
- c) Derecho a negarse a expulsarlo.
- d) Derecho a negarse a extraditarlo hacia otro Estado.

e) Derecho a no perseguir a la persona, castigarla o de alguna otra forma restringir su libertad.”¹⁰⁹.

Los conceptos de “asilado político” y el de “refugiado”, han sido confundidos, siendo que son dos cosas distintas, el “*asilo político*” se le otorga a una persona que es perseguida por sus ideas o actividades políticas, y que no existe en contra de él ninguna acusación formal de un hecho delictivo; el “*refugiado*” es de acuerdo a lo mencionado por la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada el 28 de julio de 1951 y en vigor desde el 22 de abril de 1954, establece “que por el término refugiado deberá entenderse aquella persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país (artículo 1° fracción 2° del literal A)”¹¹⁰

México, no se ha adherido al Estatuto de Refugiados de 1951 y a su Protocolo de 1967, por lo que nuestra legislación no reconoce el concepto de refugiados, lo que tiene por consecuencia que al refugiado se considere como “*visitador transitorio*”, tal es el caso de los refugiados guatemaltecos. Pero tampoco la figura jurídica de visitantes transitorios esta contemplada dentro del marco jurídico de las leyes migratorias mexicanas, el problema son las consecuencias legales para el refugiado, quienes pierden el contacto con las autoridades de su país y no gozan de la protección diplomática que éste les pudiera brindar a sus nacionales en el extranjero.

¹⁰⁹ Ibid. 253-254.pp.

¹¹⁰ Ibid. p 263.

1.2 OBJETO DE LA EXTRADICIÓN.

El objeto de la extradición, es lograr que el delincuente sea remitido al Estado que lo requiere para responder ante las autoridades de ese Estado. El individuo que va a ser objeto de extradición, puede presentar variantes en cuanto a su nacionalidad, y éstas afectar en la decisión del Estado que es requerido, para acceder a extraditar o no a tal persona. Esta situación se plantea en las siguientes hipótesis:

a) *Ser nacional del Estado que lo requiere*, lo cual no implica dificultad alguna para su entrega.

b) *Ser nacional del Estado requerido*, encuadrándose este caso en la regla general de que ningún Estado está obligado a entregar a sus propios nacionales, lo cual se justifica desde el punto de vista social y humanitario, dado que de esta forma se evitan problemas para el delincuente como lo son el desconocimiento del idioma, prejuicios raciales y religiosos. Manuel J. Sierra señala que al parecer Francia fué la iniciadora de esta costumbre en un tratado firmado con España en 1765.

Para que no quede impune el delito cometido por un nacional, El Estado que fué requerido y negó la extradición por esta causa, juzga y sanciona al delincuente si de acuerdo a sus leyes procede que se le sancione. Lo anterior lo podemos encontrar en lo que establece el artículo 4º del Código Penal para el Distrito Federal:

“Artículo 4º.- Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra un mexicano, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si ocurren los requisitos siguientes:

I. Que el acusado se encuentre en la República;

II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró, y

III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.”

c) *Ser nacional de un tercer Estado*, es decir, no es nacional ni del Estado que lo requiere, ni del Estado que es requerido, lo cual como lo explica el autor citado anteriormente, no implica dificultades pues solamente se le notifica al Estado tercero de la demanda de extradición. En este caso el Estado requirente puede aducir en su favor para solicitar la extradición de un delincuente que no es su nacional el que todo delincuente nacional o extranjero que ha cometido un delito dentro de su territorio sea castigado, y que el delito tenga también una pena en el requirente mayor de dos años y sea punible en el Estado requerido.

1.3. ACTOS QUE MOTIVAN LA EXTRADICIÓN.

Los actos que motivan a la extradición, son los hechos delictuosos considerados y enumerados por las leyes locales y los tratados internacionales sobre la materia. Como regla general se hace una descripción detallada de los delitos que pueden motivar la extradición, lo anterior debido a que: “Es una regla del procedimiento de extradición que el delito debe ser determinado por la ley del lugar en que el fugitivo se encuentra.”¹¹ De igual forma se considera que el criminal no puede ser juzgado por un delito distinto del que motivó la extradición.

Deben ser delitos del orden común, punibles en ambos Estados. Que la pena sea de prisión, mayor de un año, y que sean perseguibles de oficio. Los delitos políticos son una excepción admitida por los Estados al deber de extraditar.

¹¹ Sierra J., Manuel... Ob. Cit. p. 196.

Delitos Políticos: En materia internacional se ha establecido, principalmente entre los países americanos, entre ellos México, la improcedencia de la extradición tratándose de delitos políticos, se considera que existe un delito político "cuando una persona es perseguida por sus ideas o actividades políticas sin que medie acusación ante la autoridad judicial competente por ningún hecho delictuoso, sin duda se trata de un perseguido político."¹¹²

Respecto de establecer cuando existe un delito político es un poco difícil, pues no existe una disposición legal en materia internacional que conjugue la opinión de los Estados en cuanto a considerar al delito político. De acuerdo al Tratado de Montevideo celebrado en 1889, señala en su artículo 22 como delitos por los cuales no se deberá extraditar a una persona: el duelo, el adulterio, la injuria, calumnias y de los delitos contra el culto. El Código de Bustamante de 1889, en su artículo 355 prohíbe la extradición de los delitos políticos y comunes conexos con los delitos políticos, debiendo hacer la calificación el Estado requerido. Consecuentemente también con este principio es la Convención Interamericana de 1933 en su artículo 4º.¹¹³

La Convención de Asilo Diplomático celebrada en el mes de junio de 1955 en la Ciudad de México, estableció en su artículo 2º: "La calificación de la delincuencia política corresponde al Estado que presta el asilo."

Por lo tanto queda a criterio de cada Estado establecer los parámetros jurídicos para considerar cuando se está en presencia de un delito político. (*Infra, pág. 164*). Nuestra legislación, en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para

¹¹² Alonso-Gómez Robledo Verduzco... Ob. Cit. p. 263.

¹¹³ Cf. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XI. p. 689.

toda la República en materia de fuero federal, señala a los delitos considerados como políticos:

“Artículo 144.- Se consideran delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlas.”

Se excluye, en una opinión generalizada, al delito de *magnicidio*, en el derecho internacional, de ser considerado como delito político, se señala al *magnicidio* como las agresiones físicas a un jefe de Estado o a sus familiares. “La Convención Interamericana de 1933 dispone: “Nunca se reputará delito político el atentado contra la persona del Jefe de Estado o de sus familiares.”¹¹⁴

En nuestra legislación penal, no se encuentra tipificado el delito de magnicidio, definido como el atentado en contra de la persona del Jefe de Estado o su familia, el cual se le considera un delito común, que debe ser sancionado por las leyes locales del lugar del atentado, sin embargo atendiendo a la persona pública, la Procuraduría General de la República ejercerá la facultad de atracción para conocer del caso, verbigracia el asesinato del candidato a la Presidencia de la República Luis Donaldo Colosio. El anterior comentario lo referimos para ejemplificar lo que se entiende por magnicidio.

¹¹⁴ *Id.*

2. CLASIFICACIÓN DE LA EXTRADICIÓN.

Los autores mencionan dos tipos de extradición: la activa y la pasiva.

- 1.- La extradición *activa*, se da cuando hay una solicitud de un Estado a otro pidiéndole la entrega de un delincuente.
- 2.- La extradición *pasiva*, es el acto por el cual el Estado requerido entrega al delincuente para su juzgamiento o el cumplimiento de una condena.

Se habla de otros tipos de extradición: la voluntaria, la espontánea y la de tránsito.

- 1.- La extradición *voluntaria*, se da cuando el propio delincuente se pone a disposición sin formalidades, del país en donde infringió la ley.
- 2.- La extradición *espontánea* se establece cuando el Estado en cuyo territorio se halla el inculcado, ofrece entregarlo a la nación en la cual delinquiró.
- 3.- La extradición de *tránsito*, consiste en el permiso dado por un Estado para que pase por su territorio el delincuente, a fin de ser enviado a otro país.

Fernando Castellanos realiza el siguiente esquema:

ESQUEMA

E X T R A D I T I O N	C	<i>Activa</i> (petición del Estado requirente).
	L	<i>Pasiva</i> (entrega del delincuente por el país requerido).
	A	<i>Voluntaria</i> (el delincuente se entrega, sin formalidades, al Estado que
	S	lo busca).
	E	<i>Espontánea</i> (el País en donde se halla el delincuente ofrece extradi-
	S	tarlo).
	D	<i>De tránsito</i> (permiso del Estado para que pase por su territorio un
	R	delincuente que va a ser entregado a otro País).
	A	Delitos del orden común <i>lato sensu</i> .
	D	Requisitos
I	positivos	Que la pena sea de prisión y mayor de un año.
C		Sólo por delitos perseguibles de oficio.
I		Que no haya prescrito la acción.
Ó	Requisitos	Que no hayan sido esclavos los delincuentes.
N	negativos.	Que no se trate de nacionales o naturalizados después de dos años.
		Que no sean delincuentes políticos. ¹¹⁵

¹¹⁵ Castellanos Tena, Fernando... Ob. Cit. p. 104.

Existe otro tipo de extradición llamada "inter-regional" a la cual hicimos referencia en el capítulo I del presente trabajo, al analizar el artículo 119 Constitucional.

La extradición *inter-regional* se aplica en el territorio de la República. De conformidad con el sistema federal, los Estados son autónomos en su régimen interior, y se hallan sometidos a la Constitución por el Pacto Federal, y las leyes estatales deben sujetarse a los lineamientos de la Ley Fundamental, por lo tanto, cada uno de los Estados se encuentra obligado de acuerdo a lo establecido por el artículo 119 a entregar sin demora a los criminales de dichas entidades a la autoridad que lo solicite.

3. ESTUDIO ANALÍTICO DE LA LEY DE EXTRADICIÓN INTERNACIONAL.

La Ley de Extradición Internacional fué publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1975, es un ordenamiento federal que regula los casos y las condiciones para entregar a los Estados que lo soliciten (cuando no exista Tratado Internacional de Extradición), a los delincuentes del orden común a sus tribunales, para ser juzgados y en su caso para ser sancionados. Se considera a la Ley de Extradición como el Código de Procedimientos sobre la Extradición, y es una Ley que se aplica supletoriamente si no existe Tratado de Extradición con el país que pretende extraditar a un individuo; con esta Ley, México se obliga a extraditar internacionalmente siguiendo las reglas que establece, en los casos en que no se haya celebrado un tratado internacional. El artículo 1º de la Ley establece:

“Las disposiciones de esta ley son de orden público, de carácter federal y tiene por objeto determinar los casos y las condiciones para entregar a los Estados que lo soliciten, cuando no exista tratado internacional, a los acusados ante sus tribunales, a condenados por ellos, por delitos del orden común.”

Este primer artículo marca la procedencia de dicha ley, pues solamente se aplica cuando no existe Tratado Internacional, si existe un Tratado éste será el que resuelva sobre si procede la petición de extradición y la entrega de la persona reclamada; también plantea la procedencia de extradición sólo para los delitos del orden común, y nunca por delitos considerados como políticos.

Debemos recordar que los individuos pueden ser objeto de extradición para ser juzgados o procesados en el país requirente o cuando ya fueron procesados y sentenciados y lograron evadir la acción de la justicia en el país donde cometieron el delito, por lo que son reclamados para cumplir la sentencia ejecutoriada que se dictó en su contra. La extradición se refiere sólo a delitos internacionales y no a imprudenciales.

3.1. PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN.

Existen tres sistemas que regulan el procedimiento de extradición.

- 1.- **Sistema Administrativo:** En este sistema la extradición la resuelve exclusivamente el poder ejecutivo sin la intervención de los demás poderes, dicho sistema lo manejan Francia y Panamá.
- 2.- **Sistema Judicial:** Con este sistema todos los trámites para resolver la entrega del reclamado, se desarrollan única y exclusivamente en el ámbito judicial, sin la intervención del ejecutivo, tal sistema lo sigue Estados Unidos.

3.- **Sistema Mixto:** En este sistema intervienen las autoridades administrativas y las judiciales, dicho sistema es adoptado por los países latinoamericanos entre ellos México, donde interviene la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Procuraduría General de la República, representando al Poder Ejecutivo; y por parte del Poder Judicial intervienen los Jueces de Distrito.

El procedimiento de extradición, a diferencia del procedimiento penal (que busca comprobar los elementos del delito y la responsabilidad del inculcado), trata de comprobar el cumplimiento de los requisitos señalados en el Tratado o en la Ley de Extradición, y que se escuche la defensa del demandado ante un Juez, para que del estudio de estos elementos el Poder Ejecutivo pueda decidir si concede o no la extradición.

La petición de extradición puede ser formalmente o también ir acompañada de una solicitud de detención provisional con fines de extradición.

a) La *solicitud de detención provisional* es una medida precautoria, y se da en aquellos casos en que el Estado solicitante tiene conocimiento de que la persona requerida se encuentra en el Estado requerido y tiene el temor de que pueda huir, en este caso, solicita la detención provisional. Al solicitarla el Estado requirente debe manifestar lo siguiente:

- 1.- Señalar el delito por el cual se le busca.
- 2.- Que existe una orden de aprehensión en su contra.
- 3.- Que manifieste la intención de presentar la petición formal de extradición dentro del término de ley. Si se logra la detención del reclamado existe el plazo constitucional de dos meses para que se presente la petición formal; plazo que de acuerdo con la reforma a la Ley de Extradición Internacional de 4 de diciembre de 1984 principiará a contar a partir de la fecha

en que se haya cumplido la detención del reclamado. De no presentar esta petición formal de extradición se levantarán de inmediato las medidas precautorias y el detenido será puesto en libertad. Si se presenta la petición formal se iniciará el procedimiento de extradición.

B) La *petición formal de extradición* la presenta el Estado solicitante cuando ha reunido todos y cada uno de los requisitos que marca el Tratado o la Ley de Extradición Internacional, el reclamado puede ser presentado directamente o después de haber sido detenido provisionalmente y, ya con la petición formal se comunica al detenido el contenido de tal petición y los documentos que se acompañaron, iniciando el procedimiento que culmina con rehusar o conceder la extradición.

Una vez que la Secretaría de Relaciones examine la petición formal de extradición, de encontrarla procedente se envía al Procurador General de la República, para que éste promueva ante el Juez de Distrito competente, que lo es el de la jurisdicción donde se encuentre el reclamado y si se ignora su paradero el Juez de Distrito en Turno en Materia Penal del Distrito Federal, el cual ordenará la detención del reclamado y, en su caso, el secuestro de papeles, dinero u otros objetos relacionados con el delito imputado o que puedan ser elementos de prueba, lo anterior de acuerdo a los siguientes preceptos de la Ley de Extradición Internacional:

“Artículo 19.- Recibida la petición formal de extradición, la Secretaría de Relaciones Exteriores la examinará y si la encontrare improcedente no la admitirá lo cual comunicará al solicitante.”

“Artículo 21.- Resuelta la admisión de la petición la Secretaría de Relaciones Exteriores enviará la requisitoria al Procurador General de la República acompañando el

expediente, a fin de que promueva ante el Juez de Distrito competente, que dicte auto mandándola cumplir y ordenando la detención del reclamado u otros objetos que se hallen en su poder, relacionados con el delito imputado o que puedan ser elementos de prueba, cuando así lo hubiere pedido el Estado solicitante.”

“Artículo 22.- Conocerá el Juez de Distrito de la jurisdicción donde se encuentre el reclamado. Cuando se desconozca el paradero de éste, será competente el Juez de Distrito en Materia Penal en turno del Distrito Federal.”

Detenido el reclamado, se le llevará a comparecer ante el Juez de Distrito quien le dará a conocer el contenido de la petición y los documentos que se acompañen a la solicitud. En esta audiencia el reclamado podrá designar defensor y en caso de no encontrarse presente, podrá solicitar se difiera la audiencia, hasta en tanto éste pueda aceptar el cargo, ya sea defensor particular, de oficio o en su caso el que le designe el Juez, lo anterior de acuerdo al artículo 24 del ordenamiento en análisis:

“Artículo 24.- Una vez detenido el reclamado, sin demora se le hará comparecer ante el respectivo Juez de Distrito y éste le dará a conocer el contenido de la petición de extradición y los documentos que se acompañen a la solicitud.

En la misma audiencia podrá nombrar defensor. En caso de no tenerlo y desea hacerlo, se le presentará lista de defensores de oficio para que elija. Si lo no designa, el Juez lo hará en su lugar.

El detenido podrá solicitar al Juez se difiera la celebración de la diligencia hasta en tanto acepte su defensor cuando éste no se encuentre presente en el momento del discernimiento del cargo.”

La defensa del reclamado se escucha (ya sea en voz de él mismo o por medio de su defensor), y dentro de los tres días siguientes podrá oponer excepciones que únicamente podrán ser la señaladas en el artículo 25 de la Ley en cuestión:

“Artículo 25.- Al detenido se le oirá en defensa por sí o por su defensor y dispondrá hasta tres días para oponer excepciones que únicamente podrán ser las siguientes:

- I. La de no estar ajustada la petición de extradición a las prescripciones del tratado aplicable, o a las normas de la presente ley, a falta de aquél;
- II. La de ser distinta persona de aquella cuya extradición se pide.

El reclamado dispondrá de veinte días para probar sus excepciones. Este plazo podrá ampliarse por el Juez en caso necesario, dando vista previa al Ministerio Público. Dentro del mismo plazo, el Ministerio Público podrá rendir las pruebas que estime pertinentes.”

Desahogadas las actuaciones en relación con las excepciones invocadas, el Juez dentro de los cinco días siguientes dará a conocer a la Secretaría de Relaciones Exteriores su opinión jurídica enviando el expediente respectivo, mientras el detenido permanecerá en el lugar donde se encuentra a disposición de la Secretaría:

“Artículo 27.- Concluido el término a que se refiere el artículo 25 o antes si estuvieren desahogadas las actuaciones necesarias, el Juez dentro de los cinco días siguientes, dará a conocer a la Secretaría de Relaciones Exteriores su opinión jurídica respecto de lo actuado y probado ante él.

El Juez considerará de oficio las excepciones permitidas en el artículo 25, aun cuando no se hubieren alegado por el reclamado.”

“Artículo 29.- El Juez remitirá, con el expediente, su opinión a la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que el Titular de la misma dicte la resolución a que se refiere el artículo siguiente. El detenido entre tanto, permanecerá en el lugar donde se encuentra a disposición de esa dependencia.”

La participación del Juez Federal en el procedimiento de extradición es solamente de colaborador, y éste sólo se remitirá a estudiar, si la solicitud de extradición cumple con todos los requisitos señalados para la misma, y de evaluar la existencia del hecho delictuoso por el cual se inició el procedimiento de extradición, emitiendo una opinión jurídica. Así lo ha manifestado el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito:

“EXTRADICIÓN, JUICIO DE CARÁCTER Y NATURALEZA DE LOS”

“ACTOS DEL JUEZ FEDERAL.”

“Acorde con lo dispuesto por los artículos del 17 al 30 inclusive, de la Ley”

“de Extradición Internacional, los Jueces Federales son los encargados”

“de intervenir en el procedimiento de extradición de las personas”

“reclamadas al gobierno mexicano, por determinado país extranjero. a”

“los cuales se les atribuye la comisión de alguna figura criminosa que”

“en ambas naciones se castigue con una penalidad cuyo término sea mayor”

“de un año de prisión, y la participación de los Jueces de Distrito se ciñe a”

“colaborar en ese procedimiento para cumplir con la garantía de audiencia”

“en favor de los gobernados, intervención que finaliza con el hecho de”

“emitir una “opinión” que a su juicio, justifique la procedencia o”
“improcedencia de tal reclamo; empero su apreciación sobre el particular,”
“en uno u otro sentido, carece de coercitividad e imperio, supuesto”
“que quien en definitiva resuelve legalmente acerca de la procedencia o”
“no de la extradición, es la Secretaría de Relaciones Exteriores.”
“Consecuentemente, contra la opinión emitida por los Jueces Federales”
“no procede el amparo, pues el acto de autoridad que afecta la esfera”
“jurídica de los gobernados surge al dictarse la resolución correspondiente”
“por el titular de la Secretaría de Estado referida y contra esta última”
“es procedente el amparo, ya que con ella culmina el procedimiento de”
“extradición.”

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal de Primer Circuito, tesis jurisprudencial, época octava, tomo I Segunda parte-1, amparo en revisión, pág. 299.

De acuerdo con el expediente y con la opinión jurídica que de el Juez, la Secretaría de Relaciones Exteriores, resolverá dentro de los veinte días siguientes, si concede o no la extradición, para el caso de no concederla se ordenará que el reclamado sea puesto en inmediata libertad. Si la resolución fuere en el sentido de conceder la extradición, de no haberse impuesto demanda de amparo o negado éste, la Secretaría comunicará al Estado solicitante el acuerdo y ordenará se entregue al reclamado, de acuerdo a lo establecido por los artículos siguientes:

“Artículo 30.- La Secretaría de Relaciones Exteriores en vista del expediente y de la opinión del Juez, dentro de los veinte días siguientes, resolverá si se concede o rehusa la extradición.

En el mismo acuerdo, se resolverá, si fuere el caso, sobre la entrega de los objetos a que se refiere el artículo 21.”

“Artículo 31.- Si la decisión fuere en el sentido de rehusar la extradición, se ordenará que el reclamado sea puesto inmediatamente en libertad a menos que sea el caso de proceder conforme al artículo siguiente.”

“Artículo 32.- Si el reclamado fuere mexicano y por ese motivo se rehusare la extradición la Secretaría de Relaciones Exteriores notificará el acuerdo respectivo al detenido, y al Procurador General de la República, poniendo a su disposición, y remitiéndole el expediente para que el Ministerio Público consigne el caso al tribunal competente si hubiere lugar a ello.”

“Artículo 33.- En todos los casos si la resolución fuere en el sentido de conceder la extradición, ésta se notificará al reclamado.

Esta resolución sólo será impugnabile mediante juicio de amparo. Transcurrido el término de quince días sin que el reclamado o su legítimo representante haya interpuesto demanda de amparo o si, en su caso, éste es negado en definitiva, la Secretaría de Relaciones Exteriores comunicará al Estado solicitante el acuerdo favorable a la extradición y ordenará que se le entregue el sujeto.”

Resuelto por la Secretaría de Relaciones Exteriores la extradición de un individuo, éste tiene, de acuerdo al artículo anterior la facultad de impugnar esta resolución que

concede su extradición, por medio del amparo, el cual debe promover dentro de los quince días siguientes al de la fecha de la resolución, de no promoverlo, se tendrá por consentida tácitamente la extradición, así lo manifiesta el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito al mencionar:

“DEMANDA DE AMPARO. CÓMPUTO DEL TÉRMINO PARA SU”

“PRESENTACIÓN, CUANDO SE TRATA DE UNA RESOLUCIÓN”

“DE EXTRADICIÓN.”

“La demanda de amparo contra la resolución que concede la extradición”

“del quejoso debe interponerse dentro de los quince días siguientes al en”

“que surta efectos la notificación del acto reclamado, so pena de tenerse”

“por consentido tácitamente, conforme a lo dispuesto en el párrafo”

“tercero del artículo 33 de la Ley de Extradición Internacional, en relación”

“con el 21 de la Ley de Amparo, por no estarse en ninguno de los supuestos”

“previstos en el artículo 22 constitucional; en la inteligencia de que aquella”

“Ley, por haber emanado del Congreso de la Unión, constituye también”

“parte de la Ley Suprema de la Unión.”

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, tesis jurisprudencial, época octava, tomo VII- Junio, amparo directo, 1991, pág. 250

La entrega del reclamado al Estado requirente, se hará previo aviso a la Secretaría de Gobernación y se efectuará por la Procuraduría General de la República entregándolo a la

persona o personas autorizadas por el Estado reclamante, en el puerto fronterizo o a bordo de la aeronave en que deberá viajar el extraditado y en el momento en que la nave esté lista para emprender el vuelo, cesará la intervención de las autoridades mexicanas. -

“Artículo 34.- La entrega del reclamado, previo aviso a la Secretaría de Gobernación, se efectuará por la Procuraduría General de la República al personal autorizado del Estado que obtuvo la extradición, en el puerto fronterizo o en su caso a bordo de la aeronave en que deba viajar el extraditado.

La intervención de las autoridades mexicanas cesará, en el último caso, en el momento en que la aeronave esté lista para emprender el vuelo.”

Para el caso de que el Estado requirente deje de actuar durante sesenta días después de que el reclamado quede a su disposición, y no se haga cargo de él, el reclamado recobrará su libertad, y el Estado requirente no podrá iniciar de nuevo el procedimiento de extradición por el mismo delito. (Artículo 35). La misma Ley establece que los gastos ocasionados por el procedimiento de extradición serán a cargo del Estado solicitante:

“Artículo 37.- Los gastos que ocasione toda extradición podrán ser gastados por el erario federal con cargo al Estado solicitante que haya promovido.”

3.2. DOCUMENTOS QUE DEBERÁN ACOMPAÑARSE A LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN

En los Tratados Internacionales sobre extradición se señalan los documentos que deberán acompañarse a la petición de extradición; y a falta de estipulación al respecto, la Ley de Extradición Internacional en el artículo 16 los señala:

“Artículo 16.- La petición formal de extradición y los documentos en que se apoye el Estado solicitante, deberán contener:

I. La expresión del delito por el que se pide la extradición,”

El Estado requirente en la petición formal de extradición debe señalar el delito por el cual se reclama a una persona, invocando los preceptos de su derecho positivo, se da el caso que el delito señalado tenga distinta denominación en el Estado requirente como en el requerido, por ejemplo “en el derecho positivo español se habla de estafa y los elementos que la constituyen son los que en nuestro derecho configuran el delito de fraude”¹¹⁶, sin embargo de acuerdo al principio de identidad de la norma, basta con que el hecho delictuoso sea considerado como tal tanto por el Estado requirente como por el requerido, encontrándose tipificado por las normas legales vigentes con anterioridad a la comisión del mismo, sin ser necesariamente la misma denominación jurídica en ambos derechos.

“II.- La prueba que acredite los elementos del tipo del delito y la probable responsabilidad del reclamado. Cuando el individuo haya sido condenado por los Tribunales del Estado solicitante, bastará acompañar copia auténtica de la sentencia ejecutoriada;”

En algunos tratados se ha estipulado que no se requiere de la presentación de los documentos probatorios que comprueban la comisión del delito o la probable responsabilidad del reclamado, basta con que se envíe “*la resolución de la que se desprenda la existencia del delito y los indicios racionales de su comisión por el reclamado*”.¹¹⁷ Tal es el caso del Tratado de Extradición celebrado con España. A manera de crítica José Luis Rosas Rodríguez señala que los Jueces de Distrito consideran que el Juez (del Estado requirente) concedor del hecho

¹¹⁶ *Obra Jurídica Mexicana*. Tomo III. PGR. México. 1985. p. 2094.

¹¹⁷ *Ibid.* p. 2095.

que los Jueces de Distrito consideran que el Juez (del Estado requirente) conocedor del hecho tiene la obligación de enviar todas las pruebas que le sirvieron para comprobar el cuerpo del delito y su probable responsabilidad, lo anterior de acuerdo a lo establecido por los artículos 14, 16 y 20 de nuestra Constitución, referentes a las garantías de los juicios del orden criminal, sin tomar en cuenta que se trata de un procedimiento de extradición previsto por el artículo 119 constitucional, queriendo encontrar los elementos constitutivos del delito conforme a nuestro Derecho Positivo, haciendo caso omiso del derecho positivo del país reclamante donde el Juez de conocimiento tuvo a la vista los elementos que sirvieron para ordenar la detención y extradición del reclamado.

“III. Las manifestaciones a que se refiere el artículo 10, en los casos en que no exista tratado de extradición con el Estado solicitante;”

Principalmente se hace referencia al principio de reciprocidad en casos semejantes, además de señalar algunas “garantías específicas” para el reclamado como que el delito por el que se le reclama fué cometido antes de la extradición, que de concederse la extradición el reclamado será juzgado por un tribunal competente y una ley previamente establecida, que será oído en defensa, que tendrá facilidades a los recursos legales, si el delito por el cual se le reclama se sanciona con pena de muerte, la pena se sustituirá por la de prisión. Las anteriores manifestaciones actualmente se incluyen dentro del articulado de los tratados que en materia de extradición celebra nuestro país.

“IV. La reproducción del texto de los preceptos de la Ley del Estado solicitante que definan el delito y determinan la pena, los que se refieran a la prescripción de la acción y de la pena aplicable y la declaración autorizada de su vigencia en la época en que se cometió el delito;”

Tal documento es necesario para que el Estado requerido, y el Juez que estudie el caso pueda emitir su opinión jurídica, y se conozca que el hecho por el cual se reclama a una persona es por la comisión de un delito considerado como tal en el Estado requirente y en el requerido, además de establecer por parte de las autoridades judiciales o administrativas, según el caso, de la vigencia de tales textos legales.

La vigencia de estos textos legales es importante para la procedencia de la extradición, puesto que si se ha extinguido la acción penal o la pena impuesta por prescripción, y dado que nuestro país es partidario del sistema de beneficiar al reclamado, y conforme al artículo 7º fracción III del mismo ordenamiento en análisis, la prescripción se adopta el criterio de aplicación de la ley mexicana o del Estado solicitante que pueda ser más favorable al reclamado.

“Artículo 7.- No se concederá la extradición cuando:

III. Haya prescrito la acción o la pena, conforme a la ley penal mexicana o a la ley aplicable del Estado solicitante, y”

“V. El texto auténtico de la orden de aprehensión que, en su caso, se haya librado en contra del reclamado; y,”

“VI: Los datos y antecedentes personales del reclamado, que permitan su identificación, y siempre que sea posible, los conducentes a su localización.

Los documentos señalados en este artículo y cualquier otro que se presente y estén redactados en idioma extranjero, deberán ser acompañados con su traducción al español y legalizados conforme a las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales.”

Todos los documentos que acompañen a la petición formal de extradición y que se presenten en un idioma extranjero deben ir acompañados de su respectiva traducción al español, contando con las legalizaciones del principal funcionario diplomático o consular del Estado requirente en México, es decir, del Embajador o el Cónsul General, de acuerdo a las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales que así lo establece en el numeral 15.

“Artículo 15.- Las actuaciones se podrán practicar a toda hora y aún en los días inhábiles, sin necesidad de previa habilitación y en cada una de ellas se expresarán el lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se practiquen; en ellas se usará el idioma castellano, salvo las excepciones en que la ley permita el uso de otro, en cuyo caso se recabará la traducción correspondiente; y en el acta que se levante se asentará únicamente lo que sea necesario para constancia del desarrollo que haya tenido la diligencia.”

3.3. MODALIDADES QUE PRESENTA EL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN

El procedimiento de extradición presenta casos especiales, que pueden ser excepciones a la extradición como lo son los delitos políticos, los delitos militares y cuando se trata de un nacional del Estado requerido; y existen además otras situaciones específicas como lo es la concurrencia de solicitudes y la reextradición, casos éstos que constituyen las llamadas modalidades del procedimiento de extradición, que para ahondar más en el tema haremos referencia brevemente a cada una de ellas.

a) Delitos Políticos.

El artículo 8 de la Ley de Extradición señala la prohibición de extraditar a personas que pueden ser objeto de persecución política a cargo del Estado requirente.

“Artículo 8.- En ningún caso se concederá la extradición de personas que puedan ser objeto de persecución política del Estado solicitante, o cuando el reclamado haya tenido la condición de esclavo en el país en donde se cometió el delito.”

La Constitución Mexicana, en el artículo 15 también hace referencia la prohibición de celebrar tratados de extradición de reos políticos.

Se consideran como delitos políticos de acuerdo al Código Penal aquellos que atentan contra la seguridad de la nación, es decir, atentan contra la organización política o los derechos políticos de los ciudadanos de un Estado.

b) Delitos Militares.

El artículo 9° de la Ley de Extradición Internacional hace referencia a la no extradición por delitos de carácter militar:

“Artículo 9.- No se concederá la extradición si el delito por el cual se pide es del fuero militar.”

José Luis Rosas Rodríguez, define a los delitos militares señalando que “...en términos generales, son aquellos delitos previstos y sancionados en los Códigos Militares; deben distinguirse los propiamente militares que solamente pueden cometerse por gente del oficio,

por ser deberes y obligaciones puramente militares y los delitos de derecho común agravados por ser perpetrados por militares.”¹¹⁸

Al respecto el artículo 13 Constitucional en su segunda parte señala:

“Artículo 13.-....Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.”

El fuero de guerra implica la competencia jurisdiccional de los tribunales militares cuando la naturaleza de hecho delictuoso es de carácter militar. Burgoa explica el fuero de guerra como una competencia de carácter “objetivo, material o real”, lo cual quiere decir, que se atiende a la naturaleza del hecho, acto o negocio que da origen al juicio y no atendiendo a la persona. Si el fuero de guerra consignara su competencia para conocer de todo caso en el que estuviere involucrado un miembro del Ejército, estaríamos hablando de una competencia subjetiva o personal, que implicaría privilegios o prerrogativas personales, y que lo prohíbe el artículo 13 constitucional, y que por otra parte contradiría a la garantía de igualdad establecida en el artículo 1º constitucional.

El delito militar se cataloga así por encontrarse establecido en el Código de Justicia Militar, “...un delito militar estará constituido por todo hecho activo o pasivo que penen las

¹¹⁸ Ibid. p. 2098.

leyes militares, esto es, el Código de Justicia Militar, la Ordenanza General del Ejército y demás ordenamientos especiales de tal índole.”¹¹⁹

Tanto el delito común como el militar toman como criterio de calificación la tipificación establecida en el ordenamiento correspondiente. Cuando un hecho delictivo no tiene el carácter de militar, la competencia para conocer del proceso serán los tribunales ordinarios sea en el ámbito local o federal según sea el caso, aun cuando aquél haya sido realizado por un miembro del Ejército. En este sentido se manifiesta la Corte al establecer: “El fuero de guerra no puede extenderse a conocer de delitos que, aunque cometidos pormilitares, y relacionados con el servicio del Ejército, no son contra la disciplina militar. No quedan bajo la jurisdicción del fuero de guerra los delitos del orden común que cometan los militares, cuando no estén en servicio de armas. El artículo 13 ha reservado el fuero de guerra para los delitos contra la disciplina militar, debiendo entenderse como tales los que, al cometerse, perturbán, disminuyen o ponen en peligro el servicio militar, se oponen a los deberes que impone el ordenamiento general del Ejército, o realizan durante un Servicio militar.”¹²⁰

Para que opere el fuero de guerra es necesario que el delito militar sea cometido por un miembro del Ejército, puesto que los tribunales carecen de la facultad de conocer de delitos cometidos por civiles, incluso cuando una persona no militar esté involucrado en la comisión de un delito militar, en este caso el tribunal competente será ordinario en el ámbito federal, es decir, un Juez de Distrito, lo anterior por que los delitos del orden militar tienen el carácter de federales, puesto que la legislación militar es federal.

¹¹⁹ Burgoa, J. Las Garantías Individuales... Ob. Cit. p. 296.

¹²⁰ *Ibid.* p. 296.

Puede darse el caso en que estén involucrados en la comisión de un delito militar, tanto militares como civiles, en tal situación la Suprema Corte opina sobre una competencia concurrida, es decir, la autoridad civil conocerá del proceso que se le siga a los civiles, y la autoridad militar conocerá del proceso que se el siga a los militares. De tal situación vemos que se establecen dos competencias las cuales como lo señala atinadamente Burgoa, pugnan con lo establecido en el artículo 13 constitucional, además de provocar una dualidad contradictoria en las resoluciones. Siendo que de acuerdo al artículo 13, podría conocer de este caso el Juez de Distrito (debido a que pertenece al ámbito federal), en un sólo proceso penal, de los participantes tanto civiles como militares, y no estaríamos en presencia de una competencia mixta, sea, real en cuanto a la naturaleza del delito, y personal en cuanto a la calidad de las personas que cometen el delito o la falta militar. En los Tratados celebrados por nuestro país con España y Estados Unidos se especifica que no se considera la extradición cuando se trate de delitos militares.

c) Nacionalidad.

La Ley de Extradición Internacional en el artículo 14 establece:

“Artículo 14.- Ningún mexicano podrá ser entregado a un Estado extranjero sino en casos excepcionales a juicio del Ejecutivo.”

El Estado tiene la obligación de protección hacia sus súbditos, y esta sería la fundamentación para la excepción de extradición de nacionales, sin embargo, lo anterior contraviene a la garantía de igualdad establecida por el artículo primero constitucional, que no establece distinción por raza, sexo ni nacionalidad.

Como se analizó en el presente trabajo en el capítulo que nos antecede, el elemento humano es un componente del Estado, y sus habitantes son sus nacionales, la calificación de nacionalidad la determina el mismo Estado, que para el caso existen dos tipos de nacionalidades, la natural y la adquirida.

El artículo citado, señala en su última parte, "...sino en casos excepcionales a juicio del Ejecutivo." Si la naturalización ha sido obtenida después de haber cometido el delito por el cual es reclamado un "nacional naturalizado", no se otorga esta beneficio a consideración del Ejecutivo. Señalado lo anterior en el artículo 15 del ordenamiento en análisis.

"Artículo 15.- La calidad de mexicano no será obstáculo a la entrega del reclamado cuando haya sido adquirida con posterioridad a los hechos que motiven la petición de extradición."

d) Concurrencia de Solicitudes de Extradición.

Puede darse el caso que existen varios Estados que realizan su petición de extradición, y que estén autorizados o fuere procedente. El artículo 12 de la Ley de Extradición marca la procedencia de la entrega del acusado:

"Artículo 12.- Si la extradición de una misma persona fuere pedida por dos o más Estados y respecto de todos o varios de ellos fuere procedente, se entregará al acusado:

- I. Al que lo reclame en virtud de un tratado;
- II. Cuando varios Estados invoquen tratados, a aquél cuyo territorio se hubiere cometido el delito;

- III. Cuando ocurran dichas circunstancias, al Estado que lo reclame a causa de delito que merezca pena más grave, y
- IV. En cualquier otro caso, al que primero haya solicitado la extradición o la detención provisional con fines de extradición.”

e) Reextradición.

Al respecto el artículo 13 del ordenamiento en análisis señala:

“Artículo 13.- El Estado que obtenga la preferencia de la extradición con arreglo al artículo anterior, podrá declinarla en favor de un tercero que no la hubiere logrado.”

La reextradición se da en aquellos casos en donde existe una concurrencia de peticiones de extradición, y en la que el Estado que obtuvo la preferencia de extradición, la declina en favor de un tercer Estado (de acuerdo al artículo 12), que también busca enjuiciar al reclamado, para que proceda lo anterior es necesario que el reclamado consienta libremente en ello o que permanezca en el territorio del Estado requerido por más de dos meses continuos en libertad para abandonarlo, sin hacer uso de esa facultad.

Para que se de la figura jurídica de la reextradición es necesario que concurren las peticiones de tres Estados, el requirente que la ordene primero, el requerido que la concede y el tercero que a su vez es requirente.

3.4. REFORMAS A LA LEY DE EXTRADICIÓN.

La Ley de Extradición Internacional ha sido reformada en dos ocasiones, publicadas en el Diario Oficial de la Federación, la primera reforma el día 4 de diciembre de 1984 y la segunda el 10 de enero de 1994.

1.- *Reforma publicada el 4 de diciembre de 1984.*

En tal publicación aparecen las reformas realizadas a dos de los artículos de dicha Ley, el 3º al cual se le anexo un párrafo; y al artículo 18 el cual sufrió una reforma completa y se le anexo un párrafo.

a) Artículo 3º: El texto anterior señalaba:

“Artículo 3.- Las extradiciones que el Gobierno Mexicano solicite de estados extranjeros, se regirán por los tratados vigentes y a falta de éstos, por los artículos 5, 6, 15 y 16 de esta Ley.”

El texto vigente señala:

“Artículo 3.- Las extradiciones que el gobierno mexicano solicite de Estados extranjeros, se regirán por los tratados vigentes y a falta de éstos, por los artículos 5, 6, 15 y 16 de esta Ley.

Las peticiones de extradición que formulen las autoridades competentes federales, de los Estados de la República o del fuero común del Distrito Federal, se tramitarán ante la Secretaría de Relaciones Exteriores por conducto de la Procuraduría General de la República.”

Respecto de esta reforma José Luis Rosas Rodríguez opina, que “se justifica en que las autoridades locales hacen el pedimento en forma directa, que repercute en una serie de problemas jurídicos y de opinión. Al presentar en la Procuraduría General de la República los pedimentos se logra un mayor control de las extradiciones.”¹²¹

b) Artículo 18: El texto anterior señalaba:

“Artículo 18.- Si dentro de un término prudente, a juicio de la Secretaría de Relaciones Exteriores, que se notificará al Estado solicitante y que nunca excederá de dos meses contados a partir de la fecha en que se hayan decretado las medidas a que se refiere el artículo anterior, no fuere presentada la petición formal de extradición a la Secretaría de Relaciones Exteriores, se levantarán de inmediato dichas medidas.”

Texto vigente:

“Artículo 18.- Si dentro del plazo de dos meses que previene el artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contados a partir de la fecha en que se hayan cumplimentado las medidas señaladas en el artículo anterior, no fuere presentada la petición formal de extradición a la Secretaría de Relaciones Exteriores, se levantarán de inmediato dichas medidas.

El juez que conozca del asunto notificará a la Secretaría de Relaciones Exteriores el inicio del plazo al que se refiere el artículo, para que la Secretaría , a su vez, lo haga del conocimiento del Estado solicitante.”

¹²¹ Obra Jurídica Mexicana... Ob. Cit. p. 2101.

Este artículo se refiere al caso en el que se le solicita a nuestro país la detención provisional justificada de un sujeto, una vez detenido, el Estado requirente tiene dos meses para presentar formalmente la solicitud de extradición, que es el plazo legal que se establece en la reforma en cuestión. El plazo de los dos mese empezará a contar a partir de que el reclamado es detenido, no a partir de que se ordene su captura, porque entre este momento y el de ejecución de la orden judicial puede correr mucho tiempo, más del señalado y esto tendría como consecuencia la improcedencia del procedimiento de extradición.

2.- Reforma publicada el 10 de enero de 1994.

Con esta fecha se reformaron los artículos 6, 10 fracción V, 16 fracción II, 33 párrafo 2º y artículo 35 párrafo 3º.

a) Reforma al artículo 6º. Texto anterior:

“Artículo 6.- Darán lugar a la extradición los delitos intencionales definidos en la ley penal mexicana si concurren los requisitos siguientes:

- I. Que sean punibles, conforme a la ley penal mexicana y a la del Estado solicitante, con pena de prisión cuyo término medio aritmético por lo menos sea de un año; y
- II. Que no se encuentren comprendidos en alguna de las excepciones previstas por esta ley.”

Texto vigente:

“Artículo 6º.- Darán lugar a la extradición los delitos dolosos o culposos, definidos en la ley penal mexicana, si concurren los requisitos siguientes:

- I. Que tratándose de delitos dolosos, sean punibles conforme a la ley penal mexicana y a la del Estado solicitante, con pena de prisión cuyo término medio aritmético por lo menos sea de un año; y tratándose de delitos culposos, considerados como graves por la ley, sean punibles, conforme a ambas leyes, con pena de prisión;
- II. Que no se encuentren comprendidos en algunas de las excepciones previstas por esta ley.”

Antes de la reforma se mencionaba a los delitos intencionales, los cuales dejaron de tener vigencia en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal, a raíz de la reforma del 10 de enero de 1994 que sufrió dicho ordenamiento en el artículo 8º, que anteriormente hablaba de delitos intencionales, no intencionales o imprudenciales y preterintencionales, siendo sustituidos por los delitos culposos y dolosos. El artículo 9 del Código Penal señala:

“Artículo 9.- Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente, el que produce el resultado típico, que previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”

b) Reforma del artículo 10 fracción V. El texto anterior señalaba:

“Artículo 10.- El Estado Mexicano exigirá para el trámite de la petición, que el Estado solicitante se comprometa:

V. Que, si el delito que se imputa al reclamado es punible en su legislación hasta con la pena de muerte o algunas de las señaladas por el artículo 22 constitucional, sólo se le impondrá la de prisión;"

Texto vigente:

"V. Que si el delito que se impute al reclamado es punible en su legislación hasta con la pena de muerte o alguna de las señaladas en el artículo 22 constitucional, sólo se impondrá la prisión o cualquier otra de menor gravedad que esa legislación fije para el caso, ya sea directamente o por sustitución o conmutación;"

El artículo 10 señala los requisitos que México pide al país solicitante para que proceda la extradición, entre ellas el intercambio de penas, que por su aplicación son definitivas, como la pena de muerte y otras de las señaladas en el artículo 22 de nuestra Constitución que su aplicación implica un tormento como "la mutilación, la 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", por la de prisión.

c) Reforma al artículo 16 fracción II. El texto anterior señalaba:

"Artículo 16.- La petición formal de extradición y los documentos en que se apoye el Estado solicitante deberán contener:

II. La prueba de la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del reclamado. Cuando el individuo haya sido condenado por los tribunales del Estado solicitante, bastará acompañar copia auténtica de la sentencia ejecutoriada;"

Texto vigente:

“II.- La prueba que acredite los elementos del tipo del delito y la probable responsabilidad del reclamado. Cuando el individuo haya sido condenado por los Tribunales del Estado solicitante, bastará acompañar copia auténtica de la sentencia ejecutoriada;”

Como se aprecia en los textos transcritos la reforma consistió en cambiar *cuerpo del delito* por *elementos del tipo del delito*, que en realidad se refieren a los elementos del delito. El delito lo define Jiménez de Asúa como: “...el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”¹²² De esta definición se extraen los elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad. Requisitos éstos *sine qua nom* de la existencia de un delito señalado en el Código Sustantivo Penal como delito.

Cuando se realiza la petición de extradición por el Estado requerido, esté debe acompañar los elementos que considera como elementos del delito, y los datos que acrediten la probable responsabilidad del reclamado, con el fin de que se le juzgue de acuerdo a las leyes del país en donde cometió el acto ilícito, es importante recalcar, que sólo se acompañaran los anteriores datos señalados cuando al pretendido extraditado no se le ha juzgado. Para el caso de que ya ha sido juzgado y exista una sentencia basta con que se presente copia certificada por el Estado requirente de dicha sentencia, lo cual avala obviamente la comisión de un delito.

d) Reforma del artículo 33 párrafo 2º y 3º. Texto anterior:

¹²² Ob. Cit. Castellanos Tena, F... Ob. Cit. p. 130.

“Artículo 33.- En todos los casos si la resolución fuere en sentido de conceder la extradición, ésta se notificará al reclamado.

Contra esta resolución no hay recurso ordinario alguno.

Transcurrido el término de ley sin que el reclamado o su legítimo representante haya interpuesto de amparo o negado éste, la Secretaría de Relaciones Exteriores comunicará al Estado solicitante el acuerdo favorable a la extradición y ordenará que se le entregue el preso.”

Texto vigente:

“Artículo 33.-

Esta resolución sólo será impugnabile mediante juicio de amparo.

Transcurrido el término de quince días sin que el reclamado o su legítimo representante haya interpuesto demanda de amparo o sí, en su caso, éste es negado en definitiva, la Secretaría de Relaciones Exteriores comunicará al Estado solicitante el acuerdo favorable ala extradición y ordenará que se le entregue el sujeto.”

La anterior reforma sólo hace más clara la redacción de la ley, puesto que el texto anterior si bien especificaba que no se procedía ningún recurso con el fin de impugnar la resolución que concede la extradición, sí dejaba para el reclamado, la posibilidad de interponer el juicio de amparo, puesto que no señalaba lo contrario. Con el texto vigente se establece literalmente la posibilidad para el reclamado de acudir al amparo con el fin de impugnar la resolución que acceda a su extradición hacia el país requirente, e incluso establece el término legal en el cual se debe interponer el juicio de amparo.

de él, éste recobrará su libertad y no podrá volver a ser detenido ni entregado al propio Estado, por el mismo delito que motivó la solicitud de extradición.”

Tal reforma, desde mi muy personal punto de vista, es infructuosa, puesto que la redacción anterior señalaba “dos meses”, y la actual señala “sesenta días”, lo cual es equivalente, si se toma como referencia que un mes tiene treinta días.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS Y CRÍTICA DEL PROTOCOLO MODIFICATORIO AL TRATADO DE EXTRADICIÓN

MÉXICO-ESPAÑA

1. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Los grupos humanos organizaron, hasta formar sociedades, y conforme evolucionaron estas sociedades se formaron los Estados, como una organización político-social, de igual que sucedió con las personas que se unieron para formar a una sociedad y después a un Estado, los Estados se unieron para formar a la comunidad internacional, la idea de que los Estados se congreguen o se organicen en una comunidad internacional precisamente es para la persecución de fines comunes y sobre todo para que exista comunicación y a la vez armonía entre los mismos Estados que integran a la misma Comunidad. Así también se puede decir que dicha comunidad internacional tiene como una de sus grandes finalidades la organización mundial, puesto que parte de la idea de que el hombre ha vivido siempre en sociedad y que aislado sería muy difícil su propia sobrevivencia, es por eso que los Estados retoman estos principios para así entablar una comunicación a nivel internacional.

El primer paso de la comunidad internacional fué lograr una buena organización de todos los Estados integrantes de la misma, y el 28 de abril de 1919 se creó la *Sociedad de Naciones*, la cual tenía como finalidad promover la cooperación, la paz y seguridad internacionales, este es un antecedente de lo que hoy conocemos como las *Naciones Unidas (ONU)*. Dicha sociedad no se vió fortalecida con buenos resultados, por lo que se reestructuró y en 1943 se formuló un nuevo proyecto por las grandes potencias quienes pusieron en

conocimiento de los demás países dicho proyecto para comentarios y observaciones y fue precisamente que a raíz de dicho esfuerzo del 25 de abril al 26 de junio de 1945, se reunieron en la Ciudad de San Francisco (Estados Unidos) las potencias y los países del mundo y se creó y firmó lo que hoy en día conocemos como la ONU, que viene siendo el Estatuto de la organización internacional y que al mismo se le acompaña del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La ONU tiene como principios y propósitos los establecidos en el artículo 1º de la Carta de las Naciones Unidas, la cual señala como propósitos:

- 1.- Mantener la paz y seguridad internacionales y con tal fin tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar las amenazas a la paz; y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz y lograr por los medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y el derecho internacional el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz.
- 2.- Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al *principio de la igualdad de los derechos*, así como tomar medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.
- 3.- Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, en el desarrollo y *estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales* de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.
- 4.- Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

En cuanto a los principios, estos constituyen preceptos normativos a los que deberán de ajustarse los Estados, así también hay que advertir que el incumplimiento reiterado de los mismos por un Estado puede acarrear como sanción su expulsión del mismo.

Al respecto el artículo 2° de la misma Carta enumera los principios comunes siendo los siguientes:

1.- *Principio de Igualdad Soberana*: Este manifiesta que la organización está basada en el principio de igualdad soberana de los propios Estados. Así también este principio presenta dos aspectos muy importantes entre sí, en primer término, el concepto de soberanía y, en segundo la igualdad jurídica entre los Estados soberanos. Por lo que se refiere al primer aspecto, la ONU es respetuosa de la soberanía propia de los Estados, mientras que la igualdad se entiende como una igualdad de los Estados soberanos ante el propio derecho internacional.

2.- *Principio de Buena Fe*: Los miembros de la organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, *cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos* de conformidad con la Carta. La declaración en relación con este principio precisa que deben cumplirse de buena fe no sólo las obligaciones contraídas, sino también todas aquellas que deriven de otras normas internacionales.

3.- *Principio de arreglo pacífico de las controversias*: Los miembros de la organización, arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se ponga en peligro la paz ni la seguridad internacional. De esta forma, los Estados deberán arreglar sus controversias por medios pacíficos, procurando llegar a un pronto acuerdo mediante la negociación, la conciliación, la mediación o el arbitraje. Los Estados parte en una controversia internacional, así como los demás Estados se abstendrán de tomar toda medida

que pueda agravar la situación, de modo que ponga en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

4.- *Principio de la no intervención*: Ningún Estado o grupo de Estados tienen derecho a intervenir directa o indirectamente y sea cual fuere el motivo en los asuntos internos o externos de cualquier Estado, por lo tanto, no solamente la intervención de cualquier tipo, sino también se puede mencionar la intimidación o amenaza atentatoria de la personalidad del Estado.

Los órganos que componen a la ONU son los siguientes: la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, La Secretaría General, el Consejo económico y social, el Consejo de administración fiduciaria y la Corte Internacional.

2. DEFINICIÓN DE TRATADO INTERNACIONAL.

El Tratado constituye la fuente más importante del Derecho Internacional, así lo ha establecido la Corte Internacional de Justicia en su Estatuto:

“Artículo 38: La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estatutos litigantes;
- b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y

d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 59.”¹²³

Los países aceptaron las disposiciones del Estatuto citado cuando ratificaron la Carta de las Naciones Unidas o posteriormente se adhirieron a ella. México ratificó la Carta el 7 de noviembre de 1945, por lo tanto nuestro país acepta como fuente del derecho internacional a los Tratados.¹²⁴

El Estatuto de la Corte Internacional se refiere a la Convención como sinónimo de Tratado, para el Derecho Internacional, tratado “es todo acuerdo celebrado por escrito entre sujetos de Derecho Internacional y regido por él *cualquiera que sea la denominación que reciba.*”¹²⁵

Al tratado internacional se le han dado distintas denominaciones, tales como: convenios, convenciones, acuerdos, actas, protocolos actas adicionales, protocolos adicionales, estatutos, los arreglos, acuerdos en forma simplificada, notas reversales, pactos, concordatos, modus vivendi, declaraciones, programas de acción conjunta, etc. Pero en todos se reconoce la intención de las partes de crear derechos y obligaciones jurídicas.

El Tratado Internacional de acuerdo a la Convención de Viena en el artículo 2 inciso a) lo define como:

“ARTÍCULO 2.- Términos empleados. 1.- Para los efectos de la presente Convención:

¹²³ Citado por Calvo, E. Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública A.C. México. Instituto Mexicano de Contadores Públicos A.C. 1994. 29-30 pp.

¹²⁴ Id.

¹²⁵ Brotons, Antonio Remiro. Derecho Internacional Público. Derecho de los Tratados. Madrid. Tecnos. Vol. 2. 1987. p. 36.

a) Se entiende por 'tratado' un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;"

De la anterior definición se puede deducir lo siguiente: el Tratado es celebrado entre Estados, por escrito, y regidos por el Derecho Internacional Público.

2.1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO PÚBLICO INTERNACIONAL

Las obligaciones y los derechos derivados de los tratados internacionales se encuentran sujetos al Derecho Internacional. Las normas internacionales han sido tradicionalmente consuetudinarias. En 1949 se constituyó la Comisión de Derecho Internacional, este órgano fué creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1947, con el fin de asistirle en la misión del impulso de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional que le atribuía la Carta de las Naciones Unidas. "En su primer período de sesiones la Comisión compuso una *lista* de temas cuya codificación era *necesaria o deseable*, incluyendo como una de las *prioridades* el *Derecho relativo a los tratados*, tanto por la cantidad de los mismos y la calidad de la materia central en las relaciones internacionales como por la incidencia desestabilizadora sobre la paz que se deducía de la incertidumbre e inseguridad de su régimen jurídico, sobre todo en relación con sus causas de nulidad, terminación y revisión."¹²⁶ Sin embargo, no fué sino hasta la década de los sesenta cuando se culminó uno de los intentos de realizar una codificación que sirviera de modelo para los Estados en la celebración de tratados internacionales. Para el año de 1961, la Comisión de Derecho Internacional señaló que la preparación de un artículo

¹²⁶ Ibid. p. 39

debería adoptar la forma de una Convención única. A partir del año de 1962 el Derecho de los Tratados fué el eje de los trabajos de la Comisión, que para el año de 1966 ya tenía un proyecto definitivo de artículos, el cual remitió a la Asamblea General con la recomendación de que convocara a una conferencia internacional de plenipotenciarios que lo transformara en Convención. Dicha Conferencia se reunió en Viena en dos períodos de sesiones de los años 1968-1969, "...con la asistencia de representantes de más de un centenar de Estados, en medio de una atmósfera que fue desplazándose paulatina y moderadamente de lo *técnico* a lo *político*, de lo *idóneo* a lo *oportuno*. El texto de la Convención, finalmente adoptado por setenta y nueve votos a favor, uno sólo en contra (Francia) y diecinueve abstenciones (entre ellas las de la Unión Soviética y países socialistas de la Europa del Este), modificó algunas disposiciones del proyecto y añadió otras, pero generalmente se ajustó a él, hasta el punto de que el 38 y el número 2 del artículo 5 fueron los únicos textos totalmente suprimidos."¹²⁷

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, fué abierta para su firma a partir del 23 de mayo de 1969, y entró en vigor el 27 de enero de 1980, tal documento obliga a título convencional a todos aquellos Estados que la han ratificado o se han adherido al texto, entre estos Estados se encuentra México (que presentó su instrumento de ratificación el 25 de septiembre de 1974, habiéndose publicado la Convención en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975, entrando en vigor tanto en lo general como en México el 27 de enero de 1980); y España (quien depositó su instrumento de adhesión el 16 de mayo de 1972). La obligatoriedad afecta a los Estados parte en relación con los tratados que celebren con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención.

¹²⁷ Ibid. p. 40.

La importancia de la Convención, es que sintetiza elementos de codificación de las normas consuetudinarias del Derecho Internacional, que es lo que se necesitaba para la formalización de los tratados internacionales en cuanto a su celebración.

La Convención de Viena de 1969, consta de ochenta y cinco artículos, distribuidos en ocho partes, relativos a: "la conclusión, reservas, entrada en vigor, observancia, aplicación e interpretación, enmienda y modificación, nulidad, terminación y suspensión, depositarios, notificaciones, correcciones y registro de los tratados."¹²⁸

2.2. ELEMENTOS DE LOS TRATADOS

Los Tratados Internacionales para que tengan validez deben cumplir con ciertos requisitos marcados por el derecho internacional, para este tipo de acto jurídico, los cuales se asemejan a la materia contractual civil, y son: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa.

1.- La **capacidad** de las partes para celebrar un Convenio o Tratado es un atributo de los Estados soberanos, sujetos del derecho internacional. Podemos decir que únicamente tomará este nombre el celebrado entre los propios Estados que de acuerdo al derecho internacional son reconocidos como tales por ser personas jurídicas soberanas, con un territorio, una población y una organización político-social. El artículo 6 de la Convención de Viena respecto de la Capacidad de los Estados para celebrar tratados señala:

"Artículo 6.- Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados."

Si se diera el caso en que un Estado y un organismo internacional quisieran convenir, tomaría el nombre de un simple Acuerdo.

¹²⁸ Ibid. p. 41

2.- El **consentimiento** es la manifestación de voluntad al celebrar o convenir un Tratado. De acuerdo a lo señalado por la Convención de Viena se dan las siguientes formas en las que un Estado puede manifestar su consentimiento:

“Artículo 11.- El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o cualquier otra forma que se hubiere convenido.”

La manifestación del consentimiento se da a través de los órganos de representación competentes de cada uno de los Estados participantes, designados por el derecho interno respectivo. Un tratado internacional concertado por un órgano no competente, carece de validez por falta de consentimiento expresado legalmente, del mismo modo carece de validez, por falta de consentimiento en un pacto, si el órgano representante se excede en sus facultades.

En cuanto a los problemas que entraña la manifestación de la voluntad, están los vicios del consentimiento: el *error*, el *dolo*, la *corrupción* y la *coacción*.

De acuerdo a lo establecido por la materia civil, *error* es una falsa concepción de la realidad. La Convención de Viena respecto del error como vicio del consentimiento señala:

“Artículo 48.- 1. Un Estado podrá alegar un error en un tratado como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado si el error se refiere a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de la celebración del tratado y constituyera una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado.

2. El párrafo 1 no se aplicará si el Estado de que se trate contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias fueron tales que se hubiera quedado advertido de la posibilidad de error.
3. Un error que concierna sólo a la redacción del texto de un tratado no afectará a la validez de éste; en tal caso se aplicará el artículo 79."

Respecto del *dolo*, la materia civil lo define como las maquinaciones o artificios que se emplean para inducir al error o mantener en él a alguna de las partes. El dolo puede provenir de una de las partes y su consecuencia es la nulidad. La Convención de Viena respecto al dolo señala:

"Artículo 49.- Si un Estado ha sido inducido a celebrar un tratado por la conducta fraudulenta de otro Estado negociador, podrá alegar el dolo como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado."

En cuanto a la *corrupción*, se da cuando un Estado participante corrompe al representante de otro Estado, el artículo 50 de la Convención de Viena señala:

"Artículo 50.- Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado."

La *coacción* o la *coerción*, contra la persona o el órgano que suscribe el tratado, o sobre el Estado al que representa con la amenaza del uso de la fuerza, es un vicio del consentimiento establecido en los artículos 51 y 52 de la Convención de Viena:

“Artículo 51.- La manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico.”

“Artículo 52.- Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacionalista incorporados en la Carta de las Naciones Unidas”

3.- El **objeto** se refiere a que el contenido del Tratado, el cual debe ser lícito, tanto en lo que respecta al derecho internacional, como al interno, por lo que tal tratado no es válido por contener un objeto ilícito. Vgr. Cuando se suscribe un pacto que tenga como objeto la violación de una norma internacional, como por ejemplo, el ejercicio de la piratería. De igual forma aquél que se suscribe con el desprecio de una norma interna de una de las partes, como por ejemplo para suprimir todas o alguna de las garantías individuales consagradas en la Constitución. El artículo 53 de la Convención del Derecho de los Tratados se refiere a los tratados que estén oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens):

“Artículo 53.- Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

Los Estados parte tienen la obligación de no frustrar el objeto ni el fin de un tratado, en cualquier etapa del proceso de creación del tratado. La Convención de Viena al respecto señala:

“Artículo 18.- Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frusten el objeto y el fin de un tratado:

- a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o
- b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente.”

3. CLASIFICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Los Tratados Internacionales se clasifican en:

1.- **Atendiendo a su forma**, los Tratados pueden ser *escritos* o *verbales*.

- a) **Tratados escritos:** La práctica en el derecho internacional respecto de los tratados ha marcado un estilo y una determinada manera de redactarlos, creándose las formalidades que deben cumplir. “Generalmente el tratado va precedido del título. Continúa el proemio que puede contener una recapitulación de los propósitos que mueven a los signatarios a pactar, y a veces, una breve mención de antecedentes. En el proemio van los nombres de los plenipotenciarios, y la fórmula usual de que se “han comunicado sus respectivos plenos poderes y encontrándolos en debida forma, convienen”, u otra parecida. Siguen después los

artículos o cláusulas, o sea la parte contractual propiamente dicha. Las últimas cláusulas se refieren a la duración del tratado y al canje o depósito de las ratificaciones. Posteriormente van la fecha, la firma y los sellos.”¹²⁹

Los acuerdos se formalizan por escrito, dando así seguridad jurídica a los Estados participantes, quienes en su derecho interno nombran a sus órganos representantes encargados de realizar este tipo de actos, así como su participación. La Convención de Viena exige que los tratados internacionales celebrados entre Estados y por escrito se encuentren regidos por el derecho internacional público. Se excluyen, de esta forma los acuerdos celebrados entre Estados regulados por el derecho interno de alguna de las partes o por algún otro derecho interno. Si esto ocurriera se estaría en presencia de un contrato celebrado entre dos o más Estados, y no ante un tratado, y por lo tanto no podría considerarse como una ley nacional, de acuerdo al artículo 133 constitucional respecto de la aplicación de los tratados para nuestro país, como leyes federales. Un ejemplo de este tipo de acuerdos regido por el derecho interno de alguna de las partes, puede ser la compra por un gobierno a otro de un terreno o edificio para el uso de una embajada, el cual quedaría sujeto al derecho interno de los Estados.

b) *Tratados verbales*: En el derecho internacional, “...queda siempre abierta la posibilidad de los acuerdos verbales, incluso tácitos, producto de una manifestación oral o de un comportamiento, activo o pasivo, imputable a sujetos de Derecho Internacional.”¹³⁰ Este tipo de acuerdos verbales, origina preocupación en cuanto a la seguridad jurídica del cumplimiento de las obligaciones internacionales.

¹²⁹ Ibid. p. 124.

¹³⁰ Ibid. p. 29.

2.- **En cuanto a los Sujetos**, los tratados se clasifican atendiendo a su número en: *bilaterales y multilaterales*.

a) Los tratados bilaterales o bipartitos como también se les conoce, se les llama así porque vinculan a dos personas internacionales.

b) Los tratados multilaterales o colectivos, vinculan a más de dos personas internacionales.

3.- **En cuanto a los Efectos**, los tratados se dividen en: *la creación de obligaciones jurídicas, obligaciones para las partes y carácter recíproco o complementario de las obligaciones entre las partes*.

a) *Creación de obligaciones jurídicas*: El tratado internacional es un acuerdo de obligaciones en el cual se crean derechos y obligaciones para las partes firmantes, de acuerdo al derecho internacional. Las partes determinan la naturaleza jurídica de las obligaciones pactadas expresadas en el texto. Para desentrañar el sentido de las obligaciones contenidas en el texto del tratado, que de acuerdo a la opinión de César Sepúlveda, sin perder de vista la naturaleza de los pactos internacionales se podía decir que son contratos, y como tales, están sujetos a reglas de interpretación. En el derecho internacional, no existen un sistema de interpretación de los tratados internacionales, sin embargo, en materia internacional se aplica un conjunto de reglas derivadas de la práctica de la analogía y del sentido común que son los siguientes, que el autor citado explica siguiendo los lineamientos de Oppenheim el cual reproducimos:

“1. Todos los tratados deben ser interpretados de acuerdo con su sentido razonable, en contradicción a su sentido literal.

2. Los términos empleados en un tratado deben interpretarse de acuerdo con su sentido usual, en el lenguaje ordinario, excepto cuando no están usados expresamente con cierto significado técnico, o cuando no está aparente otro significado en el contexto del tratado.
3. Se debe suponer que las partes contratantes se proponen algo razonable, algo adecuado al propósito del tratado y algo no inconsistente con los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.
4. Todo el tratado debe ser tomado en consideración, si el significado de una de sus estipulaciones es dudoso.
5. El principio *in dubio mitius* debe aplicarse en la interpretación de los tratados. Si, por consiguiente, una estipulación es ambigua, el significado que debe preferirse el que es menos oneroso para la parte que asume una obligación, o que interfiere menos con la soberanía de una parte, o que implica menos restricciones para las partes.
6. Puede hacerse referencia a tratados previos entre una de las partes y terceros para el propósito de aclarar el significado de una estipulación.
7. Si son admisibles dos significados de una estipulación según el texto del tratado, debe prevalecer el significado de la parte que propuso esa estipulación la cual conocía en ese tiempo el significado preferido por la parte que la acepta.
8. Si son admisibles dos significados, debe preferirse aquel que conceda menores ventajas para la parte que se beneficia.
9. La máxima *expressio unius est exclusio alterius* ha sido observada en los tribunales internacionales en algunos casos planteados ante ellos.

10. Es del conocimiento común que si un Estado mantiene un significado de un término que es diferente del que se acepta generalmente, y si a pesar de ello otro Estado entra en pacto con él, ese significado deberá prevalecer.

11. Si el significado de una estipulación es ambiguo y una de las partes contratantes, antes de que surja la controversia, hace saber qué significado le atribuye la otra parte no puede insistir en un significado diferente si no protestó oportunamente.

12. Debe concederse que las partes se propusieron que las estipulaciones del tratado tuvieran ciertos efectos, y no que tuvieran ninguno. Por consiguiente, no es admisible la interpretación que vuelva sin sentido o ineficaz a una estipulación.

13. Todos los tratados deben interpretarse en el sentido de excluir fraude y de hacer su operación consistente con la buena fe.

14. Las normas aplicadas comúnmente por los tribunales en la interpretación del derecho interno son sólo aplicables en tanto que reglas generales de jurisprudencia.

15. Si un tratado se concluye en dos idiomas diferentes y existe una discrepancia entre los dos textos, cada parte está obligada sólo por el texto de su propio idioma, a menos de que se hubiese pactado de otro modo.

16. Es una regla bien establecida en la práctica de los tribunales internacionales que los trabajos preparatorios (notas, memoranda, actas, etc.), pueden auxiliar para el propósito de interpretar cláusulas controvertidas de un tratado."¹³¹

¹³¹ Sepúlveda, C... Ob. Cit. 137, 138-139 pp.

b) *Obligaciones para las partes*, sólo se obligan las partes firmantes del Tratado. En este sentido la Convención de Viena ha señalado la prohibición de imponer obligaciones ni conferir derechos a terceros, no participantes en el Tratado Internacional.

“Artículo 34.- Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.”

Sin embargo, si existe el consentimiento del tercero si pueden pactarse obligaciones para este.

“Artículo 35.- Una disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear expresamente por escrito esa obligación.”

c) *Carácter recíproco o complementario de las obligaciones entre las partes*, la complementariedad y el equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes, deben establecerse de una manera recíproca, para ambas. Puede ocurrir que las obligaciones caigan sólo para una de las partes, y los derechos para la otra, lo cual señala la falta de equilibrio en la relación, lo anterior se puede impugnar como causa de nulidad del tratado, presumiendo que no se otorgan beneficios a uno de los firmantes por mediar coacción o corrupción.

4.- **Los Acuerdos Ejecutivos:** En algunos países se reconocen los llamados acuerdos ejecutivos, que “son convenios internacionales que se celebran entre los poderes ejecutivos de dos o más Estados, pero que no requieren de la aprobación por parte de quien ejerce las facultades legislativas.”¹³² Estos acuerdos tienen una jerarquía menor que los tratados internacionales. Como ejemplo están los acuerdos de intercambio cultural.

¹³² Calvo, E... Ob. Cit. p. 31

4. PROCESO DE ELABORACIÓN DE LOS TRATADOS.

La celebración de un tratado internacional lleva un proceso de elaboración que pasa por varias etapas que van desde la negociación, la negociación de texto, autenticación del texto hasta la manifestación del consentimiento.

1.- La negociación: Esta etapa del proceso de elaboración del tratado tiene por objeto, lograr un acuerdo entre las partes a fin de determinar el numeral de cláusulas que contendrá el documento.

2.- Negociación del Texto: Una vez negociado, el tratado se adopta como definitivo, tradicionalmente los tratados se adoptan por el acuerdo de las partes, esto significa que basta con la adopción de la mayoría de los sujetos que intervengan. Respecto a la adopción del texto la Convención de Viena señala:

“Artículo 9.- 1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2.

2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente.”

3.- La Autenticación del Texto: Es el acto por el cual se establece el texto definitivo de un tratado y en el que se certifica que es correcto y auténtico.

“Artículo 10.- El texto de un tratado quedará establecido como auténtico y definitivo:

a) mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración; o

b) a falta de tal procedimiento mediante la firma, la firma ad referendum o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto.”

4.- **Manifestación del Consentimiento:** es el acto por el cual los Estados se obligan a cumplir el Tratado, la Convención de Viena señala como formas de manifestación del consentimiento: la firma, la ratificación, la aceptación, la adhesión, y como otra forma de dar consentimiento es la aprobación. Dicha convención, define cada una de las formas mencionadas en las que se puede manifestar el consentimiento por parte de los Estados. Respecto de la firma el artículo 12 establece:

“Artículo 12.- 1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante:

- a) cuando el tratado suponga que la firma tendrá ese efecto;
- b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto, o;
- c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

2. Para los efectos del párrafo 1:

- a) la rúbrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido;
- b) la firma **ad referendum** de un tratado por un representante equivaldrá a la firma definitiva del tratado si su Estado la confirma.”

Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante el canje de instrumentos que constituyen un tratado:

“Artículo 13.- El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestará mediante este canje:

- a) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o
- b) cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.”

Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la ratificación, la aceptación o la aprobación:

“Artículo 14.- 1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación:

- a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación;
- b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación;
- c) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o
- d) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación.”

Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la adhesión:

“Artículo 15.- El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la adhesión:

a) cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión;

b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante adhesión; o

c) cuando todas las partes hayan convenido ulteriormente que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.”

Los Estados negociadores son los que escogen libremente cual será la forma de manifestar el consentimiento.

4.1. ÓRGANOS ESTATALES COMPETENTES PARA LA CELEBRACIÓN DEL TRATADO

De acuerdo a lo mencionado por el artículo 7º numeral 2. de la Convención de Viena, la competencia para la realización de determinados actos en el proceso de celebración de los Tratados:

“Artículo 7.- 2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado:

a) los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado;

b) los jefes de misión diplomática, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados;

c) los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano.”

4.2. ENTRADA EN VIGOR DE LOS TRATADOS.

La manifestación del consentimiento de los Estados contratantes no constituye el punto final del proceso de la celebración de un tratado. Tal momento final es realmente el de la entrada en vigor , a partir del cual el tratado comienza a obligar a los Estados parte.

El artículo 24 de la Convención de Viena establece:

“Artículo 24.- 1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha en que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.

2. A falta de tal disposición o acuerdo, el Tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.

3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior”

Cabe hacer mención que en el supuesto caso de que un tratado ya haya entrado en vigor y un Estado desee posteriormente adherirse a él, para este último el tratado entrará en vigor a partir del momento en que manifieste su consentimiento, a menos que el tratado disponga otra cosa. También es de hacer notar que un tratado podrá entrar en vigor en forma provisional si así los Estados lo han manifestado por escrito en el propio instrumento.

4.3 OBSERVANCIA Y APLICACIÓN DE LOS TRATADOS.

El principio básico que rige la **observancia** de los tratados es el enunciado en el artículo 26 de la Convención de Viena, el cual dispone:

“Artículo 26.- Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe.”

Esta observancia está regida por lo que doctrinalmente se conoce en el derecho internacional como el *principio de pacta sunt servanda*, el cual tiene su antecedente en la Carta de las Naciones Unidas, en el artículo 2 inciso 2 “...que indica que para la realización de los propósitos consignados en el artículo 1 de dicha Carta, la organización y sus miembros procederán de acuerdo con los principios que en dicho dispositivo se establecen, entre los cuales se incluye el de que ‘los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.’”¹⁸³ Este principio fué recogido por la Convención de Viena en el artículo ya transcrito en el párrafo anterior. El principio de *pacta sunt servanda* esta fundado en la buena fe, que a decir de varios autores, *constituye la norma suprema del derecho internacional*.

Los Estados soberanos de acuerdo a la manifestación de su Constitución, y considerados así por el derecho internacional, forman parte de la comunidad internacional la cual se rige por el principio en cuestión, de tal forma que este principio pasa a ser parte del derecho interno de los Estados. De tal manera que los Estados tienen la capacidad de convenir para la realización de una determinada conducta, o de abstenerse de hacerla según

¹⁸³ Ibid. p. 33.

lo que se haya pactado en el tratado, y el tratado se convierte en ley para los Estados parte. Por lo tanto *la observancia de los tratados no debe ser obstaculizada por el hecho de que existan normas de derecho interno contrarias a las mismas*. Los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado. Al respecto el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, señala:

“Artículo 27.- Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

Sólo se declarara la nulidad de un tratado conforme al artículo 46 de dicha Convención, *cuando el consentimiento de un Estado haya sido manifestado en violación manifiesta a su derecho interno y afecte a una norma de importancia fundamental de éste*.

En cuanto a la **aplicación** de los Tratados, la Convención regula los siguientes aspectos:

1.- Aplicación de los Tratados en el tiempo (artículo 28). La regla general al respecto es que debe tomarse en cuenta que *los tratados no deberán aplicarse retroactivamente*, salvo que así lo dispusieren los Estados contratantes.

“Artículo 28.- Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.”

2.- Aplicación territorial de los Tratados (artículo 29 de la Convención). Los tratados se aplicarán en la totalidad del territorio de cada Estado contratante, salvo que así lo dispusieren los mismos.

“Artículo 29.- Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.”

4.4. TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS

La terminación exime a las partes de seguir cumpliendo un tratado, sin afectar ningún derecho, obligación o situación jurídica creada por el tratado en su período de vigencia. La terminación de un tratado sólo se da por las causas que de manera expresa menciona la Convención de Viena:

- 1.- La voluntad de las partes.
- 2.- La celebración de un tratado posterior, (abrogación).
- 3.- El cambio fundamental de las circunstancias del Tratado.

5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MÉXICO

La normatividad jurídica establecida para la celebración de los tratados internacionales por nuestro país, la encontramos principalmente en la Constitución Política, como ley suprema que rige el ordenamiento del país. En el ámbito internacional, se atiende a lo establecido en la Convención sobre el Derecho de los Tratados, (Convención de Viena),

ratificada por México, y a la cual nos hemos referido en el punto que nos antecede. Volviendo al ámbito nacional, una Ley reciente sobre la Celebración de Tratados, que más bien hace referencia a los tratados Ejecutivos o Acuerdos Interinstitucionales como dicha ley los señala.

5.1. NORMAS CONSTITUCIONALES

La Constitución señala cuatro grandes aspectos de observancia en esta materia, en primer lugar la facultad exclusiva que tiene el Presidente de la República para celebrar tratados internacionales; en segundo lugar la aprobación del Senado; en tercer lugar el acuerdo de los Tratados que celebra México respecto de la Constitución; y por último la Jerarquía de los Tratados respecto a su observancia en nuestro país.

1. *FACULTAD EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA PARA LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS.* La Constitución, le otorga como facultad y obligación exclusiva del Presidente de la República dirigir la política exterior del país, así como la celebración de los tratados, de acuerdo al artículo 89 fracción X.

“Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los estados; la cooperación internacional para el desarrollo y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;”

El Presidente de la República además de la función señalada, debe cumplir con una múltiple serie de responsabilidades, para lo cual se auxilia de otras personas que le ayudan a llevar a cabo su función, estas personas son los Secretarios de Estado, los cuales tienen a su cargo la dirección de una de las responsabilidades del Ejecutivo, así por ejemplo, en todo lo relativo a la política exterior, el Presidente se auxilia del Secretario de Relaciones Exteriores, el cual también lo asiste en la celebración de tratados internacionales, o para cumplir con estos acuerdos nombrará a otra persona que lo represente en la negociación del tratado, dicha persona recibe el nombre de plenipotenciarios. El plenipotenciario "es la persona a la que se le confieren facultades específicas para representar con plenos poderes, y especialmente para celebrar tratados, a un sujeto del derecho internacional (como lo es un Estado) en el cumplimiento de sus funciones."¹³⁴ Dicha persona que actúa en representación del Estado puede llevar a cabo la negociación e incluso la firma del tratado, puesto que esta autorizado por el Presidente de la República, titular del Ejecutivo de la Unión, y dicho tratado se presenta ante el Senado como una iniciativa de ley, el cual debe ser aprobado para que adquiera entonces la fuerza obligatoria de una ley.

Legalmente quien representa a México, es el Servicio Exterior Mexicano, que depende del Ejecutivo Federal y se administra por la Secretaría de Relaciones Exteriores, lo anterior lo establece la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano que menciona:

"Artículo 1.- El Servicio Exterior Mexicano es el órgano permanente del Estado específicamente encargado de representarlo en el extranjero y de ejecutar la política exterior del Gobierno Federal, así como de promover y salvaguardar los intereses nacionales ante los Estados extranjeros u organismos y reuniones internacionales."

¹³⁴ Ibid. p. 37.

“Artículo 2.- El Servicio Exterior Mexicano depende del Ejecutivo Federal, que lo dirige y administra por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, conforme a los lineamientos de política exterior que señale el Presidente de la República.”

“Artículo 4.- El Servicio Exterior desempeñará sus funciones ajustándose a lo previsto por esta Ley y su Reglamento, los tratados o convenciones, las demás leyes y reglamentos aplicables y en general al derecho internacional.”

2. *LA APROBACIÓN DEL SENADO.* La Constitución le da al Senado, como facultad exclusiva la aprobación de los Tratados que el ejecutivo celebre en representación de México. El artículo 76 del ordenamiento fundamental expresa las facultades del Senado.

“Artículo 76.- Son facultades exclusivas del Senado:

I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el secretario de despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión;”

Sin embargo, existen tratados que no se someten a la aprobación del Senado, los llamados Convenios Ejecutivos o Tratados Interinstitucionales, de los cuales se discute por los doctrinarios su validez en lo que a su creación concierne, y a lo cual nos referiremos más adelante.

3. *EL ACUERDO DE LOS TRATADOS QUE CELEBRA MÉXICO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN.* La Constitución, respecto de los tratados tutela dentro de las llamadas garantías individuales, una garantía de seguridad jurídica contenida en el artículo 15, la cual prohíbe la celebración de tratados para la extradición de reos políticos o delincuentes del

orden común que hayan tenido la condición de esclavos en el país en donde hubieran cometido el delito y que no autoriza su celebración cuando en ellos se alteren las garantías y derechos establecidos por dicho ordenamiento fundamental para el hombre y el ciudadano.

Como se mencionó en el capítulo I, en el análisis del artículo 15, (*Supra, pág. 78*), la facultad que tiene el Estado mexicano a través del presidente de la República de celebrar tratados internacionales, es limitada por este artículo. Para el caso de que no se observe esta obligación negativa del Estado, el tratado o convenio adolecería de nulidad.

El acuerdo que con la Constitución deben tener los tratados celebrados por el Estado mexicano es en cuanto al objeto del mismo, y refiriéndonos en especial a los tratados de extradición, estos no deben versar sobre:

- 1.- La extradición de una persona a quien se le impute un delito de carácter político.
- 2.- La extradición de un delincuente común que haya tenido la condición de esclavo en su país de origen.
- 3.- La celebración de tratados que vulneren cualquiera de las garantías que establece la constitución.
- 4.- De igual forma la celebración de tratados que vulneren los derechos del hombre y del ciudadano.

4. EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL Y LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS RESPECTO A SU OBSERVANCIA EN NUESTRO PAÍS. El artículo 133 constitucional, establece el principio de supremacía constitucional, es decir, califica a la constitución como ley suprema.

Principio de Supremacía Constitucional, a la Constitución se le califica doctrinalmente como “ley fundamental del Estado”, lo cual como explica Burgoa equivale a llamarla “ley primaria”. En esta Ley se encuentran las bases de creación de los órganos principales del Estado, su competencia, así como los señalamientos sobre los cuales se forma el ordenamiento jurídico del Estado, por lo tanto es fuente de validez formal de todas las normas secundarias, así como de legalidad. “Este carácter fundamental que concede a la constitución la nota de ley suprema del Estado, supone que todo el ordenamiento jurídico se encuentra condicionado por las normas constitucionales, y que ninguna autoridad estatal tiene más poderes que los que le reconoce la constitución, pues de ella depende la legitimidad de todo el sistema de normas e instituciones que componen aquel ordenamiento.”¹³⁵

Por ser la base de la estructura del Estado mexicano, la Constitución es la “norma fundatoria de todo el ordenamiento jurídico. La fundamentalidad y la supremacía van de la mano, una es consecuencia de la otra. *“Fundamentalidad y supremacía, por ende, son dos conceptos inseparables que denotan dos cualidades concurrentes en toda Constitución jurídico-positiva, o sea, que ésta es suprema por ser fundamental y es fundamental por ser suprema.”*¹³⁶

De acuerdo a las ideas de Kelsen, la base de la tan citada (por los doctrinarios) pirámide normativa es la Constitución que es lo fundatorio y en opinión de Burgoa lo insuperable dentro de cuyos extremos se mueve toda la estructura vital del Estado. La pirámide se establece de la siguiente forma: en la base se hayan las normas primarias o fundamentales, en segundo lugar las normas secundarias o derivadas de carácter general o

¹³⁵ Citado por Burgoa, I. Derecho Constitucional Mexicano,. Ob. Cit. p.358.

¹³⁶ Ibid. p. 359.

abstracto (leyes) y en tercer lugar las normas establecidas para un caso concreto y particular, como lo son las decisiones administrativas, y sentencias judiciales. La constitución como norma principal debe autopreservarse frente a la actuación de los órganos de autoridad que ella misma crea tanto primarios como secundarios, esta autopreservación implica una supremacía respecto de las leyes que se creen posteriormente, las cuales deben de concordar con lo establecido en la Ley fundamental para que tengan validez formal, no deben oponerse ni violar alguna de sus disposiciones puesto que de lo contrario, se les calificará de nulas, inválidas, inoperantes o ineficaces en la vía jurisdiccional correspondiente.

El principio de supremacía constitucional tiene dos grandes consecuencias:

- 1.- La referente al control de la constitucionalidad de las leyes, puesto que la constitución debe condicionar el ordenamiento jurídico general del Estado.
- 2.- La imposibilidad jurídica de que los órganos que crea deleguen el ejercicio de sus competencias. Lo cual se explica en función a la soberanía del pueblo la cual es delegada al Estado quien se encarga de distribuirla en la creación de los distintos poderes, los cuales se delegan a las diversas autoridades, que dependiendo del poder que se le delega a esa autoridad va a ser su función, mencionando la Constitución expresamente las obligaciones y facultades para cada uno.¹³⁷

Artículo 133. Este precepto consagra el principio de supremacía constitucional, que a la letra dice:

“ 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

¹³⁷ Cf. *Ibid.* p. 360.

la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.”

El principio de supremacía constitucional se reserva exclusivamente a la Constitución puesto que las leyes federales y los tratados internacionales están sujetos a la condición de que no sean contrarios a la propia Constitución. Lo anterior se corrobora en el artículo 15 que establece la prohibición de celebrar aquellos convenios o tratados internacionales si éstos alteran a las garantías individuales y los derechos que establece la Ley Fundamental para el hombre y el Ciudadano. Por lo tanto “..no tiene validez formal ni aplicabilidad las convenciones internacionales que la contravengan.”¹³⁸

Jerarquía jurídica de los Tratados. Como ha quedado establecido, en primer lugar se encuentra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en segundo lugar y subordinados a la constitución las leyes que emanen del Congreso de la Unión y los Tratados Internacionales celebrados por el Presidente cuando estén de acuerdo con la referida constitución.

5.2. LEY SOBRE LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS

Esta ley del 2 de enero de 1992, introduce una nueva figura jurídica llamada “*acuerdo interinstitucional*”, el cual no se encuentra contemplado con este nombre en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Dicha ley consta de 11 artículos, y tiene por objeto regular la celebración de tratados y acuerdos interinstitucionales a nivel internacional, de acuerdo a lo que señala el primer artículo que define a este tipo de acuerdo:

¹³⁸ Ibid. p. 364.

“Artículo 1º. La presente Ley tiene por objeto regular la celebración de tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional. Los tratados sólo podrán ser celebrados entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público. Los acuerdos interinstitucionales sólo podrán ser celebrados entre una dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales.”

El artículo 2º en su párrafo II define al acuerdo interinstitucional:

“Artículo 2º. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

‘II. ACUERDO INTERINSTITUCIONAL’: El convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que se derive o no de un tratado previamente aprobado.

El ámbito material de los acuerdos internacionales deberá circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las dependencias y organismos descentralizados de los niveles de gobierno mencionados que los suscriben.”

Si analizamos lo que menciona el artículo 117 constitucional, resulta cuestionable lo mencionado en el precepto transcrito:

“Artículo 117.- Los Estados no pueden en ningún caso:

I. Celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado ni con las potencias extranjeras;”

Si nos atenemos a lo establecido en el artículo 89 fracción X, le corresponde exclusivamente a los órganos federales, la facultad de realizar este tipo de actos internacionales. "Pero además de ello, tenemos que preguntarnos si de lo que se trataría aquí, es de querer *legalizar* ciertas prácticas viciosas como la famosa práctica de los "acuerdos ejecutivos", que permiten al presidente tranquilamente desembarazarse del espectro. que significaría un posible veto del Senado, o sencillamente actuar libremente de todo control legislativo."¹³⁹ Nuestro país ha venido celebrando este tipo de acuerdos en diversas materias a través principalmente de las Secretarías de Estado, que por el número de acuerdos celebrados se citan, la Secretaría de Hacienda, la ex-Secretaría de Programación y Presupuesto, la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal (ahora Secretaría de Energía), la Secretaría de Comercio, la Secretaría de Salud, la Procuraduría General de la República.

La exposición de motivos de la ley sobre la celebración de Tratados señala: "Un acuerdo interinstitucional obliga a las partes firmantes según el Derecho Internacional Público, pero a diferencia de los tratados, no requieren ser sometidos a la aprobación del Senado, pues no son Ley Suprema de la Nación, y en contraste con contratos internacionales privados no son regulados por reglas del Derecho Internacional Privado."¹⁴⁰

Sin embargo, y contradiciendo lo señalado, todo acuerdo regido por el derecho internacional público que se celebre con otro Estado soberano, debe considerarse una obligación internacional asumida por México, como nación; los efectos internacionales de un convenio o acuerdo ejecutivo están en el mismo plano que un tratado para el derecho

¹³⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Problemas Actuales del Derecho Constitucional*, Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. México. UNAM. 1994. 163-164 pp.

¹⁴⁰ Id.

internacional, la diferencia entre un tratado internacional y el acuerdo ejecutivo es que no afecta al derecho internacional, pero al derecho interno sí, puesto que la Constitución es escrita y rígida, y la práctica del Ejecutivo de no someter al Senado los acuerdos internacionales, no puede de ninguna manera modificar los artículos 76, fracción I, y 89 fracción X. Y sólo sería procedente si se enmendara la Constitución mediante el procedimiento de reforma marcado en su artículo 135, esto es, por un voto de las 2/3 partes del Congreso de la Unión con aprobación de la mayoría de las legislaturas de los estados.¹⁴¹

Ejemplo de un acuerdo ejecutivo, lo encontramos precisamente en el acuerdo celebrado entre México a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores y España, a través del Ministro de Asuntos Exteriores, en el cual se establece el alcance de los artículos 37 y 40 del Tratado de Extradición celebrado entre ambos países y al cual haremos alusión más adelante. (*Infra, pág.229*)

6. BREVE REFERENCIA AL TRATADO DE EXTRADICIÓN MÉXICO- ESPAÑA

El Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en materia penal, celebrado con España, fué realizado en la Ciudad de México, el 21 de noviembre de 1978.

Aprobado por el Senado de la República, de acuerdo al artículo 76, fracción I de la Constitución, el 27 de septiembre de 1979, según decreto publicado en el Diario Oficial del 7 de noviembre de 1979 que menciona lo siguiente:

¹⁴¹ Cf. Id.

“DECRETO Por el que se aprueba el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal, entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, firmada en la Ciudad de México, el 21 de noviembre de 1978.

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

JOSÉ LÓPEZ PORTILLO, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:

Que la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión se ha servido dirigirme el siguiente

“La Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, en ejercicio de la facultad que le concede el Artículo 76, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, decreta:

ÚNICO.- Se aprueba el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal, entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, firmado en la Ciudad de México, el día veintiuno del mes de noviembre del año de mil novecientos setenta y ocho.

México, D.F., a 27 de septiembre de 1979.- Sen. Alejandro Cervantes Delgado, Presidente.- Sen. Antonio Ocampo Ramírez, Secretario.- Sen. Daniel Espinosa Galindo, Secretario.- Rúbrica.”

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su publicación y observancia, expide el presente Decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la ciudad de México, Distrito Federal, a los dos días del mes de octubre de mil novecientos setenta y nueve.- José López

Portillo.- Rúbrica.- El Secretario de Relaciones Exteriores, Jorge Castañeda.- Rúbrica.- El Secretario de Gobernación Enrique Olivares Santana.- Rúbrica.-”

De acuerdo lo mencionado por César Sepúlveda, respecto de la forma en el contenido de un Tratado (*Supra*, pág. 189), el Tratado en análisis se compone:

1.- *Título*: **“TRATADO DE EXTRADICIÓN Y ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA
PENAL”**

2.- *Proemio*: “El Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, y

El Rey de España:

Conscientes de los estrechos vínculos existentes entre ambos pueblos, deseosos de promover una mayor cooperación entre los dos países en todas las áreas de interés común y convencidos de la necesidad de prestarse asistencia mutua para promover a la mejor administración de la justicia.

Han resuelto concluir un Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal y, al efecto han nombrado Plenipotenciarios:

El Presidente de los Estados Unidos Mexicanos al licenciado Santiago Roel, Secretario de Relaciones Exteriores.

El Rey de España al señor Marcelino Ojeda, Ministro de Asuntos Exteriores.

Quienes después de haberse comunicado sus plenos poderes hallados en buena y debida forma, han convenido lo siguiente:”

3.- *Última parte:* “En fe de lo cual, los Plenipotenciarios firman el presente Tratado, hecho en dos originales igualmente auténticos, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a los veintiún días del mes de noviembre del año de mil novecientos setenta y ocho.

Por el Gobierno de los

Estados Unidos Mexicanos

Lic. Santiago Roel

Secretario de Relaciones Exteriores

(Rúbrica)

Por el Gobierno del

Reino de España

Marcelino Oreja”

Ministro de Asuntos Exteriores

(Rubrica)

6.1 TRATADO DE EXTRADICIÓN Y ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL ENTRE MÉXICO Y ESPAÑA

El contenido del Tratado mencionado se establece en 43 artículos, divididos en tres Títulos, el Título Primero referente a la Extradición; el Título Segundo referente a la Asistencia en Materia Penal a la que obligan ambos Países; y el Título Tercero de Disposiciones Finales.

El título primero del Tratado, relativo a la “extradición”, marca los lineamientos generales que el Derecho Internacional establece en esta materia, a los que hicimos alusión en el análisis de la Ley de Extradición Internacional.

TÍTULO I. EXTRADICIÓN

Artículo 1. Las Partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente, según las reglas y bajo las condiciones determinadas en los artículos siguientes, los individuos contra los cuales se haya iniciado un procedimiento penal o sean requeridos para la ejecución de una pena privativa de libertad impuesta judicialmente como consecuencia de un delito.

Artículo 2.

1. Darán lugar a la extradición los hechos sancionados, según las leyes de ambas Partes, con una pena privativa de libertad cuyo máximo sea superior a un año.
2. Si la extradición se solicita para la ejecución de una sentencia se requerirá, además, que la parte de la pena que aún falte por cumplir no sea inferior a seis meses."

Artículo 3. También darán lugar a la extradición, conforme al presente Tratado, los delitos incluidos en convenios multilaterales en los que ambos países sean Partes.

Artículo 4.

1. La extradición no será concedida por delitos considerados como políticos por la Parte requerida o conexos con delitos de esta naturaleza. A los fines de la aplicación de este Tratado, el homicidio u otro delito contra la vida, la integridad física o la libertad de un Jefe de Estado o de Gobierno o de un miembro de su familia no será considerado como delito político.
2. Tampoco se concederá la extradición si la Parte requerida tiene fundados motivos para suponer que la solicitud de extradición motivada por un delito común ha sido presentada por la finalidad de perseguir o castigar a un individuo a causa de su raza, religión, nacionalidad u

opiniones políticas, o bien que la situación de este individuo puede ser agravada por estos motivos.

Artículo 5. La extradición por delitos estrictamente militares queda excluida del campo de aplicación del presente Tratado.

Artículo 6. La infracción de las normas fiscales, sobre control de cambios y aduaneras sólo dará lugar a la extradición en las condiciones previstas en este Tratado cuando las Partes así lo hubieren decidido para cada categoría de infracciones.

Artículo 7.

1. Ambas Partes tendrán la facultad de denegar la extradición de sus nacionales. La condición de nacional será apreciada en el momento de la decisión sobre la extradición.

2. En el caso de que la Parte requerida no entregue a un individuo que tenga su nacionalidad, deberá poner el hecho en conocimiento de las autoridades judiciales competentes, por si ha lugar, según la ley del Estado requerido, a iniciar la acción penal correspondiente. A estos efectos, los documentos, informes y objetos relativos a la infracción serán enviados gratuitamente por la vía prevista en el artículo 14, y la Parte requirente será informada de la decisión adoptada.

Artículo 8. La Parte requerida podrá denegar la extradición cuando, conforme a sus propias leyes, corresponda a sus tribunales conocer del delito por el cual aquélla haya sido solicitada.

Artículo 9. La extradición no será concedida si el individuo ha sido ya juzgado por las autoridades de la Parte requerida por los mismos hechos que originaron la solicitud.

Artículo 10. No se concederá la extradición cuando la responsabilidad penal se hubiere extinguido por prescripción u otra causa, conforme a la legislación de cualquiera de las Partes.

Artículo 11. Si el reclamado hubiese sido condenado en rebeldía, la extradición sólo se concederá si la Parte requirente da seguridades de que será oído en defensa y se le facilitarán los recursos legales pertinentes.

Artículo 12. Si el delito que se imputa al reclamado es punible, según la legislación de la Parte requirente, con la pena capital, la extradición sólo se concederá si la Parte requirente da seguridades consideradas suficientes por la requerida de que la pena capital no será ejecutada.

Artículo 13. La persona objeto de extradición no podrá ser sometida en el territorio de la Parte requirente a un tribunal de excepción. No se concederá la extradición para ello ni para la ejecución de una pena impuesta por tribunales que tengan ese carácter.

Artículo 14. La solicitud de extradición será transmitida por la vía diplomática.

Artículo 15. Con la solicitud de extradición se enviará:

- a) Exposición de los hechos por los cuales la extradición se solicita, indicando en la forma más exacta posible el tiempo y lugar de su perpetración y su calificación legal;
- b) Original o copia auténtica de sentencia condenatoria, orden de aprehensión, auto de prisión o cualquier otra resolución judicial que tenga la misma fuerza, según la legislación de la Parte requirente y de la que se desprende la existencia del delito y los indicios racionales de su comisión por el reclamado;

c) Texto de las disposiciones legales relativas al delito o delitos de que se trate, penas correspondientes y plazos de prescripción;

d) Datos que permitan establecer la identidad y la nacionalidad del individuo reclamado y, siempre que sea posible, los conducentes a su localización.

Artículo 16. Si los datos o documentos enviados con la solicitud de extradición son insuficientes o defectuosos, la Parte requerida pondrá en conocimiento de la requirente las omisiones o defectos para que puedan ser subsanados.

Artículo 17. 1. El individuo entregado en virtud de extradición no será procesado, juzgado o detenido para la ejecución de una pena por un hecho anterior y diferente al que hubiese motivado la extradición, salvo en los casos siguientes:

a) Cuando la parte que lo ha entregado preste su consentimiento, después de la presentación de una solicitud en este sentido, que irá acompañada de los documentos previstos en el artículo 15 y de un testimonio judicial conteniendo las declaraciones del inculpado. El consentimiento será otorgado cuando la infracción por la que se solicita origine la obligación de conceder la extradición según este Tratado.

b) Cuando, estando en libertad de abandonar el territorio de la Parte a la que fue entregado, el inculpado haya permanecido en él más de cuarenta y cinco días sin hacer uso de esa facultad.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, la Parte requirente podrá adoptar las medidas necesarias según su legislación para interrumpir la prescripción.

3. Cuando la calificación del hecho imputado sea modificada en el curso del procedimiento, el individuo entregado sólo será procesado o juzgado en el caso de que los elementos constitutivos del delito, según la nueva calificación, hubieren permitido la extradición.

Artículo 18. Salvo en el caso previsto en el párrafo *b)* del apartado 1 del artículo 17 la reextradición en beneficio de un tercer Estado no será otorgado sin el consentimiento de la Parte que ha concedido la extradición. Esta podrá exigir envío previo de la documentación prevista en el artículo 15, así como un acta que contenga la declaración razonada del reclamado sobre si acepta la reextradición o se opone a ella.

Artículo 19. 1. En caso de urgencia, las autoridades competentes de la Parte requirente podrán solicitar la detención preventiva del individuo reclamado. La solicitud de detención preventiva indicará la existencia de una de las resoluciones mencionadas en el apartado *b)* del artículo 15 y la intención de formalizar la solicitud de extradición. Mencionará igualmente la infracción, el tiempo y el lugar, en que ha sido cometida y los datos que permitan establecer la identidad y nacionalidad del individuo reclamado.

2. La solicitud de detención preventiva, será transmitida a las autoridades competentes de la Parte requerida, por la vía más rápida, pudiendo utilizar cualquier medio de comunicación, siempre que deje constancia escrita o esté admitido por la Parte requerida.

3. Al recibo de la solicitud a que se refiere el apartado 1, la Parte requerida adoptará las medidas conducentes a obtener la detención del reclamado. La Parte requirente será informada del curso de su solicitud.

4. Podrá concederse la libertad provisional siempre que la Parte requerida adopte todas las medidas que estime necesarias para evitar la fuga del reclamado.

5. La detención preventiva podrá alzarse si en el plazo de cuarenta y cinco días la Parte requerida no ha recibido la solicitud de extradición y los instrumentos mencionados en el artículo 15. En ningún caso podrá exceder de un plazo de sesenta días.

6. La puesta en libertad ni impedirá el curso normal del procedimiento de extradición, si la solicitud y los documentos mencionados en el artículo 15 se llegan a recibir posteriormente.

Artículo 20. Si la extradición se solicita en forma concurrente por una de las Partes y otros Estados, bien por el mismo hecho o por hechos diferentes, la Parte requerida resolverá teniendo en cuenta las circunstancias y especialmente la existencia de otros tratados que obliguen a la Parte requerida, la gravedad relativa, el lugar de las infracciones, las fechas de las respectivas solicitudes, la nacionalidad del individuo y la posibilidad de una extradición ulterior.

Artículo 21. 1. La Parte requerida comunicará a la Requirente, por la vía diplomática, su decisión respecto a la solicitud de extradición.

2. Toda negativa, total o parcial, será motivada.

3. Si se concede la extradición, las Partes se pondrán de acuerdo para realizar la entrega del reclamado, que deberá llevarse a efecto dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que la Parte requirente haya recibido la comunicación a que se refiere el apartado 1.

4. Si el reclamado no ha sido recibido dentro del plazo señalado, será puesto en libertad y la Parte requerida podrá posteriormente denegar la extradición por el mismo delito.

Artículo 22. 1. La parte requerida podrá, después de haber resuelto sobre la solicitud de extradición, retrasar la entrega del individuo reclamado a fin de que pueda ser juzgado o, si

ya ha sido condenado, para que pueda cumplir en su territorio una pena impuesta por un hecho diferente de aquel por el que se concedió la extradición.

2. En lugar de retrasar la entrega, la Parte requerida también podrá entregar temporalmente al reclamado, si su legislación lo permite, en las condiciones que de común acuerdo establezcan ambas Partes.

3. La entrega podrá igualmente ser diferida cuando, por las condiciones de salud del reclamado, el traslado pueda poner en peligro su vida o agravar su estado.

Artículo 23. 1. A petición de la Parte requirente, la Requerida asegurará, en la medida en que lo permita su legislación y sin perjuicio de los derechos de terceros, los objetos:

a) Que puedan servir de medios de prueba;

b) Que, provenientes de la infracción, fuesen encontrados en poder del reclamado en el momento de su detención o descubiertos posteriormente.

2. La entrega de los objetos citados en el apartado anterior será efectuada aunque la extradición ya acordada no pueda llevarse a cabo por muerte, desaparición o fuga del individuo reclamado.

3. La Parte requerida podrá retener temporalmente o entregar bajo condición de restitución los objetos a que se refiere el apartado 1 cuando puedan quedar sujetos a una medida de aseguramiento en el territorio de dicha Parte dentro de un proceso penal en curso.

4. Cuando existan derechos de la Parte requerida o de terceros sobre objetos que hayan sido entregados a la Requirente para los efectos de un proceso penal, conforme a las disposiciones

de este artículo, dichos objetos serán restituidos a la Parte requerida lo más pronto posible y sin costo alguno.

Artículo 24. 1. El tránsito por el territorio de una de las Partes de una persona que no sea nacional de esa Parte, entregada a la otra Parte por un Tercer Estado, será permitido mediante la presentación, por la vía diplomática, de una copia auténtica de la resolución por la que se concedió la extradición, siempre que no se opongan a razones de orden público.

2. Corresponderá a las autoridades del Estado de tránsito la custodia del reo mientras permanezca en su territorio.

3. La Parte requirente reembolsará al Estado de tránsito cualquier gasto en que éste incurra con tal motivo.

Artículo 25. En lo no dispuesto en el presente Tratado se aplicarán la leyes internas de las respectivas Partes en cuanto regulen el procedimiento de extradición.

Artículo 26. Los gastos ocasionados por la extradición en el territorio de la Parte requerida serán de su cuenta, excepto los relativos al transporte del reclamado que recaerán sobre la Parte requirente.

TÍTULO II. ASISTENCIA EN MATERIA PENAL

Artículo 27. 1. Las Partes se obligan a prestarse asistencia mutua, según las disposiciones de este Tratado, en la realización de investigaciones y diligencias relacionadas con cualquier procedimiento penal incoado por hechos cuyo conocimiento compete a la Parte requirente en el momento en que la asistencia sea solicitada.

2. Este Tratado no se aplicará a las medidas puramente policiales ni tampoco a los delitos militares, salvo que éstos constituyan infracciones de derecho común.

3. La asistencia podrá prestarse en interés de la justicia, aunque el hecho no sea punible según las leyes de la Parte requerida. No obstante, para la ejecución de medidas de aseguramiento de objetos, de cateos o registros domiciliarios, será necesario que el hecho por el que se solicita la asistencia sea también considerado como delito por la legislación de la Parte requerida.

Artículo 28. La asistencia judicial podrá ser rehusada:

a) Si la solicitud se refiere a infracciones políticas, conexas con infracciones de este tipo, a juicio de la Parte requerida, o infracciones fiscales;

b) Si la Parte requerida estima que el cumplimiento de la solicitud atenta contra su orden público.

Artículo 29. El cumplimiento de una solicitud de asistencia se llevará a cabo conforme a la legislación de la Parte requerida, ateniéndose a las diligencias solicitadas expresamente.

Artículo 30. 1. La Parte requerida cumplimentará las comisiones rogatorias relativas a un procedimiento penal que le sean dirigidas por las autoridades judiciales o por el Ministerio Público de la Parte requirente y que tengan por objeto actos de averiguación previa o instrucción o actos de comunicación.

2. Si la comisión rogatoria tiene por objeto la transmisión de autos, elementos de prueba y en general cualquier clase de documentos, la Parte requerida podrá entregar solamente copias o fotocopias autenticadas, salvo si la Parte requirente pide expresamente los originales.

3. La Parte requerida podrá negarse al envío de objetos, autos o documentos originales que le hayan sido si su legislación no lo permite o si le son necesarios en un procedimiento penal en curso.

4. Los objetos o documentos que hayan sido enviados en cumplimiento de una comisión rogatoria serán devueltos lo antes posible, a menos que la Parte requerida renuncie a ellos.

Artículo 31. Si la Parte requirente lo solicita expresamente, será informada de la fecha y lugar de cumplimiento de la comisión rogatoria.

Artículo 32. 1. La Parte requerida procederá a la entrega de las decisiones judiciales o documentos relativos a actos procesales que le sean enviados a dicho fin por la Parte requirente.

2. La entrega podrá ser realizada mediante la simple remisión del documento al destinatario o, a petición de la Parte requirente, en alguna de las formas previstas por la legislación de la Parte requerida, o en cualquier otra forma compatible con dicha legislación.

3. La entrega se acreditará mediante recibo fechado y firmado por el destinatario, o por certificación de la autoridad competente que acredite el hecho, la forma y la fecha de la entrega. Uno u otro de estos documentos serán enviados a la Parte requirente y, si la entrega no ha podido realizarse, se harán constar las causas.

4. La solicitud que tenga por objeto la citación de un inculpado, testigo o perito ante las autoridades de la Parte requirente, podrá no ser diligenciada si es recibida dentro de los cuarenta y cinco días anteriores a la fecha señalada para la comparecencia. La Parte requirente deberá tener en cuenta este plazo al formular su solicitud.

Artículo 33. 1. Si la Parte requirente solicitase la comparecencia como testigo o perito de una persona que se encuentre en el territorio de la otra Parte, ésta procederá a la citación según la solicitud formulada, pero sin que puedan surtir efectos las cláusulas conminatorias o sanciones previstas para el caso de incomparecencia.

2. La solicitud a que se refiere el apartado anterior deberá mencionar el importe de los viáticos, dietas e indemnizaciones que percibirá el testigo o perito.

Artículo 34. Si la Parte requirente estima que la comparecencia personal de un testigo o perito ante las autoridades judiciales resulta especialmente necesaria, lo hará constar en la solicitud de citación.

Artículo 35. 1. El testigo o perito, cualquiera que sea su nacionalidad, que, como consecuencia de una citación, comparezca ante las autoridades de la Parte requirente, no podrá ser perseguido o detenido en este Estado por hechos o condenas anteriores a su salida del territorio de la Parte requerida.

2. La inmunidad prevista en el precedente apartado cesará cuando el testigo o perito permaneciere más de cuarenta y cinco días en el territorio de la Parte requirente después del momento en que su presencia ya no fuere exigida por las autoridades judiciales de dicha Parte.

Artículo 36. 1. Si en una causa penal se considerase necesaria la comparecencia personal ante las autoridades judiciales de una de las Partes, en calidad de testigo o para un careo, de un individuo detenido en el territorio de la otra Parte, se formulará la correspondiente solicitud. Se accederá a ella si el detenido presta su consentimiento y si la Parte requerida estima que no existen consideraciones importantes que se opongan al traslado.

2. La Parte estará obligada a mantener bajo custodia a la persona trasladada y a devolverla tan pronto como se haya realizado la diligencia especificada en la solicitud que dio lugar al traslado.

3. Los gastos ocasionados por la aplicación de este artículo correrán por cuenta de la Parte requirente.

Artículo 37. Las Partes se informarán mutuamente de las sentencias condenatorias que las autoridades judiciales de una de ellas haya dictado contra nacionales de la otra.

Artículo 38. Cuando una de las Partes solicite de la otra los antecedentes penales de una persona, haciendo constar el motivo de la petición, dichos antecedentes le serán comunicados si no lo prohíbe la legislación de la Parte requerida.

Artículo 39. 1. Las solicitudes de asistencia deberán contener las siguientes indicaciones:

- a) Autoridad de que emana el documento o resolución;
- b) Naturaleza del documento o de la resolución;
- c) Descripción precisa de la asistencia que se solicite;
- d) Delito a que se reflera el procedimiento;
- e) En la medida de lo posible, identidad y nacionalidad de la persona encausada o condenada;
- f) Nombre y dirección del destinataria.

2. Las comisiones rogatorias que tengan por objeto cualquier diligencia distinta de la simple entrega de documentos mencionarán además la acusación formulada y contendrán una sumaria exposición de los hechos.

3. Cuando una solicitud de asistencia no sea cumplimentada por la Parte requerida ésta la devolverá con expresión de la causa.

Artículo 40. 1. A efecto de lo determinado en este Título, cada Parte designará las autoridades habilitadas para enviar y recibir las comunicaciones relativas a la asistencia en materia penal.

2. No obstante lo anterior, las Partes podrán utilizaren todo caso la vía diplomática o encomendar a sus cónsules la práctica de diligencias permitidas por la legislación del Estado receptor.

TÍTULO III. DISPOSICIONES FINALES

Artículo 41. Los documentos transmitidos en aplicación de este Tratado estarán dispensados de todas las formalidades de legalización cuando sean cursados por la vía diplomática o por conducto de las autoridades a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior.

Artículo 42. 1. El presente Tratado está sujeto a ratificación. El canje de los instrumentos de ratificación tendrá lugar en la ciudad de Madrid a la brevedad posible.

2. Este Tratado, entrará en vigor el primer día del segundo mes siguiente a aquel en que tenga lugar el canje de los instrumentos de ratificación y seguirá en vigor mientras no sea denunciado por una de las Partes. Sus efectos cesarán seis meses después del día de la recepción de la denuncia.

3. Al entrar en vigor este Tratado quedará abrogado el Tratado de 17 de noviembre de 1881, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5.

4. Las extradiciones solicitadas después de la entrada en vigor de este Tratado se regirán por sus cláusulas, cualquiera que sea la fecha de comisión del delito.

5. Las extradiciones solicitadas antes de la entrada en vigor de este Tratado continuarán tramitándose y serán resueltas conforme a las disposiciones del Tratado de 17 de noviembre de 1881.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios firman el presente Tratado, hecho en dos originales igualmente auténticos, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a los veintiún días del mes de noviembre del año de mil novecientos setenta y ocho.

Entre los Tratados y Acuerdos celebrados por nuestro país, y que se encuentran actualmente vigentes, encontramos un acuerdo celebrado con España, el cual *tiene por objeto establecer el alcance del párrafo II del artículo 19 y de los artículos 37 y 40* del Tratado de extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal, del 21 de noviembre de 1978. Dicho acuerdo no se publicó en el Diario Oficial de la Federación, no se sujetó a ratificación por el Senado, y entró en vigor el 1º de diciembre de 1984, una vez concluido por el intercambio del canje de notas fechadas en Madrid España.¹⁴²

El cual transcribimos a continuación:

Madrid España, a 1º de diciembre de 1984.

Señor Ministro:

¹⁴² SENADO DE LA REPÚBLICA. *Tratados Ratificados y Convenios Ejecutivos celebrados por México*. México. Secretaría de Relaciones Exteriores. T. XXV. (1983-1984). 529-530.

Tengo a honra referirme a las Recomendaciones Segunda, Tercera y Cuarta adoptadas en esta Ciudad el 21 de Septiembre anterior por la Subcomisión Mixta hispanoamericana de Asuntos Jurídicos y Consulares durante su III Reunión, y que fueron debidamente aprobadas por la Comisión Mixta Intergubernamental México- España en su IV Reunión celebrada igualmente en Madrid del 30 de Noviembre anterior a esa fecha, para proponer a Vuestra Excelencia, en relación con el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal, celebrado ante vuestros dos países en la Ciudad de México el 21 de Noviembre de 1978, lo siguiente:

1. Que en aplicación del párrafo 2 del artículo 19 del referido Tratado, quede entendido:

- a) La solicitud de detención preventiva, en el caso de los Estados Unidos Mexicanos, será tanto cursada como recibida, en tanto que autoridad competente, exclusivamente por la Secretaría de Relaciones Exteriores;
- b) En el caso de España, la solicitud podrá ser tanto cursada como recibida, por el Ministerio de Asuntos Exteriores, el Ministerio de Justicia, la autoridad judicial competente y la Interpol, Agencia Española, y
- c) Las partes admiten, para transmitirse las solicitudes de detención preventiva, cualquier medio de comunicación que deje constancia escrita, tanto por postal como telegráfico, incluyendo el uso del télex.

2. Que en aplicación del Artículo 37 del mencionado Tratado, quede acordado por los Gobiernos que, las Partes se informarán, mutuamente, por vía diplomática, de las autoridades de una de ellas hayan dictado contra nacionales de la otra. Cada una de las

Partes establecerá un mecanismo efectivo, entre sus propias autoridades competentes, para poder proporcionar esa información.

3. Que en Aplicación del Artículo 40 del mismo Tratado, quede entendido que las autoridades habilitadas para enviar y recibir comunicaciones relativas a la asistencia en materia penal son:

- a) En el caso de los Estados (Unidos Mexicanos, la Secretaría de Relaciones Exteriores;
- b) En el caso de España, el Ministerio de Asuntos Exteriores.

Si lo anterior es aceptable para el Gobierno de Vuestra Excelencia el testimonio de mi más alta consideración.

Bernardo Sepúlveda Amor

(Rúbrica)

Secretario de Relaciones Exteriores

de los Estados Unidos Mexicanos.

NOTA: El Gobierno de España aceptó esta propuesta por nota fechada en Madrid, el 1º de diciembre de 1984.

7. ESTUDIO Y CRÍTICA DEL PROTOCOLO MODIFICATORIO AL TRATADO DE EXTRADICIÓN MÉXICO-ESPAÑA

Firmado en la Ciudad de México, el 26 de junio de 1995, aprobado por el H. Senado de la República el 31 de octubre de 1995, según decreto publicado en el Diario Oficial el 20 de diciembre de 1995, el cual señala:

“DECRETO por el que se aprueba el Protocolo por el que se Modifica el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, de 21 de noviembre de 1978.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

ERNESTO ZEDILLO PONCE DE LEÓN, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que el H. Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente:

DECRETO

“LA CÁMARA DE SENADORES DEL HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN, EN EJERCICIO DE LA FACULTAD QUE LE CONCEDE EL ARTÍCULO 76 FRACCIÓN I DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DECRETA:

ARTÍCULO ÚNICO.- Se aprueba el PROTOCOLO POR EL QUE SE MODIFICA EL TRATADO DE EXTRADICIÓN Y ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EL REINO DE ESPAÑA, DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1978, suscrito en la ciudad de México, el veintitrés de junio de mil novecientos noventa y cinco.

México, D. F., 31 de octubre de 1995 Sen. Eugenio Ruíz Orozco. Presidente.- Sen. Manuel Mendellín Milán, Secretario.- Sen. Ricardo González Cruz, Secretario.- Rúbricas.”

En cumplimiento a lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su debida publicación y observancia, expido el presente decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, a los catorce días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y cinco. Ernesto Zedillo Ponce de León.- Rúbrica.- El Secretario de Gobernación, Emilio Chuayffet Chemor.- Rúbrica.”¹⁴³

Dicho Protocolo entró en vigor el 1 de septiembre de 1996, siendo publicado en el Diario Oficial el 19 de marzo de 1997.

7.1. PROTOCOLO POR EL QUE SE MODIFICA EL TRATADO DE EXTRADICIÓN Y ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 1978.

Este Protocolo modifica al Tratado en sus artículos 4 numeral 1, 6 numerales 1 y 2, 15 inciso b) y 21 (referido a actos de terrorismos, atentados contra aeronaves y contra la seguridad de aeropuertos y plataformas, y delitos fiscales). Consta de cinco artículos que a continuación transcribimos:

“Los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España

CONSCIENTES de los estrechos vínculos existentes entre ambas Partes, que se han traducido en diversos instrumentos de cooperación jurídica;

¹⁴³ GOBERNACIÓN, Secretaría de. Diario Oficial de la Federación. 21 de diciembre de 1995. Pág. 1.

DESEANDO perfeccionar dichos instrumentos a la luz de la experiencia adquirida en su aplicación y de las nuevas realidades de la comunidad internacional;

Han decidido conducir un Protocolo por el que modifican ciertas disposiciones del tratado de Extradición y Asistencia Mutua en materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, suscrito el 21 de noviembre de 1978 (en adelante denominado "el Tratado"), en los siguientes términos;

Artículo 1. Delitos Políticos

El artículo 4, apartado 1 del Tratado, tendrá la redacción siguiente: "No se concederá la extradición por delitos considerados como políticos o conexos con delitos de esta naturaleza. La sola alegación de un fin o motivo político en la comisión de un delito no le calificará por sí mismo como

Artículo 2. Delitos Fiscales

El artículo 6 del Tratado tendrá la siguiente redacción: "1. En materia de tasas e impuestos, de aduanas y de cambio, la extradición se concederá con arreglo a las disposiciones del Tratado, por los hechos que si correspondan, según las legislación de la Parte requerida, con un delito de la misma naturaleza.

2. La extradición no podrá someterse por el motivo de que la legislación de la Parte requerida no imponga el mismo tipo de impuestos o no contengan el mismo tipo de reglamentación en materia del impuestos o tasas, de aduana y de cambio, que la legislación de la Parte requirente."

Artículo 3. Documentación

El artículo 15 inciso b) del Tratado quedará modificado suprimiendo la siguiente frase:

“y de la que se desprenda la existencia del delito y los indicios racionales de su comisión por el reclamo”.

El artículo 15 inciso d) se modifica para leer:

“un delito de carácter político. A los efectos de este Tratado, en ningún caso se considerarán delitos políticos:

- a) el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de Gobierno o de un miembro de su familia.
- b) los delitos comprendidos en tratados multilaterales que impongan a las Partes, en caso de no conceder la extradición, someter el asunto a sus propias autoridades judiciales. Entre otras, las infracciones comprendidas en el ámbito de aplicación de los siguientes tratados
 - Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, firmado en la Haya, el 16 de diciembre de 1970.
 - Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, firmado en Montreal, el 23 de septiembre de 1971.
 - Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que presten Servicios a la Aviación Civil Internacional, hecho en Montreal, el 24 de febrero de 1988.

- Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, hecho en Roma, en 10 de marzo de 1988.

c) los actos de terrorismo.”

“d) En la medida en que sea posible y de conformidad con la legislación del Estado requirente, datos que permiten establecer la identidad, la nacionalidad y localización del individuo reclamado”

Artículo 4. Entrega del Reclamado

El artículo 21, apartado 3 del Tratado se adiciona para leer;

“3. Si se concede la extradición, las Partes se pondrán de acuerdo para realizar la entrega del reclamado, que deberá llevarse a efecto dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que la Parte requirente haya recibido la comunicación a que se refiere el apartado 1.”

“En caso de aceptarse, el Estado será informado sobre el lugar y fecha de entrega, así como de la duración de la detención de que haya sido objeto la persona requerida a fin de extraditarla.”

“En caso de que la entrega o recepción de la persona a extraditar no sea posible por causa de fuerza mayor, el Estado afectado lo informará al otro Estado; ambos Estados se pondrán de acuerdo sobre una nueva fecha para la entrega.”

Artículo 5. Disposiciones Finales

1. El presente Protocolo está sujeto a ratificación. El canje de los instrumentos de ratificación tendrá lugar en Madrid a la brevedad posible.

2. El presente Protocolo entrará en vigor el primer día del segundo mes siguiente a aquél en que tenga lugar el canje de los instrumentos de ratificación y seguirá en vigor mientras no sea denunciado por una de las Partes, cesando sus efectos seis meses después del día de la recepción de la denuncia.

3. En tanto entre en vigor el presente Protocolo se seguirá aplicando el Tratado en sus términos originales.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman el presente Protocolo, en la Ciudad de México, a los veintitrés días del mes de junio del año de mil novecientos noventa y cinco, en dos ejemplares originales, siendo ambos textos igualmente auténticos.

POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

POR EL REINO DE ESPAÑA

Rafael Estrada Sámano

Juan Pablo de Laiglesia y

Subprocurador Jurídico de la

González de Peredo

Procuraduría General de la República

Embajador ¹⁴⁴

¹⁴⁴ SENADO DE LA REPÚBLICA. Tratados Celebrados por México. México. Secretaría de Relaciones Exteriores. Tomo LII. 1995. 257-262 pp.

7.2. ALCANCES DEL PROTOCOLO

Al respecto la Secretaría de Relaciones Exteriores, emite un COMUNICADO fechado en Tlatelolco, D.F., 16 de julio de 1996, con número B-229. En el cual se menciona:

“La Secretaría de Relaciones Exteriores informa que los días 15 y 16 de julio se reunió en las instalaciones de la Cancillería una Delegación de Expertos de los Ministerios de Relaciones Exteriores y Justicia del Gobierno de España, con sus contrapartes mexicanas, con el fin de mantener conversaciones en torno a los alcances del Protocolo Modificatorio del Tratado de Extradición vigente entre los dos países, que fué firmado en México el 23 de junio de 1995.

Durante las conversaciones se puso de manifiesto el propósito de ambos gobiernos de fortalecer su cooperación en contra de la impunidad y, en particular, a combatir el fenómeno del terrorismo. Así mismo. Ambas delegaciones expresaron su voluntad política de estrechar aún más los lazos de amistad entre México y España, a partir de la excelencia del dialogo político, amplio, fluido y respetuoso, que existe entre ambos gobiernos.

Las conversaciones en las que prevaleció siempre un clima de entendimiento, permitieron avances significativos en los trabajos tendientes a precisar una interpretación común del ámbito de aplicación del citado Protocolo Modificatorio del Tratado de Extradición en vigor entre México y España.”

La Secretaría de Relaciones Exteriores emite otro COMUNICADO fechado en Tlatelolco, D.F., 18 de julio de 1996, con número B-232, mencionando el resultado de las reuniones de las Cancillerías de ambas naciones:

“La Secretaría de Relaciones Exteriores informa que, como resultado de la reciente reunión de la delegación de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia del Gobierno de España con sus

contrapartes mexicanas, se emitió la siguiente declaración conjunta relativa al Protocolo Modificadorio al Tratado de Extradición vigente entre México y España:

(SE ANEXA LA DECLARACIÓN CONJUNTA HISPANO-MEXICANA ACERCA DEL PROTOCOLO MODIFICATORIO DEL TRATADO DE EXTRADICIÓN Y ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 1978)

DECLARACIÓN CONJUNTA HISPANO-MEXICANA ACERCA DEL PROTOCOLO MODIFICATIVO DEL TRATADO DE EXTRADICIÓN Y ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 1978.

A fin de que pueda entrar en vigor lo antes posible, una vez que se hayan intercambiado los instrumentos de Ratificación, los Gobiernos de España y México, acordaron lo siguiente:

1.- **Expresar su condena más rotunda del terrorismo en todas sus formas y manifestaciones cualesquiera que sean sus autores y motivaciones. El terrorismo constituye una violación sistemática y deliberada de los derechos de los individuos y un asalto a la democracia. Los actos terroristas son delitos comunes graves, y como tales deben ser juzgados por tribunales nacionales de conformidad con la legislación interna y las garantías que ofrece el Estado de derecho.**

- **En este sentido, tanto España como México reafirman su compromiso de proseguir sus esfuerzos para evitar que cualquiera de sus territorios pueda ser utilizado para instalaciones de terroristas o campos de entrenamiento, o para la preparación u organización de actos terroristas que pretendan ser cometidos en el territorio de la otra parte o contra sus ciudadanos.**

2.- Reiterar su voluntad de cooperar para combatir toda forma de delincuencia organizada y la impunidad de cualquier delincuente, incluyendo aquellos a quienes se impute la comisión de delitos fiscales.

3.- Ambos países reafirman la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 43, párrafo 4 del Tratado de Extradición, de conformidad con lo dispuesto en los marcos constitucionales respectivos y, en particular, de acuerdo con las disposiciones vigentes en ambos países relativas a la aplicación retroactiva de la ley.

- En ese entendido, el Protocolo de Modificación no resultará aplicable a los procedimientos de extradición que hayan sido resueltos con anterioridad a su entrada en vigor.

- En todo caso, se aplicará sin perjuicio de la facultad de cada Estado para decidir sobre la condición jurídica de los extranjeros, de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales.

18 de julio de 1996.

Como parte del mismo COMUNICADO, se anexan las siguientes consideraciones respecto al punto 3 señalado en la hoja que nos antecede, referente a la retroactividad .

***ASUNTO: RETROACTIVIDAD DEL PROTOCOLO MODIFICATORIO AL TRATADO DE EXTRADICIÓN MÉXICO-ESPAÑA.**

CONSIDERACIONES:En materia de retroactividad la regla fundamental se establece en el artículo 14 de la Constitución vigente, que dice "a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna", de lo cual se desprende que las normas podrán ser aplicadas retroactivamente, salvo que se infiera un perjuicio a alguna persona. En este sentido, se ha establecido jurisprudencia (cfr. Jurisprudencia Mexicana 1917-1971, T. II, Administrativo, Cárdenas Editor, 1990, pp. 1011 y 1012 y Apéndice de Jurisprudencia 1917 a 1965 del

Semanario Judicial de la Federación. Jurisprudencia Común al Pleno y a las Salas Núm. 163 p. 302.)

A este respecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha adoptado el criterio de la doctrina clásica de la irretroactividad sobre los derechos adquiridos (cfr. Semanario Judicial de la Federación VI Época, Volumen cccxvi, Primera Parte, Octubre de 1988, Pleno, p. 80. También ver Jurisprudencia Mexicana 1917-1971 T. V. Pleno 1985, Cárdenas Editor, pp. 629 y 630. También Burgoa Ignacio. Garantías Individuales. Porrúa, p. 507).

Para determinar si la aplicación retroactiva del tratado de extradición se encuentra prohibido por la Constitución Política, es necesario esclarecer si puede existir algún derecho adquirido para el reclamado; y si se genera un perjuicio a los particulares con la aplicación del Protocolo.

En este punto, podemos afirmar que las normas de un tratado de extradición no se caracterizan por ser de tipo sancionador, sino por ser eminentemente procesales, las cuales permiten solicitar la entrega de una persona que es reclamada para ser llevada a juicio o para cumplir una condena. En el procedimiento de extradición no se prejuzga sobre la culpabilidad de la persona, sino que la autoridad, simplemente se limita a comprobar si el Estado solicitante ha cumplido con los requisitos simplemente se limita a comprobar si el Estado solicitante ha cumplido con los requisitos exigidos por el Tratado para solicitar la entrega de una persona para llevarla a juicio o para el cumplimiento de una sentencia.

El momento en que la autoridad requerida niega la extradición por algunas de las causas de negación de extradición, es justo el momento en el que el derecho del reclamado se actualiza y podemos estar frente a un derecho adquirido para el particular, por lo que sólo en este supuesto, el Protocolo no podrá aplicarse de manera retroactiva.

El único otro supuesto, en el que puede existir un derecho adquirido para el particular, es si se le hubiera reconocido el "status" de asilado político.

Por estas razones se consideró válida la fórmula de vigencia prevista en el artículo 43 del Tratado que establece que las extradiciones solicitadas después de la entrada en vigor del Tratado se registrarán por el mismo, no así, las solicitadas con anterioridad o las que se encontraran en trámite. De no seguirse esta regla, se generaría un espacio de impunidad muy peligroso, que daría por resultado la no extradición de los reclamados cada vez que se modificara un Tratado, lo cual no solo afectaría las solicitudes a presentar por las autoridades españolas, sino también las solicitudes de las autoridades mexicanas.

Cabe mencionar que en el Semanario Judicial de la Federación, a la fecha, no existen precedentes en los que un particular hubiere argumentado la inconstitucionalidad por la aplicación retroactiva de un tratado de extradición.

CONCLUSIÓN: El Protocolo no podrá aplicarse retroactivamente en caso de que la solicitud se refiera a un reclamado, en contra del cual ya se hubiera presentado una solicitud de extradición y ésta se hubiere negado por encontrarse en los supuestos del artículo 4 del Tratado o contra una persona que previamente a la entrada en vigor del Protocolo tuviera reconocida la condición de asilado político. En este caso, se considera que la extradición no podrá concederse porque en este supuesto las expectativas de derecho, se habrían individualizado, encontrándonos en la presencia de un derecho adquirido, de conformidad con la teoría clásica de la irretroactividad.

Sin embargo, a *contrario sensu* se concluye también que, el Protocolo Modificatorio al Tratado de Extradición podrá aplicarse retroactivamente a cualquier delito cometido con anterioridad a la entrada en vigor del Protocolo, de conformidad a la regla establecida en los puntos 4 y 5 del artículo 43 del Tratado, cuando no exista una situación previa de derechos adquiridos, es decir que no haya un pronunciamiento previo del Estado mexicano respecto del reclamado.

Esta opinión responde al acatamiento de los principios constitucionales y a la interpretación obligatoria realizada por la Suprema Corte en materia de retroactividad."

7.3. CRÍTICA AL PROTOCOLO

La crítica, se basa fundamentalmente en dos grandes aspectos referidos por los Comunicados citados, y son: el terrorismo y la retroactividad.

1. **TERRORISMO.** El Comunicado de fecha 16 de julio de 1996, señala que el principal motivo de la reunión entre los representantes de los gobiernos mexicano y español fué establecer el alcance jurídico del Protocolo que modifica al Tratado de Extradición, firmado el 23 de junio de 1995. En dichas reuniones se estableció la disposición de ambos países para cooperar en el combate al terrorismo, siendo medio para lograr tal fin la extradición cuyo **principal objetivo es la necesidad social de devolver al delinciente al país en el cual cometió dicho acto, para su castigo, y de esta forma evitar la impunidad, previo proceso de extradición.**

El terrorismo es definido por el Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal, en el artículo 139:

"Artículo 139.- Se impondrá pena de prisión de dos a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación, o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad para que tome una determinación.

Se aplicará pena de uno a nueve años de prisión y multa de diez mil pesos, al que teniendo conocimiento de las actividades de un terrorista y de su identidad, no lo haga saber a las autoridades.”

El bien jurídico tutelado, es la seguridad pública, la cual se ve amenazada por la realización de actos que importan peligro para las personas, las cosas o los servicios públicos. El peligro se define como “la posibilidad de que ocurra un hecho dañoso”¹⁴⁵ Por lo tanto el terrorismo es un delito peligroso atendiendo a los bienes jurídicos a los que afecta, y es considerado también un delito de lesión en cuanto que vulnera al bien jurídico de la seguridad pública.

Se ha llegado a confundir a la guerrilla con el fenómeno del terrorismo, pero los dos son conceptos completamente distintos, puesto que la guerrilla tiene siempre un componente ideológico. Mientras que el terrorismo carece de tal contenido ideológico, “los terroristas precipitan el vivir. Aspiran en poco tiempo a gustar de la vida; para lograrlo necesitan fatalmente, vivir la muerte: que es lo que hacen. Aquí se les presenta el trágico conflicto pues pretenden que su deseo, intensísimo en ellos, sea compartido por los demás y al no serlo, lo quieren imponer por la violencia como castigo a los que no participan de su sensación intuitiva y antirracional.”¹⁴⁶

El terrorismo afecta tanto a la Comunidad Internacional (terrorismo internacional), así como a los Estados en particular. Los países usan como mecanismo para el control y combate de este crimen a los Tratados internacionales de extradición, como es el caso del tratado celebrado con España y su protocolo. Lo cual no estamos cuestionando, sino por el

¹⁴⁵ Cita por Travieso, Juan A. Derechos Humanos y Derecho Internacional. Buenos Aires. Heliasta. 1990. p. 231.

¹⁴⁶ Id.

contrario creemos que la Comunidad Internacional, ya sea por una Convención Mundial o por bloques regionales, además de los tratados entre Estados, deben incrementar la lucha en contra de este tipo de actos criminales, por medio de normas jurídicas que contemplen su prevención y sanción.

Precisamente la intención de México y de España ha quedado establecida en el Comunicado de fecha 18 de julio de 1996, en el cual ambos países manifiestan una condena al terrorismo, en cualquiera de sus formas, y consideran que tal acto es una violación a las garantías individuales y a la democracia. Además se reafirma la intención de ambos pactantes para evitar que cualquiera de sus territorios sirva para instalaciones terroristas y campos de entrenamiento.

En abril de 1997, se realizó la tercer visita de Estado de los Reyes de España a nuestro país, acompañados por funcionarios del gobierno de aquél país, entre las actividades que debían realizar en México, era la de reforzar los lazos de amistad y cooperación existentes entre ambos países, así como reiterar la cooperación y lucha contra el Terrorismo. Para lo cual se reunieron las Comisiones para los Asuntos Exteriores de ambos países y de acuerdo a lo publicado en el periódico REFORMA el jueves 3 de abril de 1997, se previó revisar el Tratado de Extradición.

“Prevén revisar tratado. Por Miguel Pérez. AL INICIAR LA CUARTA REUNIÓN binacional México-España, funcionarios de ambos gobiernos revisarán entre otros asuntos, el tratado de extradición entre ambas naciones.....

El embajador de España en México, Juan Ignacio López de Chicheri, aseguró que no hay dificultades en el tratado “pues ya ha sido revisado por las autoridades judiciales españolas.”

"No hay ninguna diferencia de interpretación", aseguró.....

Sin embargo, el subsecretario de Relaciones Exteriores, Javier Treviño, aseguró que la reunión plenaria que tendrá verificativo este día, los responsables de cada área de la Comisión Nacional darán un informe al respecto.

"Definitivamente se va a analizar cuáles son los términos y cómo está operando ese tratado de extradición México- España", informó." ¹⁴⁷

En el periódico REFORMA del 4 de abril de 1997, aparece una nota acerca de que México y España acordaron agilizar las extradiciones. .

"Acuerdan México y España agilizar las extradiciones. Por María Elena Medina. EN EL CONTEXTO DE LA CUARTA REUNIÓN DE LA Comisión Binacional México- España, los gobiernos de ambos países acordaron agilizar los procesos de extradición bilaterales, y hacer que las extradiciones solicitadas por ambas partes sean otorgadas.....

El gobierno español estaría buscando la entrega de vascos refugiados en México, presuntamente vinculados con la organización separatista terrorista ETA (Euskadi Ta Askatasuna).....

Así mismo, en España se encuentran encarcelados y con petición de extradición el ex director jurídico de Banco Unión y Banca Cremi, Ricardo Armas Arroyo, y el ex presidente de Banpaís, Angel Rodríguez Sáez, "El Divino". También se ha considerado que el empresario Carlos Cabal Peniche, prófugo de la justicia, pudiera estar en territorio español.....

¹⁴⁷ Pérez. Miguel. Preven revisar tratado. Diario REFORMA. Año 4. Núm. 1212. Sección A. México. 3 de abril de 1997. p. 12A

Sin embargo, el subsecretario de Asuntos Bilaterales de la SRE, Juan Rebolledo Gout, quien encabezó la delegación mexicana, aclaró que el acuerdo no está dirigido a nadie en particular, sino que se busca que todas las extradiciones funcionen.....

“Nos hemos unido contra el terrorismo y contra el narcotráfico y esperamos pronto contar con un acuerdo amplio, integral, para combatir el tráfico de drogas que tanto daño puede causar a nuestras sociedades”, afirmó el subsecretario Rebolledo.....

Las delegaciones de ambos países estudiarán también las medidas necesarias para evitar la utilización fraudulenta de la doble nacionalidad para impedir una extradición.....

El secretario español Villalonga explicó que su delegación propuso a la parte mexicana que esto se evite mediante la suspensión de la adquisición de la doble nacionalidad, o algo más novedoso, que permita la extradición de nacionales en caso de que se haya adquirido de manera fraudulenta la doble nacionalidad.”¹⁴⁸

El 22 de julio aparecen publicados en varios periódicos nacionales e internacionales entre ellos el ABC de España, la sospecha de que en nuestro país se encontraban “etarras”, se dieron nombres y direcciones de 39 posibles sospechosos, además se le pedía a España por medio una Asociación de Víctimas del Terrorismo solicitara la extradición a México de 35 de ellos:

“Acusan de nula colaboración a las autoridades. Emprende la Asociación Víctimas del Terrorismo campaña para castigar crímenes. Publicado por Ana Anbitarte y José Luis Ruiz. MADRID, 21 de

¹⁴⁸ Medina, María Elena. Acuerdan México y España agilizar las extradiciones. Diario REFORMA. Año 4. Núm. 1213. Sección A. México. 4 de abril de 1997. p. 6A

julio.- La Asociación Víctimas del Terrorismo (AVT) presentó 58 querellas en la Audiencia Nacional de Madrid, en las que solicita a México la extradición de 35 miembros de la organización terrorista ETA.....

En las querellas presentadas se especifican el nombre de los presuntos miembros de la banda armada, sus domicilios, estados civiles, lugares de trabajo y las causas que tienen pendientes con la justicia española.....

Según Juan Antonio Corredor, director gerente de la asociación, "con esta petición, la AVT pretende que las extradiciones no se paralicen por cuestiones políticas o diplomáticas, ni que las personas acusadas de delitos de terrorismo en España.".....

Según Corredor, en México viven unos 200 miembros de la banda armada de los cuales 75 tienen causas pendientes con la justicia española. "Hay una falta de voluntad por parte de la autoridad mexicana porque no entendemos cómo no ha contestado a ninguna de las solicitudes presentadas.", aseguró.....

Por otra parte, se conoció que el gobierno de España envió a las autoridades mexicanas tres nuevas órdenes de captura internacional de presuntos miembros de la ETA, quienes podrán estar ocultos en el país, y sobre esto, la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) confirmó, que en efecto, en México son buscados estos ciudadanos españoles, en cumplimiento a esa solicitud."¹⁴⁹

En el mismo periódico de El UNIVERSAL se publicó otro artículo referente a la ubicación en nuestro país de ex miembros de la ETA, calificando a México como santuario para los etarras.

¹⁴⁹ Anbitarte, Ana y Ruiz, José Luis. Acusan de nula colaboración a las autoridades. Diario EL UNIVERSAL. Año LXXXI. Tomo CCCXXII. Primera Sección. México. 22 de julio de 1997. p. 20.

“Ubicaron a 39 de sus ex miembros; podrían ser 130. Identifica ABC al país como “santuario”. No hay disculpa para no detenerlos. MADRID, 21 de julio .- En la República Mexicana radican por lo menos 130 miembros del grupo terrorista ETA, 75 de los cuales son reclamados ya por las autoridades españolas, afirma hoy un extenso material publicado por el diario ABC, en el que se detallan pormenores de la identidad, domicilios y antecedentes del trabajo desarrollado por 39 de ellos, como parte de la organización vasca.....

El rotativo dedicó cinco planas a la enumeración de los nombres y generales de 39 etarras, varios de cuyos domicilios fueron visitados por EL UNIVERSAL tanto en la Ciudad de México, como en Querétaro y la Ciudad de Toluca, en el Estado de México. Por lo menos dos en la capital del país resultaron ser un estacionamiento y una rosticería, y en Toluca, la dirección atribuida a Jesús María Bravo Maestro Juan, alias “Txetxu” y “Catalán” (avenida Independencia 1, edificio Fidel Velázquez), no existe.....

Angel María Tellería Uriarte, alias “Kordo”, uno de cuyos domicilios fue ubicado en Pino Suárez 511, zona centro de la Ciudad de León, nunca pudo vivir ahí porque se trata de un centro cultural y bar llamado, “La Buhardilla”. Hace cuatro años fue casa de asistencia para ancianos.....

En Querétaro, varios de los nombres mencionados corresponden a figuras públicas, como empresarios, que podrían dar a conocer su posición respecto de este involucramiento en las próximas horas. “Se trata de una estrategia de la embajada española para presionar a México pero varios de los que se incluyen en esa lista nada tienen que ver”, dijo uno de ellos que pidió conservar el anonimato.

El editorial que publica el diario ABC hace especial énfasis en la posición que debería asumir el gobierno mexicano para conceder la extradición a los sublevados.

“No es necesario insistir en que la colaboración es vital para acabar con el terrorismo. El gobierno mexicano ha dado ya los primeros pasos en esta justa dirección pero no basta. Es preciso continuar. Lo exige el clamor indignado de los españoles que no sólo apoyan a su gobierno en esta lucha sino que reclama su actuación en ese sentido ante las autoridades mexicanas.”¹⁵⁰

Al respecto, consideramos que nuestro país siempre ha estado en la mejor disposición de cooperar y luchar en contra del terrorismo y de cualquier otro acto que ponga en peligro la seguridad de la población, a nivel nacional e internacional, tal y como se ha mencionado ya tantas veces en el presente trabajo. La disposición que un país pueda tener para celebrar tratados de cooperación internacionales con el fin de extraditar delincuentes del orden común, que se encuentren en nuestro país, no quiere decir que deba ceder ante las exigencias de otros Estados, en el caso particular de España, si se está vulnerando la soberanía del país, trasgrediendo un precepto de seguridad jurídica contenida en el artículo 14 constitucional respecto a la retroactividad de la ley. Además de ir en contra de lo también establecido por el artículo 15 Constitucional, por ser el Protocolo una Ley que contradice los derechos fundamentales del hombre establecidos por la Ley Fundamental.

2. **RETROACTIVIDAD DEL PROTOCOLO.** La retroactividad del Protocolo, de acuerdo con el Comunicado, se basa en las siguientes consideraciones:

A) “*En materia de retroactividad la regla fundamental se establece en el artículo 14 de la Constitución*”. La Constitución establece que: A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en

¹⁵⁰ Id. Con la información de Hidalgo Claudia, Alvarez Xochitl y del Toro, Luis. Ubicaron a 39 de sus ex miembros, podrían ser
130.

perjuicio de persona alguna, marcándose de la interpretación al contrario sensu, si es en beneficio de la persona si puede ser aplicada la ley. De acuerdo a este precepto fundamental, El Tratado de Extradición y su Protocolo, los cuales son leyes, puesto que fueron firmados por el Ejecutivo y ratificados por el Senado, de acuerdo al artículo 133, pasan a ser parte de nuestro ordenamiento jurídico, con el carácter de ley federal. Por lo tanto el Tratado y su Protocolo como una ley vigente "no se puede aplicar en forma retroactiva en perjuicio de ninguna persona, pero al contrario sensu, si puede aplicarse en forma retroactiva si es un su beneficio.

B) *El Comunicado trata de fundar la posible aplicación retroactiva del Protocolo en base al criterio de la doctrina clásica de la irretroactividad, en cuanto a que viole los derechos adquiridos.* La teoría clásica de los derechos adquiridos respecto a la retroactividad, es una teoría subjetivista, pues como lo señala Juventino V. Castro, "En el criterio subjetivo, se toma en cuenta los efectos de la ley nueva sobre las personas, en relación con sus derechos."¹⁵¹ Lo que no ocurre en el criterio objetivo que sólo considera los hechos que va a regir la nueva ley y a sus efectos, criterios estos sostenidos en el Derecho Romano.

El criterio subjetivo en las teorías modernas las encontramos después de la Revolución Francesa, en cuya época se elevó a rango constitucional, el principio de no retroactividad de la ley. Dichas teorías manejan dos nociones: la de los derechos adquiridos o la de las simples expectativas. Sus principales exponentes son: Blondeau, Merlin, Ricci, Savigny y Bonnacase, "...quienes sostienen que las leyes tienen una aplicación retroactiva cuando vuelven sobre el pasado en perjuicio de las personas afectadas por dicha aplicación...en esencia, una ley nueva no puede afectar los derechos adquiridos bajo la vigencia de la antigua ley, no así las

¹⁵¹ Castro, Juventino V... Ob. Cit. p. 239.

expectativas, salvo cuando éstas puedan considerarse como derechos que han entrado al dominio de una persona, aún cuando no se haya cumplido la condición que integra totalmente el derecho subjetivo.”¹⁵²

Autores que manejan el criterio objetivo son Planiol, Vareilles Sommieres, Coviello y Roubier, quienes examinan a los actos jurídicos y sus efectos, y distinguen tres principios referentes a la aplicación de las leyes, que de acuerdo a sus postulados se han confundido: el principio de la aplicación de la no retroactividad, el del efecto inmediato en la vigencia de las leyes, y el de la supervivencia de la ley antigua para regir los actos celebrados cuando la propia ley se encontraba en vigor.

Roubier, de acuerdo a lo señalado por Juventivo V. Castro, es el mejor exponente de la doctrina objetiva moderna, el dice que la ley nueva no podrá tocar situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas, y sí a las que se encuentren en curso de constitución o extinción. “Considera que las leyes nuevas sí pueden aplicarse retroactivamente, cuando sean interpretativas-porque obran a la manera de un cambio de jurisprudencia-, así como las relativas a las pruebas.”¹⁵³

Lo difícil de este planteamiento es resolver la situación en la que los actos jurídicos constituidos bajo la vigencia de una ley, van a seguir produciendo sus efectos futuros bajo los términos de una ley nueva. Por regla general, los actos jurídicos realizados con la vigencia de una ley, van a ser regidos por dicha ley vigente en la celebración del acto o contrato, ya que aquí se aplica el principio de la supervivencia de la ley antigua, estableciendo tan sólo

¹⁵² Id.

¹⁵³ Ibid. p. 240.

excepciones en materia de contratos, cuando la ley nueva modifique esencialmente a éstos, limitándolos, en cuyo caso la nueva ley debe tener efectos inmediatos de aplicación.

Como se puede observar, la doctrina de los derechos adquiridos, tanto subjetiva como objetiva, se refiere exclusivamente de derecho civil, específicamente a la materia contractual. Podemos decir que no opera esta doctrina para el caso de la materia penal. Por lo que se puede dar la aplicación retroactiva pues no existen derechos adquiridos.

En la explicación de los alcances para la aplicación del Protocolo se hace referencia a lo establecido en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ha aceptado íntegramente la teoría de los derechos adquiridos, por cuya razón dice que para que una ley sea retroactiva se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de las leyes anteriores.

Pero si tomamos en cuenta que la materia de derechos adquiridos opera en materia civil, por ejemplo en la materia contractual, en la realización de actos jurídicos, que atañen exclusivamente a las obligaciones civiles que pueda adquirir, el reclamado por España, estas obligaciones no trascienden al área penal, y mucho menos a la procesal.

Se establecen como derechos adquiridos por la persona el pronunciamiento que el Estado haga en cuanto a la condición migratoria de la persona en nuestro país, tales como: que el reclamado sea un asilado político, se le haya otorgado la nacionalidad mexicana por medio de extradición, ya se haya promovido la extradición anteriormente y no se concedió, y con una nueva solicitud se pretenda extraditar de nuevo por las mismas causas penales, que se trate de un delito militar. Lo cual nos llevaría a hablar de derechos adquiridos,

circunstancias tales que se encuentran establecidas internacionalmente, como casos en los cuales no se podrá tramitar la extradición.

En el supuesto caso de que se este en presencia de un derecho adquirido, es decir, que el Estado haya hecho un pronunciamiento en favor del reclamado, y por este pronunciamiento no se pueda aplicar el protocolo retroactivamente, no podemos aceptar, que si no se está en una situación de derecho adquirido si pueda aplicarse el Protocolo retroactivamente. Puesto que contradice a la Constitución en el artículo 14, siendo este un precepto que contiene una garantía de seguridad jurídica, otorgada a toda persona que por encontrarse en nuestro país puede acogerse a su tutela, de acuerdo a la garantía de igualdad contenida en el artículo 1º constitucional.

Sabemos que las normas de un tratado de extradición no son sancionadoras, sino procesales, y las cuales permiten solicitar la entrega de una persona que es reclamada para ser llevada a juicio o para cumplir una condena, y las cuales no van a juzgar sobre su culpabilidad, sino simplemente se comprobaran los requisitos establecidos para la procedencia de la extradición; estas normas procesales de extradición no deben contravenir a las disposiciones constitucionales, porque estarían viciadas de inconstitucionalidad, de acuerdo al artículo 15.

En materia penal, la prohibición de la retroactividad es consecuencia del principio de legalidad *nullum crimen sine lege praevia*, es decir, no existe el delito si no hay ley, trasladando lo anterior, a la irretroactividad de la ley, "...significa que una acción que era impune en el momento de su comisión, no puede ser considerada posteriormente punible y que igualmente está prohibida una agravación de la pena ya existente que opere del mismo

modo."¹⁵⁴ En esta materia opera el principio *indubio pro reo*, es decir, se debe aplicar la ley más favorable para el reo, y si es así puede darse la retroactividad.

C) *En cuanto a la Jurisprudencia relativa a la retroactividad citada por el Comunicado.*

Como sabemos la jurisprudencia es la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza a los preceptos establecidos por la Constitución. La Suprema Corte es el órgano facultado para ello por la propia Constitución para realizar esta función dándole el carácter de obligatoria a la aplicación de los criterios reiterados contenidos en las decisiones de determinados tribunales, estableciendo la llamada jurisprudencia obligatoria. Existen dos tipos de jurisprudencia en nuestro país y son: la obligatoria y la no obligatoria.

1.- **Jurisprudencia no obligatoria:** Al respecto existe la tendencia de que los Tribunales de mayor jerarquía emitan criterios respecto de la aplicación de una ley, con lo cual los Tribunales de menor jerarquía se ven influenciados por esta tendencia. Se mencionan factores que determinan lo mencionado:

"a) Los tribunales de superior jerarquía o de último grado generalmente están integrados por los jueces mejor calificados, con mayor experiencia, que gozan de cierto prestigio y reconocidas cualidades que los distinguen;

b) Estos jueces encabezan un gran número de colegas que por lo regular desean que sus fallos no sean revocados por sus superiores jerárquicos, con el fin de procurar las condiciones que les permitan ascender en el organigrama judicial, y

c) El número de jueces que integran los tribunales superiores o de último grado permite considerar que los criterios por ellos sustentados tienen como base análisis exhaustivos,

¹⁵⁴ Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de Derecho Penal*, parte general. Traducción por S. Mir Puig y F. Muñoz. Vol. 1. Tercera edición. Barcelona. Bosch. 1978. p. 185.

seriamente discutidos y razonados acerca de la cuestión planteada, por lo cual deben tomarse como pautas a seguir por el resto de los juzgadores al resolver casos similares.”¹⁵⁵

Para que la interpretación tenga efectos generales, se requiere: “que vinculen los criterios reiterados, precisamente en cinco ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, provenientes de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito; y sólo excepcionalmente vincula una sola decisión, estos casos se reducen a las decisiones que resuelvan la contradicción de tesis entre Salas de la Suprema Corte y entre los Tribunales de Circuito, y recientemente también tratándose de las sentencias pronunciadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia en los juicios de controversias constitucionales y decisiones de inconstitucionalidad.”¹⁵⁶ De tal forma que la jurisprudencia tiene un carácter unificador lo cual marca una vinculación de en cuanto a lo que debe entenderse por los preceptos constitucionales, y no lo que pueda determinar arbitrariamente un Juez de Distrito o cualquier otra autoridad.

Si bien es cierto que la jurisprudencia es obligatoria, si nos acogemos a la garantía de la exacta aplicación de la ley establecida en el artículo 14 tercer párrafo, esta no puede ser aplicada por simple analogía, en materia penal.

Consultando las interpretaciones jurisprudenciales a las que nos remite el Comunicado, señaladas en la “Jurisprudencia Mexicana 1917-1971, por Cárdenas editor”, encontramos la siguiente:

¹⁵⁵ Carmona Tinoco, Jorge U. Interpretación Constitucional Judicial Constitucional. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1996. p. 134.

¹⁵⁶ *Ibid.* p. 135.

“RETROACTIVIDAD DE LA LEY.- La Constitución General de la República”
“consagra el principio de la irretroactividad , cuando la aplicación de la ley”
“causa perjuicio a alguna persona, de donde es deducible la afirmación”
“contraria, de que pueden darse efectos retroactivos a la ley si ésta no”
“causa perjuicio.”

“Quinta Época:”

“Tomo LXXI, Pág. 3496.- “Cía del Puente de Nuevo Laredo”, S. A.”

“Tomo LXXII, Pág. 2107.- Bremen, S. A.”

“Tomo LXXIII, Pág. 8104.- Ford Motor Co., S. A. “

“Tomo CXII, Pág. 473.- Líneas Unidas del Norte, S. C. L. “

“Tomo LXXIII, Pág. 109.- Maderería Mexicali, s. A. De C. V. “

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación.

Sexta parte. Jurisprudencia Común al Pleno y a las Salas. Núm. 163. Pág. 302.¹⁵⁷

“RETROACTIVIDAD DE LA LEY.- Las leyes retroactivas, o las dicta el”
“legislador común o las expide el constituyente, al establecer los preceptos”
“del Código Político. En primer caso, no se les podrá dar efecto retroactivo,”
“en perjuicio de alguien, porque lo prohíbe la Constitución; en el segundo,”
“deberán aplicarse retroactivamente, a pesar del artículo 14 constitucional, y”

¹⁵⁷ Castro Zavaleta, C. 55 años de Jurisprudencia Mexicana 1917-1971 (Pleno). Segunda edición. Vol. V. México. Cárdenas. 1961. p. 627.

“sin que ello importe violación de garantía individual alguna. En la aplicación”
“de los preceptos constitucionales, hay que procurar armonizarlos y si resultan”
“unos en oposición con otros, hay que considerar los especiales como excepción”
“de aquellos que establecen principios o reglas generales. El legislador”
“constituyente, en uso de sus facultades amplísimas, pudo por altas razones”
“políticas, sociales o de interés general, establecer casos de excepción al”
“principio de no retroactividad, y cuando así haya procedido, tales”
“preceptos deberán aplicarse retroactivamente. Para que una ley sea”
“retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione”
“derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores y esta última”
“circunstancia es esencial.”

“Quinta época: Tomo IX, Pág. 432.- The Texas Company of México, S.A.”

“Tomo X, Pág. 886.- International Petroleum Company.”

“Tomo X, Pág. 1189.- International Petroleum Company.”

“Tomo X, Pág. 1189.- Tamiahua Petroleum Company.”

“Tomo X, Pág. 1190.- Tamihua Petroleum Company.”

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la

Federación. Sexta parte. **Jurisprudencia Común al Pleno y a las Salas.** Núm. 162

Pág. 299.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Ibid. p. 628.

CAPÍTULO IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROTOCOLO

1. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA EXTRADICIÓN.

4.1. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA EXTRADICIÓN.

El concepto de los derechos humanos tiene en la actualidad un gran auge, y cada vez más Estados incorporan a sus sistemas jurídicos, medios de protección y defensa de tales derechos. En el ámbito internacional la preocupación por los derechos humanos, ha llevado a los países a celebrar Convenciones y Acuerdos en los cuales se establecen normas de prevención y protección a las violaciones de los derechos fundamentales.

Precisamente para llevar a cabo tal protección surgió una figura jurídica encargada de ello, el Ombusman, extraída de la legislación sueca.

1. CONCEPCIÓN ACTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Actualmente la definición dada a los derechos humanos es distinta a la concepción que se tenía hace dos siglos cuando se hizo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ahora se les equipara con los derechos civiles, garantías individuales o prerrogativas del ciudadano. Ahora se reconocen, además de los derechos tradicionales como el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, el derecho al bienestar social, dignidad personal; los derechos a la supervivencia, a la sanidad, a la vida sobre la tierra, el derecho a la paz, a la ecología, a los consumidores, a los refugiados de minorías étnicas, etc. Se habla de tres generaciones de derechos humanos:

- a) La primera generación de derechos humanos surge con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, paralelamente a esta, con la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, que conocemos como derechos individuales, que enunciaban derechos civiles, derechos políticos, reales y procesales.
- b) La segunda generación de derechos humanos sucede por primera vez en México, consignados en la Constitución de 1917, después en Rusia en 1918 y Alemania en 1919, quienes además de preservar los derechos políticos y civiles ya enunciados en la primera generación, introducen los llamados derechos sociales y económicos, y después los derechos culturales; con el objetivo de mejorar las condiciones de vida social.
- c) La tercera generación, aporta los llamados derechos de solidaridad, que se refieren a los pueblos para reclamar ciertas prestaciones de la sociedad internacional. Se enumeran los derechos: a la paz, a un medio ambiente equilibrado, derecho a conservar la ecología, al beneficio del patrimonio común de la humanidad, etc.

Para definir a los derechos humanos los doctrinarios retoman las concepciones de derechos civiles, garantías individuales o prerrogativas del ciudadano. De entre las distintas definiciones de los derechos humanos encontramos serían diferencias entre los autores, de carácter ideológico y doctrinario. Así también lo señalan Quinta Roldán y Sabido Peniche en su obra "Derechos Humanos", quienes para ubicar el tema citan los conceptos siguientes:

La mencionada por María Teresa Hernández Ochoa y Dalia Fuentes Rosado: "Los Derechos Humanos son los que las personas tienen por su calidad humana. Pero es el Estado

el que los reconoce y los plasma en la Constitución, asumiendo así la responsabilidad de respetar estos derechos, a fin de que cada individuo viva mejor y se realice como tal.”¹⁵⁹

Mirreille Roccatti, señala que los Derechos Humanos son: “...aquellas facultades y prerrogativas inherentes a la persona humana, que le corresponden por su propia naturaleza, indispensables para asegurar su pleno desarrollo dentro de una sociedad organizada, mismos que deben ser reconocidos y respetados por el poder público o autoridad, debiendo ser garantizados por el orden jurídico positivo.”¹⁶⁰

Por su parte Quintana Roldán y Sabido Peniche, nos dicen: “Se entiende por Derechos Humanos al conjunto de garantías que establecen los ordenamientos legales nacionales e internacionales con objeto de proteger, frente al poder público, los derechos fundamentales de los seres humanos, en cuanto a su dignidad y el respeto que merecen por el mero hecho de pertenecer a la especie humana.”¹⁶¹

El artículo 6 del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos menciona:

“Artículo 6º.- Para los efectos del desarrollo de las funciones de la Comisión Nacional, se entiende que los derechos humanos ~~son~~ inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En su aspecto positivo, son los que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los pactos, los convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México.”

¹⁵⁹ Citado por Quintana Roldán, F. Y Sabido Peniche, N. Derechos Humanos. México. Porrúa. 1998. p.22.

¹⁶⁰ *Ibid.* 22-23 pp.

¹⁶¹ *Id.*

2. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La doctrina señala que los derechos humanos son: generales, imprescriptibles, intransferibles y permanentes.

Son generales porque atañen a todo ser humano, sin distinción alguna; son imprescriptibles porque no se pierden por el simple transcurso del tiempo; son intransferibles porque el derecho subjetivo individual no puede ser cedido, contratado o convenido para su pérdida o menoscabo. Y son permanentes porque protegen al ser humano desde el momento en que es concebido hasta su muerte. Además de estas características se considera, que los Derechos Humanos son: universales, incondicionales e inalienables.

Son universales porque su titularidad se encuentra en todos los seres humanos, no tienen limitaciones, fronteras políticas ni creencias o razas, y gozan de validéz universal; son incondicionales porque no están sujetos a condición alguna, sólo a lineamientos y procedimientos que determinan los límites de dichos derechos; y por último son inalienables porque no pueden perderse ni transferirse por propia voluntad, pues son inherentes a la dignidad del hombre, y si la persona va a disponer de sus propios derechos la norma jurídica establece las condiciones de salvaguarda.

4.1. DERECHOS HUMANOS Y EXTRADICIÓN.

Como ya se mencionó en el presente trabajo de investigación, en el capítulo II relativo a la Extradición Internacional, es una figura jurídica, por la cual un Estado denominado requirente le solicita a otro Estado requerido, la entrega de un individuo que se encuentra fuera del Estado requirente y se ha refugiado en el Estado requerido. (*Supra*, pág. 135)

Para que se lleve a cabo el procedimiento de extradición se deben cumplir con una serie de requisitos procedimentales establecidos por el ordenamiento interno del país, y por lo pactado en el Tratado de Extradición respectivo. Para el caso de que no exista Tratado se aplicará la Ley de Extradición Internacional en forma supletoria. Dicha Ley establece los requisitos procedimentales previstos por la legislación mexicana, principalmente los establecidos en los derechos o garantías de seguridad jurídica, así como a los establecidos en la legislación penal.

4.2. EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Últimamente los Derechos Humanos están de moda, es un tema tratado internacionalmente creando una conciencia en los Estados que forman a la Comunidad Internacional, lo cual ha tenido consecuencias favorables, ejemplo de ello es la creación de mecanismos de protección de estos derechos.

Para lograr tal fin, se han creado Comisiones, Cortes Regionales, Juntas de Defensa, Agrupaciones Civiles y de Ciudadanos en aras de evitar la transgresión a los mismos, lo anterior se manifiesta también en la participación de los Estados en Tratados, Convenios, Protocolos, Pactos y Acuerdos o como se les quiera llamar. México ha participado en la firma de Acuerdos, Pactos y Convenciones sobre Derechos Humanos, entre los que destacan para nuestro análisis los siguientes.

1.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Fué aprobada en la Ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1979, contando actualmente con un Protocolo adicional en materia de Derechos económicos, sociales y culturales aprobado el 17 de noviembre de 1988. México se adhirió a la Convención

el 24 de marzo de 1981, publicándose en el Diario Oficial el 7 de mayo del mismo año. Pero nuestro país no ha ratificado el Protocolo adicional. De acuerdo a lo mencionado por Quintana Roldán y Sabido Peniche, los capítulos fundamentales de la Convención son el Segundo y el Tercero, referentes a derechos civiles, políticos, sociales y culturales de los habitantes de América. Enumerando los siguientes derechos: a la vida, la prohibición de la tortura, a las penas y tratos crueles, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el derecho a la libertad y seguridad personales, el derecho a un debido proceso en un juicio imparcial, la prohibición de la retroactividad de la ley en materia penal, el respeto a la esfera privada de la vida personal, el respeto de la familia, la inviolabilidad del domicilio, la protección a la honra y a la reputación personal, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de pensamiento y asociación, el derecho a rectificación o respuesta a las informaciones inexactas o agravantes dadas por los medios de difusión, el derecho de reunión, el derecho a tener un nombre propia; el derecho de los niños a la protección adecuada, el derecho del ciudadano de votar y funciones públicas del país, el derecho a contar con un recurso efectivo contra violaciones a los Derechos Humanos reconocido en los ordenamientos legales.¹⁶²

Esta Convención estableció un conjunto de medios de protección o mecanismos encargados de controlar o supervisar el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados miembros creando para tal fin, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión es integrada por siete miembros, los cuales deben cumplir con requisitos tales como ser persona de alta calidad moral y conocimiento reconocido en materia de Derechos Humanos. Los siete miembros se eligen por la Asamblea de la Organización de

¹⁶² Ibid. p. 66.

Estados Americanos (OEA), de una lista de candidatos que son propuestos por los Estados miembros. La duración del cargo es de cuatro años y pueden ser reelectos por una vez. La función principal de la Comisión es la promoción de la observancia de los Derechos Humanos a efecto de concientizar sobre la materia a los Estados Americanos, además, formula recomendaciones a los Estados miembros, atiende las Consultas de la Secretaría General de la OEA en relación con los Derechos Humanos y rinde un informe anual de su función a la Asamblea General de la OEA.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un Tribunal que se compone por siete jueces, quienes son juristas considerados de muy alta calidad moral y, reconocida competencia en materia de Derechos Humanos, son propuestos por los Estados miembros, aclarando que no pueden haber dos jueces de la misma nacionalidad. Su cargo dura seis años y pueden ser reelectos por una vez. Su competencia rige exclusivamente para los asuntos propuestos por los Estados miembros. La Corte conoce de cualquier asunto relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención, siempre que los Estados miembros le reconozcan dicha competencia, ya sea por declaración especial o por Convención general, cuando la Corte decida que hubo violación a un derecho o libertad protegida dispondrá que se restituya al afectado el goce de sus derechos, y si es procedente que se reparen las consecuencias de la medida violadora, con una indemnización. El fallo de la Corte es inapelable y definitivo, regido por el principio de la buena fe, sólo se puede tramitar un procedimiento de Aclaración el cual explicará el alcance o sentido del fallo. Este procedimiento aclaratorio debe presentarse dentro de los noventa días siguientes contados a partir de que fué emitido el fallo.

2.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Este Pacto fué creado en la ONU paralelamente a otro Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entró en vigor a partir del 23 de marzo de 1976, México se adhirió a este Pacto el 23 de marzo de 1981, teniendo su publicación en el Diario Oficial el 20 de mayo del mismo año.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, establece que los Estados deben respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren dentro de su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, idioma, religión, color, opinión política, ni cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica nacimiento o cualquier otra condición social. Establece también, para toda persona objeto de violación de sus derechos o libertades un recurso para subsanar dicha violación, aún cuando la violación es como consecuencia de un acto realizado por una persona en ejercicio de sus funciones oficiales, el caso será conocido por autoridades competentes tratése de cualquier materia judiciales, administrativas o legislativas, o cualquier otra autoridad competente, podrá decidir sobre los derechos de quien interpone el recurso, con la única condición de aplicar la equidad y justicia, además establece derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida y su protección, señalando que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente en caso de que exista en algún país la pena de muerte por delitos graves, ésta deberá aplicarse bajo las condiciones legales que obedezcan a un juicio imparcial y en cumplimiento de una sentencia de tribunal competente. Menciona que nadie puede ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes ni podrá ser sometido, sin su consentimiento a experimentos médicos o científicos.¹⁶³

¹⁶³ Cf. Ibid. p. 60.

Prohíbe la esclavitud, los trabajos forzosos y obligatorios, salvo que sean como consecuencia de un acto punible y sean con una penalidad justificada por sentencia de Tribunal competente. Señala el derecho de defensa de toda persona privada de su libertad la cual debe ser llevada con un juez competente, con un trato digno de un ser humano.

Respecto a las disposiciones procesales señala, que cualquier persona debe ser informada sin demora en un idioma que entienda y de manera detallada, la causa por la que se le acusa; a disponer de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con un defensor el cual debe estar presente durante todo acto del proceso; si es el caso, a ser asistida gratuitamente por un intérprete si no comprende el idioma en que se le sigue el proceso, a no ser obligada a declarar sobre sí misma, ni a confesarse culpable por intimidación o presión. Se habla también de la libertad de tránsito y de residencia, de la libertad y protección del pensamiento, conciencia religión y libre expresión; de asociación pacífica y participación en los asuntos políticos del Estado.

Respecto a la Extradición, el 20 de febrero de 1928 se realizó la Sexta Conferencia Internacional Americana sobre Derecho Internacional Privado, en La Habana, conocido como Código de Bustamante. En dicha reunión se trató lo referente al Libro Cuarto - Título Tercero del Código de Bustamante dedicado a la Extradición. México, firmó el Código de Bustamante, sin embargo no la ratificó.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Cf. Serie sobre Tratados No. 34 Documentos Oficiales OEA. Tratados y Convenciones Interamericanas sobre Asilo y Extradición. S.L. Unión Panamericana OEA. 1967. p. 56.

De las disposiciones contenidas respecto a la Extradición destacan las siguientes:

- 1.- El artículo 344, que señala la procedencia de la extradición por las disposiciones establecidas en los tratados o convenciones internacionales que contengan las listas de infracciones penales que autoricen la Extradición.
- 2.- No procede la extradición cuando se trata de un nacional del Estado requerido, sin embargo este se compromete a juzgarlo, (art. 345); por los delitos políticos y conexos, de acuerdo a la calificación del Estado requerido (art. 355); si el requerido ya se juzgó, ha cumplido con la pena; o está pendiente un juicio en contra de él en el Estado requerido (art. 358); si ha prescrito el delito o la pena conforme a las leyes del Estado requirente o del requerido (art. 359). No se considera delito político el homicidio o asesinato del Jefe de un Estado contratante o de cualquier persona que en él ejerza autoridad, (art. 357).
- 3.- La extradición alcanza a los procesados o condenados como autores, cómplices o encubridores del delito (art. 352).
- 4.- La pena asignada al delito por el cual se solicita la extradición no debe ser menor a 1 año, y debe ser privativa de la libertad (art. 354).
- 5.- La solicitud debe ser acompañada por: una sentencia condenatoria, la filiación del individuo o las señas particulares para identificar al individuo, así como la copia auténtica de las disposiciones que establezcan la calificación legal del hecho que motiva la solicitud de extradición (art. 365).
- 6.- Se pondrá en libertad al reclamado cuando: concedida la extradición, si en tres meses, el Estado requirente no dispone del extraditado, (art. 367); el Estado requirente no presente la solicitud de extradición en un plazo razonable dentro del menor tiempo posible (art. 380).

Para su defensa el requerido podrá utilizar todos los medios legales concedidos a los nacionales para recobrar su libertad, fundando su ejercicio en las disposiciones de este Código, (art. 368); así como los elementos legales que procedan de la legislación del Estado requerido (art. 369).

7.- Queda prohibido: que a la persona extraditada se le juzgue por delitos distintos a los que motivaron la extradición, (art. 377); la imposición de pena de muerte (art. 378).

8.- Negada la extradición, no se puede volver a solicitar por el mismo delito, (art. 381).

9.- Para el caso de que coincidan varias solicitudes de extradición por la misma persona, se le dará preferencia: a aquél en cuyo territorio se cometió el delito, (art. 347); si es por hechos diversos tendrá preferencia el Estado contratante en cuyo territorio se haya cometido el delito más grave, según la legislación del Estado requerido, (art. 348); si todos los hechos tuvieran la misma gravedad, será preferido el que presente primero la solicitud, de ser simultáneas decidirá el Estado requerido, pero debe conceder la preferencia al Estado del cual es nacional el reclamado, o en su defecto al del domicilio del delincuente (art. 349).

Cabe hacer mención a lo señalado en el Título Preliminar dedicado a las reglas generales del Código de Bustamante, de las cuales destacan:

1.- El artículo 2 que señala: "Los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes gozarán asimismo en el territorio de los demás, de garantías individuales idénticas a las de los nacionales, salvo las limitaciones que en cada uno establezcan la Constitución y las leyes.

Las garantías individuales idénticas no se extienden, salvo disposición especial de la legislación interior, al desempeño de funciones públicas, al derecho de sufragio y a otros derechos políticos.”

2.- Dicho Código de Bustamante, le otorga la categoría de orden público internacional a la Constitución de cada Estado contratante: “Artículo 4.- Los preceptos constitucionales son de orden público internacional.”

En Montevideo el 26 de diciembre de 1933 se llevó a cabo la Séptima Conferencia Internacional Americana, en la cual se firmó la Convención sobre Extradición, de la cual destacan las siguientes disposiciones:

1.- Los Estados signatarios se obligan a entregar a aquellos individuos siempre y cuando concurren las siguientes disposiciones: a) Que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se imputa al individuo reclamado; b) Que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de la libertad, (art. 1).

2.- A diferencia del Código de Bustamante en el artículo 2, se establece que la extradición solicitada de un nacional del Estado requerido podrá concederse o no según lo determine la legislación o las circunstancias del caso a juicio del Estado requerido. Para el caso de que no sea entregado el individuo, el Estado requerido se compromete a juzgarlo por el hecho que se le imputa si es considerado como delito en su legislación, y debe entregar una copia al Estado requirente de la sentencia condenatoria.

3.- El artículo 3 señala los casos por los cuales no se concederá la extradición: a) por preescrición de la acción penal o la pena según las leyes del Estado requirente y del requerido con anterioridad a la detención del individuo; b) cuando el reclamado haya cumplido su condena en el país requirente, o haya sido amnistiado o indultado; c) cuando el reclamado este sujeto a proceso en el Estado requerido; d) cuando el reclamado tenga que comparecer a un juzgado de excepción del Estado requirente; e) cuando se trata de delito político o conexos; f) cuando se trate de delitos militares o religiosos. La apreciación del carácter de las excepciones señaladas en el artículo anterior queda a cargo del Estado requerido (art. 4).

4.- La solicitud de extradición será resuelta de acuerdo a la legislación interna del Estado requerido, correspondiéndole ya sea a las autoridades administrativas o judiciales, concediéndole al reclamado todas las instancias y recursos que dicha legislación le conceda, (art. 8).

5.- A diferencia del Código de Bustamante, si en dos meses, concedida la extradición, el Estado requirente no reclama al extraditado, esté recobrará su libertad no pudiendo ser de nuevo detenido por el mismo motivo, dicho plazo puede ser reducido a cuarenta días si se trata de países limítrofes, (art. 11).

6.- Concedida la extradición, el Estado requirente se obliga a: a) no procesar ni castigar al individuo por un delito cometido con anterioridad al pedido en la extradición; b) a no procesar ni castigar al individuo por delito político o conexo cometido con anterioridad a la extradición; c) a aplicar la pena inmediata inferior a la de muerte; d) a proporcionar al Estado requerido una copia auténtica de la sentencia que se dicte.

7.- De acuerdo a esta Convención no se puede pedir la extradición fundada en esta Convención por delito cometido antes del depósito de la ratificación, (art. 19).

Nuestro país firmó la Convención sobre Extradición, con la siguiente reserva:

“México suscribe la Convención sobre Extradición con la declaración respecto del Artículo 3, fracción f, que la legislación interna de México no reconoce de los delitos contra la religión. No suscribirá la cláusula opcional de esta Convención.”¹⁶⁵

Se agregó a la Convención sobre Extradición una cláusula opcional que menciona:

“Los Estados signatarios de esta cláusula, no obstante lo establecido por el artículo 2 de la Convención sobre Extradición que antecede, convienen entre sí que en ningún caso la nacionalidad del reo pueda impedir la extradición.”¹⁶⁶

Nuestro país no firmó esta cláusula opcional por las causas de reserva mencionadas anteriormente al firmar la Convención.

4.3 EL CASO DE MÉXICO

El ordenamiento jurídico mexicano establece instituciones jurídicas y mecanismos legales de protección de los Derechos Humanos en apego de las autoridades tanto en el orden federal, local y municipal, tales mecanismos pueden ser jurisdiccionales y no jurisdiccionales, gubernamentales o no gubernamentales.

¹⁶⁵ Ibid. p. 56.

¹⁶⁶ Ibid. p. 57.

1.- INSTITUCIONES JURISDICCIONALES.

a) **El Juicio de Amparo:** es el encargado en el derecho mexicano de salvaguardar los Derechos Humanos en el orden jurisdiccional que establece la Constitución, sin embargo el amparo no cuenta con “una revisión judicial plenamente eficaz de todos los actos administrativos y de gobierno, en virtud de que se presentan restricciones de carácter constitucional legislativas y jurisprudenciales, que dan base a que el particular se encuentre, en ocasiones, desprotegido frente a la administración pública por no ser procedente, en ciertas circunstancias, la utilización de la vía de Amparo.”¹⁶⁷

Como consecuencia, se han creado otro tipo de sistemas más ágiles, no tan complicados y gratuitos, de los cuales se puede obtener una protección rápida, eficaz y oportuna de las garantías individuales. Este es el caso de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

b) **Tribunal de lo Contencioso-Administrativo:** La figura jurídica del Tribunal Contencioso-Administrativo, como se conoce actualmente quedó establecido en las reformas constitucionales de 1967 en los siguientes artículos constitucionales. En las reformas a la Constitución realizadas en 1993, se reestructuró el gobierno del Distrito Federal, en la cual se establece la competencia de esta materia a la Asamblea del Distrito Federal. Respecto al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal, es un órgano jurisdiccional especializado en impartir justicia administrativa, con la característica de ser rápida, ágil, eficaz y gratuita, al alcance de todos los ciudadanos, a efecto de que éstos puedan reclamar los actos de las autoridades administrativas. Del Distrito Federal que se consideren ilegales y arbitrarios.

¹⁶⁷ Derecho Humanos... Ob. Cit. p. 88.

2.- MECANISMOS NO JURISDICCIONALES.

b) **Comisión Nacional de Derechos Humanos:** Se creó con el fin de que se lograra una rápida, ágil y eficaz defensa de los Derechos Humanos frente a las violaciones por las autoridades administrativas ya federales o locales. "La filosofía creadora de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, parte de la idea de que en México todos los individuos, aún aquellos que han cometido los más graves delitos, tienen derecho a gozar de las garantías individuales que consagra nuestra Constitución, dentro de las cuales están las correspondientes a la integridad y la dignidad de la persona. Dichas garantías deben ser respetadas en todos los ámbitos jurídicos en que se manifiesten, aún en las averiguaciones previas y en los procedimientos de tipo penal, en donde, con mayor claridad, deben estar presentes las garantías de respeto que la ley otorga a cada persona."¹⁶⁸

El artículo 102 apartado "B" de la Constitución establece la base constitucional del organismo, publicado en el Diario Oficial el 28 de enero de 1992.

"Artículo 102.- B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

¹⁶⁸ Ibid. p. 163.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los Estados.”

La Comisión Nacional de Derechos Humanos, está integrada por un Presidente, una Secretaria Ejecutiva, hasta cinco Visitadores Generales (actualmente cuenta con tres), así como por el número de Visitadores Adjuntos y personal profesional, técnico y administrativo necesario para la realización de sus funciones. Además la Comisión cuenta con un Consejo, para el mejor desempeño de sus responsabilidades. Sus atribuciones se encuentran establecidas en el artículo 6º de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos:

“Artículo 6º.- La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones:

XIII. Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes que impulsen el cumplimiento dentro del territorio nacional de los tratados, convenciones y acuerdos internacionales signados y ratificados por México en materia de derechos humanos;

XIV. Proponer al Ejecutivo Federal, en los términos de la legislación aplicable, la suscripción de convenios o acuerdos internacionales en materia de derechos humanos;”

Cabe señalar que la Comisión sólo conoce de quejas o inconformidades contra actos u omisiones de autoridades judiciales, salvo las de carácter federal la Comisión Nacional sólo puede conocer de aquellos que sean de carácter administrativo, pero por ningún motivo puede analizar cuestiones jurisdiccionales de fondo.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos, establece programas con el fin de establecer vías más adecuadas para proteger a los Derechos Humanos, dentro de estos programas están:

“Programa de Asuntos Internacionales. A través de este programa se pretenden difundir las enseñanzas y experiencias recogidas en las potencias u otros eventos en donde participan los más altos representantes del movimiento de los Derechos Humanos a nivel Internacional. Este Programa favorece la participación en Seminarios Internacionales y propicia actividades conjuntas con instituciones que privilegian los Derechos Humanos a nivel jurídico y académico.”¹⁶⁹

“Programa de Relaciones con los Organismos no Gubernamentales de Derechos Humanos Nacionales e Internacionales. Dicho programa tiene como objetivo promover la coordinación de esfuerzos para la divulgación, defensa y protección de los Derechos Humanos en el país. Para ello, celebra convenios de colaboración con Organismos no Gubernamentales de Derechos Humanos y se da un seguimiento a los compromisos adquiridos con éstos. La Comisión en la actualidad mantiene acciones conjuntas con 166 Organismos no Gubernamentales”.¹⁷⁰

3.- MECANISMOS NO GUBERNAMENTALES.

Los Derechos Humanos tuvieron un auge mundial después de las masacres ocurridas en la Segunda Guerra Mundial, surgiendo así, las organizaciones humanitarias en defensa de los derechos fundamentales en todo el mundo. Un ejemplo importantísimo de este tipo de

¹⁶⁹ Ibid. p. 196.

¹⁷⁰ Ibid. p. 196.

organizaciones, es la Cruz Roja Internacional cuya creación se remite al siglo pasado en el año de 1863.

En nuestro país los Organismos No Gubernamentales defensores de los Derechos Humanos, (ONG's), también llamados centros, comités, movimientos grupos, etc., quienes realizan una importante labor entre los ciudadanos, pues a través de la promoción y difusión de los Derechos Humanos crean una conciencia en la población, lo cual nos lleva a vivir más democráticamente. En el caso particular de nuestro país, y como lo menciona Quintana Roldán y Sabido Peniche, han sucedido acontecimientos sociales, que han marcado huellas, y han influido en la creación de estos organismos, nos referimos a: el movimiento estudiantil del 68, los movimientos guerrilleros, de desaparecidos y presos políticos, los refugiados y exiliados en México. A estos se les agregan los terremotos de 1985 y el Tratado de Libre Comercio, los cuales sirvieron para consolidar a los ONG's. Sus principales áreas de actividad son:

- a) La Denuncia y Difusión: mediante estas se da a conocer de violaciones a las garantías individuales, esta denuncia es permanente.
- b) Brindan Asesoría Jurídica: dicha asesoría legal la otorgan a las personas que acuden a sus oficinas en busca de orientación.
- c) La Educación: se organizan para impartir cursos, talleres, conferencias a todos los niveles académicos, incluso a nivel popular, con el propósito de educar a más personas sobre sus derechos consagrados en las garantías individuales y como defenderlas. También hacen recopilaciones relacionadas con los Derechos Humanos, y con esta información realizan publicaciones tales como revistas, folletos e informes.

d) La Investigación: se dedican a investigar casos y las áreas en las que se cometen las violaciones a los Derechos Humanos, para que de esta forma la denuncien, y con la publicidad, la población esté enterada, con el fin de que desaparezcan dichas violaciones.

2. VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA DERIVADA DE LA APLICACIÓN DEL PROTOCOLO MODIFICATORIO

Las violaciones de las Garantías Individuales como resultado de la aplicación retroactiva del Protocolo que Modifica al Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal, son las siguientes:

1. ARTÍCULO 14

Se viola la garantía establecida en el artículo 14 constitucional. Respecto a la garantía de irretroactividad de la ley contenida en el párrafo primero que señala: "*A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna*". La transgresión a dicho precepto consiste, en que el Protocolo plantea la retroactividad, es decir, se pretende aplicar a un hecho(s) realizado(s) y consumado(s) con anterioridad a su vigencia.

La prohibición es para el Estado y sus autoridades, quienes no pueden aplicar la ley en perjuicio de ninguna persona. Sin embargo el mismo precepto plantea una excepción, la única permitida, puesto que sólo la ley primaria puede establecerla y no las leyes secundarias; y es la relativa a que si es en beneficio de la persona se puede aplicar la ley retroactivamente.

2. ARTÍCULO 15

El artículo 15 constitucional menciona “*No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de los delincuentes del orden común, que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el Ciudadano.*”

La Constitución prohíbe todo cambio o modificación de las garantías y derechos que otorga, sino es mediante el procedimiento establecido por ella misma (artículo 135). Cualquier alteración que se realiza a la Constitución por medio de un tratado y que modifica los derechos del hombre es contraria al mismo ordenamiento. Pero como señalan varios autores la Constitución prohíbe restringir los derechos fundamentales que enuncia, pero no así su ampliación y la protección otorgada a los mismos, de tal forma que México, puede a través del Ejecutivo celebrar tratados y convenios, los cuales no sean contradictorios y por lo tanto restrictivos de la constitución.

El Protocolo Modificador al Tratado de Extradición México-España al contradecir el artículo 14, restringe este derecho enunciado en favor del gobernado, de acuerdo a la garantía de igualdad del artículo 1º, que menciona “*a toda persona que se encuentre en territorio nacional*”, por lo que tal restricción actualiza la prohibición contenida en el artículo 15, al tratar de modificar los preceptos fundamentales.

3. ARTÍCULO 16.

El artículo 16 en su párrafo primero menciona: *“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 de procedimiento.”*

El acto de autoridad, derivado de la posible aplicación retroactiva del protocolo modificatorio al Tratado de Extradición México-España, que implica una molestia en la persona del reclamado, el cual no se encuentra debidamente fundado y motivado, puesto que el hecho delictuoso por el cual se solicita la extradición, que es anterior a la ratificación del Protocolo, que de acuerdo al artículo 14 constitucional no opera dicho ordenamiento, sino que las disposiciones vigentes al momento en que se cometió el delito, de tal forma que faltan los requisitos legales exigidos por el artículo 16 constitucional, que funde y motive debidamente el procedimiento de extradición.

4. ARTÍCULO 19.

El artículo 19 en su último párrafo señala: *“Las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de esta Constitución, los tratados internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. En esos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por 60 días.”*

Este párrafo señala la extradición para los reos del orden común de acuerdo con el Tratado vigente, y para el caso de que no exista Tratado, de acuerdo a la Ley de Extradición Internacional. La extradición de los delincuentes reclamados por España en el caso

específico, tiene su fundamentación en la cooperación y la lucha contra la impunidad. Sin embargo tal cooperación y tal lucha se debe de plantear dentro del marco jurídico fundamental del Estado mexicano, no puede aplicarse un Tratado (Protocolo) que contravenga lo establecido por la Constitución mexicana, vulnerando de esta forma la soberanía del país, teniendo como fundamento la cooperación entre Estados. Siendo que tal cooperación y asistencia en la lucha contra el terrorismo pueden llevarse a cabo en el marco del respeto a los ordenamientos jurídicos y derechos fundamentales, sin presiones económicas, políticas, sociales o de cualquier otra índole.

5. ARTÍCULO 133.

El artículo 133 establece el principio de Supremacía Constitucional: *“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.”*

El principio de Supremacía Constitucional, le da prevalencia a la Constitución sobre cualquier ley, incluso sobre los Tratados internacionales. De acuerdo a la teoría kelseniana, el ordenamiento jurídico de un Estado se encuentra jerarquizado en relaciones de supraordinación y subordinación. El ordenamiento no se integra por normas jurídicas, aisladas, sino que forman un cuerpo unitario esto debido a la jerarquización de dichas normas. En esta jerarquía el grado más alto, “supremo” corresponde a la norma fundamental

(la Constitución), que a su vez constituye el método de creación de las normas jurídicas y el procedimiento orgánico, es decir, también crea a los órganos encargados de la elaboración de las leyes. Así pues, en la pirámide de Kelsen "la cúspide estaría simbolizada por la constitución en sentido lógico jurídico o norma fundamental hipotética. En el plano inmediato inferior la legislación ordinaria y los reglamentos, para descender después a la zona siguiente integrada por las sentencias y negocios jurídicos, y llegar a la base de la pirámide o capa inferior, constituida por actos postreros de ejecución: pena y ejecución forzada."¹⁷¹

El artículo 133 pone en el mismo plano de aplicación a los Tratados Internacionales, sin embargo, la Constitución es el ordenamiento Fundamental, que establece la forma de creación de los Tratados internacionales, por lo tanto es una ley primaria y el Tratado es una Ley que emana de la propia Constitución, de tal forma que se sitúa en una posición secundaria, y como tal debe ceñirse a las disposiciones establecidas por ella. La Constitución mexicana representa la Soberanía del país, por lo tanto al transgredir sus preceptos, se vulnera la Soberanía. En base a lo señalado, creemos que el Protocolo que modifica al Tratado de Extradición México-España, es contrario al principio de Supremacía Constitucional, y por lo tanto violatorio de la misma Constitución.

5. ARTÍCULO 135.

El artículo 135 establece el principio constitucional de rigidez: *"La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser*

¹⁷¹ Rojina Villegas, Rafael... Ob. Cit. 51-52 pp.

parte de la misma, se requiere que 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. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas de los estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.”

El artículo transcrito se encuentra en el Título Octavo referente a las Reformas a la Constitución, de acuerdo a lo señalado por el propio ordenamiento jurídico fundamental, se ha clasificado por la doctrina como rígida, lo cual quiere decir que para llevar a cabo una modificación o reforma a tal ordenamiento, se debe cumplir con un procedimiento especial, no el procedimiento que se sigue para reformar a las leyes ordinarias, es decir que no puede ser reformada por el Congreso de la Unión como órgano legislativo federal, ni por los órganos legislativos de los Estados, sino por un órgano extraordinario integrado de acuerdo a como lo establece el mismo precepto. Cabe señalar que cuando se conforma el órgano extraordinario como es señalado, se convierte en Congreso Constituyente, por lo tanto, creemos que el Protocolo Modificadorio al Tratado de Extradición celebrado con España, es violatorio del artículo 135 Constitucional, por pretender modificar a la Ley Fundamental, al contravenir los términos de los artículos 14,15 y 16 principalmente, además de los preceptos constitucionales y legales, que como consecuencia de la aplicación de dicho protocolo se lleguen a transgredir.

Por todo lo expuesto anteriormente llegamos a la conclusión de que el Protocolo Modificadorio al Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal México-España, es inconstitucional por contravenir los artículos que contienen derechos humanos

en las denominadas garantías de Seguridad Jurídica de los artículos 14, 15, 16, y los derechos y garantías que atendiendo al principio de extensión de las garantías individuales, que señala que estas se encuentran en todo el ordenamiento fundamental, la garantía contenida en el artículo 119, así como los artículos 133 y 135 de la Constitución, así como las demás leyes secundarias que emanan del ordenamiento fundamental y que debido a la aplicación del protocolo resulten contrariadas.

CONCLUSIONES

1.- La Constitución mexicana, reconoce a los Derechos Humanos, y los eleva al rango Constitucional. A diferencia de la Constitución de 1857, que tenía el carácter de individualista, la Constitución vigente no es completamente individualista, ni socialista, sino que conjuga los dos aspectos, logrando un sistema ecléctico con el cual busca equilibrar los intereses del individuo con los intereses de grupo, llamándole por este motivo, como un ordenamiento de justicia social.

2.- La Constitución mexicana le designa una parte a los Derechos Humanos, denominándolos como Garantías Individuales, y enumerándolos en sus primeros 29 artículos. Para muchos autores la designación de Garantías Individuales no es correcta, puesto que para conceptuar más precisamente a los derechos que enuncia la Constitución, sería más precisa su designación como: derechos constitucionales, derechos del gobernado o derechos públicos subjetivos. Lo anterior debido a que garantía significa asegurar, defender o salvaguardar. Burgoa señala que no pueden identificarse los derechos del hombre con el concepto "garantía", pues no es lo mismo el elemento que garantiza (garantía), a la materia que garantiza (derechos humanos). Además de que la facultad que tiene el gobernado de oponer al Estado y sus autoridades, los derechos enunciados por la Constitución le da el carácter de derecho público subjetivo.

3.- De acuerdo a lo que señala el artículo 1º, la Constitución como potestad soberana, otorga los derechos humanos contenidos en las garantías individuales, a todo individuo sin

importar la raza, sexo, nacionalidad, ni condición; para que éste las oponga frente al Estado y sus autoridades, teniendo el Estado la obligación de respetar y cumplir.

4.- La relación que implica la garantía individual entre el Estado y el gobernado, es de supra a subordinación, es decir, el Estado y sus órganos de autoridad ejerciendo su poder soberano manifestados en actos de autoridad unilaterales, imperativos y coercitivos. Dicha relación implica dos sujetos: activo y pasivo. La garantía individual, engendra un derecho para el sujeto activo o gobernado, y para el sujeto pasivo, las autoridades estatales y el Estado genera una obligación, que se revela en el respeto a las prerrogativas del gobernado.

5.- Las garantías individuales gozan de los Principios Constitucionales de Supremacía (artículo 133) dándole prevalencia su aplicación sobre cualquier norma o ley secundaria que se le contraponga y preferencia de aplicación; y de Rigidez (artículo 135), que se refiere a que no puede modificarse o reformarse la norma Fundamental por el Congreso de la Unión como órgano legislativo federal, ni por los órganos legislativos de los Estados, sino por un órgano extraordinario integrado en los términos de dicho artículo.

6.- El concepto de garantía individual no es restrictivo, sino por el contrario es extensivo. Así es manifestado por el principio de extensión de las garantías individuales, por el cual podemos encontrar garantías en todo el articulado de la Constitución, y estas pueden ser ampliadas por los ordenamientos que derivan de ellas; así como también por los Tratados Pactos y Acuerdos internacionales que México celebre.

7.- La garantía de Irretroactividad de la ley, contenida en el artículo 14 párrafo primero, que establece la vigencia de la ley, la cual comienza a regular hechos o conductas presentes o que estén por venir en tanto no se derogue o abrogue. La ley se aplica hacia el presente y porvenir, si hay un hecho que no se ampara en la norma no se aplicará. La norma una vez en vigor no puede regresar a otros hechos que no estuvieron en amparo de ella sino de la anterior. Si la norma se aplica a situaciones o hechos que se dieron bajo el amparo de una ley anterior estaremos en presencia de una ley retroactiva. De la interpretación que se hace al párrafo primero del artículo 14 constitucional, se advierte, y así lo señalan las opiniones de los estudiosos de la materia, la excepción a la garantía de irretroactividad de la ley: no se puede aplicar al pasado si perjudica, en tanto que sí se puede aplicar al pasado mientras sea para beneficio de la persona.

8.- La Extradición Internacional se define como el acto por el cual se entrega a un individuo que cometió un hecho delictuoso, a un Estado el cual le solicita, a otro Estado, en cuyo territorio se encuentra el individuo. La Extradición Internacional es una forma de cooperación y colaboración entre los Estados en la lucha contra el delito, y contra la posibilidad de que este quede impune al salir el delincuente de un Estado e ir a otro, con el fin de evitar su castigo. Existen excepciones a la obligación de los Estados a extraditar como lo son: en materia de Asilo, cuando el reclamado es un nacional del Estado requerido, cuando se trate de un perseguido político y cuando se trate de un delito militar.

9.- La Ley de Extradición Internacional, es un ordenamiento federal, que regula los casos y las condiciones para entregar a los Estados que lo soliciten (cuando no exista Tratado Internacional de Extradición), a los delincuentes del orden común a sus Tribunales para ser juzgados y en su caso para ser sancionados.

10.- Al tratado Internacional se le ha denominado de diversas formas. Sin embargo todas ellas hacen referencia al Acuerdo celebrado por escrito entre Estados regido por el derecho internacional público y que puede constar en un instrumento, en dos o más.

11.- La normatividad jurídica establecida para la celebración de los tratados internacionales de nuestro país la encontramos principalmente en la Constitución Política, como ley Suprema que rige el ordenamiento del país. En el ámbito internacional, se atiende a lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por México.

12.- A la Constitución se le califica como Ley Fundamental del Estado. En esta ley se encuentran las bases jurídicas de la estructura del Estado mexicano. Es Fundamental y como consecuencia Suprema. Por lo tanto siendo lo fundamental es insuperable. De tal forma que en primer lugar se encuentra la Constitución, y en segundo lugar y subordinadas a ésta se hayan los Tratados Internacionales y las Leyes Federales.

13.- El Tratado de Extradición Internacional y Asistencia Mutua en materia Penal México-España, así como el Protocolo que lo Modifica, se encuentran subordinados a las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Protocolo Modificadorio, al establecer la retroactividad del mismo, contradice al artículo 14 constitucional y vulnera la garantía de irretroactividad de la ley.

14.- El alcance del Protocolo Modificadorio al Tratado de Extradición, basa su retroactividad en la teoría clásica de los derechos adquiridos, que en esencia se refiere a que existiendo una situación de pronunciamiento del Estado mexicano en favor del reclamado no puede aplicarse retroactivamente, y para los demás casos, si. Lo cual contradice directamente el artículo 14 primera parte, puesto el único caso de excepción por el cual puede aplicarse retroactivamente la Ley lo marca la propia Constitución, el cual se podrá realizar la aplicación retroactiva sólo si es en favor de la persona. Y el acto de autoridad por el cual se aplique retroactivamente el Protocolo es en perjuicio de la persona.

15.- El terrorismo es un delito peligroso atendiendo a los bienes jurídicos que afecta: la vida, la propiedad y la seguridad jurídica. Por lo tanto los Estados tanto en el derecho interno como es el caso de España, así como en el derecho internacional público toman medidas para hacer que cada vez se presente menos este fenómeno. Sin embargo tales medidas deben estar dentro del marco de legalidad que para ello establece cada legislación. Nuestro país siempre ha estado en la mejor disposición de cooperar y luchar en contra del terrorismo, tal y como se menciona en los Comunicados emitidos por la Secretaría de Relaciones Exteriores de 1996, lo

cual no es motivo suficiente para que se celebren Tratados que al contradecir a la Constitución vulneren la soberanía del país.

16.- A través de la historia se observa la evolución que han tenido los Derechos Humanos, y la preocupación cada vez más de la Comunidad Internacional, por establecer medios de defensa y salvaguarda de estos derechos. Nuestro país no ha estado al margen de este auge, de tal forma que para fortalecer la salvaguarda de estas prerrogativas ha incorporado a su ordenamiento diversos mecanismos de defensa, el ejemplo más claro es la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

17.- En el Derecho Público, se ha reconocido como Derecho Humano, la garantía de irretroactividad de la Ley, tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, ambos ratificados por México. De tal forma que al aplicarse el Protocolo, no sólo se violan los Derechos Humanos contenidos en el ordenamiento Supremo del país, sino que también los Derechos humanos contenidos en instrumentos Internacionales.

18.- Consideramos Inconstitucional el Protocolo Modificadorio al Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal México- España, por violar el artículo 14, párrafo primero; el artículo 15; el artículo 16 párrafo primero, el artículo 19 último párrafo, así como los artículos 119 último párrafo, 133 y 135 Constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. Segundo curso de Derecho Administrativo. Segunda edición. México. Edit. Porrúa. 1993. 1165 pp.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Internacional Privado. Cuarta edición. México. Edit. Porrúa. 1981. 183 pp.
- BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. Sexta reimpresión. Traducción de Vicente Herrero. México. Edit. Fondo de Cultura Económica. 1979.
- BROTONS, Antonio Remiro. Derecho Internacional Público, Derecho de los Tratados. Vol. 2. Madrid. España. Edit. Tecnos. 1987. 550 pp.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. Novena edición. México. Edit. Porrúa. 1994. 1068 pp.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 28a. Edición. México. Edit. Porrúa. 1996. 810 pp.
- CABANELLAS TORRES, G. Diccionario Jurídico Elemental. Séptima reimpresión. Buenos Aires. Edit. Heliasta. 1984. 344 pp.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. Interpretación Judicial Constitucional. México. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1996. 230 pp.
- CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Trigésimaprimer edición. México. Edit. Porrúa. 1992. 361 pp.
- CASTRO, Juventino V. Garantías y Amparo. Cuarta edición. México. Edit. Porrúa. 1983. 555 pp.
- Diccionario Jurídico Omeba. Tomo 26. Buenos Aires. Edit. Omeba. 1974.
- Diario de los Debates del Congreso Constituyente de Querétaro de 1916-1917. Tomo I y II México. Edit. Joaquín Porrúa. 1989.
- FIX ZAMUDIO, Héctor. Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos. México. Edit. Miguel Angel Porrúa. 1988. 550 pp.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Cuadragésimotercera edición. México. Edit. Porrúa. 1992. 434 pp.
- GÓMEZ ALCALÁ, Rodolfo V. La Ley como límite de los Derechos Fundamentales. México. Edit. Porrúa. 1997. 289 pp.

GUERRERO LARA, E. y GUADARRAMA LOPEZ, E. La Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917-1984). Tomos I y III. México. Edit. UNAM. 1986.

HANS HEINRICH, Jescheck. Tratado de Derecho Penal, parte general. Tercera edición. Traducción y adiciones al español de S. Mir Puig y F. Muñoz. Barcelona. Edit. Bosch. 1978. 696 pp.

HENKIN, Lous. Derecho y Política Exterior de las Naciones. Traducción al español de Beatriz Ventura. Buenos Aires. Edit. Latinoamericana. 1986. 300 pp.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Problemas Actuales del Derecho Constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. México. Edit. UNAM. 1994. 419 pp.

JÍMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Tercera edición. Buenos Aires. Edit. Losada. 1964. 1439 pp.

Los Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones. Doctrina Tomo I. Tercera edición. México. Edit. LII Legislatura de la Cámara de Diputados. 1985.

Los Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones. Historia Tomo I. Tercera edición. México. Edit. LII Legislatura de la Cámara de Diputados. 1985.

Los Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones. Antecedentes y evolución de los artículos 16 a 27 Constitucionales. Tomo II. México. Edit. XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados. 1967.

Los Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones. Antecedentes y evolución de los artículos 107 a 136 Constitucionales. Tomo VIII. México. Edit. XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados. 1967.

MONTIEL Y DUARTE, Isidro. Estudio sobre Garantías Individuales. Quinta edición. México. Edit. Porrúa. 1991. 603 pp.

NORIEGA C., Alfonso. La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917. México. Edit. UNAM. 1967. 119 pp.

Obra Jurídica Mexicana. Tomo III. México. Edit. Procuraduría General de la República. 1985.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Tratados y Convenciones Interamericanas sobre Asilo y Extradición. (Serie sobre Tratados no. 34). (S.I.) Edit. Unión Panamericana OEA. 1967. 97 pp.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Reformas Constitucionales y Modernidad Nacional. México. Edit. Porrúa. 1992. 235 pp.

- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y María Elena Mansilla y Mejía. Manual Práctico del Extranjero en México. Segunda edición. México. Edit. HARLA. 1993. 644 pp.
- QUINTANA ROLDÁN, Carlos F. y Norma D. Sabido Peniche. Derechos Humanos. México. Edit. Porrúa. 1998. 477 pp.
- RAMÍREZ FONSECA, Francisco. Manual de Derecho Constitucional Comentada artículo por artículo. Sexta edición. México. Edit. Porrúa. 1990. 573 pp.
- RECTORÍA e Instituto de Investigaciones Jurídicas. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. México. Edit. UNAM. 1985. 358 pp.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Sexta edición. México. Edit. Porrúa. 1990.
- SEPÚLVEDA, César. Derecho Internacional. Décimoquinta edición. México. Edit. Porrúa. 1988. 713 pp.
- SEARA VAZQUEZ, Modesto. Derecho Internacional Público. Décimoquinta edición. México. Edit. Porrúa. 1994. 741 pp.
- SEARA VAZQUEZ, Modesto. Política Exterior de México. Tercera edición. México. Edit. HARLA. 1985. 414 pp.
- SENADO DE LA REPÚBLICA. Tratados ratificados y Convenios Ejecutivos Celebrados por México. Tomo XXV. (1983-1984). Edit. Secretaría de Relaciones Exteriores. 577 pp.
- SIERRA, J. MANUEL. Tratado de Derecho Internacional Público. México. Edit. Porrúa. 1947. 448 pp.
- TRAVIESO, Juan A. Derechos Humanos y Derecho Internacional. Buenos Aires. Heliasta. 1990. 566 pp.
- TRUEBA URBINA, Alberto. La primera Constitución Politico-Social del Mundo. México. Edit. Porrúa. 1971. 429 pp.
- VERDROSS, Alfred. Derecho Internacional Público. Traducción al español de Truyol y Antonio Serra. Madrid. Edit. Aguilar. 1982, 690 pp.
- ZAMORA-PIERCE, J. Garantías y Proceso Penal. Séptima edición. México. Edit. Porrúa. 1994. 510 pp.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México. Edit. Cámara de Diputados LVII Legislatura. 1998.

Ley de Extradición Internacional. 52a. Edición. México. Edit. Porrúa. 1997.

Ley de Amparo. Cuarta edición. México. Edit. PAC. 1996

Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España. Diario Oficial, 21 de mayo de 1980.

Protocolo por el que se modifica el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en materia penal del 21 de noviembre de 1978. Diario Oficial, 19 de mayo de 1997.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969. Diario Oficial de la Federación 14 de febrero de 1975.

Legislación sobre Derechos Humanos. Cuarta edición. México. Edit. Porrúa. 1996.

Código Civil para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal. 64a. Edición. México. Edit. Porrúa. 1997.

Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal. Novena edición. México. Edit. PAC. 1998.

Código Federal de Procedimiento Penales. 52a. Edición. México. Edit. Porrúa. 1997.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 52a. Edición. México. Edit. Porrúa. 1997.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. México. Edit. Porrúa. 1996.

Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano del 8 de abril de 1982.

Comunicado B-229 de la Secretaría de Relaciones Exteriores, de fecha 16 de julio de 1996.

Comunicado B-232 de la Secretaría de Relaciones Exteriores, de fecha 18 de julio de 1996.

JURISPRUDENCIA

Suprema Corte de Justicia de la Nación.(Pleno) Semanario Judicial de la Federación. Vol. CXXXVI. Época Sexta. Pág. 80.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (Pleno). Semanario Judicial. Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965. Sexta parte. Núm. 162. Pág. 299.

Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Penal de Primer Circuito. Semanario Judicial. Tesis jurisprudencial. Época octava. Tomo I. Segunda Parte - 1. Amparo en revisión. p. 299.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito. Tesis jurisprudencial. Época Octava. Tomo VII - Junio. Amparo directo. 1991. p. 250.

ECONOGRAFÍA

Instituto de Investigaciones Legislativas. Constitución y Congreso. Revista Quorum. Año VI. No. 50. Lugar México. Edit. Instituto de Investigaciones Legislativas de la Cámara de Diputados. Publicación mensual. Febrero de 1997. 5-12 pp.

Pérez, Miguel. Prevén revisar tratado. REFORMA. Año 4. Núm. 1212. Sección A. México. 3 de abril de 1997. p. 12 A.

Medina, María Elena. Acuerdan México y España agilizar las extradiciones. REFORMA. Año 4. Núm. 1213. Sección A. México. 4 de abril de 1997. p. 6A

Anbitarte, Ana y José Luis Ruíz. Acusan de nula colaboración a las autoridades. EL UNIVERSAL. Año LXXXI. Tomo CCCXXII. Primera Sección. México. 22 de julio de 1997. P. 20.