



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

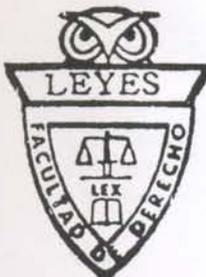
FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

**“LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 12 DE LA
LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA,
VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE NO INCRIMINACIÓN
DEL INCULPADO”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ISRAEL CASTAÑEDA AYALA**



DIRECTOR DE TESIS: FELIPE ROSAS MARTÍNEZ

MÉXICO, D.F.

2007



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DE AMPARO

Cd. Universitaria, D. F., Mayo 24 de 2007.

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
Presente.

Por este conducto, me permito comunicar a usted, que el pasante **CASTAÑEDA AYALA ISRAEL**, con número de cuenta 400090078 bajo la supervisión de este Seminario, elaboró la tesis intitulada "**LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE NO INCRIMINACIÓN DEL INculpADO**", realizada con la asesoría del profesor **Lic. Felipe Rosas Martínez**.

Con fundamento en los artículos 8° fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPIRITU"
DIRECTOR DEL SEMINARIO

LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI

*mpm.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE
AMPARO**

**LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO
P R E S E N T E**

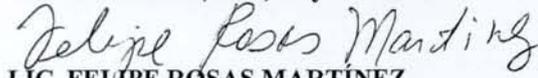
Distinguido Licenciado:

Con toda atención me permito informar a usted que he revisado y asesorado completa y satisfactoriamente la tesis profesional intitulada "LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY CONTRA LA DELICUENCIA ORGANIZADA, VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE NO INCRIMINACIÓN DEL INculpADO", elaborada por el alumno CASTAÑEDA AYALA ISRAEL.

Es de destacar que en el desarrollo de su investigación, el sustentante se apoyó en varios textos legales, por lo que se trata de un trabajo que reúne las condiciones más que suficientes para ser aprobada, a efecto de que el sustentante presente el examen profesional correspondiente, por lo tanto autorizo el mencionado trabajo, por considerar que reúne todos y cada uno de los requisitos que establecen los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes de nuestra Universidad.

Aprovecho la oportunidad para reiterar a usted las seguridades de mi consideración más distinguida.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D.F., mayo 24 de 2007.


LIC. FELIPE ROSAS MARTÍNEZ.
Profesor Adscrito al Seminario de Derecho
Constitucional y de Amparo.

*mpm.

A LA UNAM

Por ser simplemente la mejor Universidad.

A LA FACULTAD DE DERECHO

Suelo sagrado donde cotidianamente concurrieron, concurren y concurrirán, los mejores juristas de este país.

A MIS MAESTROS DE ENSEÑANZAS Y DE VIDA.

Esas grandes personas que comparten sus conocimientos, pero que educan aún más con su ejemplo.

A MIS PADRES, SOCO y JUAN

Quienes han puesto todo cuanto han tenido a la mano para mí. A quienes me reciben con tanto gusto aún después de un día de nubarrones y a pesar de mis travesuras. Con todo mi amor y respeto, mil gracias.

A MIS HERMANOS, JULIO CESAR y CARLOS ALBERTO.

Con quienes aprendí de la mano, mis grandes cómplices. Quienes me enseñaron a competir, reír y llorar; mis compañeros de campañas difíciles, sólo en un hermano como ustedes se puede confiar a ciegas.

A LUCERO ANAYESI VALENCIA BLANCAS

La mujer más increíble, quien con gran creatividad me ha impulsado hacia nuevos horizontes, sólo contigo puedo soñar de verdad y despertar en otro mundo, tu mundo. Tu me enseñaste que los extremos si se pueden juntar si se sabe donde doblar, con todo mi respeto y amor.

A MI ABUELITA TERE.

Con tu cariño de abuela aún inunda nuestros corazones, tú me enseñaste que cuando compartes no pierdes, siempre ganas. Con tu humildad me enseñaste a leer, a saber que cada día hay algo nuevo por aprender. Tú te ocupabas como nadie de mi felicidad; ¡alegre esos corazones! Te quiero por siempre.

A LA FAMILIA CAMPUZANO CASTAÑEDA.

Con especial cariño, mis segundos padres y hermanos.

A MI ABUELITA IRENE.

Con mucho cariño, por dejarme entrar en tu corazón, donde solo unos cuantos privilegiados tenemos lugar, gracias por dejarme vivir con tigo tantas cosas, tu fe me obligo a ser buen niño, ahora me enseña a creer en dios.

A LA FAMILIA AYALA.

Con el cariño de siempre, gracias por ser mi familia.

A DIOS

Principio y fin, por darme el regalo maravilloso de la vida, por ponerme donde día a día puedo ser feliz, porque me diste un gran cerebro para pensar, y no conforme con ello, pusiste en mí un corazón grande para seguir amando.

Después de haberte obligado a aceptar los beneficios que se obtienen al ser justo, y que la justicia no defrauda las esperanzas de los que la practican, quiero que aceptes que es infinitamente muy superior a la injusticia en razón de los bienes que la reputación de hombre virtuoso proporciona.

Platon.

Para que ninguna pena sea una violencia de uno o de muchos contra un gobernado, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima de lo posible para la circunstancia, proporcional al delito, establecida por la ley.

Cesare Beccaria

...lo primero que debe hacer la Constitución política de un pueblo es garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana, para evitar que el gobierno, a pretexto del orden o de la paz, motivos que siempre alegan los tiranos para justificar sus atentados, tenga alguna vez de limitar el derecho y no respetar su uso íntegro, atribuyéndose la facultad exclusiva de dirigir la iniciativa individual y la actividad social, esclavizando al hombre y a la sociedad bajo su voluntad omnipotente.

Don Venustiano Carranza.

Si te fijas puedes conocer la naturaleza y la intención de los caminantes. El blanco parece que marcha; el indio parece que duerme. El blanco husmea; el indio respira. El blanco avanza; el indio se aleja. El blanco quiere poder; el indio, descanso.

Canek

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE NO INCRIMINACIÓN DEL INCULPADO.

ÍNDICE

CAPITULO I.

CONCEPTOS PRELIMINARES

1.1	Concepto de constitucionalidad	.	1
1.2	Concepto de inconstitucionalidad	..	5
1.3	Concepto y especies de constitución		8
1.4	Noción de ordenamiento supremo	.	15
1.5	Inviolabilidad de la constitución	.	24
1.6	Control de la constitución		28
1.6.1	Amparo	.	35
1.6.2	Acción de inconstitucionalidad	.	43
1.6.3	Controversia constitucional	..	49
1.6.4	Control difuso	..	54
1.7	Eficacia de la defensa constitucional	.	57
1.8	Concepto de delincuencia organizada	..	61
1.9	Concepto amplio de arraigo		69

CAPITULO II.

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL INCULPADO.

2.1	Concepto de garantía individual	.	74
2.2	Tipos de garantías y el proceso penal	..	84
2.2.1	Libertad	.	94
2.2.2	Igualdad		99
2.2.3	Seguridad jurídica	...	103
2.2.4	Seguridad social	.	107

2.3	Etapas del proceso penal y sus garantías		112
2.3.1	Durante la averiguación previa	.	117
2.3.2	Durante el proceso	.	121
2.3.3	Durante la pena	..	124
2.4	La de acceso a la justicia impartida por tribunales	..	129
2.5	La de audiencia	.	134
2.6	La de prueba	..	141
2.7	Presunción de inocencia	.	145
2.8	Adecuada defensa		150
2.9	No Incriminación		154
2.10	Libertad contra la prisión preventiva	..	159
2.11	Aplicación estricta de la ley	.	168
2.12	La de intuición pro reo	..	173

CAPITULO III.

ANÁLISIS DEL ARRAIGO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

3.1	Concepto de arraigo	.	177
3.2	La privación legal de la libertad	..	195
3.3	Delitos contra la sociedad	...	202
3.4	Limite temporal del arraigo	.	208
3.4.1	Limite legal	.	212
3.4.2	Abreviación del plazo		213
3.5	Fines del arraigo	.	217
3.5.1	Medida cautelar para la integración de la averiguación previa	..	218
3.5.2	Como prueba	..	220
3.6	Personalidad y representación del arraigado	..	226
3.7	Defensa legal del arraigado		230

CAPITULO IV

PROPUESTA DE DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

4.1	Limite del Ministerio Público en la investigación del delito	.. 235
4.2	Inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada..	246
4.3	Derogación del artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada	. 253
4.4	Beneficios de la derogación del artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada	. 262

CONCLUSIONES	.. 267
---------------------	---------------

PROPUESTAS	.. 270
-------------------	---------------

BIBLIOGRAFÍA	. 273
---------------------	--------------

ANEXOS	. 282
---------------	--------------

INTRODUCCIÓN

El propósito de esta obra, es realizar un estudio sobre el arraigo contenido en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, lo que me llevo a elaborar la tesis intitulada *LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE NO INCRIMINACIÓN DEL INCULPADO* con la cual pretendo obtener el título de Licenciado en Derecho. Aunado a lo anterior, en la realidad encontré hechos que no se ajustan a los principios que establece nuestra Constitución, motivos que a continuación se expresan.

La delincuencia organizada, es un mal que se ha introducido en nuestra sociedad de forma sigilosa, pues se organiza en forma clandestina alejado de la legalidad y las buenas costumbres, es un síntoma de descomposición social.

Sin embargo, el funcionamiento de estas agrupaciones criminales no sólo tiene un componente social, pues al ser organizaciones delictivas que buscan hacer del crimen una industria económicamente redituable y que con un alto grado de éxito lo consiguen, pues basta la captura de algún connotado delincuente, para que salga a la luz pública las grandes fortunas económicas, que produce la industria del delito.

En ese sentido debemos entender que la impunidad es el gran gatillo que detona al crimen organizado, pues la incapacidad del sistema jurídico para sancionar a los delincuentes, es el mejor aliciente y el único necesario para que otros grupos de personas se organicen con el objetivo de cometer delitos en forma reiterada, para conseguir cantidades de dinero que de forma lícita les sería imposible.

Desde el punto de vista jurídico, corresponde al Poder Judicial Federal y a la Procuraduría General de la Republica, resolver la alarmante impunidad en nuestro país, que a nuestro parecer debe estar cimentada por una política

criminal clara, donde se elaboren métodos precisos de investigación criminal apoyados en las ciencias forenses y la criminalística, donde la institución del Ministerio Público sea un verdadero investigador de la verdad y paladín de la reparación del daño y atención a la víctima, y no sólo un buscador de reos.

No obstante lo anterior, en nuestro México, cada vez se que se habla de reformas en la impartición de justicia, se ha optado por el camino de imponer penas mayores a los delitos ya establecidos y tipificar otras conductas como nuevos delitos, en algunos de los casos duplicando el tipo penal, es decir, sancionando la misma conducta, en dos o más leyes y/o en diversos tipos penales.

Con esa ideología surge la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, como una ley especial que retoma delitos ya contemplados en nuestra legislación federal y re-tipifica la conducta, pero en ésta vez, no lo hace con la conducta delictiva, pues en esta ocasión se busca sancionar los medios preparatorios que en otras circunstancias no serían sancionables pues aún no existe lesión al bien jurídico tutelado.

Así es, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada rompe con el principio de lesividad y llega al extremo de tipificar como delitos, acciones que únicamente se encuentran en la psiquis del criminal o bien que la acción desplegada no lesiona material ni formalmente el bien jurídico tutelado.

Lo anterior resulta ser un desatino del legislador, sin embargo ante el clima social de inseguridad e impunidad nadie se atreve a señalar los errores de esta ley, pues el mismo nombre de la ley indica que es contra la delincuencia organizada deslegitimando al respecto cualquier acción defensiva que se pretenda realizar.

No obstante lo anterior, con la sola creación de una ley especial o su nomenclatura, no basta para combatir al crimen organizado, pues para ello se

necesita la implementación, que la ley se ponga en práctica. Pero en verdad ésta ley ¿sólo se aplica a delincuentes?

No es el caso, pues conforme a nuestro sistema de derecho no podemos calificar a un gobernado de delincuente, sino hasta la sentencia definitiva y condenatoria que emita un Juez, en cambio, la ley se aplica aún antes de integrada la averiguación previa, a un gobernado que sólo es considerado como sospechoso de participar o ser miembro de una organización criminal.

Un claro ejemplo de lo anterior es cuando la Procuraduría General de la Republica solicita el arraigo de un ciudadano, para poder tener tiempo de investigar si efectivamente tiene o no alguna responsabilidad criminal, por lo menos en grado de probabilidad.

Así creemos que esta ley de excepción, puede ser aplicada a cualquier ciudadano, quien ve limitadas sus garantías mínimas, sufriendo en carne propia dos males, el primero ser victima de la delincuencia organizada y el segundo ser victima del poder opresor del Estado.

Situación que dentro de un Estado de Derecho no es permisible, pues bajo ningún pretexto se puede coartar las garantías individuales de los ciudadanos y es entonces cuando la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se convierte en la última esperanza del ciudadano para conseguir la protección de sus garantías individuales o su resarcimiento.

CAPÍTULO I.

CONCEPTOS PRELIMINARES

1.1 CONCEPTO DE CONSTITUCIONALIDAD.

El hombre por su naturaleza racional constructiva ha ideado la forma de someter el medio ambiente a sus necesidades, produciendo en su más amplia concepción “la cultura” y producto avanzado de ello, el “Estado Moderno” como forma de organizar los grupos sociales, de esa forma, la institución Estatal logra trascender a la mortalidad de los individuos que la conforman.

El ser humano gregario ha inventado instituciones sociales, de las cuales, una de las más importantes es la ley, la cual tiene como principal función proteger a los individuos en lo particular y a la sociedad como conjunto humano; instituciones sociales que se plasman en enunciados descriptivos o imperativos y detallan conductas a seguir o prohibiciones, establecidas con el objeto de lograr patrones de conducta homogéneos dentro de una sociedad y preservar la coerción social.

El respeto a los patrones de conducta aceptados como buenos por una sociedad, es bien recibido y calificado de legal, como signo de aprobación o pre-valoración de una determinada conducta. Su contrario la conducta desviada o anti-social es sancionado con la ilegalidad.

Así, la noción de constitucionalidad descansa sobre la idea de legalidad, que es elevada a rango superior cuando se tiene un sistema jurídico jerarquizado alrededor de una norma fundamental denominada Constitución, pues a partir de esa primigenia creación de norma, se establece una idea

directriz que sirve como modelo de nación, idealizando los mínimos de respeto para lograr la convivencia del ser humano en sociedad, estableciendo la calificación de legalidad máxima, denominada constitucionalidad.

En principio, la constitucionalidad es el actuar que se encuentra vinculado por el texto de una Constitución, es decir, cuando la conducta se ajusta a las prescripciones establecidas en ese texto legal, en un segundo momento, la constitucionalidad se refiere al apego afectivo que un gobernado posee a los valores y principios esenciales que se establecen en la Constitución, que crean derechos y prerrogativas implícitos a favor de los gobernados. Esos ideales y valores son la fuente de creación constitucional, que con su materialización otorgan fijeza y vigencia a la norma, dando al Estado su función como garante de la convivencia social y que evidencia su verdadera razón de existir.

Desde otro punto de vista, la constitucionalidad no es una potestad sino una imposición al gobernante, quien aun cuando detenta el poder público del gobierno, se ve sometido al cumplimiento de la Constitución, pues la fuerza coactiva que reside en ésta, deriva de las facultades soberanas con las que actúa el poder constituyente; en el mismo sentido coincide la Doctora Aurora Arnaiz Amigo:

“El pueblo soberano, reunido en cuerpo consultivo y decisivo crea los poderes, las instituciones, las facultades y las autoridades de un Estado. Las obligaciones y derechos del Estado lo son del pueblo; asimismo los denominados bienes públicos.”¹

En un sistema de gobierno democrático, como el nuestro, el poder creador de un nuevo Estado se manifiesta a través de la representación de

¹ ARNAIZ AMIGO. Aurora, SOBERANÍA Y POTESTAD , 2ª ed, México, Miguel Ángel Porrúa, 1981, p.30.

todos los gobernados en la asamblea constituyente, la cual edifica el proyecto de Nación plasmando sus ideales en el texto constitucional que se erige como la ley suprema mientras adquiere fijeza.

Este nuevo proyecto de nación, se encuentra sometido a constante revisión y cambio, por lo cual, se emplea la representación del pueblo en los poderes constituidos, bajo la condición de que la soberanía reside originalmente en el pueblo, así se establece en el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por ello, todo poder público dimana del pueblo y se instituye en su beneficio, como se aprecia de la siguiente transcripción:

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

La norma constitucional también establece que en todo momento el pueblo tiene el inalienable derecho de alterar o modificar su forma de gobierno, lo que sugiere la continuidad del poder constituyente en el poder constituido, a través del cual se puede modificar el régimen normativo supremo e incluso su forma de gobierno, siempre y cuando se lleve a cabo por los causes constitucionales establecidos para ello.

Entonces la constitucionalidad establecida como la exacta coincidencia de una conducta a los ideales establecidos en una Constitución, necesariamente se encuentra vinculada con el ejercicio del poder o la representación, pues el Poder Constituyente fija las reglas de conducta permitidas y aceptadas conforme a su ideología, bajo amenaza de utilizar la coacción para el caso de que se exceda la acción permitida por la norma, o se realice la prohibida, así produce estándares de conducta que logran desarrollar una identidad de nacional que distingue a éste pueblo de otros.

Con lo anterior se aprecia el alto componente político de la Constitución y que la estabilidad de la norma suprema no depende únicamente de la legalidad sino que además requiere de la identidad del pueblo con los ideales plasmados en la norma suprema, así lo considera Ferdinand Lassalle:

Los problemas constitucionales no son, primeramente, problemas de derecho, sino de poder; la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas mas que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social.²

De lo anterior concluimos, que la constitucionalidad también puede ser vista como el apego a la soberanía absoluta, por ello, en nuestro sistema político democrático el respeto a las decisiones del pueblo, que incluso someten a los Poderes de la Unión bajo su imperio.

Históricamente la idea de constitucionalidad surge con el fin de frenar la tiranía de los gobernantes, imponiendo una serie de derechos básicos en favor de los gobernados, que se concreta y adquiere vigor jurídico en el principio de legalidad, el cual limita a los detentadores del poder e impone a éstos la obligación de actuar de acuerdo a sus funciones y facultades legales, realizando sólo aquello que les esta expresamente conferido por las leyes y con anterioridad al hecho.

Según su significado etimológico, constitucionalidad significa calidad de constitucional, lo que nos indica la estrecha vinculación que guarda la constitucionalidad con la legalidad.

² LASSALLE. Ferdinand, ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?, 3ª ed, México, Colofón, 1990, pp. 70 y 71.

En un nivel básico, toda legalidad se encuentra vinculada al análisis por contraste con el texto supremo para poder acceder al rango de constitucionalidad, pero éste análisis necesariamente es extrínseco a la Constitución, pues para decidir la constitucionalidad resulta necesario saber si la norma secundaria o el acto de autoridad se ajustan a la Constitución y nunca se debe realizar la operación contraria. La constitucionalidad definida desde el punto de vista de otras leyes la podemos entender de la siguiente forma:

“CONSTITUCIONALIDAD. Calidad de constitucional. Conformidad o compatibilidad de una ley común con respecto a la Constitución del Estado³”.

De lo anterior, podemos afirmar que la definición de constitucionalidad se presentada como una institución difícil de definir, pero que en todo caso su significado incumbe al ser humano, su organización y su forma particular de ver el mundo en un momento determinado de la historia, por ello, nuestra definición de constitucionalidad en nuestro sistema jurídico es la siguiente: El actuar conforme a los principios, valores e ideales aceptados en una sociedad en un tiempo determinado, expresados en una norma jerárquicamente suprema, elaborada por el poder soberano y en beneficio del pueblo.

1.2 CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

La Constitución como cuerpo normativo prevé la legalidad, ya sea en forma de enunciados imperativos o prescriptivos y de lo cual surge la legalidad a su mayor de grado, es decir la constitucionalidad, distinto a su antagónico la ilegalidad que en máximo grado denominamos inconstitucionalidad, pues contraviene la ley suprema.

³ <http://www.notariapublica.com.mx/diccionario.html>

Para entender la ilegalidad a nivel constitucional es necesario saber el concepto de lo antijurídico que el Doctor Hans Kelsen define como:

“Lo antijurídico es la conducta, determinada en la proposición jurídica como condición, de aquel hombre contra de quien se dirige el acto coactivo estatuido en la proposición jurídica como consecuencia.⁴”

Podemos ver que lo antijurídico se encuentra estrechamente ligado al concepto de sanción, concluyendo que la antijuridicidad constitucional es sancionada con la inconstitucionalidad del acto.

Con esa sanción se resguarda al gobernado contra la pretensión de la autoridad de lograr su cumplimiento coactivo, siempre que el acto se encuentre alejado de los requisitos mínimos y exigencias constitucionales, es decir, cuando no se ajusta a los principios reconocidos por el pueblo como ideales de conducta.

Si la constitucionalidad es la adecuación de un acto a la ley suprema, la inconstitucionalidad es el actuar de una entidad que no se ajusta a las estipulaciones establecidas en la Constitución. Cabe aclarar que según ésta amplia concepción de lo inconstitucional, cualquier persona o corporación pueden actuar de forma inconstitucional, pero en la práctica jurídica mexicana actual sólo se reconoce la inconstitucionalidad por parte de una autoridad.⁵

Aun cuando algunos autores distinguen la inconstitucionalidad de la anticonstitucionalidad, la primera como la ausencia de los elementos prescriptivos de valides constitucional y la segunda como la contravención

⁴ HANS Kelsen, TEORÍA PURA DEL DERECHO 2ª edición, México, Nacional, 1981, p. 53.

⁵ Nota del autor.- Consideramos factible la inconstitucionalidad producida por cualquier ente, pues si las garantías individuales son oponibles incluso al poder publico detentador del gobierno, con mayor razón esos derechos pueden hacerse valer contra cualquier gobernado.

directa de una norma constitucional imperativa, ésta distinción no tiene ninguna trascendencia real, pues los actos viciados de constitucionalidad son ilegales sin importar la distinción formal.

Es necesario precisar que la inconstitucionalidad no se actualiza sólo cuando falta coincidencia de una acción del poder público con del texto constitucional, sino también, cuando de forma sustancial se vulneran los principios éticos, morales o afectivos establecidos en la Constitución en forma de ideales o modelos de conducta a seguir, por ello, cuando se analiza el actuar de la autoridad a la luz del texto constitucional, la extensión protectora no termina en el propio texto de la Constitución, sino que resulta necesario acudir al origen de la norma y a su razón de existir para interpretar la verdadera pretensión del creador de la norma, el espíritu de la ley, y así encontrar el verdadero límite de protección de una determinada garantía individual.

De lo anterior, podemos concluir que cuanto más importante y vigente es para el pueblo una determinada garantía individual, mucho mayor es la extensión protectora de la Constitución a los gobernados, que buscan revitalizar la justicia que pretendió plasmar el constituyente en el texto primigenio, acogiendo los valores sociales y convirtiéndolos en valores constitucionales.

Ahora bien el hecho ilícito que resulta de contravenir al texto supremo, tiene una sanción jurídica que puede ser la nulidad, ineficacia, extinción o pérdida de vigencia del acto de autoridad, pero tal sanción debe ser expresa, pues a favor de los actos de autoridad existe la presunción de legalidad conforme al principio de juridicidad *in genere*, por ello, se instituyen procedimientos a favor del particular que estima violadas sus garantías individuales.

Debemos acentuar que la inconstitucionalidad como sanción, para su eficacia a favor del particular, necesita la declaración expresa de contravenir los principios constitucionales, lo que en nuestro sistema jurídico de protección constitucional sólo se puede llegar a realizar cuando el acto violatorio de garantías proviene de una autoridad.⁶

Como ya se vio, la autoridad puede actuar de forma contraria a los principios constitucionales, pero también existe la posibilidad de que la violación a las garantías individuales se cometa por omisión, cuando la autoridad debiendo realizar su función pública, deja de hacerla.

Se concluye, la inconstitucionalidad es un hecho ilícito cometido por una autoridad por vía de acción u omisión, que resulta contraria al texto constitucional, sus valores e ideales, en perjuicio de los gobernados y cuya sanción de nulidad, necesita declaración expresa.

1.3 CONCEPTO Y ESPECIES DE CONSTITUCIÓN.

Analizados los conceptos de constitucionalidad e inconstitucionalidad, pareciera más sencillo dilucidar el concepto de Constitución, sin embargo, no por ello es un concepto de fácil definición, pues presenta diversas acepciones y significados como a continuación de precisara.

Para entender el concepto de Constitución, es necesario saber la materia de estudio, pues la misma es estudiada ampliamente por la ciencia política, la sociología y la ciencia jurídica, razón por la cual, su significación ésta sesgada por la ciencia que la define, por ende, se impone abordar el tema desde su

⁶ Nota del autor.- En nuestra opinión el órgano jurisdiccional puede conocer de una violación constitucional cometida por un particular, dando así protección constitucional integra al gobernado, pues definitivamente las garantías individuales deben ser respetadas por la autoridad, pero igualmente, por los particulares cuando se encuentran sometidos a una relación de supra-subordinación.

significado etimológico y seguir con un análisis multidisciplinario donde se tiene como centro de estudio a la norma como regla de conducta, cuya máxima expresión se manifiesta en la Norma Suprema de un país.

Debemos precisar que la Constitución como norma máxima, es un instrumento jurídico que establece el lenguaje entre los diversos factores de la sociedad, estipulando las prerrogativas y deberes fundamentales de todo individuo inmiscuido en el conglomerado social.

La Constitución, también es un instrumento artificial, producto cultural, cuya denominación y esencia jurídica la sitúa como la ley primigenia del Estado que fija los límites de los poderes constituidos y establece una comunicación e interrelación entre los diversos entes estatales. Por su significado gramatical, según el diccionario significa:

“CONSTITUCIÓN.- (del latín *constitutio* ñnis.) Acción y efecto de constituir. || 2.- Esencia y calidades de una cosa que la constituyen tal y la diferencian de las demás. || 3.- Forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado. || 4.- Ley fundamental de la organización de un Estado. || 5.- Estado actual y circunstancias en que se hallan algunos reinos, cuerpos o familias. Según la CONSTITUCIÓN actual de Europa, se puede tener una guerra. || 6.- Cada una de las ordenanzas o estatutos con que se gobierna una corporación. || 7.- Fisiol. Naturaleza y relación de los sistemas y aparatos orgánicos, cuyas funciones determinan el grado de fuerzas y vitalidad de cada individuo. || 8.-. Der. En el derecho romano, ley que establecía el príncipe, ya fuese por carta, ya por edicto, decreto, rescripto u orden (...)”⁷

El concepto de “Constitución” inventado como el único ente soberano de la Nación que somete a su potestad a los “tres poderes clásicos” del Estado Moderno, contiene dentro de su estructura elementos políticos, sociales y

⁷ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, DICCIONARIO tomo I, Madrid, ESPASA, 1984, p. 365.

jurídicos, configurándose entonces las características de una ley fundamental; así lo considera el jurista Eduardo Pallares:

“La Constitución es la ley fundamental: a) Porque es la que sirve de base de las demás leyes, de tal manera, que estas deben estar de acuerdo con los preceptos contenidos en aquella; b) Porque el imperio jurídico de que gozan las autoridades del país deriva directamente de la Constitución. Ninguno de los poderes constitucionales debe obrar fuera de las atribuciones que la ley le concede y la fuerza jurídica de los actos tiene como causa legal la propia Constitución (...); c) Se considera también la Constitución como la ley fundamental por que organiza políticamente a la nación, y fija los principios a que debe sujetarse los altos poderes públicos.⁸”

La Constitución como instrumento protector, plasma en forma esencial los valores más altos y queridos, que son aceptados y reconocidos por la sociedad como ideales de comportamiento para cada individual inmiscuido en el conglomerado social, en un momento y lugar determinado.

En tiempos remotos como en la antigua Grecia, el concepto de Constitución no se encuentra completamente desarrollado, pero se concibe a la Constitución como una forma de organización, que es identificada con el gobierno y la soberanía, lo anterior se aprecia en la obra de Aristóteles:

"La Constitución es el ordenamiento de la ciudad con respecto a sus diversas magistraturas y señaladamente a la suprema entre todas. Dondequiera, en efecto, el gobierno es el titular de la soberanía y la Constitución es, en suma, el gobierno⁹”

La identidad entre gobierno y soberanía, debe entenderse aparejado a la idea aristotélica de “formas de gobierno”, pues la soberanía dependiendo de la forma de gobierno, reside en un gobernante, en unos pocos o en todos; como

⁸ PALLARES Eduardo. ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN? , 4° ed, México, Fontamara, 2000, pp. 9 y 10.

⁹ ARISTÓTELES, LA POLÍTICA ,19 ed., Sepan Cuantos, Tomo 70, México, Porrúa, 2000, p. 203.

en la democracia. Cuando se gobierna para el beneficio de todos necesariamente estaremos ante la presencia de constituciones rectas y cuando sucede lo contrario serán constituciones desviadas. Aristóteles nos deja ver que los valores son parte del concepto de Constitución cuando manifiesta:

“Pues del mismo modo, y no obstante lo desiguales que puedan ser, obra de todos los ciudadanos es la salvaguarda de la comunidad; y como la comunidad es la Constitución, necesariamente **la virtud del ciudadano habrá de ser relativa a la Constitución.**¹⁰”

Se puede apreciar claramente que la referencia a la virtud, es decir, a lo deseable del ciudadano, necesariamente se encuentra vinculado con el tipo de Constitución, así los valores señalados como virtuosos para un tipo de Constitución no lo serán para otro, ajustando la actuación virtuosa a esa norma, o bien, a los valores reconocidos por la sociedad. Por tanto, una acción será constitucional cuando se ajuste a los valores o virtudes planteados en la Constitución.

Los valores plasmados en una Constitución a través de normas, deben ser aceptados por la mayoría de los ciudadanos, pues de lo contrario la inestabilidad política de ese régimen jurídico propiciaría su fin a manos de la rebelión, desobediencia y consecuente ineficacia del instrumento jurídico como fuente de coerción social. Pero esas virtudes, no siempre son plasmadas en forma expresa en la Constitución, aunque siempre en forma tácita son instrumento de coerción dentro de la cotidianidad de la sociedad.

“Obedecemos a los magistrados que se suceden en el gobierno de la ciudad tanto como obedecemos a las leyes, sobre todo a las que aseguran la protección a las víctimas de la injusticia y aun a

¹⁰ ARISTÓTELES, LA POLÍTICA, 19 ed., Sepan Cuantos, Tomo 70, México, Porrúa, 2000, libro III c. II, p. 200.

las leyes no escritas que **atraen a sus transgresores el desprecio público.**^{11,}

Aun cuando el texto transcrito es eminentemente político, es de hacerse notar, que existen leyes no escritas y por tanto no jurídicas pero si vigentes, que igualmente son respetadas por la generalidad de los gobernados, pues su contravención tiene como consecuencia una sanción que impacta en el patrimonio moral afectivo de quien desobedece la norma, como; el desprecio social que se alza como una seria amenaza y que es una arma natural de defensa de la sociedad contra la violación a sus valores o ideales.

Forma de reacción social no organizada, mediante la cual se asegura que la Constitución como norma máxima continúe teniendo un amplio poder como instrumento de coerción social, asegura la paz entre sus individuos, propicia la estabilidad y permanencia de la sociedad y de su orden jurídico supremo, a través del sometimiento de los gobernados a la soberanía de la Constitución.

Una de la más importantes teorías que explican la creación del Estado y la Constitución es la creada por Jellinek, en la cual la sociedad crea un sujeto jurídico superior a ellos, por medio del cual declara la existencia del Estado-Nación a través del instrumento jurídico político denominado Constitución.

“Así pues el acto de voluntad común por el cual los fundadores de un Estado han establecido este por encima de si mismos, no puede ser un contrato, puesto que no produce efectos contractuales. Y es ésta una de las razones por las cuales el Estado, una vez formado, constituye, no una sociedad contractual entre sus miembros, sino **un sujeto jurídico superior a ellos.**^{12,}

¹¹ PERICLES, EL DISCURSO SOBRE LA DEMOCRACIA , citado en MARTÍNEZ José Luis, GRECIA , El Mundo Antiguo, Tomo II, 1°ed, México, SEP, 1988, p. 94.

¹² MALBERG. Carré de, TEORÍA GENERAL DEL ESTADO 2° ed, México, Facultad de Derecho UNAM y Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 72.

Como ya se dijo, el único ente soberano dentro del Estado Moderno es la Constitución, por tanto, se considera como superior a los órganos que lo componen y superior a las otras normas creadas por un poder constituido denominado el Poder Legislativo o Constituyente Permanente.

La superioridad de la Constitución supone su permanencia, para lo cual debe ser protegida con la estabilidad social, económica y política; la soberanía proporciona el punto de partida para su obligatoriedad y la razón por la cual se puede imponer aun en contra de la voluntad del particular, sometiendo incluso a los Poderes de la Unión.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por su forma es escrita y ello obedece a la idea de dar seguridad y permanencia, el texto se convierte en un instrumento que facilita su conocimiento por el conjunto de individuos que conforman una sociedad, al mismo tiempo que propicia su fijeza y efectiva difusión y cumplimiento.

Ciertamente, la Constitución está dirigida a todos los individuos que conforman la sociedad, por ello, su redacción debe ser lo más simple y clara posible a fin de que cualquier persona reconozca en ella, sus derechos y prerrogativas así como las instancias sociales y jurídicas a las que puede acudir en caso de violación a sus derechos fundamentales, alejándolos entonces de la arbitrariedad, la corrupción y la violencia; en el mismo sentido, de forma inmejorable lo expresa el maestro Diego Valadés:

“La arbitrariedad, la corrupción y la violencia son el alto precio que las sociedades pagan, cuando la mayoría de sus miembros no conocen sus derechos y sus obligaciones¹³”

La Constitución surge históricamente de la oposición de los gobernados a las acciones arbitrarias, quienes con esa idea en común, se organizan para imponer límites al soberano, restringiendo su modo de actuar y estableciendo las garantías mínimas de los gobernados, de lo que se colige, que la Constitución es producto de una idea organizada cuya manifestación real es expresada en el orden jurídico supremo, que constituye también una manifestación verdadera de poder soberano.

“Mediante tal poder, la **nación se autodetermina**, es decir, **se otorga una estructura** jurídico-política que se **expresa** en el ordenamiento fundamental o **Constitución**.¹⁴”

La anterior definición, es útil para distinguir que no obstante las diferentes formas de gobierno, la Constitución como idea organizadora no es exclusiva de las democracias modernas, pues aun las dictaduras aceptan la idea de tener un texto supremo sobre el cual descansa la legalidad y establece los límites de las diversas fuerzas políticas.

La Constitución es un instrumento jurídico que impone límites al poder político y en especial al poder gobernante, a través del cual se organiza al Estado alrededor de la norma suprema y por debajo de ella. Es fuente primigenia de regulación normativa cuyo texto da origen y legalidad a todas las normas secundarias, de igual forma, establece los medios de comunicación entre los diversos factores de la sociedad, así lo expresa el maestro Cesar Benedicto:

¹³ CASARES NIETO, Enrique, Lenguaje y Derecho, Colección Nuestros Derechos, co-ed. Cámara de Diputados-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2ª ed, 2002, México, pag. XX, cita prologo Diego Valadés.

¹⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano, 16ª ed., México, Porrúa, 2003, p. 224.

“La Constitución es, desde luego, la base y el sustento de toda organización estatal; es el régimen del consenso político y la fuente del lenguaje político entre los actores del poder y entre ellos y la sociedad.¹⁵”

La Constitución se puede ver como forma de organización social, por lo que no es extraño que algunos autores se refieran a la Constitución como sinónimo de gobierno, pues la fuerza política se expresa y se limita en la misma. El poder político tiene una gran influencia en la norma suprema, pero también adquiere de ella su legitimación, al regular su actuar y estableciendo límites a la constante ambición de los gobernantes de controlar al pueblo, estipulando expresamente sus límites de acción y señalando la independencia entre los diversos factores de poder.

Concluimos que la Constitución es la norma primigenia de una nación donde los factores reales de poder expresan sus ideales de conducta y los valores aceptados en un momento determinado, creada a través de la transmisión del poder soberano al instrumento jurídico bajo el cual se someten los poderes constituidos, en donde se establece el lenguaje entre los poderes de Estado y donde se fijan los derechos mínimos del gobernado así como sus prerrogativas.

1.4 NOCIÓN DE ORDENAMIENTO SUPREMO.

Sólo a través de la vida en sociedad el hombre desarrolla sus habilidades a plenitud, creando su historia, organizando su forma de gobierno y dotándose de sus normas fundamentales.

¹⁵ BENEDICTO CALLEJAS, Cesar, TEMAS SELECTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL , México, UNAM-Senado de la Republica, 2003, pp. 64 y 65.

La máxima ley de un Estado es su Constitución, sobre la que se edifica todo el sistema jurídico nacional, fuente de toda legalidad y base del sistema jurídico que otorga la presunción de legalidad a todas las leyes que se crean bajo su vigencia.

La corriente ideológica denominada constitucionalismo, nace y se desarrolla a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, época en la que se desarrolla la Independencia de las Trece Colonias, la Revolución Francesa y en general el Renacimiento, que constituyen los antecedentes históricos y forman la ideología de la ley como orden supremo, produciendo el constitucionalismo y como consecuencia al Estado de Derecho.

El Estado de Derecho a diferencia de otro tipo de organización social, tiene la característica de agrupar sus normas alrededor de una ley suprema denominada Constitución, que surge en principio, por la lucha para obtener de los gobernantes su sometimiento a reglas previamente establecidas, imparciales y uniformes, en segundo lugar, como reconocimiento de la legitimación del poder creador de leyes y, en tercer orden, implica la existencia de un poder revisor de la constitucionalidad.

Para hacer un recuento de los sistemas de organización social, que dicho sea de paso, son de cierta forma cíclicos; a lo largo de la historia transitamos por el Estado beligerante, donde el poder de la fuerza gobierna y juzga; en seguida por el Estado religioso, donde la divinidad o lo sobrenatural ocupan el centro del control y sobre lo cual reside el poder rector, decisivo y sancionador; en un tercer estadio, donde la ley es la máxima autoridad y representa el poder soberano, éste último denominado Estado de Derecho, cuya piedra angular es la Constitución como norma primigenia y fuente de todo el marco legal estadual.

De esa forma, el marco de legalidad que sustenta al Estado de Derecho, únicamente es comprensible cuando se elabora un orden jerárquico, que sitúa a la norma constitucional por encima de cualquier manifestación de poder, catalogada como la *summum imperium*, superioridad absoluta de poder.

Los poderes constituidos adquieren fuerza jurídica exclusivamente cuando sus facultades se ajustan a los principios y lineamientos establecidos en la Constitución, reuniendo la legitimación que derivada de ajustarse a la voluntad soberana calificada como constitucionalidad y logrando fuerza obligatoria en sus determinaciones.

La Constitución como producto histórico, es el reflejo de una sociedad, pues en ella, se plasma en forma precisa los ideales y valores de ésta sociedad, prohibiendo lo que en el pasado fue un lastre o daño a la nación, con lo que se pretende evitar, en la medida de lo posible, que dichos acontecimiento no deseados se repitan nuevamente; mientras que la obediencia a sus postulados se garantiza con la amenaza de hacer cumplir sus normas, aun contra la voluntad del gobierno y los gobernados, por medio de la fuerza pública.

Como instrumento jurídico su supremacía se da primero por su creación temporal, pues generalmente una nueva Constitución es elaborada cuando surge un nuevo Estado, o bien, cuando uno existente necesita reformas de gran importancia, que tienen como resultado el replanteamiento de los factores fundamentales de ese Estado. La Constitución es entonces un instrumento de conservación ante cambios sociológicos bruscos o radicales.

Por ser una norma primigenia, nacida dentro de una nueva era política, económica o social dentro de una nación, funge como punto de partida para otras leyes y afirma su superioridad ante éstas, cuando sanciona con la

inconstitucionalidad las creadas en contravención a sus principios rectores. Así lo afirma el Doctor Ignacio Burgoa Orihuela:

“...dicha Constitución sea el ordenamiento básico de toda estructura jurídica estatal, es decir, el cimiento sobre el que se asientan el sistema normativo de derecho en su integridad. Consecuentemente **el concepto de fundamentalidad equivale al de primariedad...**¹⁶”

En nuestro sistema jurídico se establece la supremacía constitucional en el artículo 133 que dispone:

“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 y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

Como podemos apreciar, la Constitución establece una relación autopoyética, cuando considera ley suprema a las leyes que expida el Congreso de la Unión y los tratados celebrados por el Ejecutivo Federal, pero en todo caso impone un límite, que es la correspondencia con la propia Constitución, realizando un acto evidente de supremacía con respecto de dos formas distintas de leyes, las leyes federales y los tratados; lo que afirma la superioridad intrínseca de la Constitución.

De esa forma, la Constitución limita la creación de leyes y su vigencia al respeto de la propia Constitución y en especial a las garantías individuales, cuya violación por actos o leyes es sancionada por el poder judicial con la inconstitucionalidad, y por ende, protege al gobernado contra su cumplimiento.

¹⁶ BURGOA ORIHUELA Ignacio. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO , 16ª ed, México, Porrúa, 2003, pp. 357 y 358.

Aún cuando ya vimos que el constitucionalismo es relativamente reciente, la idea de tener una norma suprema no es nueva, pues ya en la antigua Grecia existen “constituciones” que son estudiadas por Aristóteles en su libro “La Política”; en Roma existen las “*rem publicam constituere*”, que son normas superiores con respecto de otras.

Así, es claro que la supremacía constitucional no puede recaer sólo en la primacía, sino además en las características de su proceso creativo, que es decisivo para establecer su superioridad con respecto a otras leyes, pues la Constitución es creada con poder soberano mediante el poder constituyente y las leyes posteriores son creadas por un poder legislativo, es decir un poder constituido, lo que no solo atiende a su temporalidad sino también a su forma.

En cualquiera de los dos eventos la norma debe tener como medio de aplicación eficaz, la amenaza del uso de la fuerza pública o bien el uso de la misma, para preservar su efectividad como medio de control social, tal y como lo manifiesta el Doctor Ignacio Burgoa que dice:

“La imperatividad, llamada también autarquía de la norma jurídica, consiste en que esta se **sobrepone a la voluntad de los sujetos** cuya conducta encauza, **regulándola obligatoriamente a pesar de que dicha voluntad** sea remisa o refractaria a su acatamiento o de que no le conceda o le niegue validez.¹⁷”

Históricamente, se considera a la “Magna Carta”, como la primer Constitución de la era moderna, pero desde nuestro punto de vista consideramos tal evento como un pacto entre el Rey Juan Sin Tierra (1196-1216), que al aumentar unilateralmente las contribuciones, puso en riesgo los intereses económicos de los Barones quienes en una rebelión hicieron firmar

¹⁷ BURGOA ORIHUELA. Ignacio. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO 16° ed., México, Porrúa, 2003, p 17.

dicho documento al Rey, en el cual se limitaba su potestad soberana y se reconocen derechos de los gobernados, únicamente bajo la amenaza de un derrocamiento, lo que evidentemente tiene tintes de un acuerdo de voluntades, razón por la cual carece de un elemento esencial de las Constituciones, que es la expresión del poder soberano.

Por lo anterior consideramos a la Constitución de los Estados Unidos de Norte América de 1787, como la primera Constitución moderna, la cual ya contiene todos los elementos formales y materiales. Esta desde su nacimiento se proclama como ley suprema en su párrafo segundo del *article VI* señala:

*“The supreme Law of the land, and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding.”*¹⁸

Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan bajo la autoridad de los Estados Unidos será ley suprema del país, y los jueces de cada estado están obligados a observarla sin que disposición en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado que en contrario a pesar establezca.

Artículo que fue integrado casi en forma literal al texto de nuestra primera Constitución mexicana y ha pasado a formar parte de nuestra legislación nacional constitucional; la primera denominada “Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana” también conocida como Constitución de Apatzingán de 1814, que contempla su propia supremacía en su artículo 237; posteriormente en la Constitución Federal de 1824 que la establece en su artículo 161 fracción III; en el Acta Constitutiva de de Reformas de 1847, (que restaura la Constitución de 1824), en su artículo 27; en la Constitución de Federal 1857 en su artículo 126; y, finalmente en la Constitución Política y Social de 1917 en su artículo 133.

¹⁸ THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA . Applewood Books Bedford, Massachusetts, p. 16.

Como ya se dijo, el órgano creador de la Constitución es un punto determinante para considerarla como suprema, afirmando la jerarquía de la Constitución cuando es creada por el “poder constituyente”, máximo poder que el Doctor Ignacio Burgoa define como:

“El termino y la idea de poder como lo hemos afirmado frecuentemente entraña actividad, fuerza, energía o dinámica, ahora bien el adjetivo constituyente indica la finalidad de esta actividad, fuerza, energía o dinámica y tal creación se manifiesta en la creación de una Constitución...¹⁹”

Pero para que está potencia pueda establecer una Constitución, es necesario que por su propia teleología, el poder sea supremo, coercitivo e independiente, a fin de poder organizar política, social y económicamente al Estado aun en contra de las diversas voluntades internas y externas a la nación.

Por ello, el poder constituyente ha de actuar con soberanía, que según nuestra forma de gobierno recae en el pueblo, y éste por medio de la representación expresa su voluntad a través de las personas que integran el congreso constituyente, quienes adquieren una posición *sui-generis*, situándose como instrumento del poder soberano y que por medio de un instrumento jurídico, organiza y estructura al Estado, pero una vez terminada la tarea, sus facultades soberanas terminan y regresan al pueblo, quien es el único titular permanente de la soberanía popular.

De ahí proviene el segundo elemento que determina la supremacía de la Constitución sobre otras leyes, pues el congreso constituyente actúa con poder soberano, mientras que el Poder Legislativo Federal, por si solo, esta impedido

¹⁹ BURGOA ORIHUELA. Ignacio. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO , 16ª ed, México, Porrúa, 2003, p. 248.

para modificar la Constitución. Para ello requiere de otras formalidades, como por ejemplo, la autorización de las legislaturas locales.

El poder constituyente como manifestación fenoménica de la soberanía participa de las cualidades de ella como son: ser inalienable, indivisible e imprescriptible, poder que para ser ejercido en forma legítima debe actuar con fines políticos, económicos y sociales popularmente aceptados, pues de lo contrario la inestabilidad hace letra muerta el régimen jurídico.

Por la imposibilidad material y sociológica de que el pueblo, como unidad indivisible, elabore la Constitución; se implementa el congreso constituyente, que realizando una labor cognoscitiva construye el modelo jurídico de nación con base en la historia nacional, la idiosincrasia y los ideales, situándose en el pasado, presente y futuro, confeccionando el modelo jurídico de nación denominado Constitución. Criterio que es apoyado por la enseñanza del Doctor Burgoa que manifiesta:

“... si bien el poder constituyente pertenece al pueblo como aspecto teleológico inherente a su soberanía, no puede desempeñarse por su titular. Imperativos ineludibles constriñen a depositar su ejercicio en un cuerpo, compuesto de representantes populares, que se denomina Congreso o asamblea constituyente y cuya misión única consiste en elaborar una Constitución a nombre del pueblo. Claramente se advierte, por tanto la medular distinción que media entre ese cuerpo y el poder constituyente propiamente dicho.”²⁰

La peculiaridad del proceso de construcción constitucional y la excepcionalidad del órgano creativo, incrementan la idea de fijeza y superioridad de la Constitución sobre otros instrumentos jurídicos.

²⁰ BURGOA ORIHUELA. Ignacio. Dr. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO , 16° ed., México, Porrúa, 2003, p 252.

El tercer elemento que establece la supremacía de la Constitución, es por la valía intrínseca de la materia que regula, pues al resguardo de su poder totalizador e integrador, distribuye facultades en tres esferas; territorio; materia o atribución y; vínculo o nexo. Lo que se puede ilustrar de la siguiente forma:



Materialmente regula los procesos o sistemas básicos que componen al Estado y sin los cuales, carece de un esqueleto que provea de la firmeza necesaria para construir realidades complejas; procesos que aseguran la convivencia armoniosa de la sociedad y permitan su continuidad en el tiempo.

Este elemento de valía intrínseca que distingue a la norma superior de otras normas, exige de la autorregulación o control constitucional que asegura la preeminencia de la norma principal sobre las normas accesorias, asegurando su estabilidad temporal, espacial e ideológica, a la par que otorga protección contra voluntades adversas, afirmando así, su supremacía con relación de otras normas.

De lo anterior, podemos concluir que la razón de la supremacía constitucional se da por tres factores, por su primigenia, por la naturaleza del proceso creador y por la valía intrínseca de la materia que regula, logrando superar la energía del gobernante o del gobernado, suministrando la sinergia necesaria para la cohesión social e imponiendo sus postulados aun contra de la voluntad divergente, con la amenaza de la fuerza o por medio de ella.

1.5 INVIOABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN.

La inviolabilidad hace necesario identificar el escudo protector de la Constitución, que se yergue sobre la obligación de su obediencia, siendo la propia Constitución la que establece su permanencia, incluso transitando por en medio de una rebelión y aun cuando se interrumpa su observancia, lo que no sólo la inmortaliza sino que la resucita jurídicamente. Lo anterior de acuerdo al artículo 136 de la propia ley suprema que a la letra dispone:

“Artículo 136.- Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.”

Situación que tiene como referencia obligada la ideología *jus-naturalista* que concibe la norma eterna, cuya principal característica es su inderogabilidad, pues no pierde su validez por ningún acto humano. Al respecto San Agustín en su libro “Ciudad de Dios”, distingue dos tipos de normas, las humanas y las divinas y que rigen en dos niveles, las primeras en la ciudad terrena y la segunda en la ciudad de Dios. Santo Tomas de Aquino distingue cuatro tipos de

leyes; las eternas, las divinas, las humanas y las naturales, pero continúa con la concepción de la norma eterna en el tiempo:

“(...) la ley no es otra cosa que el dictamen práctico de la razón en el príncipe que gobierna alguna comunidad perfecta. Siendo, pues, notorio que, supuesto que el mundo es regido por la providencia divina como se ha demostrado, toda la comunidad de el universo es gobernada por la razón divina; esta misma razón del gobierno de las cosas existentes en Dios, como en Príncipe de la universalidad, tiene naturaleza de ley, y **puesto que la razón divina nada concibe desde el tiempo, sino que tiene un concepto eterno**, como se expresa en el libro de los proverbios...”

Por otro lado, en el mundo del derecho positivo no puede existir tal norma, pues con el mismo proceso creador de la norma puede ser derogada y en donde la expresión de inderogabilidad únicamente constituye una expresión ideológica o filosófica en el mejor de los sentidos, pues de lo contrario lo dispuesto en el artículo 39 y 136 de la Constitución serían contradictorios entre sí, aunque de tomar esa posición como cierta, la contradicción constitucional sería un vicio eterno.

Es claro que la inviolabilidad de la Constitución, tal y como la plantea el artículo 136 debe interpretarse armónicamente con lo dispuesto en el artículo 39, pues aun las normas constitucionales son susceptibles de adición, actualización, modificación y derogación; siempre y cuando se cumpla con el requisito de ser en beneficio del pueblo y a través de los causes que la propia Constitución establece para su modificación.

Al respecto el Doctor Jorge Carpizo sostiene que el “derecho a la revolución” tiene un origen sociológico y/o ético, pero nunca puede sostenerse como un derecho en su acepción jurídica, tal concepción resulta contraria a la finalidad del sistema jurídico, que es precisamente servir como instrumento de

coerción y permanencia una sociedad, luego, la revolución por medio de la violencia se encuentra en oposición de los principios fundamentales del derecho, pues no obstante que el pueblo goza del derecho de cambiar su propia forma de gobierno, lo jurídicamente correcto es acudir a las instituciones oficiales para producir ese cambio deseado, sin necesidad de turbulencia armada, pues tal violencia o fuerza coercitiva se encuentra reservada en exclusiva al Estado, tal y como se puede ver de artículo 17 constitucional:

“Artículo 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, **ni ejercer violencia para reclamar su derecho.**

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil.”

La violencia vetada a los particulares, como medio de obtener lo que les es debido o les pertenece es un pilar del sistema jurídico, dentro del cual, se establecen las instituciones jurídicas de administración de justicia que dirimen las controversias entre los particulares, éstos con el Estado y entre entes estatales, logrando el sometimiento de los interés particulares a los intereses de la sociedad. Luego, los causes jurídicos institucionales de solución de controversias son los adecuados para conseguir la estabilidad social necesaria para que sobreviva la polis con bienestar de sus individuos.

Como método de preservación de la paz social, la solución de las controversias, se alza como instrumento apaciguador de los ánimos pendencieros, logrando una solución no violenta que sólo resulta coactiva

cuando las partes se rehúsan a su cumplimiento voluntario. Ajustando a los individuos al marco jurídico nacional y por consecuencia a la Constitución.

Lo anterior es demostrativo de que la inderogabilidad planteada por el artículo 136, debe entenderse como un medio de defensa de la Constitución que persigue la permanencia y continuidad del sistema normativo nacional, pero nunca la idea de una norma individual eterna e inderogable, pues más bien, es aplicable al sistema jurídico en su conjunto. Lo anterior es así, pues la Constitución no pretende limitar la realidad a sus enunciados, pues ésa no es la función de la norma suprema.

Entonces la inviolabilidad de la Constitución, debe entenderse como la defensa jurídica contra los hechos ilícitos, es decir, el escudo protector de la Ley Suprema para el caso de una revolución ilegítima; pero nunca debe entenderse como norma opositora del cambio, pues la propia Constitución prevé en el artículo 39 la facultad del pueblo de alterar su forma de gobierno, la cual deberá adecuarse y encausarse por los medios pacíficos que determina la propia Constitución, logrando así la continuidad de la sociedad por encima incluso del sistema de gobierno preexistente.

El profesor inglés H. L. Hart, distingue las reglas de cambio; la de reconocimiento y la de adjudicación, pero en todo caso pueden ser modificadas por los métodos que estas mismas establecen. Con lo que se afirma que en la interpretación de éste tipo de normas se debe entender como aplicable a la totalidad del sistema jurídico.

Así las cosas, la inderogabilidad de la Constitución en términos jurídicos es creada como forma de control de la constitucionalidad, pero en el mundo pragmático puede ser superado por lo que dicha inderogabilidad únicamente percance mientras el sistema constitucional que la establece continúe vigente,

pues ya en el caso, una nueva norma constitucional puede instaurar su propia inderogabilidad.

En resumidas cuentas, la introducción de una norma que establezca la inderogabilidad o inviolabilidad de la Constitución es una norma que esta encaminada a proteger la reforma total de ese ordenamiento jurídico, pero en cambio su existencia propicia que en caso de ser necesario el replanteamiento del Estado o la reforma completa del sistema constitucional, se tomen causas extralegales, o bien, se derogue la norma que establece la inderogabilidad, lo que en cualquiera de los dos supuestos hace nugatorio los fines intrínsecos de esa norma. Así debe entenderse la inviolabilidad de la Constitución como otra forma de protección integral al sistema de derecho.

1.6 CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN.

El control de la Constitución, es el medio coactivo por el cual las autoridades trasgresoras de la Constitución, son sometidas a su observancia, de forma que se impide al poder del gobierno utilizar su fuerza contra los principios rectores plasmados en la Constitución.

La “justicia constitucional”, no esta encaminada al equilibrio, pues se encuentra destinada a la protección del orden normativo supremo y por ende sus resoluciones son emitidas *indubio pro* Constitución:

“...y es que **la justicia constitucional es una justicia peculiar.** Habitados como estamos a las estructuras de justicia enunciadas por Aristóteles, justicia distributiva, justicia rectificadora y justicia igualadora, tendemos a reducir el concepto de justicia a la que deriva de las relaciones entre individuos, pero de hecho al aplicarla a los términos constitucionales, no parece cumplir con nuestras expectativas. Porque en realidad, **la justicia constitucional no pretende dar a cada quien lo que le corresponde,** ni siquiera evitar el exceso

vicioso de la injusticia según Aristóteles, que se identifica con el aprovechamiento de la ventaja sobre otro, **sino a algo enteramente distinto, a una justicia que sólo tiene un beneficiario** siempre y que, finalmente llamamos sólo paradójicamente Justicia, pues su razón de ser es siempre igual en el fondo: **el mantenimiento del orden constitucional, la preservación de su ser superior y la sobrevivencia de la norma constitucional.**^{21,}

Entonces tenemos que la “Justicia Constitucional” es abstracta por apartarse del sujeto y concentrarse en el objeto, “Constitución” que como cuerpo normativo, carece de la vitalidad para hacer frente a las fuerzas reales de poder, individuales o colectivas, que ya por razones sociológicas o psicológicas, anhelan la detentación del poder soberano propio de la Constitución, por ello se deposita el control o protección del régimen constitucional en diversos entes del Estado, incluso se permite a los particulares ejercer acciones que protegen el orden normativo supremo.

Así, cualquier decisión por sencilla que sea, debe ser emitida por autoridad competente en el ejercicio de sus funciones, a fin de que ejerza la facultad conferida, y en principio ello basta para que la actividad del Estado comience, pero a fin de que esta actividad no se encuentre con un freno, es necesario que además, la actividad del Estado se encuentre apegada a los principios constitucionales y a los fines para los cuales se doto a la autoridad de ciertas facultades. En ése sentido, cualquier acto de autoridad debe estar sujeto al control de constitucionalidad.

La Constitución por ser un orden normativo supremo, legitimado por la colectividad, ejerce sobre los poderes constituidos una restricción a su actuar, imponiendo cargas de las cuales los particulares se encuentran exentos, con la finalidad de proteger al verdadero detentador de la soberanía, el pueblo como

²¹ BENEDICTO CALLEJAS, Cesar, TEMAS SELECTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL , UNAM-Senado de la Republica, México 2003, p.72.

unidad colectiva individualizada en el ciudadano, pero que sólo consigue ejercerla cuando se logra la sinergia de todos sus integrantes.

Los postulados establecidos en la Constitución son de tal envergadura y trascendencia para la permanencia y continuidad del Estado Moderno Democrático, que hace necesaria la implementación de instituciones jurídicas encaminadas a la protección de la norma suprema, que a su vez tenga como consecuencia la permanencia de la sociedad creadora de ese régimen constitucional. Sobre el particular el Doctor Serrano Migallón establece:

“Sin embargo, en la doble relación entre lo político y lo jurídico, entre realidad fáctica y texto constitucional, existe una serie de vasos comunicantes por los cuales **el equilibrio del poder y, con él la gobernabilidad** y la vigencia de las instituciones, **se mantiene a pesar de las crisis coyunturales y aun de los cambios de rumbo en el proyecto nacional.**²²”

Como se puede ver, la protección constitucional no sólo proviene de las instituciones jurídicas, pues los factores reales de poder expresados en la vida política establecen en si mismo, un soporte de conservación de los principios constitucionales, pues de ello depende la permanencia y continuidad de su propio poder. Sin embargo, en éste estudio exclusivamente haremos referencia a las instituciones jurídicas que protegen a la Constitución.

Se puede considerar que desde el punto de vista del órgano que realiza el control constitucional, se puede llevar a cabo por órgano legislativo, político y jurisdiccional; sin embargo para efectos de éste estudio, únicamente haremos referencia al control por vía jurisdiccional, que es el preponderante en nuestro sistema jurídico, pues otros como el “Supremo Poder Conservador” ya han sido superados.

²² SERRANO MIGALLÓN Fernando y ARRIOLA WOOG Carlos, compiladores TEMAS SELECTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL , 1ª ed., México, UNAM-Senado de la Republica, 2003, p. 47.

Las principales instituciones jurisdiccionales, que protegen la Constitución, son: el Juicio de Amparo, la Acción de Inconstitucionalidad y la Controversia Constitucional; sin embargo aunadas a éstas instituciones jurídicas de protección directa a la Constitución, existen otros mecanismos legales que de forma indirecta coadyuvan a la protección del marco constitucional, y que son:

a).- La declaración de supremacía constitucional, es una institución jurídica que se yergue como protección de la norma suprema con relación a otras normas.

b).- La división del patrimonio de los particulares y el patrimonio del Estado, es un método por el cual se protege al orden normativo supremo, dotando al Estado de recursos económicos que aseguran la lealtad a los valores constitucionales, por encima de los intereses económicos particulares. Al mismo tiempo que dotan de los recursos económicos necesarios para la revisión de la constitucionalidad de los actos del Estado.

c).- El sistema de responsabilidades de los servidores públicos consagrado en el texto supremo, asegura la disciplina de los servidores públicos coaccionando con la amenaza de sanción, para el caso de apartarse de la norma constitucional.

d).- La rigidez constitucional, constituye un obstáculo para la reforma sustancial de la Constitución, distinguiéndola de las normas secundarias cuya reforma o derogación es más sencilla.

e).- La división de poderes, como sistema de pesos y contrapesos, asegura que ningún poder constituido tenga el poder o arbitrio de violar impunemente la Constitución.

Como se puede ver, de forma enunciativa pero no exhaustiva, hemos visto algunas instituciones jurídicas que protegen de forma indirecta a la norma suprema, entrelazando un intrincado sistema de compuertas que filtran los ataques al orden constitucional.

La protección a la Ley Suprema es tan acérrima, primero por la valía intrínseca de las normas que la conforman, pues en ellas, podemos encontrar normas generales y abstractas dirigidas a todos los gobernados, que al mismo tiempo, son tan específicas que permite a partir de su interpretación, la solución de una controversia en particular; principios que proporcionan criterios uniformes sobre los cuales se toma una posición y se sanciona con la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto de autoridad.

“...las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen como debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas. Los **principios**, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero **nos proporcionan criterios para establecer posición ante situaciones concretas** que a priori aparecen indeterminadas²³”

Los sistemas de defensa directa a la Constitución, se pueden clasificar en; a) el sistema americano o difuso; b) sistema europeo o concentrado; y c) mixto, cuando contiene elementos de los dos primeros; en cuyos casos, el control se ejerce por vía jurisdiccional, a diferencia de otros medios, que accionan por medio de órgano político o legislativo, que a la fecha, prácticamente han dejado de existir en casi todo el mundo.

²³ PRIETO SANCHÍS. Luis, CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO , cita Zagrebelsky, 2ª ed., México, Fontamara, 1999, p. 31.

El sistema americano, nace en Estados Unidos de Norte América y de ahí toma su nombre, que inicia cuando *“El Federalista”* Hamilton, sustenta que los jueces pueden declarar la nulidad de las leyes expedidas por las legislaturas, pues la voluntad del pueblo no puede ser vulnerada por la legislatura. Doctrina consolidada a partir de la resolución del caso Marbury Vs. Madison.

En éste sistema, también denominado difuso, se ejerce por la vía jurisdiccional, y es denominado así, porque cualquier juez independientemente del grado o jurisdicción puede aplicar éste medio de control, y sólo en caso de criterios contradictorios por jueces de igual o distinta categoría, a petición del particular inconforme se puede revisar por una Corte Suprema, quien en última instancia decide sobre la constitucionalidad o no de una determinada ley.

“El sistema así concebido no esta basado en un juicio especial o determinado, sino que funciona a través de los medios y recursos ordinarios del derecho procesal anglosajón en general. El procedimiento en los Estados Unidos se puede iniciar, indistintamente, en los tribunales federales o estatales; la materia **no esta reservada exclusivamente sino en casos excepcionales, a los jueces de la federación**, y ambas categorías de tribunales ejercen **jurisdicción concurrente en el procedimiento constitucional**, sujetos siempre a la revisión final por la Suprema Corte de los Estados Unidos, en vía de apelación.²⁴”

Éste sistema ha sido catalogado como un medio de defensa parcial de la constitucionalidad, pues se interpone a instancia de parte con base en su limitado interés jurídico, que limita su rango de acción a las garantías individuales, planteándose por vía de excepción o indirecta y cuya resolución de inconstitucionalidad sólo aplica al caso en concreto. Lo que se conoce también como la doctrina Marshall.

²⁴ RABASA Oscar, EL DERECHO ANGLOAMERICANO 2ª ed., México, Porrúa, 1982, p. 633.

En cambio, el sistema “europeo” o “austriaco”, tiene su premisa ideológica en la distinción entre control de legalidad y de constitucionalidad. La primer Corte de constitucionalidad, funciono en Austria y fue presidida por el jurista Hans Kelsen, en cuyo sistema se afirma que las cuestiones de constitucionalidad no pueden ser atendidas por jueces ordinarios:

“... la verificación de la conformidad entre las decisiones de los órganos del Estado y las leyes es un asunto que no necesita de un conocimiento, ni de una preparación especializados y que por lo tanto, puede ser atendido por los diversos jueces ordinarios, dependiendo de la competencia territorial y material de cada uno de ellos. En cambio, **la verificación de la constitucionalidad** del ejercicio del poder político, en otras palabras, de la conformidad entre las decisiones de quienes lo detentan funcional o institucionalmente y la Constitución... **requiere de una alta especialización...**²⁵”

En el sistema europeo o concentrado, se tiene un órgano jurisdiccional supremo que se encarga ordinariamente de analizar cuestiones de constitucionalidad, siendo materia prohibitiva para los tribunales inferiores, quienes sólo se encuentran facultados para dirimir controversias de legalidad.

El sistema concentrado, como medio de defensa constitucional se alza como un verdadero control de constitucionalidad, pues en el caso, no sólo se limita a salvaguardar las garantías individuales, sino que extiende su protección incluso a la parte orgánica, diseñando acciones *ad hoc*, para proteger la Constitución.

Por ultimo el sistema de control constitucional mixto, en el cual coexisten elementos del sistema concentrado y del difuso, sin que exista una pureza

²⁵ COVÍAN ANDRADE Miguel, Dr. LA SUPREMA CORTE Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD 1ª ed., México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C., 2005, pp. 15 y 16.

metodológica respecto del sistema ideal para realizar un control del constitucionalidad efectivo.

En nuestro país, se impone por variadas razones históricas un control de constitucionalidad mixto, en el cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación actúa como tribunal de control constitucional, pero no en forma exclusiva; cuanto el Tribunal Electoral y los Tribunales Colegiados de Circuito, Tribunales Unitarios y Juzgados de Distrito; tienen facultades para conocer y resolver en materia de constitucionalidad.

Así en el sistema mexicano de control de constitucionalidad existen tres medios jurisdiccionales por vía de acción de defensa constitucional, que son: el Juicio de Amparo; la Acción de Inconstitucionalidad y la Controversia Constitucional, y otra más por vía de excepción, la facultad de Investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

1.6.1 AMPARO.

Amparo en su sentido más amplio, proteger, que tiene una dualidad de objetivos, el primero como medio de defensa del particular contra actos que considera inconstitucionales, y el segundo todavía más importante para el sistema jurídico, servir como medio de defensa de la Constitución, garantizando la fijeza del marco constitucional por encima de la voluntad imperiosa de la autoridad, que se realiza con la declaración de nulidad de los actos contrarios al texto supremo, realizada por el Poder Judicial Federal.

El amparo nace en la vida jurídica nacional con el “Acta de Reformas de 1847”, (que tenía la pretensión de revivir la Constitución Federal de 1824), y que en su artículo 25 estableció:

“Los Tribunales de la federación **ampararan** a cualquier habitante de la Republica en ejercicio y conservación de los derechos que le concedan ésta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la federación ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare”²⁶

El Juicio de Amparo actúa como última acción para la defensa de las garantías individuales, que se encarga de analizar en definitiva si el acto de autoridad dictado por cualquiera de los tres poderes clásicos, fue emitido acorde a la Constitución, revisando así sus actos típicos, el acto administrativo, el acto legislativo y el acto judicial. Concediendo la nulidad del acto, siempre que cause una afectación actual, personal y directa a los derechos constitucionales de un gobernado.

Principalmente debido al pensamiento de Manuel Crescencio Rejón se introdujo el Juicio de Amparo en la Constitución yucateca de 16 de mayo de 1841, así como al legado de Mariano Otero que por su iniciativa se plasmó en el “Acta de Reformas” (que pretendía restaurar la Constitución Federal de 1824), promulgada el 21 de mayo de 1847, por lo que finalmente se establece el Juicio de Amparo en definitiva en los artículos 101 y 102 de la Constitución del 5 de febrero de 1857.

Durante el surgimiento del Juicio de Amparo, su extensión como instrumento protector del gobernado llegaba hasta donde llegan las garantías individuales, tal y como se plasmaba en la Ley de Amparo de 30 de noviembre de 1861; 20 de enero de 1869; y 14 de diciembre de 1882; sin embargo el Juicio de Amparo amplió gradualmente su extensión protectora como garante de la Constitución, tanto en su parte dogmática como en la orgánica, y más aún,

²⁶ SÁNCHEZ GAVITO, Indalecio, TEORÍA DEL AMPARO , 1ª Ed. facsimilar, México, Imprenta del Gobierno Federal en el Ex - Arzobispado, 2004, p. 4.

como protector del marco normativo nacional, también conocido como control de legalidad, primordialmente en la interposición del Juicio de Amparo contra resoluciones judiciales, tutelando la garantía de legalidad.

Para el año de 1917 con la “nueva Constitución”, se reconoció en forma expresa la amplitud protectora del Juicio de Amparo, como garante de prácticamente todo el orden jurídico nacional, por medio del control de legalidad y la interpretación judicial que se instituye en el artículo 14 constitucional.

Así como medio de control de la constitucionalidad, el Juicio de Amparo actúa materialmente cuando regresa el poder del gobernante al cause determinado en la Constitución, por los medios institucionales que ella misma establece, y para ello, es necesario que el poder legislativo, administrativo o judicial, de facto, ya hayan trasgredido los límites fijados en la Constitución, es decir, necesita de la violación formal para poder actuar.

En efecto, para que proceda el “Amparo”, es decir, para que se otorgue la protección constitucional al gobernado, es necesario que el acto que se estima inconstitucional, exista jurídicamente o sea de ejecución inminente, y de ahí que surja uno de los principios rectores de procedencia del Juicio de Amparo, que exige que el acto de autoridad sea real, actual e inminente.

Si es necesaria la violación a la Constitución para que se pueda ejercer el medio de control constitucional, también es necesario que exista un agraviado que sufra el acto de autoridad trasgresor de la constitucionalidad y de esa premisa lógica surge otro principio rector del Juicio de Amparo, que consiste en el principio de instancia de parte agraviada, por medio del cual se exige la existencia de un gobernado que resienta en su esfera jurídica la inconstitucionalidad del acto reclamado y que sea precisamente éste quien acuda a solicitar la protección de la justicia federal.

Al respecto consideramos que este principio rector del Juicio de Amparo, en ocasiones, deja sin defensa a la Constitución pues la procedencia de la protección constitucional se subordina a la voluntad del particular para acudir a la vía judicial y para mantener su demanda, pues en caso de no acudir o desistirse de la acción, el medio de defensa constitucional queda incólume y por tanto la violación a la Constitución subsiste. Por lo que consideramos necesario analizar la posibilidad de dictar el sobreseimiento al quejoso y el amparo a la constitucionalidad.

Otro de los principios rectores de nuestro Juicio de Amparo es el denominado de definitividad, que tiene como claro objetivo que el Juicio de Amparo sea la instancia final que resuelva en definitiva el litigio. Con lo cual, se pretende evitar la acumulación de trabajo innecesario y sólo se ocupa de resolver aquellos actos que tienen el carácter de definitivos, pues de lo contrario podría concurrir la jurisdicción constitucional con la jurisdicción de un recurso ordinario, que puede modificar una resolución no definitiva. Resulta claro que éste principio evita sobrecarga o abuso del Juicio de Amparo y la posibilidad de dictar sentencia contradictorias, que dentro de un sistema jurídico son indeseables.

Así, la acción de Amparo se encuentra protegida por el principio de definitividad y el control de constitucionalidad se yergue como la última oportunidad del gobernado de conseguir que la autoridad ajuste sus resoluciones a las normas constitucionales, consiguiendo la unificación de criterios en torno al respeto a la Ley Suprema.

Otro principio, es el denominado de prosecución judicial, que tiene como principal objetivo que la tramitación del Juicio de Amparo sea de tipo contencioso en el que se respeten las garantías básicas de todo proceso, como

son, la audiencia y la prueba; convirtiéndose el juicio en un verdadero análisis de la constitucionalidad o no del acto reclamado, consiguiendo la tutela completa, real y efectiva de la Constitución.

Por último, analizaremos el principio de estricto derecho, que tiene como principal bastión que el juzgador constitucional se limite a resolver la litis planteada sin hacer ningún tipo de extensión a otras cuestiones de inconstitucionalidad no planteadas. Estimamos que este principio no tiene razón de ser, pues conforme el principio de litis cerrada, éste se origina sólo por la necesidad que tiene el juzgador para fijar en el tiempo la materia litigiosa y poder emitir una sentencia que resuelva ese conflicto en particular, dando congruencia entre lo que se pide y lo que se resuelve.

Sin embargo, en materia del Juicio de Amparo, el principio de litis cerrada ha mutado en el diverso principio de estricto derecho, que resulta criticable desde el punto de vista del quejoso, pues en todo caso la procedencia del amparo dependerá en buena medida de la preparación del abogado o su torpeza, pero más criticable resulta aun, cuando se analiza desde el punto de vista de protección constitucional, pues en ese caso, aun cuando el juzgador de Amparo se pueda percatar de una violación constitucional, se encuentra impedido legalmente para hacer efectiva la protección constitucional.

Situación que no sólo queda en el rango de lo indeseable, sino que viola el orden jurídico constitucional, trasgrediendo los artículos 128 y 133 de la propia Constitución que disponen:

“Artículo 128.- **Todo funcionario público**, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la **protesta de guardar la Constitución** y las leyes que de ella emanen.”

“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 y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

Luego, si resulta evidente que los Jueces y Magistrados tienen la primordial obligación de obedecer la Constitución y su función como Servidores Públicos es precisamente conceder, o no, el Amparo, resulta un contrasentido que por medio del principio de estricto derecho se pretenda limitar al juzgador al agravio del quejoso, obligándolo a callar las violaciones constitucionales que de oficio pueda advertir.

El principio de estricto derecho, tiene su fundamento es la fracción II del artículo 107 de la Constitución que dice:

“Artículo 107.- Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:(...)

II.- La sentencia será siempre tal, que **sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos** en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare;”

Sin embargo, consideramos que dicha disposición se ha malinterpretado, pues el sentido de la norma esta encaminado a instituir la formula “Otero”, para diferenciarla de la declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, ambas situaciones que se dan en la etapa de ejecución de sentencia y no en la previa de estudio y resolución.

Por lo anterior, consideramos que el principio de estricto derecho debe ser atemperado con la suplencia de la queja deficiente, que en materia laboral, agraria y penal, resulta indiscutible, más aún debe aplicarse cuando se trata de preservar el orden constitucional, se debería conceder el amparo cuando el juzgador advierte una trasgresión a la norma suprema, con el fin de no dejar incólume el acto de autoridad contrario a la Constitución. Por lo que no existe ninguna razón que pueda dejar al arbitrio de las autoridades la protección a la ley suprema. Tal y como lo señala la siguiente Jurisprudencia:

“SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. EL AMPARO EN MATERIA CIVIL HA DEJADO DE SER DE ESTRICTO DERECHO. Del artículo 76 bis, fracción VI, de la Ley de Amparo se infiere la suplencia de la queja deficiente en materia civil cuando se advierte que ha habido en contra del quejoso una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa; disposición que obliga a los tribunales federales a estudiar el asunto en su integridad, ello, además, de acuerdo con la jurisprudencia de la anterior Tercera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación que bajo el rubro: "SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA, IMPLICA UN EXAMEN CUIDADOSO DEL ACTO RECLAMADO." se publicó en la página 341 del Tomo VI, Parte Común, del último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación; lo que significa que en la actualidad el amparo en materia civil ha dejado de ser de estricto derecho, pues para que el juzgador de amparo esté en aptitud de advertir si existe o no una violación manifiesta de la ley en perjuicio del peticionario de garantías que lo haya dejado sin defensa, en términos del mencionado artículo, debe, incluso ante la ausencia de conceptos de violación, analizar en su integridad el acto reclamado para luego determinar si es o no violatorio de garantías y, por ende, inconstitucional.”²⁷

En la practica, el Juicio de Amparo tiene como objetivo primario ser un medio de defensa del gobernado en contra de los actos de autoridad que

²⁷ **IUS 2005** Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, registro 195,239, Instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, Tomo: VIII, Noviembre de 1998, Tesis: III.1o.C. J/20, p. 485.

estima inconstitucionales, y como objetivo subsidiario la defensa del marco normativo supremo, tal y como lo manifiesta el licenciado Espinoza Barragán:

“Sobre este particular, cabe recordar que en nuestro régimen jurídico los derechos públicos individuales de los gobernados frente a las autoridades forman parte del texto y contenido de nuestra Carta Fundamental, por lo que debe concluirse que el Juicio de Amparo, cuyo **objetivo primordial es la protección de tales derechos, es un medio de control real de la Constitución**, cuando menos con los apartados que se relacionan con las garantías individuales.”²⁸

Al respecto el Doctor Ignacio Burgoa considera que la esencia teleológica del Juicio de Amparo es primordialmente un medio de protección constitucional, pero que en todo caso se encuentra subordinado a la voluntad del particular quien decide combatir el acto de autoridad y su procedencia se reserva a su queja formal:

“Conforme a su esencia teleológica, el **Juicio de Amparo** se revela teórica e históricamente como **un medio de control o protección del orden constitucional** contra todo acto de autoridad que agravie a cualquier gobernado y que se ejercita exclusivamente a impulso de este.”²⁹

Se concluye, el Juicio de Amparo como medio de defensa de la Constitución es aún imperfecto, pues se subordina, primero a la voluntariedad del particular, quien es el único legitimado para intentar la acción de nulidad, y en segundo termino, se subordina a la habilidad o pericia del quejoso (o su abogado) para lograr técnicamente la protección constitucional. Sin que exista posibilidad de que se resuelva el sobreseimiento al quejoso y amparo a la constitucionalidad. Por lo que su eficacia como control de constitucionalidad esta limitado y exige el nacimiento de otros mecanismos de defensa de la Constitución.

²⁸ ESPINOZA BARRAGÁN Manuel Bernardo, JUICIO DE AMPARO 1ª ed, México, Oxford, 1999, p 19.

²⁹ BURGOA ORIHUELA. Ignacio. Dr., EL JUICIO DE AMPARO , 39 ed., México, Porrúa, 2002, p. 139.

Ahora bien, y en el supuesto de que se conceda el amparo al quejoso, el efecto para éste consiste en restituirlo en el goce de su garantía individual violada, y tratándose de la defensa de la Constitución, la protección radica en nulificar el acto de autoridad contrario a la ley, pero en el caso de que el acto reclamado consista en una ley, la nulidad de la ley, no es tal, pues sólo se inaplica al quejoso, permitiendo la subsistencia de la ley inconstitucional y con ello que una ley ya declarada inconstitucional pueda ser aplicable a otro gobernado.

1.6.2 ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

La tendencia mundial apunta a la concentración de los sistemas de defensa constitucional, tal es el caso de nuestro país, que con la reforma judicial de 1994, apuntalo las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal de constitucionalidad.

Con motivo de esa reforma constitucional, se doto a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de atribuciones para resolver un nuevo medio de control constitucional, denominado “acción de inconstitucionalidad”, reformando el artículo 105 que antes de la reforma disponía:

“Artículo 105.- Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados; entre uno o más Estados y el Distrito Federal; entre los Poderes de un mismo Estado y entre órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellas en que la Federación sea parte en los casos que establezca la ley.”

Con la reforma aludida, se modifico el texto quedando en lo conducente como sigue:

“Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: (...)

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

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

a).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

c).- El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

d).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y

e).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea. y

f).- Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos. (...)

De una simple lectura del numeral que antecede, nos podemos percatar de que la acción de inconstitucionalidad, nace en nuestro sistema jurídico como un medio de anulación de nuevas leyes, pues se trata de un recurso abstracto cuyo plazo de procedencia se limita a los treinta días siguientes a la publicación de la ley impugnada en el Diario Oficial de la Federación.

Se dice que es un medio de control constitucional abstracto, pues para su procedencia, a diferencia del Juicio de Amparo, no es necesario que exista un agravio real, actual e inminente, por lo tanto, tampoco es necesaria la existencia de un agraviado que resienta en su esfera jurídica un detrimento de un derecho. Tal y como lo sostiene la siguiente Jurisprudencia:

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS PARTES LEGITIMADAS PARA PROMOVERLA SÓLO ESTÁN FACULTADAS PARA DENUNCIAR LA POSIBLE CONTRADICCIÓN ENTRE UNA NORMA GENERAL Y LA PROPIA CONSTITUCIÓN. Al ser la acción de inconstitucionalidad un tipo especial de procedimiento constitucional en el que, por su propia y especial naturaleza, no existe contención, las partes legitimadas para promoverla, en términos de lo dispuesto por el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **no ejercen la acción para deducir un derecho propio** o para defenderse de los agravios que eventualmente les pudiera causar una norma general, pues el Poder Reformador de la Constitución las **facultó para denunciar la posible contradicción** entre aquélla y la propia Carta Magna, a efecto de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, atendiendo al principio de supremacía constitucional, la someta a revisión y establezca si se adecua a los lineamientos fundamentales dados por la propia Constitución.”³⁰

La estructura de las acciones de inconstitucionalidad, según el Doctor en Derecho Covían Andrade, es la siguiente:

³⁰ IUS 2005 , Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pleno, registro 192,841, Novena Época, Tomo: X, Noviembre de 1999, Tesis: P.J. 129/99, p. 791.

- a) El recurso se tramita ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, instancia única para resolverlo, actuando en pleno;
- b) Los sujetos autorizados para interponer el recurso son el 33% de los miembros del órgano que expide la ley o el tratado internacional que se impugna, el Procurador General de la Republica en contra de cualesquiera leyes, con excepción de las electorales, o de cualquier tratado, las dirigencias de los partidos políticos nacionales en contra de leyes electorales federales y locales y las dirigencias de los partidos políticos locales en contra de leyes electorales de aplicación en la entidad federativa correspondiente;
- c) La decisión que se cuestiona puede ser una ley o un tratado internacional, solamente;
- d) El contenido de la ley o del tratado internacional puede referirse a cualquier materia;
- e) El recurso debe interponerse dentro de los treinta días naturales posteriores a la publicación del acto;
- f) El recurso es admitido sólo si se ha empleado previamente todos los medios de defensa previstos en la leyes;
- g) Para anular los efectos de la ley o del tratado que se impugna se requiere de ocho votos de los once ministros que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque los efectos de las sentencias tienen que ser generales, de manera que si no se obtiene esa votación, la norma general no se anula y se puede seguir aplicando; y
- h) La sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no admite recurso en su contra.”³¹

Instaurado como un recurso de anulación de leyes, su esencia teleológica se concibe como un medio por el cual se puede someter una nueva ley a la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el fin de analizar su constitucionalidad y que en caso negativo se declara la inconstitucionalidad de la ley con efectos generales *erga omnes*. Tal y como lo establece la siguiente Jurisprudencia:

“CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL. Si bien es cierto que la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad son dos medios de control de la constitucionalidad, también lo es que cada una tiene

³¹ COVÍAN ANDRADE Miguel. Dr. LA SUPREMA CORTE Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD , 1ª ed., México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C., 2005, p 147 y 148.

características particulares que las diferencian entre sí; a saber: a) en la controversia constitucional, instaurada para garantizar el principio de división de poderes, se plantea una invasión de las esferas competenciales establecidas en la Constitución, en tanto que en la acción de inconstitucionalidad se alega una contradicción entre la norma impugnada y una de la propia Ley Fundamental; b) la controversia constitucional sólo puede ser planteada por la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal a diferencia de la acción de inconstitucionalidad que puede ser promovida por el procurador general de la República, los partidos políticos y el treinta y tres por ciento, cuando menos, de los integrantes del órgano legislativo que haya expedido la norma; c) tratándose de la controversia constitucional, el promovente plantea la existencia de un agravio en su perjuicio en tanto que en la acción de inconstitucionalidad se eleva una solicitud para que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación realice un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma; d) respecto de la controversia constitucional, se realiza todo un proceso (demanda, contestación de demanda, pruebas, alegatos y sentencia), mientras que en la acción de inconstitucionalidad se ventila un procedimiento; e) en cuanto a las normas generales, en la controversia constitucional no pueden impugnarse normas en materia electoral, en tanto que, en la acción de inconstitucionalidad pueden combatirse cualquier tipo de normas; f) por lo que hace a los actos cuya inconstitucionalidad puede plantearse, en la controversia constitucional pueden impugnarse normas generales y actos, mientras que la acción de inconstitucionalidad sólo procede por lo que respecta a normas generales; y, g) los efectos de la sentencia dictada en la controversia constitucional tratándose de normas generales, consistirán en declarar la invalidez de la norma con efectos generales siempre que se trate de disposiciones de los Estados o de los Municipios impugnados por la Federación, de los Municipios impugnados por los Estados, o bien, en conflictos de órganos de atribución y siempre que cuando menos haya sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de los Ministros de la Suprema Corte, mientras que en la acción de inconstitucionalidad la sentencia **tendrá efectos generales** siempre y cuando ésta fuere aprobada por lo menos por ocho Ministros. En consecuencia, tales diferencias determinan que la naturaleza jurídica de ambos medios sea distinta.”³²

³² IUS 2005 , Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pleno, Novena Época, registro 191,381, tomo: XII, Agosto de 2000, tesis: P./J. 71/2000, p. 965.

De igual forma, la extensión protectora de la acción de inconstitucionalidad es más amplia que la tutelada por la controversia constitucional, pues en ésta última, sólo se protege a la norma suprema en su parte orgánica, sin embargo en la acción de inconstitucionalidad se protege en forma íntegra; tal y como ya lo ha sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia:

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS PARTES LEGITIMADAS PARA PROMOVERLA PUEDEN PLANTEAR LA CONTRADICCIÓN DE LAS NORMAS GENERALES FRENTE A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, YA SEA EN RELACIÓN CON SU PARTE DOGMÁTICA U ORGÁNICA. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se subdivide en dos apartados fundamentales, el dogmático y el orgánico, respecto de los cuales existen procedimientos constitucionales que tutelan su salvaguarda, como son el Juicio de Amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. Por lo que hace a esta última, a diferencia del juicio de garantías que esencialmente protege, en su aspecto dogmático, a la Ley Fundamental, y de la controversia constitucional que protege su parte orgánica y por excepción su parte dogmática, la citada acción de inconstitucionalidad salvaguarda ambos apartados. Ello es así, porque la referida acción es un medio de control abstracto, a través del cual se hace una denuncia de inconstitucionalidad respecto de normas o leyes generales que sean contrarias a la Carta Magna, sin más limitación que la disposición u ordenamiento normativo de que se trate la contravenga, por lo que las partes legitimadas para ejercer dicha acción pueden plantear la contradicción de las normas combatidas y la Constitución Federal, **ya sea en relación con su parte dogmática u orgánica, pues no existe disposición alguna que establezca limitaciones al respecto** ni tampoco se desprende de los antecedentes legislativos de las reformas constitucionales de mil novecientos noventa y cinco y mil novecientos noventa y seis.”³³

La acción de inconstitucionalidad, se yergue en nuestro sistema jurídico como un verdadero control de constitucionalidad, más aún, se libera de las

³³ IUS 2005 , Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pleno, Novena Época, registro 191,379, tomo: XII, Agosto de 2000, tesis: P./J. 73/2000, p. 484.

limitaciones del Juicio de Amparo, al realizar un análisis abstracto de la constitucionalidad de la ley impugnada, de igual forma supera el principio de estricto derecho que sujeta al juzgador sólo a lo dicho por el demandante, pues en éste procedimiento, se puede declarar la inconstitucionalidad de la ley impugnada, con argumentos no invocados en la demanda:

“Al dictar sentencia la Suprema Corte de Justicia corrige los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y **suple los conceptos de invalidez planteados** en la demanda. Más aún, puede fundar su declaratoria de inconstitucionalidad, **independientemente de que se haya o no invocado en el escrito inicial**”³⁴

En conclusión, la acción de inconstitucionalidad, verdaderamente se instituye como un medio de control de la constitucionalidad, cuando se somete al legislador ordinario a lo dispuesto por la ley suprema, reforzando la idea de supremacía constitucional.

1.6.3 CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL.

Medio de control constitucional que se encuentra regulado a lo largo de la vida constitucional de nuestro país, pues ya en 1824 con la Constitución Federal, en su artículo 137 fracción I, se regula el juicio suscitado de uno a otro Estado de la Federación, siempre que deba recaer formal sentencia.

“Artículo 137. Las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia son las siguientes:

I. Conocer de las diferencias que pueda haber de uno a otro Estado de la federación, siempre que las reduzca a un juicio verdaderamente contencioso en que deba recaer formal sentencia, de las que se susciten entre un Estado y uno a más vecinos de otro, o entre particulares, sobre pretensiones de

³⁴ **¿QUÉ SON LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD?** , 2ª ed., México, Poder Judicial de la Federación Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, p. 43.

tierras, bajo concesiones de diversos Estados, sin perjuicio de que las partes usen su derecho, reclamando la concesión a la autoridad que la otorgo.”³⁵

Para el año de 1847 con el Acta Constitutiva y de Reformas, se legisla en materia de control de constitucionalidad, sin embargo, tal prerrogativa apunta al control por medio del poder legislativo, pues únicamente el Congreso podía declarar la nulidad de ley y para ello necesitaba de la aprobación de la mayoría de las Legislaturas locales, lo que se desprende de los artículos 22, 23 y 24:

“Artículo 22.- Toda ley de los Estados que ataque a la Constitución o las leyes generales, será declarada nula por el congreso; pero esta declaración sólo podrá ser iniciada en la Cámara de Senadores.

Artículo 23.- Si dentro de un mes de publicada una ley del Congreso general, fuere reclamada como anticonstitucional, ó por el Presidente, de acuerdo con su Ministerio, ó por diez Diputados, ó seis Senadores, ó tres Legislaturas, la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo someterá la ley al examen de las Legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día, darán su voto.

Las declaraciones se remitirán a la Suprema Corte, y esta publicara el resultado, quedando anulada la ley, si así lo resolviere la mayoría de las Legislaturas.

Artículo 24.- En el caso de los dos artículos anteriores, el Congreso general y las Legislaturas a su vez, se contraerán a decidir únicamente se la ley de cuya invalidez se trate es ó no anticonstitucional; y en toda declaración afirmativa se insertarán la letra de la ley anulada y el texto de la Constitución ó ley general á que se oponga.”

En el Estatuto Orgánico Provisional de la Republica Mexicana de 1856, regreso la facultad expresa de la Corte para conocer de conflictos interestatales en su numeral 98:

³⁵ TENA RAMÍREZ Felipe. Dr LEYES FUNDAMENTALES DE MÉXICO 1808-1999 , 22ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 188.

“Artículo 98. La Corte Suprema de Justicia desempeñara las atribuciones que le concede la expresada ley, y además las siguientes:

Primera. Conocer de las diferencias que pueda haber de uno a otro Estado de la nación, siempre que las reduzcan a un juicio verdaderamente contencioso, en que deba recaer formal sentencia, y las que se susciten entre un Estado y uno o más vecinos de otro, o entre particulares sobre pretensiones de tierras, bajo concesiones de diversos Estados, sin perjuicio de que las partes usen de su derecho, reclamando la concesión a la autoridad que la otorgo. (...)”³⁶

De mejor forma, para la Constitución de 1857 se concedió a la Suprema Corte la facultad de resolver controversias que se susciten entre dos o más Estados de la federación, así como de aquellas en la que la Federación sea parte; y finalmente en la Constitución Política y Social de 1917, el texto original del artículo 105 regula las controversias constitucionales:

“Artículo 105.- Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado, entre los poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la federación y uno o más Estados, así como de aquéllas en la que la Federación fuese parte.”

Texto que tras la reforma constitucional de 1994, fue modificado aclarando la procedencia de este medio de control constitucional y apuntalado el sistema de control de la Constitución, pues en lo conducente se reformo para quedar como sigue:

“Artículo 105.- La **Suprema Corte de Justicia** de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

³⁶ TENA RAMÍREZ. Felipe. LEYES FUNDAMENTALES DE MÉXICO 1808-1999 , 22ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 511.

I.- De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:

- a).**- La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b).**- La Federación y un municipio;
- c).**- El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d).**- Un Estado y otro;
- e).**- Un Estado y el Distrito Federal;
- f).**- El Distrito Federal y un municipio;
- g).**- Dos municipios de diversos Estados;
- h).**- Dos poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i).**- Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j).**- Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k).**- Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia. (...)"

Con la nueva ley reglamentaria de este artículo 105 constitucional, se impulso el sistema concentrado de control de constitucionalidad, pues en primer término protege el sistema federal de división de poderes y en segundo lugar salvaguarda el orden constitucional.

En este medio de control de constitucionalidad, se prescinde de un agraviado, quien instaure la demanda en el plazo de treinta días, con que da inicio la tramitación que reviste todas las formas del debido proceso y los efectos de la resolución emitida por el tribunal de control constitucional son generales con efectos *erga omnes*, siempre que haya sido aprobada por una

mayoría de por lo menos ocho Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Como lo apunta la siguiente definición:

“Juicio de única instancia que, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, plantea la Federación, un estado, el Distrito Federal o un Municipio, para demandar la reparación de un agravio producido por una norma general o un acto que, en ejercicio excesivo de sus atribuciones constitucionales, fue responsabilidad de alguno de los órganos de gobierno citados, lo que conculca el federalismo, trasgredí el reparto de competencias consagrado en la Constitución y daña la soberanía popular”³⁷

La procedencia de la controversia constitucional, origina una sentencia estimatoria, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que existe una invasión competencial del Órgano o Poder promovente, con lo que se invalida el acto o ley recurrida y se protege a la Constitución en su parte orgánica, aun cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido Jurisprudencia haciendo extensiva la protección de éste instrumento a toda la ley suprema. Como se aprecia a continuación:

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER. El análisis sistemático del contenido de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos revela que si bien las controversias constitucionales se instituyeron como un medio de defensa entre poderes y órganos de poder, entre sus fines incluye también de manera relevante el bienestar de la persona humana que se encuentra bajo el imperio de aquéllos. En efecto, el título primero consagra las garantías individuales que constituyen una protección a los gobernados contra actos arbitrarios de las autoridades, especialmente las previstas en los artículos 14 y 16, que garantizan el debido proceso y el ajuste del actuar estatal a la competencia establecida en las leyes. Por su parte, los artículos 39, 40, 41 y 49 reconocen los principios de soberanía popular, forma de estado federal, representativo y democrático, así

³⁷ **¿QUÉ SON LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES?** , 2ª ed., México, Poder Judicial de la Federación Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, p.24.

como la división de poderes, fórmulas que persiguen evitar la concentración del poder en entes que no sirvan y dimanen directamente del pueblo, al instituirse precisamente para su beneficio. Por su parte, los numerales 115 y 116 consagran el funcionamiento y las prerrogativas del Municipio Libre como base de la división territorial y organización política y administrativa de los Estados, regulando el marco de sus relaciones jurídicas y políticas. Con base en este esquema, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe salvaguardar, siempre se encuentra latente e implícito el pueblo y sus integrantes, por constituir el sentido y razón de ser de las partes orgánica y dogmática de la Constitución, lo que justifica ampliamente que los mecanismos de control constitucional que previene, entre ellos las controversias constitucionales, **deben servir para salvaguardar el respeto pleno del orden primario, sin que pueda admitirse ninguna limitación que pudiera dar lugar a arbitrariedades que, en esencia, irían en contra del pueblo soberano.**³⁸

Es preciso recalcar que la controversia constitucional es atendida en única instancia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que se constituye como un verdadero medio de control constitucional.

1.6.4 CONTROL DIFUSO.

La organización del sistema jurídico mexicano esta encaminada a normar un sistema de control constitucional concentrado, por lo que en principio, el control difuso por medio del cual, cualquier juez puede dejar de aplicar una disposición por considerarla contraria a la Constitución no resulta aplicable dentro de un sistema de control constitucional concentrado.

Por diversas razones históricas, en nuestro desarrollo Constitucional patrio, múltiples disposiciones a nivel constitucional son compartidas con la Constitución de Estados Unidos de Norte América, cuyo medio de control constitucional es difuso, luego, estamos ante la presencia de disposiciones constitucionales que a pesar de su gran similitud han conducido a sistemas de control constitucional muy diversos.

³⁸ **IUS 2005** , Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pleno, Novena Época, registro 193,257, tomo: X, Septiembre de 1999, tesis: P.J.J. 101/99, p. 708.

Sin embargo, consideramos que en nuestro sistema jurídico nacional, es facultad exclusiva de los tribunales del Poder Judicial Federal declarar la inconstitucionalidad de una ley. No obstante, consideramos que conforme a las normas nacionales subsiste la obligación de todo juzgador para dejar de aplicar una norma por considerarla contraria a la Constitución.

Ahora bien, ésta conclusión no resulta nueva pues ya fue planteada por el Jurista Gabino Fraga, cuando fungía como Presidente de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, sin embargo en aquel entonces no fue aprobada la llamada tesis Fraga, sin embargo desde ese momento se inicio una polémica que aún hoy es materia de debate, pues las disposiciones constitucionales que dieron origen a tal polémica aún son vigentes y se encuentran contempladas en los artículos 128 y 133 constitucionales:

“Artículo 128.- Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen.

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 y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

Con ésta transcripción nos podemos percatar, que la obligación que tiene cualquier juez de ajustarse al contenido de la Constitución, proviene de dos artículos que al respecto son claros en el sentido de la disposición, y sólo subsiste la polémica sobre las formas, pues resulta innegable que en el derecho constitucional la norma suprema prevalece sobre cualquier otra, por lo que la controversia entra al ámbito procesal, en el que se puede conjugar la

exclusividad del Poder Judicial Federal y la obligación del juzgador ordinario, con el único fin de salvaguardar la constitucionalidad.

Por lo anterior, concluimos que es necesario que exista una figura procesal que permita al juzgador natural dejar de aplicar una norma inconstitucional, (suspender su aplicación), hasta en tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, decida sobre su constitucionalidad o falta de ella.

Sin embargo con la actual Jurisprudencia, se ha eliminado en nuestro sistema jurídico el llamado control difuso que deja ineficaz éste medio de control constitucional establecido en nuestra ley suprema. Lo que se desprende del criterio sustentado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.

El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "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.". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.”³⁹

Así, la autorregulación constitucional denominada autocontrol constitucional presenta múltiples inconvenientes, por lo que nuestro sistema de protección constitucional actúa preponderantemente por medio de acción ante

³⁹ IUS 2005 , Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, tesis número de registro: 193435, tesis: P./J. 74/99, Novena Época, Pleno X, Agosto de 1999, p. 5.

órgano judicial de control constitucional, cuya función se encuentra reservada al Poder Judicial Federal.

1.7 EFICACIA DE LA DEFENSA CONSTITUCIONAL.

La eficacia con la que un pueblo defiende su ley fundamental, es indispensable para la permanencia de esa sociedad, pues la contravención a la ley suprema no sólo implica una violación abstracta a la ley sino que además, pone en riesgo la organización del poder y el atropello de las garantías individuales con los innumerables riesgos sociales que ello conlleva.

Toda Constitución, prevé el incumplimiento a sus postulados y establece métodos para corregir las conductas contrarias al texto supremo que están encaminados a lograr la inviolabilidad de la Constitución mediante la Jurisdicción constitucional:

“La inviolabilidad de la Constitución denota un concepto que se vincula estrechamente a los de poder constituyente, supremacía, fundamentalidad y legitimada de tal ordenamiento jurídico-político. Se afirma que la Constitución es inviolable porque sólo puede ser quebrantada, desconocida o remplazada mediante el ejercicio de dicho poder, cuyo titular es el pueblo, toda vez que no es sino el aspecto teleológico de su soberanía.”⁴⁰

Para efectos de nuestro estudio, que centra su atención en realizar un análisis de la constitucionalidad o falta de ella del arraigo domiciliario establecido en materia penal, debemos de analizar si en caso de resultar inconstitucional la norma, cual sería el medio de defensa constitucional más adecuado para lograr la eficacia de la defensa constitucional.

⁴⁰ BURGOA ORIHUELA. Ignacio. Dr. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO 16° ed., México, Porrúa, 2003, p. 387.

Al respecto es pertinente citar la crítica que realiza el Doctor Ignacio Burgoa, sobre la procedencia de la acción de inconstitucionalidad:

“Por ésta razón el único que debe estar **legitimado** para entablar tal acción es el **Procurador General de la Republica** como lo prescribe el inciso c) de la fracción II del artículo 105. Sin embargo, **este funcionario por depender directamente del Presidente de la Republica, seguramente no se atreverá a ejercitar dicha acción, ya que su superior jerárquico, al promulgar la ley que se considera inconstitucional, se habría adherido a ella, lo que sería incongruente con la impugnación que formulara su inferior jerárquico.** (...)”

A mayor abundamiento, la posibilidad de que las acciones de inconstitucionalidad se entablen dentro del **plazo de 30 días** siguientes a la fecha de publicación de las normas jurídicas secundarias que se consideren inconstitucionales, **sujeta este grave vicio a la preclusión** de tales acciones, fenómeno que convalidaría su inconstitucionalidad.”⁴¹

Crítica con la cual coincidimos, pues para efectos de nuestro estudio, la acción de inconstitucionalidad precluye, sin que ninguna de las autoridades legitimadas para promover la acción de inconstitucionalidad promoviera la acción abstracta. Por ello, el Juicio de Amparo sigue siendo el medio más eficaz de defensa constitucional y el único medio para combatir la inconstitucionalidad del arraigo planteada en este estudio.

El Juicio de Amparo, es la institución de defensa de la Constitución con mayor tradición en nuestro sistema jurídico y consideramos que seguirá siendo la más importante ya que es el único instrumento jurídico con la doble finalidad de protección constitucional y al gobernado. Por lo que su eficacia como medio de protección contra leyes inconstitucionales, se debe aplicar a nuestra materia de estudio, pues el plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad ya precluye, la controversia constitucional no procede en nuestra materia de

⁴¹ BURGOA ORIHUELA. Ignacio. Dr., Ob. Cit., p. 888.

estudio y el control difuso no se aplica en nuestro país por interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El Juicio de Amparo contra su primer acto de aplicación, será el único medio de defensa posible para el gobernado y para la Constitución, reafirmando su carácter como juicio de última instancia.

Este medio de control constitucional tiene garantizada su cumplimiento, pues en caso de conceder al quejoso el amparo y protección de la Justicia de la Unión, dicha determinación es coactiva contra la autoridad, quien no puede dejar de cumplir la resolución y anular el acto de autoridad inconstitucional, pero más aún, no puede repetir el acto declarado inconstitucional, so pena de ser destituido del encargo y sancionado. Así lo establece el último párrafo del artículo 105 de la Constitución:

Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:
En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo se aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de esta Constitución.”

Al respecto el artículo de remisión obligatoria establece en lo conducente lo siguiente:

“Artículo 107.- Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes: (...)
XVI.- Si concedido el amparo la autoridad responsable insistiere en la **repetición del acto reclamado** o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, y la Suprema Corte de Justicia estima que es inexcusable el incumplimiento, dicha **autoridad será inmediatamente separada de su cargo y consignada** al Juez de Distrito que corresponda. Si fuere excusable, previa declaración de incumplimiento o repetición, la Suprema Corte requerirá a la responsable y le otorgará un plazo prudente para que ejecute la sentencia. Si la autoridad no ejecuta la sentencia en el término concedido, la Suprema Corte de Justicia procederá en los términos primeramente señalados.

Cuando la naturaleza del acto lo permita, la Suprema Corte de Justicia, una vez que hubiera determinado el incumplimiento o repetición del acto reclamado, podrá disponer de oficio el **cumplimiento sustituto** de las sentencias de amparo, cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso. Igualmente, el quejoso podrá solicitar ante el órgano que corresponda, el cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo, siempre que la naturaleza del acto lo permita.

La inactividad procesal o la falta de promoción de parte interesada, en los procedimientos tendientes al cumplimiento de las sentencias de amparo, producirá su caducidad en los términos de la ley reglamentaria.(...)"

Con lo que la eficacia del sistema de control constitucional, se encuentra lo suficientemente regulada, con la finalidad de conseguir en la praxis el respeto a la norma suprema, pero para el caso de que se vulnere la constitucionalidad, existen medios de defensa jurisdiccionales y medios de control que vigilan el cumplimiento de las resoluciones protectoras, garantizando su eficacia, bajo la amenaza de sanción.

“La institución de control de la constitucionalidad convierte a las normas constitucionales en verdaderas normas coactivas, con la plenitud de su fuerza desplegada ostensiblemente y ajustándolas claramente a la característica esencial del derecho, que lo distingue de todas las otras especies de normatividad que los académicos han encontrado: su coactividad.”(cita Von Ihering)⁴²

Por lo que concluimos que la eficacia del control constitucional por medio de órgano jurisdiccional se encuentra establecida como un procedimiento coactivo que asegura la eficacia jurídica de la defensa a la Constitución. Pero para el caso que nos ocupa solo subiste en grado de posibilidad el Juicio de Amparo como medio de defensa del gobernado contra los actos de autoridad que impongan el arraigo domiciliario.

⁴² VÁZQUEZ Rodolfo. INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y DECISIÓN JUDICIAL 1ª ed, México, Fontamara, 1998, p. 289.

1.8 CONCEPTO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Conforme a la teoría constitucional, no existe una definición de delincuencia organizada, pues al respecto sólo el artículo 16 en su séptimo párrafo menciona la frase delincuencia organizada y es la ley reglamentaria en materia federal la que proporciona una definición legal más cercana del concepto:

“Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. (...)

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho 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.”

Sin embargo ésta frase, que aparece en nuestra legislación Constitucional por primera vez con la reforma de fecha 2 de noviembre de 1993, no fue creada con el fin de establecer un delito autónomo, sino con la finalidad de crear una excepción a la regla general y permitir al Ministerio Público contar con la duplicidad del plazo de retención, para que pudiera lograr de mejor forma la integración de la averiguación previa, redundando en una eficaz consignación. Así puede apreciarse del proceso legislativo que dio origen a la reforma constitucional citada:

“CÁMARA DE ORIGEN: DIPUTADOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

México D.F., a 2 de julio de 1993

INICIATIVA DE DIPUTADOS

El Presidente:

De acuerdo con el orden del día anunciado a esta Asamblea, tiene ahora la palabra el diputado Guillermo Pacheco Pulido, para presentar a la Asamblea, una iniciativa de reformas a los

artículos 16, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por diputados integrantes de los diversos grupos parlamentarios que integran la LV Legislatura de esta Cámara de Diputados.

El Diputado Guillermo Pacheco Pulido:

Con su permiso, señor Presidente; compañeras y compañeros diputados:

"Ciudadanos secretarios de la honorable Cámara de Diputados.

Quienes suscriben, diputados federales a la LV Legislatura del Congreso de la Unión, de diversos grupos parlamentarios, en el uso de la facultad que nos otorga la fracción II del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nos permitimos someter a la consideración de este pleno la siguiente iniciativa que reforma los artículos 16, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, bajo las siguientes:

“CONSIDERACIONES

La LV Legislatura, ha venido asumiendo una serie de debates fundamentales para la nación, sobre la reforma del Estado mexicano. En este contexto, el Poder Legislativo ha buscado expresar en el ámbito del derecho, las bases que doten de permanencia y seguridad a la dinámica de cambio que vive la sociedad mexicana, para encontrar en justicia y libertad mejores fórmulas de convivencia.

Al tratar la reforma del Estado mexicano, se han abarcado temas torales como la democracia, el respeto de los derechos humanos, las relaciones iglesias - Estado, el campo, la educación, entre otras. En este orden de ideas, los suscritos sostenemos que un ámbito como el de la justicia penal, no debe quedar exento de este debate, ya que en este campo del derecho en el que se busca el justo equilibrio entre los principios de seguridad y libertad, entre la observancia de la legalidad y el respeto a los derechos fundamentales del ser humanos se plasma la aspiración de un pueblo para asegurar la paz y la tranquilidad por el camino de la libertad.

Es por ello que resulta necesario, en beneficio de la propia sociedad, adecuar las normas constitucionales, siempre con vistas a la protección de los derechos humanos, garantías individuales, administración rápida y expedita de la justicia, tanto en las etapas de investigación como durante el procedimiento judicial.

La iniciativa que se propone para **reformular los artículos 16, 20 y 119** de nuestra Carta Magna tiene estos objetivos.

Nuestro sistema penal, se desarrolla con base a las garantías que consagra la Constitución. El Ministerio Público y el juez no pueden ni deben ir más allá de lo que el marco jurídico les permite; asimismo, el particular puede realizar todo aquellos que

afecte a terceros: este es el marco de civilidad que buscamos consolidar con esta iniciativa.

Las reformas que se proponen buscan, con mejorar técnica legislativa, otorgar mayor claridad al artículo 16, dado que este precepto en la actualidad se compone de cuatro párrafos. Con la reforma propuesta dicho artículo contará con nueve párrafos.

El primer párrafo (...)

En el quinto párrafo, la iniciativa en comento incluye lo relativo al plazo máximo que puede ser retenido el indiciado, **el cual será por regla general de 48 horas**. Ni la Constitución Política ni la legislación secundaria prevén, expresamente, un plazo para concluir la averiguación que se realiza con detenido por flagrancia o urgencia. Por ello, independientemente de darle al artículo 16 constitucional su interpretación adecuada, **resulta conveniente contemplar la posibilidad de darle al Ministerio Público un término suficiente en la práctica, tratándose de investigaciones con detenido**.

A mayor argumentación, cabe considerar que si el plazo que se le concede al juez en términos del artículo 19 constitucional, para valorar el acervo probatorio resultante de una averiguación previa, es de 72 horas, a consideración de quienes suscriben esta iniciativa, resulta lógico conceder a la autoridad investigadora de los delitos, el plazo de 48 horas antes señalado, dado que es quien se allega las pruebas necesarias para una consignación, sobre todo tratándose de una averiguación previa con detenido. A mayor abundamiento, este plazo también corre en beneficio de las defensas del indiciado ya que la propia iniciativa prevé el derecho que tiene para aportar pruebas, desde el momento mismo de la indagatoria.

Con la determinación del plazo, queda perfectamente clara la referencia temporal que tiene la autoridad para investigar el hecho, por lo que cualquier exceso deberá ser penado por la ley. Así también, en los casos que la **ley prevea como delincuencia organizada**, el Ministerio Público podrá **duplicar dicho plazo, en razón de que a su elevada gravedad se suma la mayor dificultad de integrar debidamente una indagatoria**, sobre todo porque en estos casos no sólo es necesario acreditar la existencia del hecho ilícito y la vinculación del indiciado con el mismo, sino, su relación con los demás elementos que integran a la organización delictiva que por su desarrollo ha acreditado ser cada día más compleja y sofisticada.”

Es importante destacar que el legislador considero oportuno continuar con la regla general, de que la retención ministerial no puede exceder de 48 horas y sólo como caso excepcional, se podría duplicar el plazo, llegando así, al limite temporal de la retención ministerial, para cualquier caso.

Sobresale la frase delincuencia organizada, pues actualmente se encuentra en nuestra Constitución dentro de las garantías individuales del gobernado en materia penal, y en específico, el párrafo donde se prevé el tiempo máximo de retención ministerial, sin embargo, en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada ya se contiene una definición de lo que se debe entender como delincuencia organizada y es la descrita en el artículo 2º:

“Artículo 2o.- Cuando **tres o más personas acuerden organizarse** o se **organicen** para realizar, **en forma permanente o reiterada**, conductas que por sí o unidas a otras, tienen **como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese sólo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:(...)**”

Sin embargo, ésta definición legal se alejo de la connotación de empresa ilegal que se había expresado en forma clara en la exposición de motivos de dicha ley:

“(...) crimen organizado como una sociedad que busca operar fuera del control del pueblo y del gobierno, pues involucra a miles de delincuentes que **trabajan dentro de estructuras tan complejas, ordenadas y disciplinadas** como las de cualquier corporación, mismas que están sujetas a reglas aplicadas con gran rigidez. Se caracteriza porque sus acciones no son impulsivas, sino mas bien resultado de previsiones a corto, mediano y largo plazo, con el propósito de ganar control sobre diversos campos de actividad y así amasar grandes oportunidades de dinero y de poder real.”⁴³

Texto legal se alejo del concepto de delincuencia organizada, para acercarse más a la asociación delictuosa, cuando simple y sencillamente existe pluralidad de delincuentes. Definición que podemos comparar con la expresada

⁴³ **DIARIO DE DEBATES** , Legislatura LVI, año II, 2º Periodo Ordinario, Senado de la Republica, 19 de Marzo de 1996, Capítulo 1.2., p.17.

en la Ley Contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal, que en su artículo 2 fracción III, dice:

“Artículo 2.- Para los efectos de esta ley se entiende por:

III.- Delincuencia Organizada: La participación de **tres o más personas** que **acuerden organizarse** o **se organicen** para realizar, **en forma reiterada** o permanente conductas que por sí o unidas a otras, tienen como **fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos** a que se refieren el artículo 254 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal;(…)”

La creación legislativa del Distrito Federal a mas de ser una burda copia de la ley federal, omite también una de las notas características del concepto de delincuencia organizada, pues para su integración remite el artículo 254 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que en lo conducente manifiesta:

“Artículo 254.- Cuando tres o más personas se organicen o acuerden organizarse de forma permanente o reiterada para cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, **se les impondrá** de cuatro a diez años de prisión y de doscientos hasta mil días multa, **sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan:**”

Por lo anterior, surge la interrogante ¿por qué el legislador estableció la delincuencia como un tipo autónomo?, y la respuesta es tan sencilla como su motivo, ante la incapacidad del Ministerio Público de dilucidar y sancionar los delitos efectivamente cometidos; ¿se facilito su labor sancionadora! Cuando se tipifico un delito sin bien jurídico lesionado, como se aprecia de la siguiente transcripción:

“La razón del desarrollo de estas fórmulas puede estar en las dificultades para encontrar elementos de prueba contra los miembros de la delincuencia organizada y por tanto se establece un tipo penal, **en el que se facilita la sanción** de los miembros, supervisores o directivos de las organizaciones, **ya que se castiga el mero acto de pertenecer a una organización** que

comete delitos. En consecuencia, el tipo penal de delincuencia organizada no pretende prohibir nuevas conductas sino hacer una sistemática a través de la cual **sea más fácil sancionar a los integrantes de la delincuencia organizada.**⁴⁴

Más allá de éstas definiciones, la delincuencia organizada es un fenómeno por medio del cual una pluralidad de individuos con unidad de propósito, cometen delitos que afectan en lo general a la sociedad, haciendo del delito una empresa económica ilícita.

La delincuencia organizada, por ser un fenómeno que va en aumento y traspasa fronteras, ha sido objeto de regulación en el derecho internacional, por lo que el 14 de julio de 1985 cinco países de la entonces denominada Comunidad Europea firmaron el Acuerdo de Schengen, que fue ratificado el 15 de julio de 1990 y entro en vigor para el 26 de marzo de 1995, por lo que más tarde su texto fue incorporado al Tratado de Ámsterdam, que desde su entrada en vigor en 1999 forma parte de la normatividad de la Unión Europea. Con lo que queda claro que la delincuencia organizada es un fenómeno social que exige de una regulación legal a los más altos niveles, sin embargo, la urgencia de legislar al respecto no debe de ninguna forma conculcar los derechos básicos del hombre.

Otra disposición de orden internacional que regula sobre la materia de delincuencia organizada es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada del 2000, que fue firmada por nuestro país representado por el Ciudadano Presidente Vicente Fox Quesada el día 13 de diciembre de 2000, éste tratado fue publicado el 11 de abril de 2003 en el Diario Oficial de la Federación, en cuyo texto en forma inusual se omite la definición de delincuencia organizada y sólo en su artículo 2 en el cual se establecen las

⁴⁴ MACEDO DE LA CONCHA Rafael. DELINCUENCIA ORGANIZADA , 1ª ed, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, p. 98.

definiciones, se contiene la definición de grupo delictivo organizado, que se define de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 2

DEFINICIONES

Para los fines de la presente Convención:

a) Por "**grupo delictivo organizado**" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;(…)"⁴⁵

Sin embargo, la anterior definición no se encuentra completa, si no se atiende a lo dispuesto por el artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada del año 2000, que impone una tarea legislativa a los Estados miembros, cuando delega la penalización, pero por otro lado señala que dicha conducta deber ser sancionada como delito autónomo:

“ARTÍCULO 5

PENALIZACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN EN UN GRUPO DELICTIVO ORGANIZADO

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) Una de las conductas siguientes, o ambas, **como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:**"⁴⁶

Consideramos que la penalización de la delincuencia organizada como delito autónomo es inadecuada, pues en principio éste tratado ni siquiera define a la delincuencia organizada, mucho menos se pueden integrar los elementos típicos para su debida integración, luego, no se debe entender como el nacimiento de un nuevo delito.

⁴⁵ COMPILA TRATADOS V , Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

⁴⁶ COMPILA TRATADOS V , idem.

Así, podemos llegar a una conclusión a priori, al señalar que el concepto de delincuencia organizada existe en nuestra Constitución como una frase que establece una excepción a la regla general que contiene el plazo máximo de retención ministerial, sin embargo, en la legislación secundaria, se estableció la “delincuencia organizada” como un delito autónomo. Permitido por la interpretación del Poder Judicial Federal que ha sostenido la siguiente tesis:

“DELINCUENCIA ORGANIZADA, NATURALEZA DEL DELITO DE. Conforme al artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la hipótesis delictiva se actualiza cuando: tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que en diversas fracciones se precisan de manera limitativa en el propio numeral. De lo anterior se obtiene que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica penal, el aludido **delito puede clasificarse** como de naturaleza **plurisubjetiva**, puesto que se requiere de un número mínimo de activos, que es de tres personas; **de comisión alternativa**, pues puede actualizarse mediante la hipótesis conductual de "organizarse, o bien, por el hecho de acordar hacerlo"; ello con la finalidad de realizar conductas que por sí mismas o unidas a otras, que regula a su vez el fin o resultado de cometer alguno o algunos de los delitos que limitativamente se precisan; por tanto, **requiere de un elemento subjetivo específico (distinto del dolo)**, que se traduce en esa particular finalidad; además, puede clasificarse como de aquellos que la doctrina denomina "**de resultado anticipado o cortado**" puesto que para su configuración es irrelevante el que se logre o no la consumación, materialización, o simplemente exteriorización de las conductas que pudieran integrar a los diversos delitos que conformaren en abstracto la finalidad perseguida por la organización. Además, es sin duda un delito **doloso**, en donde el dolo debe abarcar el conocimiento de los aspectos objetivos y la voluntad del autor o aceptar tal integración, esto es, el saber y querer de esa pertenencia al grupo que deliberadamente se organiza o acuerda organizarse.”⁴⁷

⁴⁷ **IUS 2005** DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tribunal Colegiado de Circuito, tomo: XVIII, Septiembre de 2003, tesis: II.2o.P.102 P, p. 1365.

Este criterio, consideramos que es desafortunado, pues establece un delito que sanciona la fase previa a la comisión de un ilícito, con el que se llega al absurdo de castigar la psique, que según el legislador, pretende delinquir, lo que se estudiara con mayor detalle más adelante.

1.9 CONCEPTO AMPLIO DE ARRAIGO.

En primer lugar, la acepción arraigo en su más amplia concepción la debemos entender como una restricción al libre desplazamiento, que según su acepción etimológica significa lo siguiente:

“arraigo.- s. m || 1 Acto de echar raíces una planta, afirmándose en la tierra y condición de hallarse firmemente unida a ella 2 Condición de hallarse una cosa o persona fuertemente unida a algo o alguien, de manera que sea difícil separarla o extirparla, o se le considere como parte suya: “A pesar de su origen europeo, la celebración de la natividad de Jesús tuvo gran *arraigo* entre los indígenas de México”, “Las prédicas sobre la supuesta inferioridad racial no tienen ningún *arraigo* en nuestros tiempos” || (Der) 1 Conjunto de los bienes muebles que forman parte del patrimonio de una persona y se consideran como garantía del cumplimiento de sus obligaciones jurídicas. 2 Fianza que una persona sujeta a demanda o juicio deposita como garantía de que responderá a las resueltas del juicio. 3 Obligación que las autoridades judiciales imponen a una persona, de permanecer en un lugar donde se lleva a cabo una demanda o juicio contra ella.”⁴⁸

La anterior definición, ya nos proporciona una visión amplia del arraigo y en que consiste, pero para poder desentrañar su significado jurídico consultamos un diccionario jurídico y encontramos la siguiente definición:

“Arraigo. (acción y efecto de arraigar; del latín *ad* y *radicare*, echar raíces). I. En la legislación actual se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de

⁴⁸ DICCIONARIO DEL ESPAÑOL USUAL EN MÉXICO , Dirigido por Luis Fernando Lara, 1ª ed, México, El Colegio de México, 1996, p. 132 y 133.

parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda (a. 235 f I CPC y 822 frac I LFT). Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte.

En el Derecho mexicano puede solicitarse no sólo contra el deudor, sino también contra los tutores, albaceas, socios y administradores de bienes ajenos (a. 236 CPC). Podrá asimismo, solicitarse como acto prejudicial, al tiempo entablarse la demanda o después de iniciado el juicio. En el primer caso, además de acreditar el derecho que tiene el solicitante para gestionarlo y la necesidad de la medida solicitada, deberá dar una fianza suficiente a satisfacción del juez para responder de los daños y perjuicios que se causen si no se entabla la demanda; en el segundo, bastara la petición del actor para que se haga la notificación correspondiente y la providencia consistirá en prevenir al demandado para que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, instruido y expresado para responder a las resultantes del juicio; en el tercer caso, se substanciará en el incidente por cuerda separada, en el cual el peticionario deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida (a. 237 a 241 CPC). En materia laboral el arraigo no procede cuando la persona contra quien se pide sea propietaria de una empresa establecida (a. 825 LFT); quien quebrante el arraigo en términos del a. 242 CPC; será castigado con la pena que señala el CP al delito de desobediencia a un mandato legítimo de autoridad pública, quedando sujeto a las medidas de apremio que el juez dicte para obligarlo a regresar al lugar del juicio.

II. En el derecho romano se obligaba a garantizar mediante fianza a fin de asegurar al actor las resultas del juicio; posteriormente en el derecho justiniano esa fianza fue sustituida por la obligación de prestar caución juratorio de que el demandado cumpliría con la sentencia condenatoria si ese fuera el caso. El Fuero Juzgo, las leyes de Partida y las de Toro, conservaron el sistema de la fianza, autorizando la pena privativa de libertad para el insolvente.

III. En el derecho moderno el arraigo es también una excepción que el demandado puede oponer cuando el actor es extranjero o transeúnte y consiste en obligar a este último a garantizar las resultas del juicio. El Código de 1884 la contemplaba, siendo suprimido, en el actual por ser contrario a los principios de derecho internacional emanados de las convenciones de la Haya de 1896 y 1905 en donde se les reconoce a los extranjeros los mismos derechos que a los nacionales en materia procesal. Aún así algunas legislaciones conservan esta figura para los casos en

que el extranjero no domiciliado en el país no tuviere bienes en el lugar del juicio, salvo casos de reciprocidad.”⁴⁹

No obstante, a la fecha en que se elaboro este diccionario especializado, aún no existía en nuestra legislación el arraigo en materia penal, por ello no se encuentra contemplado dentro de la anterior definición, pero si nos proporciona una idea clara del significado jurídico del arraigo y cual es el fin de esa institución, sin embargo, para desentrañar el significado que se le ha dado en la legislación penal, consultamos un diccionario especializado en la materia, que lo contempla con la siguiente definición:

“Arraigo. Catalán ad: y radicar: radicar. En nuestro sistema procesal, el arraigo es una medida cautelar que, durante la averiguación previa, se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que este cumpla con los requerimientos del Ministerio Público en razón de la investigación de un hecho delictivo.”⁵⁰

Así, según se desprende de las anteriores definiciones el arraigo en materia civil constituye una providencia precautoria con la cual se previene al demandado para que no se ausente del lugar del juicio y para el caso de que así se haga, se deje oportunamente un representante. Sin embargo en materia penal, se establece como una medida cautelar impuesta durante la averiguación previa, mediante la cual se impide que el afectado abandone un inmueble determinado.

Con el arraigo civil, se respeta a cabalidad la garantía de debida defensa legal, cuidando la prosecución del juicio y respetando la garantía ambulatoria de todo ciudadano; sin embargo, tratándose del arraigo penal puede consistir en la prevención de no abandonar el lugar del juicio sin dejar legítimo representante,

⁴⁹ PÉREZ DUARTE y N. ALICIA Elena. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO Tomo I, 1ª ed., 2ª reimpresión, México, Porrúa, 1985, p. 193 y 194.

⁵⁰ NUEVO DICCIONARIO DE DERECHO PENAL , 2ª ed, Bogota Colombia, Malej, 2004, p. 119.

hasta impedir que el arraigado salga de un inmueble determinado, como se le instituye en la legislación contra la delincuencia organizada.

En materia penal y sobre todo tratándose de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se crea el arraigo penal como una medida cautelar, mediante la cual se limita la libertad ambulatoria del arraigado sujetándolo a permanecer en un mismo inmueble hasta por noventa días bajo la vigilancia del Ministerio Público y con la promesa de libertad siempre y cuando el arraigado coopere con el esclarecimiento de los hechos sujetos a investigación y que se le imputan, tal y como lo establece el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada:

“Artículo 12.- El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que **se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, **con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los HECHOS QUE SE LE IMPUTAN y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.**”**

Es decir, se obliga a él arraigado a permanecer en un inmueble bajo la vigilancia del Ministerio Público y se le compele a efectos de que se constituya en auxiliar del órgano investigador para aclarar los hechos que se le imputan y que pueden constituir delito. Interpretación que no deja lugar a dudas, cuando el Licenciado Rafael Macedo de la Concha, señala la siguiente definición del arraigo:

“El arraigo como medida cautelar de carácter personal, preceptuado en el artículo 12 de la ley en estudio, se distingue de la prevista en el Código Federal de Procedimientos Penales

en su objeto, que es la participación del arraigado en la dilucidación de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.”⁵¹

Con lo anterior resulta incuestionable que la finalidad del arraigo contenido en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada tiene un doble propósito, el primero de impedir que el arraigado se sustraiga de la acción de la justicia, y el segundo, para lograr que el arraigado participe en el esclarecimiento de los hechos que se le imputan.

Por lo que el arraigo en nuestro criterio consiste en ser una medida de apremio solicitada por el Ministerio Público y aprobado por el Juez, que consiste en mantener al sujeto pasivo, circunscrito a un inmueble, bajo la supervisión del Ministerio Público en el lugar que éste determine, con el objeto de que el destinatario coopere con la investigación del delito que más tarde se le imputara.

⁵¹ MACEDO DE LA CONCHA. Rafael, DELINCUENCIA ORGANIZADA , 1ª ed, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, p 32.

CAPÍTULO II.

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL INCULPADO.

2.1 CONCEPTO DE GARANTÍA INDIVIDUAL.

El concepto jurídico de garantía individual, surge precisamente de la ley, más específicamente de la Constitución, que como ya lo vimos, es el texto fundador de la Nación y en el cual se plasma la ideología y valores de una sociedad en un tiempo determinado, luego, que en nuestra Constitución exista un capítulo especial dedicado a las garantías individuales, nos revela la importancia de ésta institución jurídica, que se edifica a favor del gobernado.

El ser humano perdió para siempre su completa libertad, cuando decidió unirse en sociedad y sujetar sus actos a la voluntad de otro que domina, ya sea por la fuerza o por convicción, creando gobernantes y gobernados, que a lo largo de la historia del Estado y su sistema de gobierno, se ha favorecido la evolución hacia la mayor libertad del gobernado, fortalecida en época reciente con la ideología democrática que aumenta el patrimonio jurídico del gobernado con una serie de prerrogativas denominadas garantías individuales.

Desde el punto de vista histórico, nuestras actuales garantías individuales, tienen un antecedente en la ideología jus-naturalista en la cual cada ser humano por el sólo simple hecho de serlo tiene a su favor derechos que son inherentes a su persona, una definición de derecho natural es la que nos proporciona Paulo:

“Otra concepción, más acertada del *ius naturale*, es la que nos dejó Paulo: *quod semper aequum ac bonum est ius dicitur ut est ius naturale*: se llama *ius* a aquello que es siempre justo y bueno; esto es el *ius naturale*. Es un derecho ideal, sin lo que pudiéramos llamar impurezas de la realidad, y para los romanos,

según parece, inmutable; ante él, todos los hombres son iguales y la esclavitud es inadmisibile. Esta concepción filosófica, sea efectivamente obra de la jurisprudencia clásica o, como parece más seguro, concepto postclásico o creación de los compiladores bizantinos, proyectó en el derecho político romano escasísima impotencia práctica.”⁵²

Así podemos identificar al derecho natural como un orden supra-humano, en el cual, existen reglas que se desprenden de la propia naturaleza del ser humano y las cuales protegen a la especie de si misma. En el mismo sentido coincide el Doctor Alier Campuzano:

“Es así como el derecho natural consiste en un ordenamiento universal derivado de la propia naturaleza humana.”⁵³

Algunos autores consideran que el primer antecedente de lo que hoy conocemos como garantías individuales, fue el acontecimiento suscitado en Inglaterra, cuando el Rey Juan Sin Tierra durante su reinado libro una guerra en contra de Francia, que al cabo de los años seguía financiando con elevados impuestos y confiscando propiedades, lo cual tuvo consecuencias inesperadas, pues ante la incertidumbre jurídica los Barones se unieron para obligar al Rey a respetar sus derechos y privilegios, a lo que Juan Sin Tierra, no tuvo más remedio de acceder y en el año de 1215 firmo la “*Magna Carta*”; con la cual se limito la actuación del rey al convenio suscrito con la nobleza.

Desde el punto de vista de la ética, los “derechos humanos” aparecen derivados de la moral como exigencia de la dignidad humana, y sólo así, se pueden considerar como derechos fundamentales, cualidad que los hace ser inalienables e imprescriptibles, sin embargo, para que éstas posturas

⁵² SABINO VENTURA. Silva. DERECHO ROMANO , 11ª ed., México, Porrúa, 1992, p XLV.

⁵³ ALIER CAMPUZANO. Jaime, FACULTAD INVESTIGADORA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESPECTO DE VIOLACIONES GRAVES A GARANTÍAS INDIVIDUALES , 1ª ed, México, Porrúa, 2005, p. 2.

ideológicas puedan llevarse a cabo en la realidad es necesario que esos derechos sean reconocidos en los instrumentos jurídicos positivos.

Ahora bien, desde el punto de vista del derecho positivo tenemos que el primer antecedente formal de las garantías individuales es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano elaborada en Francia por la Asamblea Constituyente en Agosto de 1789, con la pretensión que la nueva Constitución de Francia contara con un preámbulo en el que se expusieran los principios universales que se consagrarían en la misma, así el marques La Fayette en colaboración con Thomas Jefferson —quien entonces tenía el cargo de embajador de Estados Unidos de Norte América en Paris— elaboraron un proyecto que presentaron el 11 de julio de ese mismo año y que fue criticado por los conservadores, principalmente por lo que respecta al artículo 3 en el cual se consagraba que el origen fundamental de toda soberanía recae en la Nación, situación que implicaba un grave peligro para la Monarquía.

No obstante, tras el debate en la Asamblea Constituyente se decidió a favor de los radicales que apoyaban la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, sin embargo a pesar de haber ganado la batalla en la Asamblea el texto fue vetado por el rey, quien no aceptaba la idea de que los ciudadanos, anteriores súbditos, fueran ahora soberanos, pero el ímpetu que la declaración adquirió fue suficiente para que Francia tres años después aboliera la monarquía y proclamara la república, que finalmente culminó con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, a la par de la nueva la Constitución de 1793.

A la par de éstas importantes declaraciones, en Estados Unidos de Norte América, se crean las *“Bill of Rights”*, en 1791, que establecen las diez primeras enmiendas a la Constitución de 1787; en las cuales se consagra ya a nivel

constitucional los derechos del ciudadano, adquiriendo así el carácter de norma positiva que a la fecha impera en el Estado Moderno.

Como ya lo vimos, con el desarrollo del constitucionalismo se desarrollan los derechos del hombre que al adquirir el rango de ley suprema, son llamados derechos del ciudadano, pues estas prerrogativas son aplicadas sólo dentro del ámbito espacial del Estado Nación. Lo que gana coacción y perdió parte de la pretensión de universalidad.

No obstante lo anterior y con el ya conocido vaivén histórico, tras la segunda guerra mundial resurge la idea universal de los derechos del hombre que a la par del surgimiento de organismos multinacionales encabezados por la Organización de las Naciones Unidas, impulsan los derechos del hombre, por lo que mediante resolución de su Asamblea General, se aprobó el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en sus considerandos y primer artículo señala:

“DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.

CONSIDERANDO que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

CONSIDERANDO que el desconocimiento y el menosprecio de los Derechos Humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la Humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

CONSIDERANDO esencial que los Derechos Humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

CONSIDERANDO también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

CONSIDERANDO que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los Derechos Fundamentales del

hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

CONSIDERANDO que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los Derechos y Libertades Fundamentales del hombre, y que una concepción común de estos Derechos y Libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso,

LA ASAMBLEA GENERAL PROCLAMA la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos Derechos y Libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”⁵⁴

Derechos del Hombre, que en nuestra normatividad constitucional nacional han estado presentes a lo largo de su evolución histórica con el nombre de garantías individuales, institución continúa en nuestras Constituciones que refrenda la importancia de estos derechos y que plasmados en la norma suprema, son reconocidos como derechos básicos. En nuestra actual Constitución, se encuentra un catalogo de las garantías individuales dentro de su Título I, Capítulo I; aplicables a todos los individuos que estén en nuestro país según su artículo 1º lo dispone:

“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.

⁵⁴ ENCICLOPEDIA MICROSOFT ENCARTA 2002 , DVD, Microsoft Corporation, 1993-2001, cd 1.

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

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

Sin embargo a pesar de que en nuestra actual Constitución existe un capítulo específico de garantías individuales, no existe ninguna definición legal de lo que debemos entender por garantías individuales, por lo que debemos recurrir a la literatura especializada para desentrañar su significado.

Aun cuando parezca evidente, debemos recalcar que la garantía es una especie del género derecho, --en su acepción vincular, no como sistema jurídico-- que a su vez, se distingue del derecho real que existe entre el titular de un objeto y cuya característica es ser oponible a terceros, sin que exista acuerdo de voluntades entre los sujetos; también es diferente del derecho subjetivo, que existe entre un acreedor y un deudor, cuyo vínculo nace por la voluntad de un sujeto o de ambos, así el derecho subjetivo sólo es oponible al deudor y a nadie más, institución jurídica que se desarrolla a la par de la obligación correlativa.

En cambio en la especie de derecho, garantía individual, tenemos que el titular del derecho es el individuo, persona física o moral, nacional o extranjero dentro del territorio nacional, sin distinción de sexo, estado social, ni capacidad de ejercicio o goce, que por regla general son aplicables en todo momento, imprescriptibles e inalienables. El Doctor Jorge Carpizo, señala la distinción entre derechos del hombre y las garantías individuales:

“Podemos concluir que mientras los derechos del hombre son ideas generales y abstractas, las garantías, que son su medida, son ideas individualizadas y concretas.”⁵⁵

Ahora nos encontramos en posibilidad de analizar un concepto de garantías individuales, que es el proporcionado por el Doctor Ignacio Burgoa:

“GARANTÍAS INDIVIDUALES. CONCEPTO. Parece ser que la palabra “garantía” proviene del término anglosajón “*warranty*” o “*Warantie*”, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (*to warrant*), por lo que tiene una connotación muy amplia. “Garantía” equivale, pues en su sentido lato, a “aseguramiento” o “afianzamiento”, pudiendo denotar también “protección”, “respaldo”, “defensa”, “salvaguarda” o “apoyo”. Jurídicamente, el vocablo y el concepto “garantía” se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas.

El concepto “garantía” en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una unidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas pre-establecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional. De esta guisa, se ha estimado, incluso por la doctrina, que el principio de legalidad, el de división o separación de poderes, el de responsabilidad oficial de los funcionarios públicos, etc., son garantías estatuidas en beneficio de los gobernados; afirmándose también que el mismo concepto se extiende a los medios o recursos tendientes a hacer efectivo el imperio de la ley y del derecho.

En atención a las diversas acepciones del vocablo y de la idea “garantía” dentro del campo del derecho, nosotros prescindiremos de los múltiples significados que tienen, para contraer el concepto respectivo a la *relación jurídica de supra a subordinación* de que vamos a hablar, y de la que surge el llamado “derecho del hombre” de la declaración francesa de 1789 y de nuestra Constitución de 1857.

En otras palabras, desde el punto de vista de nuestra Ley Fundamental vigente, las “garantías individuales” implican no todo el variado sistema jurídico para la seguridad y eficacia del estado de derecho, sino lo que se ha entendido por “derechos del gobernado” frente al poder público. La relación entre ambos conceptos, “garantía individual” y “derecho del gobernado”, se

⁵⁵ CARPIZO Jorge y CARBONELL Miguel, DERECHO CONSTITUCIONAL , 1ª ed, México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 22.

deduce de la gestación parlamentaria del artículo primero de la Constitución de 1857. Como es bien sabido los constituyentes de 56-57, influidos por la corriente jusnaturalista, consideraron que los derechos del hombre son aquellos que éste recibe de Dios (o como dijera Mirabeau, “los que la justicia natural acuerda a todos los hombres”), y que dada su amplitud y variedad no era posible enmarcar dentro de un catálogo. Por ello, dichos constituyentes se concentraron a instituir las “garantías” que aseguran el goce de esos derechos, de tal suerte que al consagrar las propias garantías, en el fondo se reconoció el derecho respectivamente protegido o asegurado por ellas, estableciéndose así la relación de que hemos hablado.

A nuestro entender, sin embargo, no puede identificarse la “garantía individual” con el “derecho del hombre” o el “derecho del gobernado”, como no se puede confundir el “todo” con la “parte”.⁵⁶

Como se puede ver, inmiscuido al término garantía individual se encuentra una relación de supra-subordinación y un marco legal previamente constituido, el cual legaliza una determinada conducta y prohíbe otra.

Así toda conducta realizada por un ente de derecho, debe ajustarse a los mandatos de la Constitución, pues cuando instaura cargas a los gobernados se entienden como obligaciones del ciudadano, mientras que cuando crea derechos se denominan garantías individuales, la cuales por su evolución histórica y aplicación práctica son concebidas para ser oponibles al gobernante.

En principio, sólo las personas físicas son susceptibles de ser destinatarios de todas las garantías individuales que consagra la Constitución, sin embargo y como una extensión de ese derecho protector de todo gobernado y por la misma razón de supra-subordinación, se concede el ejercicio de ciertas garantías individuales a las personas morales, pues no hacerlo, implicaría el despotismo del Estado contra éstos entes jurídicos necesarios para el bienestar del ciudadano, vulnerando al final de la cadena a la persona física, ciudadano.

⁵⁶ BURGOA ORIHUELA. Ignacio. DICCIONARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, GARANTÍAS Y AMPARO , 6ª ed, México, Porrúa, 2000, pp.181 y 182.

En casos excepcionales se permite a las personas morales oficiales, ejercitar la acción de garantías, cuando se afectan sus intereses patrimoniales como lo dispone el artículo 9 de la Ley de Amparo:

“Artículo 9o.- 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 reclame afecte los intereses patrimoniales de aquéllas. Las personas morales oficiales estarán exentas de prestar las garantías que en esta ley se exige a las partes.”

Luego, podemos percatarnos que cualquier persona con capacidad de goce, ya sea física, moral o morales oficiales, son susceptibles de ser destinatarios de las garantías individuales que consagra nuestra Constitución, siempre que puedan ser el sujeto pasivo de un acto de autoridad del Estado y siempre que la naturaleza del destinatario permita la protección del bien jurídico tutelado.

Así tenemos que como destinatario de las garantías individuales, se encuentra cualquier ente con personalidad jurídica y capacidad de goce, que puede ser objeto del poder del Estado, en una relación de supra-subordinación. Donde el poder detentado por el gobernante se limita con las garantías individuales, mitigando la desproporción de poder que existe entre el gobernado y la autoridad.

Por todo lo anterior, nuestra definición de garantías individuales es el conjunto de derechos públicos, reconocidos a nivel constitucional que establecen los derechos básicos de los ciudadanos, imprescriptibles, inalienables y coercibles, cuyo titular es cualquier ente con capacidad jurídica de goce, susceptible de ser sujeto pasivo en una relación de supra-subordinación y el cual resulta oponible al Estado.

Definición que es acorde a nuestro sistema de derecho, pues en nuestro país, las garantías individuales únicamente son oponibles al Estado en relación de supra-subordinación, y no a los particulares, según el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que a la fecha prevalece:

“GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, VIOLACIÓN DE.

La Suprema Corte ha establecido en diversas ejecutorias, la tesis de que las garantías constitucionales por su naturaleza jurídica, son, en la generalidad de los casos, limitaciones al poder público, y no limitaciones a los particulares, por lo cual éstos no pueden violar esas garantías, ya que los hechos que ejecuten y que tiendan a privar de la vida, la libertad... encuentran su sanción en las disposiciones del derecho común; razón por la cual la sentencia que se dicte condenando a un individuo por el delito de violación de garantías individuales no está arreglada a derecho y viola, en su perjuicio, las de los artículos 14 y 16 de la Constitución General.”⁵⁷

Sin embargo, contrario a este criterio la fracción II del artículo 364 del Código Penal Federal, señala:

**TITULO VIGÉSIMO PRIMERO
PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD Y DE OTRAS
GARANTÍAS.**

“Artículo 364.- Se impondrá de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa: (...)

II.- Al que de alguna manera viole, con perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la Republica a favor de las personas.”

Por lo anterior consideramos que las mismas razones teleológicas, por las cuales se puede oponer coactivamente las garantías constitucionales, al poder de Estado, se pueden oponer a los particulares, que con motivo de una relación de supra-subordinación, violan garantías constitucionales. Partiendo del principio lógico, que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición. Máxime cuando nuestra legislación instaura la violación de

⁵⁷ **IUS 2005 DVD, Tesis aislada, numero de registro 807050, Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: Segunda Parte, LVII, p. 32.**

garantías constitucionales como un delito. Por lo que las garantías individuales tienen la pretensión de ser un medio de equilibrio entre dos poderes diversos, evitando el abuso del poder e incluso castigándolo penalmente con pena corporal.

2.2 TIPOS DE GARANTÍAS Y EL PROCESO PENAL.

Como lo dijimos en el punto que antecede, las garantías constitucionales son las prerrogativas mínimas que tienen los gobernados frente al Estado. Según el Doctor Ignacio Burgoa, las garantías individuales se pueden clasificar en “garantías de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica”, tal y como se dividían en la Constitución Liberal de 1857.

Esta clasificación no tiene un eje rector que sirva como criterio clasificador, pues no queda claro cual es el criterio para distinguirlas, máxime si consideramos que una misma garantía puede adecuarse a más de una categoría, así por ejemplo, la garantía de propiedad deriva de la Teoría del Estado según la cual la propiedad originaria le pertenece al Estado y la derivada al gobernado, por lo que analizada desde el punto de vista sustancial, la garantía de propiedad es un derecho potestativo, que implica la liberalidad del gobernado para decidir cuando, cuanto y que adquiere, por lo que también puede ser catalogada como una garantía de libertad; sin embargo desde el punto de vista práctico o material, la garantía de propiedad, implica la existencia de un derecho real, oponible a terceros, derecho que debe ser acreditado (con el título respectivo) según las normas del Estado, por lo que también se puede vislumbrar como una garantía de seguridad jurídica, cuando el Estado reconoce la propiedad privada por medio de la legalidad del título respectivo.

La anterior clasificación fue establecida por la Constitución Liberal de 1857, sin embargo como ya lo dijimos, dicha clasificación no cuenta con criterio

que establezca un eje rector sobre el cual se puedan calificar las garantías individuales, por lo que consideramos que es una clasificación meramente empírica.

Otra clasificación de garantías individuales es la que nos proporciona el Doctor Jorge Carpizo; asegura que los derechos humanos se pueden dividir en garantías sociales y garantías individuales, las que a su vez, se pueden catalogar en garantías de libertad, de igualdad y de seguridad jurídica:

“La declaración de los derechos humanos está contenida en dos partes: la de garantías individuales y la de garantías sociales. (...) La declaración de las garantías individuales se puede dividir en tres grandes partes: los derechos de igualdad, libertad y seguridad jurídica.”⁵⁸

La anterior clasificación nos resulta muy interesante, pues se distingue a las garantías sociales de las garantías individuales, las primeras como los derechos del hombre en tanto es integrante de un grupo social:

“Las garantías sociales protegen al hombre como integrante de un grupo social y le aseguran un mínimo educativo y económico. Las garantías sociales implican un hacer por parte del Estado; en cambio; las garantías individuales representan primordialmente una abstención por parte del propio Estado.”⁵⁹

Otra diferencia importante entre las garantías individuales y las garantías sociales, es que las primeras implican una acción pasiva a cargo del Estado, dejar hacer, y las segundas implican una acción positiva, cuando la acción de Estado debe manifestarse a fin de respetar esos derechos básicos.

⁵⁸ CARPIZO Jorge, CARBONELL Miguel, DERECHO CONSTITUCIONAL , 1ª ed, México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 21 y 22.

⁵⁹ CARPIZO Jorge, CARBONELL Miguel, *idem.*, p 24.

Como ya lo dijimos, cuando el hombre crea al Estado, renuncia voluntariamente a una parte de su soberanía, --capacidad de autodeterminación-- mientras que con el surgimiento del Estado liberal, se procura que el hombre que vive dentro del Estado, goce de las mayores libertades posibles. Un avance mayor es el surgimiento del Estado Social, que supera el simple liberalismo, dejar hacer dejar pasar, y en cambio, instituye un Estado benefactor de los grupos sociales más vulnerables con el firme propósito de asegurar el bienestar de la sociedad en su conjunto y el desarrollo equilibrado de todos los grupos sociales.

Al respecto, nuestra Constitución Política y Social de 1917, recoge el pensamiento que surgió en la primera mitad del siglo XIX y adquirió rigorismo con el pensamiento de Karl Marx y Friedrich Engels, que apuntaban a la construcción de una Sociedad Comunista, sin embargo, nuestro país continuó con el modelo económico capitalista y reconoció a nivel constitucional las garantías sociales, siendo pionero en estos derechos pero además dando un salto en la historia, pues hoy en día el socialismo ha demostrado su fracaso y los Estados capitalistas han aceptado la necesidad de proteger las garantías sociales en busca de proteger grupos civiles que se encuentran en desventaja.

La garantía social es entonces, un derecho de grupo, por contraposición a las garantías individuales, lo que hace suponer una sinergia, unión de derechos para proteger intereses comunes, principalmente orientados a lograr un mejor equilibrio entre los diversos factores de la producción; pero que también se ocupa de otros sectores como el de los campesinos, los estudiantes y más recientemente las comunidades indígenas, en tanto que pertenecen a ése grupo social vulnerable.

“Las garantías sociales tienen la particularidad de no referirse al individuo separado de otros individuos. Por el contrario, estas garantías—que por primera vez en la historia fueron

consagradas en el ámbito constitucional en México, en 1917—pretenden proteger los derechos y los intereses de grupos sociales determinados, cuya precaria situación económica los coloca en desventaja respecto de otros grupos de personas que cuentan con mayores recursos.”⁶⁰

Como derecho de grupo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que las garantías sociales poseen un rango superior a las garantías individuales, cuando las segundas se encuentran limitadas por el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE.

En materia de expropiación no rige la garantía de previa audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal, porque ese requisito no está comprendido entre los que señala el artículo 27 de la propia Carta Magna y **no puede admitirse que exista contradicción entre las disposiciones contenidas en ambos preceptos**, por ser evidente que el primero de ellos establece una regla general para derechos subjetivos, mientras que el segundo, ampara **garantías sociales, que por su propia naturaleza, están por encima de los derechos individuales** a los que restringe en su alcance liberal, en términos del artículo 1o. de la propia Ley Fundamental.”⁶¹

Como puede verse, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que las garantías sociales son superiores a las garantías individuales, sin embargo, consideramos que esa expresión es poco afortunada, pues si bien la potencia de esos derechos se encuentra aumentada por ser un derecho grupal, debe atemperarse esa supuesta superioridad frente a las garantías individuales, pues al respecto consideramos que las garantías sociales son garantías constitucionales de segunda generación, que en todo caso son accesorias de las garantías individuales, pues sobre ellas se edifican y

⁶⁰ **LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES** Parte General, Colección Garantías Individuales tomo I, 1ª ed, 3ª reimpresión, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2004, p. 86.

⁶¹ **IUS 2005** , DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, tesis numero de registro 390955, Jurisprudencia, instancia Pleno, Séptima Época, 1995, del tomo III, tesis: 65, p. 46.

sin ellas carecen de sustento teleológico y práctico. Ahora bien, la tesis en cita pone de manifiesto otro punto importante a tratar, que es la restricción y suspensión de garantías, previstas en los artículos 1 y 29 de la Constitución, respectivamente.⁶²

“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. (...)”

“Artículo 29.- En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.”

Nuestra Constitución instituye como regla general que todo individuo dentro del territorio nacional goza de las garantías individuales y establece dos casos de excepción, el primero lo denomina restricción y puede consistir en privar o limitar ciertas garantías a una persona determinada, y la segunda denominada suspensión en la cual se interrumpe la aplicación de ciertas garantías en un lugar geográficamente determinado y por un plazo.

⁶² Nota.- Durante la suspensión todas las autoridades deben conservar su competencia para los casos no previstos en el supuesto de excepción, incluyendo el Poder Judicial Federal, quien continúa con la jurisdicción para decidir sobre la constitucionalidad o no de las leyes de emergencia; por lo que subsisten los medios de control constitucional, que afianzan la idea de supremacía constitucional.

Las garantías individuales no son de aplicación irrestricta, sino que constituyen reglas generales y principios de conducta que pueden ser limitados o perdidos definitivamente, sin embargo, para que ello acontezca es necesario que se reúnan los requisitos que la propia Constitución establece para cada caso; así para la privación de garantías, es necesario un previo juicio y sólo puede ser impuesta por la autoridad judicial en términos del artículo 14 constitucional; mientras que para el caso de limitantes a las garantías individuales, se puede realizar por cualquier autoridad competente, cumpliendo los requisitos para los actos de molestia previstos en el artículo 16 constitucional.

A diferencia de la privación o restricción de las garantías individuales, en el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece la suspensión de garantías, que constituye un caso de excepción mediante el cual se faculta al Poder Ejecutivo Federal, para interrumpir la aplicación de las garantías individuales cuando existe un estado de emergencia, producido por invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro, que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, con el objeto de hacer frente a la situación se permite al gobierno tener un último recurso para proteger al Estado.

Sin embargo, incluso en estado de emergencia subsiste el imperio constitucional, pues para que el Ejecutivo Federal tenga la facultad de suspender garantías individuales, es necesario que el procedimiento se ajuste a lo estipulado en la Constitución, es decir, que el Ejecutivo Federal y los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República coincidan en la decisión, y además, que sea aprobada por mayoría simple del Congreso de la Unión; requisitos constitucionales sin los cuales no se puede suspender las garantías individuales.

Aunado a lo anterior, la suspensión debe limitarse a suspender las garantías que sean obstáculo para hacer frente a la situación de emergencia, en un área geográfica determinada y por un plazo previamente fijado. Por lo cual una vez resuelto el estado de emergencia, las facultades extraordinarias del Poder Ejecutivo Federal desaparecen y la suspensión de garantías también, regresando a los gobernados al pleno goce de sus garantías individuales.

“Hay que poner el acento en el hecho de que la suspensión siempre debe ser temporal. Durará mientras, como consecuencia de graves eventos, la seguridad de la sociedad esté en peligro. Una vez pasada la turbulencia, la suspensión se levantará y las garantías suspendidas volverán a la situación en que se encontraban antes de la situación de gravedad.”⁶³

Con lo que se concluye, la suspensión de garantías es un procedimiento extraordinario establecido en la Constitución, mediante el cual el Poder Ejecutivo puede suspender determinadas garantías; en cambio la restricción de garantías es un procedimiento ordinario que puede realizar la autoridad siempre y cuando se cumplan los requisitos para los actos de molestia, artículo 16, es decir que los actos de autoridad sean emitidos por autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

A diferencia de lo anterior, la privación de garantías individuales, sólo puede realizarse por el Poder Judicial, en el que se cumplan los requisitos constitucionales para los actos de privación previstos en el artículo 14, lo cual implica un proceso en forma de juicio en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado la siguiente jurisprudencia:

⁶³ **LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES** Tomo 1, Parte General, 1ª ed, México, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, p. 99.

“AUDIENCIA Y SEGURIDAD JURÍDICA, GARANTÍAS DE. ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA DE BIENES O DERECHOS. DISTINCIÓN. ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES.

En los términos del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Federal, la audiencia previa a la emisión del acto de autoridad y el debido proceso legal, como garantías del gobernado, son de observancia obligatoria únicamente tratándose de actos privativos, sea de la vida, de la libertad, de propiedades, posesiones o derechos de los particulares más no así cuando se trata de actos de molestia que no tengan la finalidad de privar al afectado de alguno de sus bienes o derechos, pues tales actos se rigen solamente por la garantía de seguridad jurídica (fundamentación y motivación) que establece el artículo 16 constitucional.”⁶⁴

En materia penal, la privación de garantías individuales, vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, se establece como sanción por la comisión de un delito, por lo que dicha privación únicamente es dable en ejecución de sentencia, antes de ello, sólo caben las medidas cautelares, que son aprobadas por el juzgador de oficio o a petición de parte, para conservar la materia del litigio. Criterio con el cual coincide uno de los autores clásicos del derecho penal, el tratadista Cesare de Beccaria:

“La prisión es una pena que necesariamente debe preceder a la declaración del delito, a diferencia de cualquier otra”⁶⁵

Así, tenemos que el cúmulo de garantías individuales consagradas en la Constitución son aplicables en el proceso penal, durante el cual no se pueden quitar las garantías individuales a los gobernados, pues tal sanción es propia de la sentencia definitiva.

⁶⁴ IUS 2005 , DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, tesis aislada, número de registro 238355, Instancia Segunda Sala, Materia Común, Séptima Época, tomo 81 tercera parte, p. 15.

⁶⁵ citado en BARRITA LÓPEZ Fernando, PRISIÓN PREVENTIVA Y CIENCIA PENALES , 3ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 12.

Por lo anterior, cualquier clasificación de garantías constitucionales, se desprende de la adopción caprichosa de un criterio, ya sea por su formación, aplicación, destinatario, materia y cualquier otro mediante el cual se puedan fijar distinciones entre unas y otras; por lo que consideramos que la clasificación de las garantías individuales, sólo atiende al método de estudio, o bien, se admite con fines didácticos.

No obstante lo anterior, consideramos que existen garantías individuales que están diseñadas *ah doc* al proceso penal, en donde adquieren matices que no poseen en otras material, pues tratándose del derecho público punitivo, se concibe al derecho penal como una rama autónoma y suficientemente técnica para establecerse como un sistema pleno o perfecto, donde las lagunas jurídicas no existen.

Nos encontramos entonces, ante el derecho público punitivo, que puede afectar la vida, libertad o el patrimonio, por ello, se elimina la analogía como medio de integración de la ley penal y sólo se permite cuando se aplica a las causas de exclusión de la responsabilidad penal.

De igual forma se establece el principio de reserva de ley, mediante la cual se limita al juez a la mera aplicación de la ley penal, sin que exista la posibilidad de que acuda a otros ordenamientos en forma supletoria. Identificando la ley como única fuente del Derecho Penal.

“Primero entre ellos es la exclusividad de la ley como fuente creadora. En Derecho Penal, en efecto, según precepto constitucional y codificado, según la opinión científica más general y autorizada también, sólo la ley puede aceptarse como fuente. Ni la costumbre, ni la jurisprudencia, ni los principios

generales del Derecho ni la *communis opinio* son consideradas como fuentes. Sólo la ley y nada más que la ley.”⁶⁶

Queda claro que las garantías individuales en materia penal, son ley suprema, sólo pueden ser suspendidas en estado de emergencia y sólo se puede sancionar al gobernado con la pérdida de éstas, mediante juicio y ante autoridad judicial. Luego todo gobernado goza del cúmulo de las garantías consagradas en la Constitución antes de la averiguación previa, durante la averiguación previa y durante el proceso hasta antes de que cause ejecutoria la sentencia condenatoria por medio de la cual se priva a un gobernado de determinadas garantías individuales, como sanción al delito cometido.

Al respecto nuestra Constitución, ha reconocido las garantías que son aplicables al proceso y que por disposición expresa también le son aplicables a la etapa de averiguación previa como lo dispone el artículo 20:

“Artículo 20.- En **todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:**

A. Del inculpado:

II.- **No podrá ser obligado a declarar.** Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio; (...)

X.- **En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención,** por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o **algún otro motivo análogo.** (...)

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; **lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.”**

⁶⁶ CALVO. Julián, LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL Estudios Jurídicos numero 24, 1ª ed., México, UNAM, 2004, p.10.

Con lo anterior es suficiente para concluir que por regla general todos los gobernados gozan de las garantías individuales que a su favor establece la Constitución, y que tratándose de la materia penal, se reconocen las garantías del inculpado específicas para el proceso; distinguiendo su aplicación en la etapa de averiguación previa.

2.2.1 LIBERTAD.

Las garantías individuales de libertad, son establecidas para todos los gobernados ya sean personas físicas o morales, privadas u oficiales, sin embargo, respecto de ésta última dicha garantía se encuentra limitada por el principio de estricto derecho, según el cual, las autoridades sólo pueden hacer aquello que les esta expresamente permitido por las leyes, en cambio para los demás gobernados, ese principio se traduce en forma inversa, donde todo lo que no esta expresamente prohibido esta permitido. Principio que se desprende de lo dispuesto por los artículos 14, 16 y 128 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El segundo párrafo del artículo 14, consagra la garantía de debido proceso legal, expresión que tomada del derecho anglosajón establecida por la Constitución de Estados Unidos de Norte América en su “*Amendment V*”, ratificada el quince de diciembre de 1791, y posteriormente confirmada en la “*Amendment XIV*”, que fue ratificada el nueve de julio de 1868:

AMENDMENTS V

No person shall be held to answer for capital, or otherwise infamous crimem unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or publicdanger; nor shall any

ENMIENDA V

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo

person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

AMENDMENTS XIV

All person born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of laws.

de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

ENMIENDA XIV

Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningun Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el **debido proceso legal**; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.

Institución que fue adquirida por nuestro derecho constitucional y establece un pilar básico del sistema jurídico, sobre del cual se edifica la legislación secundaria y a través del cual, el Poder Judicial Federal adquiere su función de impartir “justicia constitucional” al gobernado, bajo los principios del Estado democrático y liberal.

“La **libertad** se reivindica a sí misma como **un derecho permanente** a la diferencia, la innovación y el cambio, que permanece dentro de los individuos y sociedades, por lo que introducir métodos de asignación de recursos y de justicia basados únicamente en la mera medida de la igualdad termina por destruir las capacidades creativas y de conservación de las circunstancias y los actores involucrados.”⁶⁷

Las garantías de libertad, son en principio una consecuencia de la naturaleza racional del hombre que le permite mediante un acto de voluntad

⁶⁷ ALARCÓN OLGUÍN Víctor, LIBERTAD Y DEMOCRACIA tomo 18, colección Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, 1ª ed, México, Instituto Federal Electoral, 1999, p. 14.

escoger entre una pluralidad de alternativas y es precisamente mediante esa posibilidad de escoger, que se considera la libertad como un bien para el hombre en tanto la elección es benéfica para él y un mal cuando las consecuencias de los actos son indeseables, ya sea a título particular o inmerso en una sociedad.

“En resumen, la libertad, genéricamente considerada, es la facultad racional del hombre que le permite encausar su voluntad hacia los objetivos que desee, sin que tal acción trascienda el ámbito que comparte el común de los hombres y sin que nadie pueda restringir de modo alguno”⁶⁸

Así cuando existe la posibilidad de que el hombre pueda escoger entre varios bienes y tiene la potestad de elegir el mejor, lo hace porque puede distinguir, sin embargo, cuando no se tiene la información adecuada la libertad se limita a una elección azarosa, razón por la cual el Estado tiene como tarea preservar la libertad del gobernado, dándole a conocer sus derechos y permitiendo que los pueda defender ante un juez, antes de que pueda ser privado de un bien o un derecho.

En materia estrictamente legal, libertad implica la posibilidad de todo gobernado de actuar conforme a la ley benéfica y oponerse a la agresora de sus intereses, es decir, actuar conforme a la Constitución que establece a su favor las garantías individuales y oponerse a las leyes inconstitucionales en tanto vulneran sus garantías individuales. Al efecto nuestro sistema jurídico ha creado los instrumentos necesarios para que el gobernado pueda defender en vía jurisdiccional su acción de garantías.

Así, los actos de privación que pueden ejecutar las autoridades se encuentran limitados por el principio de legalidad y el de debido proceso legal,

⁶⁸ LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD tomo 4, 1ª ed., 3ª reimpresión, México, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, p. 13.

según los cuales, para que se pueda afectar al particular con un acto de privación es necesario que antes exista un proceso legal en el cual se le de la oportunidad de ser oído y vencido en juicio, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho y en el que se respeten las formalidades esenciales del proceso. Pues de lo contrario la autoridad esta impedida para llevar a cabo un acto de privación en contra del particular; respetando plenamente su capacidad de autodeterminación, libertad.

Por lo que respecta al artículo 16 de la Constitución, en el podemos apreciar las garantías del gobernado con respecto de los actos de molestia, redactado en forma negativa “nadie puede ser molestado” y siguiendo con el máxima de que el ciudadano “puede hacer todo aquello que no esta prohibido”, como una forma general de expresar la garantía de libertad, debe entenderse que para el Estado se traduce como una obligación de no molestar al gobernado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones. Estableciendo una regla general de derecho, que sin embargo, contiene excepciones para las cuales se establecen requisitos de interpretación y aplicación estricta. Aplicadas ya sea en aras de la seguridad, el interés publico o el bien común, todos valores que únicamente son apreciables dentro de una sociedad. Según el autor J. J. Rousseau, el hombre nace libre y sólo somete su libertad a su utilidad:

“El hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas. El mismo que se considera amo, no deja por eso de ser menos esclavo que los demás. (...) “En tanto que un pueblo esta obligado a obedecer y obedece, hace bien; tan pronto como puede sacudir el yugo, y lo sacude, obra mejor aún, pues recobrando su libertad con el mismo derecho con que le fue arrebatada, prueba que fue creado para disfrutar de ella. De lo contrario, no fue jamás digno de arrebatársela”. (...) “La familia es pues, si se quiere, el primer modelo de las sociedades políticas: el jefe es la imagen del padre, el pueblo la de los hijos,

y todos, habiendo nacido iguales y libres, no enajenan su libertad sino en cambio de su utilidad.”⁶⁹

Con lo anterior podemos ejemplificar que si el hombre nace libre por naturaleza, sólo dentro de una sociedad jerárquicamente organizada limita sus libertades en aras de un bien social, que constituyen excepciones a garantía de libertad.

Así, a diferencia de los actos de privación, al Estado le esta permitido realizar actos de molestia sin previo juicio, y más aún, se permite a la autoridad administrativa imponer éstos actos de molestia al particular; siempre que se cumpla con los requisitos de: a) Mediante mandamiento escrito, b) Emitido por autoridad competente, c) Que funde y d) Que motive debidamente el acto de autoridad. Requisitos sin los cuales la libertad del gobernado no puede ser trastocada.

Principio de libertad en general, que desde el punto de vista del Estado implica una obligación de sujetar su actuar a la norma suprema y cuya obligación se encuentra plasmada en forma nítida en el artículo 128 de nuestra Constitución que impone a los funcionarios guardar la Constitución.

Con lo anterior queda claro que las liberalidades del ciudadano corresponden a la obligación del Estado de sujetar su actuar a Constitución, normas pre-establecidas, que finalmente constituye la misma cosa pero vista desde dos puntos de vista diversos. Las garantías de libertad.

Nuestra máxima ley, constituye como principales garantías de libertad, la abolición de la esclavitud, libertad de determinación, libertad de estudio, para elegir el numero y espaciamento de sus hijos, de trabajo, de ideas, de

⁶⁹ ROUSSEAU Juan Jacobo, EL CONTRATO SOCIAL , 2ª ed, México, Grupo Editorial Tomo, 2005, p. 9 y 10.

imprensa, de asociación, de tránsito, libertad personal, para comunicaciones privadas, inviolabilidad del domicilio, libertad de credo, de propiedad, para elegir a sus gobernantes y para cambiar su forma de gobierno.

2.2.2 IGUALDAD.

La garantía de igualdad que establece nuestro ordenamiento supremo, se refiere a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, contraria a la utopía igualdad de los ciudadanos entre ellos.

Desde la Grecia clásica con la escuela de los Estoicos, se concibe la existencia de una ley natural que consiste en vivir en armonía con la naturaleza y la razón, fomentando las cuatro virtudes de ésta filosofía, sabiduría, valor, justicia y templanza. Según ésta, las diferencias externas de los hombres deben ser superadas en las relaciones sociales, lo que entraña una igualdad de los hombres ante la ley natural.

Según Platón, la actividad del legislador debe estar encaminada a propiciar la felicidad de todos los ciudadanos estableciendo un principio de igualdad:

“Querido amigo, olvidas otra vez que el objetivo del legislador no debe ser la felicidad de determinados ciudadanos, sino la de todos los individuos. Con este fin debe unir a todos los ciudadanos en los mismos intereses comprometiéndolos a través de la persuasión y la autoridad, a que se comuniquen entre sí los beneficios que pueden otorgar a la comunidad. Al formar con tanto cuidado a sus ciudadanos, no es su intención dejarlos libres para que usen sus facultades como mejor les plazca, sino servirse de ellos para fortalecer los lazos del Estado.”⁷⁰

⁷⁰ PLATÓN, LA REPUBLICA , 1ª ed, México, Grupo Editorial Tomo, 2002, p. 305.

Estas doctrinas son las precursoras del ius—naturalismo, que en tiempos recientes influyeron en forma decisiva en el constitucionalismo moderno, con la pretensión de plasmar en la norma positiva, menos racional y más natural que puede regir al género humano en todo lugar y tiempo. Como en forma notable lo plasma Cicerón:

“Existe una ley verdadera extendida en todos... consistente consigo misma... que nos llama imperiosamente a cumplir nuestra función... a esta ley ninguna enmienda es permitida. No es lícito abrogarla ni en su totalidad ni en parte... es una sola y misma ley... que rige todas las naciones en todo tiempo... quien no obedece esta ley huye de sí mismo y de su naturaleza humana... "Nadie sería tan semejante a sí mismo como cada uno de los hombres a todos los demás.”⁷¹

Ideología que fue plasmada por los juristas como norma de *ius gentium*, como una forma de reconocer que esos principios gozaban de un reconocimiento generalmente aceptado, comunes a los derechos de todos los pueblos y que con el *ius honorarium* como derecho positivo y racional que satisfacía mejor la exigencia igualitaria.

Normas que fueron reconocidas por el Estado Moderno, primero como un preámbulo a la Constitución Francesa, después con el constitucionalismo en la norma suprema y más tarde por organismos multilaterales. Instrumentos jurídico positivos en los cuales se reconoce la igualdad como una prerrogativa de los seres humanos que se relaciona íntimamente con el concepto de justicia que plantea Aristóteles:

“Lo justo es lo legal y lo igual, mientras que lo injusto lo ilegal y lo desigual” “...Pero si las personas no son iguales, no tendrán cosas iguales y es en esto que tienen origen los pleitos y

⁷¹ CICERÓN Marco Tulio, citado en ENCICLOPEDIA DELUXE 2006 Microsoft, DVD.

reclamos: cuando a los iguales les tocan partes desiguales, o a los no iguales partes iguales” “...todos reconocen que las distribuciones, para ser justas, deben realizarse según ciertos meritos” “...Por consiguiente, lo justo es el medio entre cierta ganancia y cierta pérdida en las transacciones no voluntarias, y consiste en tener la misma cantidad antes que después.”⁷²

En Estados Unidos de Norte América, se impulso la garantía de igualdad jurídica principalmente impulsada por Tomas Jefferson y James Wilson, que finalmente se consagro en la Amendment XIV de fecha 9 de julio de 1968:

“AMENDMENT XIV

SECCIÓN 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

“ENMIENDA XIV

Sección 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.”

Dentro de nuestro ámbito nacional, se reconoce la garantía igualdad jurídica que debe entenderse como la posibilidad de que los ciudadanos ubicados en la misma hipótesis jurídica gocen de los mismos derechos, a menos que sus diferencias exijan un trato desigual. Por lo que ésta garantía se encuentra íntimamente ligada con el concepto de justicia cuyo requerimiento de igualdad implica que los iguales deben ser tratados igual y en cambio los desiguales deben ser tratados tomando en cuenta sus diferencias relevantes.

“De conformidad con lo anterior, puede decirse que la igualdad jurídica es la posibilidad de que gozan las personas que se encuentran colocadas en un supuesto legal determinado de

⁷² ARISTÓTELES, ÉTICA NICOMÁQUEA 1ª ed, México, Grupo Editorial Tomo, 2003, pp. 97-120.

adquirir los mismos derechos y contraer las mismas obligaciones, es decir, de ser tratadas de la misma manera.”⁷³

Así la igualdad requiere de reglas de valoración que hagan posible apreciar las similitudes y diferencias que originen un trato igual o desigual, lo que a su vez implica otro principio que es el de imparcialidad, con el cual se debe considerar a las partes como jurídicamente iguales y sólo notar sus diferencias cuando la ley exige tomar en cuenta tales distinciones, que sólo son aplicadas cuando las diferencias son de tal importancia que de considerarlos iguales y juzgarlos como así, el juez cometería una injusticia. Por ello la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado:

“IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO.

El derecho fundamental a la igualdad instituido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos **no pretende generar una igualdad matemática y ciega** ante las diferentes situaciones que surgen en la realidad, sino que se refiere a una **igualdad de trato ante la ley**. Si bien el emisor de la norma puede prever situaciones fácticas que requieren un trato diferente, éste debe sustentarse en criterios razonables y objetivos que lo justifiquen, sin dejarlo al capricho o voluntad del legislador. Además, la igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad intrínseca, ya que es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones, y siempre es resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de "términos de comparación", los cuales, así como las características que los distinguen, dependen de la determinación por el sujeto que efectúa dicha comparación, según el punto de vista del escrutinio de igualdad. Así, **la determinación del punto desde el cual se establece cuándo una diferencia es relevante será libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tendrá sentido cualquier juicio de igualdad.**”⁷⁴

⁷³ LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD, 1ª ed, 3ª reimpression, México, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, p. 10.

⁷⁴ IUS 2005 DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, tesis aislada número de registro 176705, Instancia: Primera Sala, Materia Constitucional, Novena Época de XXII, Noviembre de 2005, tesis: 1a. CXXXVIII/2005, p. 40.

Así la garantía de igualdad radica en obtener un trato igual en situaciones equivalentes y que las instituciones creadoras y aplacadoras de la ley sólo puedan tomar las diferencias reconocidas por la propia ley, con lo que se impone un límite a la creación y aplicación de leyes que garantiza que no existan distinciones artificiales tomadas por el juzgador en forma arbitraria o en atención a sus propias preferencias.

Derecho fundamental que se encuentra consagrado en nuestra Constitución en los artículos 1º, 2º apartado B, 4º, 5º primer párrafo, 12, 13 y 31 fracción IV, que establecen las garantías de igualdad. Que en el proceso penal se debe traducir como igualdad procesal entre acusado y acusador, sin embargo el monopolio de la acción penal a cargo del Ministerio Público ha dejado al inculcado en desigualdad procesal con respecto del órgano acusador quien ejerce el poder coercitivo del Estado, en la etapa de averiguación previa guardando sigilo en la investigación, con la orden de retención y la fe pública de sus actuaciones; situaciones que son válidas en esa etapa, pero que deben ser revaloradas en su justa dimensión en el proceso penal donde solo es parte y no autoridad.

2.2.3 SEGURIDAD JURÍDICA.

La seguridad jurídica o cualidad de seguro, implica la certeza en la aplicación de las normas, por lo tanto es previsible. Así seguridad jurídica es cuando el gobernado tiene la certeza de que una norma se aplicará efectivamente, dotando al gobernado de la posibilidad de anticipar el resultado jurídico de una conducta.

Entonces la seguridad jurídica provee al gobernado de la capacidad de anticipar una consecuencia futura, es decir, actuar en el presente con la certeza

racional de que en el futuro sus garantías individuales consagradas en la Constitución serán respetadas por la autoridad hasta de forma coactiva.

Las garantías individuales de seguridad jurídica, por su naturaleza se oponen a la arbitrariedad de la autoridad que encuentra una restricción a su actuar en el marco jurídico, dando al gobernado la garantía de que su situación jurídica no puede ser modificada arbitrariamente por la autoridad estadual, con lo que se pretende eliminar la incertidumbre jurídica que puede afectar al ciudadano, ya sea en su patrimonio o en su persona, por lo que las garantías individuales de seguridad jurídica no pueden ser limitadas; así lo ha interpretado el Poder Judicial Federal en la Jurisprudencia:

“ORDEN DE APREHENSIÓN, EN ELLA PUEDEN VIOLARSE GARANTÍAS TUTELADAS, EN ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES DISTINTOS AL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.

La circunstancia específica de que el artículo 16 constitucional sea el que regule los requisitos a satisfacer para el dictado de una orden de aprehensión, no se puede llevar al extremo de considerar que sólo este precepto rija a tal acto, ya que evidentemente también deberá vigilarse, en su caso, si dicha determinación judicial no infringe alguna garantía constitucional contenida en diverso precepto, dado que podría darse el caso que en la misma se aplicara una ley retroactivamente en perjuicio del quejoso, o fuera librada sin cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; también podría darse el caso que autoridades jurisdiccionales del fuero común, decidieran sobre el libramiento de una orden de aprehensión, respecto de un hecho en que estuviere involucrada una persona perteneciente al ejército y fuera menester examinar su conducta desde el punto de vista de la legislación del fuero castrense; o que no estuviere fundado y motivado dicho acto, así como diversas hipótesis que pudieren formularse respecto de la posible violación de garantías constitucionales contenidas en preceptos diversos al 16 constitucional; luego entonces, resulta limitativo y equívoco concluir que para el libramiento de una orden de aprehensión, sólo deba cumplirse lo establecido en el mencionado artículo 16 constitucional; y por ende, su emisión no puede ser violatoria de los artículos 14, 16 o cualquiera otro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que las garantías

de seguridad jurídica que se encuentran consagradas en la Constitución General de la República, son la base sobre las cuales descansa el sistema jurídico mexicano, por tal motivo, éstas no pueden ser limitadas porque en su texto no se contengan expresamente los derechos fundamentales que tutelan. Por el contrario, las garantías de seguridad jurídica valen por sí mismas, ya que ante la imposibilidad material de que en un artículo se contengan todos los derechos públicos subjetivos del gobernado, lo que no se contenga en un precepto constitucional, debe de encontrarse en los demás, de tal forma, que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y por lo tanto, en estado de indefensión. De acuerdo a lo anterior, cuando se libra una orden de aprehensión, deben de cumplirse no únicamente las formalidades establecidas por el artículo 16 constitucional, párrafo segundo, sino que para su aplicabilidad debe atenderse a lo preceptuado en los demás artículos que tutelan las garantías de seguridad jurídica, con la finalidad de proteger de manera firme y eficaz a los derechos fundamentales de la persona tutelados en la Carta Magna.”⁷⁵

Una definición más estructurada de garantías individuales de seguridad jurídica es la que nos proporciona el Doctor Ignacio Burgoa:

“...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, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos.”⁷⁶

Como se desprende de la anterior definición, la garantía de seguridad jurídica es un límite al imperio del Estado, quien no puede usar en forma desmedida su poder para afectar una situación jurídica del gobernado sin antes atender los requisitos que para los actos de molestia o privación se imponen en la Constitución y así poder afectar o modificar una situación jurídica preexistente.

⁷⁵ IUS 2005, DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia por contradicción de tesis 56/97, número de registro 193892, Materia Penal, Novena Época, tomo IX, Mayo de 1999, tesis: 1a./J. 31/99, p. 285.

⁷⁶ BURGOA ORIHUELA Ignacio. Dr., LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES 33ª ed, México, Porrúa, 2001, p. 504.

Otra acepción de seguridad jurídica, es estar libre de cuidados frente a un peligro, así un gobernado puede sentirse protegido con las garantías individuales contra el poder del Estado, resguardando sus bienes y al mismo tiempo sabe cual es su limite con respecto de los bienes de los otros sujetos de derecho, que en relación de igualdad y reciprocidad se puede concebir la seguridad jurídica.

Entonces la importancia de la seguridad jurídica, se remonta a los principios de protección que propiciaron en surgimiento del Estado, tal y como lo afirma "Recasens", quien estima que "es tan importante la seguridad en la vida social que su consecución es el motivo principal (histórico o sociológico) del nacimiento del derecho."⁷⁷

Desde el punto de vista objetivo, la seguridad jurídica implica la existencia de un orden jurídico previsor, vigente y coercitivo, sin embargo, desde el punto de vista subjetivo necesariamente debe existir un orden social que permita la aplicación de estas normas, ya sea por la vía pacífica o con la coacción judicial y material de la fuerza pública, como lo expresa Hans Kelsen

"El sentido de una amenaza radica en que será infligido un mal bajo determinadas condiciones; el sentido del orden jurídico es que, bajo ciertas condiciones, deben infligirse, ciertos males; que, formulado con mayor generalidad, determinados actos coactivos deban ser ejecutados bajo determinadas condiciones. Éste no es sólo el sentido subjetivo de los actos mediante los cuales se instaura el derecho, sino también su sentido objetivo."⁷⁸

Sin embargo, consideramos que para que exista de verdad seguridad jurídica como garantía individual del gobernado se requiere además, que la aplicación subjetiva de la seguridad jurídica se realice con justicia.

⁷⁷ DICCIONARIO JURÍDICO 2000 , VCD, Desarrollo Jurídico, Copyright 2000, DJ2K 2307.

⁷⁸ KELSEN Hans, TEORÍA PURA DEL DERECHO 13ª ed, México, Porrúa, 2003, p. 57.

Otro punto importante que destaca en las garantías de seguridad jurídica es la eliminación de la incertidumbre jurídica, cuyo mal impacta directamente al gobernado y al desarrollo de la vida normal en sociedad para poder garantizar una paz social estable y duradera, como lo destaca la siguiente definición:

“Las garantías de seguridad jurídica son derechos subjetivos públicos a favor de los gobernados, que pueden ser oponibles a los órganos estatales a fin de exigirles que se sujeten a un conjunto de requisitos previos a la comisión de actos que pudieran afectar la esfera jurídica de los individuos, para que estos no caigan en indefensión o en la incertidumbre jurídica lo que hace posible la pervivencia de condiciones de igualdad y libertad para todos los sujetos de derechos y obligaciones.”⁷⁹

Los artículos que establecen garantías de seguridad jurídica son, 8º, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Que en materia penal se caracterizan por ser de aplicación e interpretación estricta, así como en caso de duda favorecer al inculgado.

2.2.4 SEGURIDAD SOCIAL.

Las garantías de seguridad social se introdujeron por primera vez a nivel constitucional después del movimiento armado de 1910, que concluyó con la caída del régimen porfirista, y que tiene como antecedente un conflicto laboral que marcaría la vida jurídica constitucional de nuestro país, principalmente con los artículos 3º, 27 y 123 de nuestra Constitución Política y Social de 1917, mediante los cuales se reconocían las prerrogativas mínimas de los estudiantes, trabajadores y campesinos frente a los detentadores del poder, propiciando relaciones equilibradas entre sectores antagónicos de la sociedad y

⁷⁹ **LAS GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA** Colección Garantías Individuales, tomo 2, 1ª ed, 3ª reimpresión, México, Poder Judicial de la Federación-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, p. 11.

protegiendo a aquellos más vulnerables. Según el Maestro Alberto Trueba Urbina el derecho social es:

“En su concepción general el derecho social es el conjunto de normas tutelares de la sociedad y de sus grupos débiles establecidos en las constituciones modernas y en sus leyes orgánicas. Es en suma el complejo de derechos a la educación y a la cultura, al trabajo, a la tierra, a la asistencia, a la seguridad social, etc., que no encajan ni en el derecho público ni en el privado.”⁸⁰

Más tarde, para el año 1983 se robustece el Estado Social con la institución de la garantía a la salud, en 1999 con la garantía a un medio ambiente sano, y en 2000 con las garantías de los pueblos indígenas, con lo cual se robustece el Estado Social como modelo pionero en México en donde se plasma a nivel constitucional los derechos sociales. El objetivo principal es fomentar relaciones equitativas entre débiles y fuertes en sus relaciones antagónicas y así elevar el contenido de justicia constitucional que cumple con uno de los principales fines del Estado.

“Las garantías sociales tienen la particularidad de no referirse al individuo separado de otros individuos. Por el contrario, estas garantías—que por primera vez en la historia fueron consagradas en el ámbito constitucional en México, en 1917—pretenden proteger los derechos y los intereses de grupos sociales determinados, cuya precaria situación económica los coloca en desventaja respecto de otros grupos de personas que cuentan con mayores recursos.”⁸¹

Al respecto el Doctor Jorge Carpizo; distingue a las garantías individuales de las garantías sociales, cuando asegura que las segundas implican una acción del Estado, mientras que las primeras sólo son un límite a su actuar:

⁸⁰ TRUEBA URBINA. Alberto, LA PRIMERA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SOCIAL DEL MUNDO , 1ª ed, México, Porrúa, 1971, p. 19.

⁸¹ LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES PARTE GENERAL Colección Garantías Individuales tomo I, 1ª ed, 3ª reimpresión, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2004, p. 86.

“Las garantías sociales protegen al hombre como integrante de un grupo social y le aseguran un mínimo educativo y económico. Las garantías sociales implican un hacer por parte del Estado; en cambio; las garantías individuales representan primordialmente una abstención por parte del propio Estado”⁸²

Como ya lo mencionamos en líneas que anteceden, las garantías de seguridad social, son concedidas por el constituyente en razón de la pertenencia de grupo y en especial de los grupos más vulnerables, tal y como en nuestro país se ha reconocido a los estudiantes, trabajadores y campesinos, que se vieron favorecidos por una serie de derechos que implican una actividad del Estado a proteger esos sectores vulnerables de la sociedad.

Al respecto el Ministro Juventino V. Castro y Castro define a las garantías de seguridad social como:

“...las que pretenden proteger a la persona ya no como individuo, sino como componente de un grupo social, o de la sociedad en general”⁸³

Es decir, que este tipo de garantías sólo son susceptibles de valer para el individuo en tanto sea miembro de ese grupo social determinado que en relación con otro o con la sociedad en general se encuentra en desventaja y que para lograr un mejor equilibrio entre éstos factores, es necesario dotar al los sectores más desprotegidos de mejores derechos que los poderosos, a fin de amainar la brecha existente que propicia el abuso del poder y la injusticia. El Doctor Ignacio Burgoa define a las garantías de seguridad social como:

“Al igual que la garantía individual, la garantía social también se revela como una relación jurídica, más los elementos distintivos

⁸² CARPIZO Jorge y CARBONELL Miguel, DERECHO CONSTITUCIONAL , 1ª ed, México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 24.

⁸³ CASTRO Juventino, GARANTÍAS Y AMPARO , 11ª ed, México, Porrúa, 2000, p.36.

de ambas difieren. De sus antecedentes históricos se advierte que determinadas clases sociales, colocadas en la deplorable situación económica, exigieron del Estado la adopción de ciertas medidas proteccionistas, de ciertos medios de tutela frente a la clase social poderosa.”⁸⁴

Los principios contenidos en las garantías sociales, contienen la misma fuerza obligatoria que cualquier garantía individual por lo que también gozan de la característica de ser coercible, sin embargo, como cualquier garantía también se encuentran sujetas a determinadas excepciones, tal es el caso del derecho del trabajo, entendido como liberalidad del trabajador para dedicarse al arte o profesión que más le acomode, sin embargo la excepción es, el trabajo impuesto por el poder judicial como pena por la comisión de un delito. Aún cuando la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya considerado que las garantías sociales se encuentran por encima de las garantías individuales:

“ASENTAMIENTOS HUMANOS. LOS ARTÍCULOS 18 Y 19 DE LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE MÉXICO QUE PREVÉN EL DERECHO DE LOS HABITANTES DE ESA ENTIDAD PARA, A TRAVÉS DE LOS CONSEJOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA, ORGANIZARSE Y PARTICIPAR EN LA ELABORACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS PLANES DE DESARROLLO URBANO, ASÍ COMO LA OBLIGACIÓN DE LOS MUNICIPIOS DE PROMOVER E IMPULSAR LA PARTICIPACIÓN DE LA COMUNIDAD EN EL DESARROLLO URBANO Y LA CONSERVACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES, NO SE RIGEN POR LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.

En materia de ordenación y regulación de los asentamientos humanos no rige la garantía de previa audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal, porque ese requisito no está comprendido entre los que señala el diverso artículo 27, párrafo tercero, de la propia Carta Magna, y no puede admitirse que exista contradicción entre las disposiciones contenidas en ambos preceptos, por ser evidente que el primero de ellos establece una regla general para derechos subjetivos, mientras que el segundo ampara **garantías sociales que, por su propia**

⁸⁴ BURGOA ORIHUELA Ignacio. Dr., DICCIONARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL GARANTÍAS Y AMPARO , 6ª ed, México, Porrúa, 2000, p. 200.

naturaleza, están por encima de los derechos individuales a los que restringe en su alcance liberal, en términos de lo dispuesto en el artículo 1o. constitucional. En congruencia con lo anterior y tomando en consideración que el referido artículo 27 establece una excepción al principio de inviolabilidad de la propiedad al facultar a la nación para imponer modalidades a la propiedad privada, atendiendo al interés público, debe decirse que los artículos 18 y 19 de la Ley de Asentamientos Humanos del Estado de México que prevén, respectivamente, que los habitantes de esa entidad federativa, a través de los consejos de participación ciudadana, tienen derecho a organizarse y participar en la elaboración y ejecución de los planes y programas de desarrollo urbano, así como que los Municipios están obligados a promover e impulsar la participación de la comunidad en el desarrollo urbano y la conservación de los recursos naturales, por medio de las comisiones de planeación para el desarrollo y los consejos de participación ciudadana, no se rigen por la garantía constitucional de mérito. Ello es así, en virtud de que es incuestionable que aun cuando la citada ley imponga modalidades a la propiedad privada dictada por el interés público, no puede exigirse el establecimiento de una audiencia previa en beneficio de los particulares afectados, ya que sería sumamente grave que fuese necesario llamarlos para que objetaran previamente la elaboración de un plan de desarrollo urbano, pues se paralizarían los servicios públicos en perjuicio de dicho interés; además, el hecho de que la aludida ley establezca la participación de la comunidad, a través de los indicados consejos que actúan como organismos auxiliares de las autoridades, no implica que al particular afectado también se le dé la oportunidad de intervenir en la elaboración del plan, pues si la intención del legislador hubiese sido darle participación, así lo hubiera plasmado en la ley.”⁸⁵

Criterio con el cual no estamos de acuerdo, pues aunque la misma naturaleza de las garantías sociales se produce una reunión de derechos, cuando se protegen derechos de grupo, no se puede considerar que los derechos sociales se encuentren sobre los individuales, pues los primeros son garantías de segunda generación cuyo sustento es necesariamente las garantías individuales de primer generación, sin los cuales no se pueden

⁸⁵ **IUS 2005** DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, tesis numero de registro 189517, Novena Época, Instancia: Primera Sala, tesis aislada: 1a. XXXVII/2001, tomo XIII, Junio de 2001, p. 229.

concebir los segundos. Queda claro que no existe una preeminencia de una sobre otra, sino una integración de derechos a favor del gobernado.

Ahora bien la integración de derechos públicos establecidos en favor del gobernado, tienen limitaciones intrínsecas, cuando en ellas mismas se fijan los casos en los que no opera tal derecho y extrínsecas cuando por causa de utilidad pública o en estado de emergencia se puede suspender la aplicación de determinadas garantías; por ultimo, encuentran un limite cuando por virtud de una responsabilidad criminal se impone una pena que limita los derechos de los que puede disponer el gobernado.

2.3 ETAPAS DEL PROCESO PENAL Y SUS GARANTÍAS.

Para comenzar, debemos apuntar que el proceso penal se debe entender cuando efectivamente una situación jurídica se encuentra bajo la jurisdicción de un juez, por lo que al iniciar la instancia comienza el proceso, lo que formalmente ocurre cuando el Ministerio Público ejercita la acción penal y el juez de la causa admite la acción, con la consecuencia de finalizar la averiguación previa y someter al Ministerio Público dentro del proceso como parte procesal.

Una vez comenzada la instancia, el procesado entra en la tutela jurídica de todas las garantías que resguarda la Constitución para los procesados, con el objeto de equilibrar la relación procesal entre el Ministerio Público y el inculcado.

Dentro de nuestro sistema jurídico nacional se encuentran antecedentes valiosos, pues ya en la Constitución de Apatzingán, se reconoce la garantía de presunción de inocencia, en su artículo 30:

“Artículo 30.- Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado.”⁸⁶

Entre tanto, en los artículos 149 a 153 se crearon los derechos básicos del procesado, así como el artículo 2 fracción I y II de la Constitución de 1836; 9 fracción VI a X de las “Bases Orgánicas de 1843”, todos que exigían mandamiento judicial para la detención de las personas, las que además debían ser informadas de la acusación en su contra, que su declaración debía ser emitida sin coacción alguna y que la detención debía justificarse dentro de un breve plazo con una resolución debidamente motivada.

La evolución de las garantías individuales tuvo un momento de gloria con el artículo 20 de la Constitución Liberal de 1857, en la cual se redactan en forma precisa cuales son los derechos del acusado:

“Artículo 20.- En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías:
I. Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere;
II. Que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté a disposición del juez;
III. Que se le caree con los testigos que depongan en su contra;
IV. A que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar su descargos, y
V. Que se le oíga en defensa por sí o por personas de su confianza, o por ambas, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que, o los que le convengan.”⁸⁷

En la actualidad nuestra Constitución Política y Social de 1917, hace una extensa enumeración de las garantías del inculcado así y extiende su protección a la víctima u ofendido:

⁸⁶ TENA RAMÍREZ. Felipe, LEYES FUNDAMENTALES DE MÉXICO 1808-1999 , 22ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 35.

⁸⁷ TENA RAMÍREZ. Felipe, op. cit. p. 609.

“Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del *inculpado*:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;

II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

IV.- Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del Apartado B de este artículo;

V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido

en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

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

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y, X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.

B. De la *víctima* o del *ofendido*:

I.- Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II.- Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III.- Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V.- Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y

VI.- Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.”

Entre otras, podemos observar la garantía de libertad bajo caución, la de caución asequible, de información de su acusador, naturaleza y causa de la imputación, derecho a la no incriminación, careo con su acusador, adecuada defensa, oportunidad, audiencia y prueba, publicidad, justicia pronta, inmediatez e intimidad.

Estas garantías son aplicables en el proceso penal sin restricción alguna, sin embargo, durante la averiguación previa el gobernado también goza de las garantías que en su favor instituye la Constitución, como acertadamente lo señala la propia Constitución al indicar en el último párrafo, de la fracción X, del inciso A) del artículo 20:

“Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.”

Con lo anterior se aprecia que la garantía de no incriminación resulta de singular trascendencia, pues aun durante la averiguación previa debe ser respetada, prohibiendo cualquier clase de tortura o intimidación para conseguir la confesión del inculpado.

El proceso penal culmina con la sentencia, fase en la cual se puede declarar la responsabilidad criminal del procesado, en cuyo caso, se impone la pena que consiste en castigar al delincuente con la pérdida o menoscabo de alguna o varias de sus garantías individuales.

Por consiguiente en la etapa de ejecución de sentencia, el reo tiene a su favor el cúmulo de garantías individuales de las que no fue privado con motivo de la sanción o como consecuencia inseparable de la misma, por lo que fuera de estos casos, aún durante la ejecución de la pena el reo tiene acción para reclamar coactivamente el cumplimiento de sus garantías que no fueron materia de la pena.

Por lo que se concluye, que solo el Poder Judicial mediante sentencia definitiva puede privar de garantías al procesado quien goza de sus derechos fundamentales desde la averiguación previa y hasta inclusive la sentencia en la materia que no fue motivo de condena.

2.3.1 DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

En un principio, las garantías individuales en materia penal estaban destinadas al proceso, pues en la Constitución Política y Social de 1917 en su artículo 20 así se contemplan, sin embargo, en la legislación secundaria se descubrían más derechos que en la Constitución, tanto en la etapa de averiguación previa como durante el proceso, tal es el caso del artículo 134bis del Código Penal para el Distrito Federal reformado en 1981 que contemplaba lo siguiente:

“Artículo 20.- En los lugares de detención dependientes del Ministerio Público no existirán rejas y con las seguridades debidas funcionaran Salas de Espera.

Las personas que se encuentren en estado de ebriedad, bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas aquellas que en su situación mental denote peligrosidad y quienes a criterio de la autoridad investigadora, pretendan evadirse, serán ubicadas en áreas de seguridad.

El Ministerio Público evitara que el presunto responsable sea incomunicado. En los lugares de detención del Ministerio Público estará instalado un aparato telefónico para que los

detenidos puedan comunicarse con quien lo estimen conveniente.

Los detenidos desde el momento de su aprensión podrán nombrar abogado o persona de confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otra, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio.”

De igual forma mediante reforma de 1983 al Código Federal de Procedimientos Penales, se continuó mejorando la situación jurídica del indiciado bajo la premisa de apuntalar los derechos de libertad y seguridad jurídica así como implementar la separación de hombres y mujeres en los establecimientos para cumplir penas, como lo dispuso la reforma citada en el artículo 128:

“Artículo 128.- Los funcionarios que practiquen diligencias de policía judicial determinarán, en cada caso, qué personas quedarán en calidad de detenidas, y en qué lugar, haciéndolo constar en el acta respectiva.

Si esta determinación no procede del Ministerio Público Federal, se le informará de inmediato para que tome conocimiento de los hechos y resuelva lo que legalmente corresponda. En todo caso se mantendrá separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención.

Desde el momento en que se determine la detención, el Ministerio Público hará saber al detenido la imputación que se le hace y el derecho que tiene para designar persona que lo defienda, dejando constancia de esta notificación en las actuaciones. El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor oportunamente aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomarán en cuenta, como legalmente corresponda, en el caso de consignación o liberación del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el pleno desahogo de pruebas de la defensa, se reservarán los derechos de ésta para ofrecerlos ante la autoridad judicial, y el Ministerio Público hará la consignación si están satisfechos los requisitos para el ejercicio de la acción.”

Con los anteriores ejemplos se pone de manifiesto que las garantías individuales rigen durante toda la etapa procesal del derecho penal, aún antes del iniciado el proceso. Derechos que no siempre fueron reconocidos por la

jurisprudencia, pues sólo se consideraban aplicables las garantías durante el proceso, como se aprecia de la siguiente tesis aislada:

“DEFENSA, GARANTÍA DE, EN AVERIGUACIONES PREVIAS.

Que los enjuiciados no hubieren estado asistidos de defensor en la averiguación previa, no constituye violación a la fracción IX del artículo 20 de la Carta Fundamental, en atención a que la garantía que consagra rige a partir del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público y no durante las diligencias que se practican para prepararlo.”⁸⁸

De igual forma el criterio sostenido por el Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito, en la siguiente tesis aislada:

“AVERIGUACIÓN PREVIA. NO RIGE EN ELLA LA GARANTÍA DE DEFENSA RELATIVA A QUE SE PROPORCIONE AL ACUSADO DATOS QUE CONSTEN EN EL PROCESO (ARTÍCULO 20, FRACCIÓN VII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL).-

Siendo la averiguación previa una etapa de preparación para el ejercicio de la acción penal, no rige en ella la garantía que establece el citado precepto constitucional, acerca de proporcionar al presunto responsable los datos que requiera, pues del análisis completo del propio artículo, se advierte que es dable hacerlo cuando en dicha etapa o en el transcurso de ella ocurra la detención. De no ser así, atento al carácter inquisitivo de la averiguación previa, no rige tal imperatividad, además, las diligencias tendientes a la investigación de un hecho delictivo, deben practicarse con cierto sigilo, por estimarse análogas a los casos de excepción (órdenes de aprehensión, cateos, providencias precautorias, aseguramientos), determinados en el segundo párrafo del artículo 104 del Código Federal de Procedimientos Penales.”⁸⁹

⁸⁸ IUS 2005 DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, tesis aislada, número de registro 245509, tomo 175-180 Séptima Parte, Séptima Época, materia penal, Sala Auxiliar, p. 165.

⁸⁹ IUS 2005 DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, tesis aislada, número de registro 908784, tomo Tomo II, Penal, P.R. TCC, Octava Época, Materia Penal, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 3843, p. 1846.

No obstante los anteriores criterios, tras las reformas de 3 de septiembre de 1993 al artículo 20 constitucional, se extendió en forma expresa la protección constitucional de las garantías individuales al indiciado durante la averiguación previa, elevando sus derechos al rango de garantía individual. Último párrafo, de la fracción X, del inciso A) del artículo 20:

“Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.”

Igual criterio que a partir de estas importantes reformas ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 22/2004 P.S. del rubro y texto siguientes:

“DECLARACIÓN MINISTERIAL RENDIDA SIN LA ASISTENCIA DE DEFENSOR. CARECE DE EFICACIA PROBATORIA, ANTES DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993 (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

Los artículos 70, fracciones III y V, 73 (interpretado a contrario sensu) y 126, fracción II, del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla, vigentes hasta el 1o. de julio de 1994 establecían, entre otros derechos a favor del inculcado, el de asistirse por un defensor desde la averiguación previa, estando obligada la autoridad correspondiente a requerirlo en esa etapa para que desde ese momento nombrara uno, y en caso de no querer o no poder hacerlo, a asignarle un defensor de oficio; de ahí que la declaración rendida ante el Ministerio Público sin la presencia del defensor carecerá de valor probatorio, por incumplir las reglas relativas previstas en el código adjetivo citado. Lo anterior, porque aun cuando el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, antes de su reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, no establecía a favor del indiciado la garantía de defensa adecuada desde la averiguación previa, el legislador local sentó en los mencionados preceptos legales las

bases para ello, de manera que la autoridad destinataria estaba obligada a acatarla.⁹⁰

Por lo que, resulta claro que tanto por el reconocimiento en la Constitución como por la actual jurisprudencia, las garantías individuales rigen aún durante la averiguación previa pues conforme al debido proceso del enjuiciamiento penal mexicano, tal garantía constituye una prerrogativa del indiciado elevada al rango de garantía individual y no una potestad del Ministerio Público.

Sin embargo, a pesar del adelanto conseguido cuando se establece a nivel constitucional que las garantías individuales también rigen en la etapa de averiguación previa, el legislador incurre a nuestro criterio en un error técnico, cuando subordina la aplicación irrestricta de las garantías constitucionales a la legislación secundaria, ocasionando un conflicto de jerarquía normativa y peor aún, cuando deja al legislador común la peligrosa tarea de imponer límites o restricciones a la aplicación de garantías, ello acontece en el cuarto párrafo del inciso A), del artículo 20 constitucional, que dispone:

“Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.”

Situación por la cual, para saber los derechos mínimos del indiciado debemos acudir a la legislación secundaria para verificar que el legislador común no haya limitado o establecido más requisitos que los previstos en la norma suprema, lo que evidentemente es un paso atrás en la protección de nuestros derechos básicos que implica un grave desconocimiento del legislador de la teoría de constitucional que vulnera su supremacía.

⁹⁰ IUS 2005 , DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial Federal, Contradicción de tesis 22/2004-PS, número de registro 178762, materia penal, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Tomo XXI, tesis 1a./J. 124/2004, 2005, p. 193.

2.3.2 DURANTE EL PROCESO.

Como ya lo dijimos, las garantías constitucionales en materia penal fueron diseñadas ad hoc para el proceso penal, por lo que no existe inconveniente legal alguno para que todas las hipótesis que contengan alguna garantía individual sean aplicadas al gobernado durante el juicio criminal. Lo que se aprecia del primer párrafo del artículo 20 constitucional antes de las reformas de 1993, que disponía:

“Artículo 20.- En todo Juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:”

Situación que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, interpreto de forma estricta en perjuicio del procesado, pues sólo hasta que daba inicio el proceso el inculpado podía acceder a las garantías que la Constitución prevé a su favor, tal y como en reiterados criterios se manifiesta, he aquí un ejemplo:

“AVERIGUACIÓN PREVIA. NO RIGE EN ELLA LA GARANTÍA DE DEFENSA RELATIVA A QUE SE PROPORCIONE AL ACUSADO DATOS QUE CONSTEN EN EL PROCESO (ARTÍCULO 20, FRACCIÓN VII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL).

Siendo la averiguación previa una etapa de preparación para el ejercicio de la acción penal, no rige en ella la garantía que establece el citado precepto constitucional, acerca de proporcionar al presunto responsable los datos que requiera, pues del análisis completo del propio artículo, se advierte que es dable hacerlo cuando en dicha etapa o en el transcurso de ella ocurra la detención. De no ser así, atento al carácter inquisitivo de la averiguación previa, no rige tal imperatividad, además, las diligencias tendientes a la investigación de un hecho delictivo, deben practicarse con cierto sigilo, por estimarse análogas a los casos de excepción (órdenes de aprehensión, cateos, providencias precautorias, aseguramientos), determinados en el

segundo párrafo del artículo 104 del Código Federal de Procedimientos Penales.”⁹¹

De igual forma, la garantía de defensa no era aplicable tratándose de la averiguación previa, pues al respecto se legitima la falta de defensor con argumentos poco protectores, como se aprecia en la siguiente tesis:

“DEFENSA, GARANTÍA DE. AVERIGUACIÓN PREVIA.
Es durante la instrucción cuando la autoridad judicial tiene la obligación de nombrar defensor al encausado, pero durante la averiguación previa **es a cargo de éste último el designar defensor**; y de no aparecer dato alguno de que el acusado hubiera ofrecido defensor y de que la representación social se lo rechazara, legal es sostener que al respecto ninguna violación existe.”⁹²

Igual suerte corrió la garantía de audiencia y de adecuada defensa, pues siguiendo con la misma interpretación obtusa, se decidió que tal garantía no resulta ser aplicable en la etapa de averiguación previa:

“AVERIGUACIÓN PREVIA, GARANTÍA DE AUDIENCIA EN LA RECEPCIÓN DE PRUEBAS EN LA.
La garantía de audiencia se refiere a los inculcados y por ello es evidente que en la recepción de pruebas en la averiguación previa, en la que no hay propiamente inculcado, no es imperativa la citación de dichos indiciados.”⁹³

Con lo anterior, queda claro que las garantías en materia penal han sido fijadas en primer termino sólo al proceso penal, sin embargo, por la naturaleza de la materia penal —rama de la enciclopedia jurídica que se tiene como finalidad reprimir las conductas criminales— y la naturaleza del castigo, que actualmente el más usual consiste en la privación de la libertad personal del

⁹¹ IUS 2006 DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, tesis aislada, número de registro 218099, Materia Penal, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tomo X, Octubre de 1992, p. 286.

⁹² Idem. tesis Aislada, número de registro 221350, Materia Penal, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tomo VIII, Noviembre de 1991, p. 196

⁹³ Idem. tesis aislada, número de registro 258714, Materia Penal, Sexta Época, Instancia: Primera Sala, tomo Segunda Parte CXXXIV, p. 14.

criminal. Por ello estas garantías tienen un especial interés en proteger al gobernado de la privación arbitraria de su libertad personal. Al respecto el tratadista Lara Espinosa manifiesta:

“Las garantías constitucionales en el ámbito penal, giran en torno, fundamentalmente, a la libertad personal, sin embargo, no es el único derecho protegido por la constitución en esa materia, sino también, están, entre otros, el de igualdad, el de la vida, la inviolabilidad del domicilio, la propiedad, la posesión, etcétera.”⁹⁴

Por lo que se concluye, que es la Constitución la que establece garantías sustantivas y adjetivas, las cuales toman gran importancia dentro del proceso penal pues es ahí donde su violación afecta la situación del gobernado al grado de reducir su calidad de vida a buenos deseos, degradando al gobernado como en la antigua Roma, a un grado menor de ciudadano, *capiti diminuta*.

Situación indeseable, pues si ya la propia ley reconoció a nivel constitucional las garantías individuales del inculpado, es necesario que en el ámbito procesal existan los medios adecuados para hacer valer dichas garantías, sin detrimento de la eficaz administración de justicia. Por ello, es una vez que se inicia formalmente el proceso penal cuando se activan en su conjunto todas las garantías que en materia de procesos criminales plasma nuestra Constitución.

2.3.3 DURANTE LA PENA.

Terminado el proceso penal --en los casos en que el enjuiciado resulta ser responsable por la comisión de un delito— se impone una pena al criminal, que según el devenir histórico tiene diferentes fines, sin embargo,

⁹⁴ LARA ESPINOSA Saúl, LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL 2ª ed, México, Porrúa, 1999, p. 33.

independientemente del fin que busque la pena, ésta es impuesta a un gobernado que sigue siendo titular de las garantías individuales que a su favor plasma nuestra Constitución.

Así la Constitución protege al gobernado que cometió un delito, cuando plasma en el artículo 14 que la pena debe estar plasmada mediante una ley anterior al hecho por el que se castiga y que dicha ley deber ser aplicable exactamente al delito que se imputa:

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

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

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. (...)”

Disposición legal, que limita la pena al castigo determinado por el legislador en la ley secundaria para la conducta que se sanciona, es decir, la reacción jurídico—monopólica del Estado, para mantener la cohesión social y el respeto a la ley, sin que la imposición de la pena implique el menoscabo de otros derechos civiles que no fueron materia de afectación con la pena, ni son causados como consecuencia directa de la imposición de ésta, luego, los derechos no afectados por la pena se encuentran en aptitud jurídica se ser ejercidos y gozados por el titular.

Tenemos que como consecuencia de la pena, existe una afectación en la situación jurídica del reo, en primer término por la propia imposición de la pena, que el jurista Rodríguez Manzanera define como:

“La pena es la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito.

La pena es, pues, la ejecución de la punición y se da en la instancia o fase ejecutiva.”⁹⁵

Sin embargo, en un segundo plano y como consecuencia intrínseca del castigo, existe la suspensión de ciertas prerrogativas del ciudadano, que forma parte de la pena pública y que sólo encuentran un límite en las garantías individuales, pues es mediante el ejercicio de estos derechos básicos que se protege al gobernado inclusive ante la pena pública, que en nuestro sistema jurídico mexicano actual tiene como principal exponente la pena de prisión, ante la cual se alzan la mayoría de las garantías consagradas en nuestra Constitución. Al respecto el Doctor Sergio García Ramírez nos ilustra:

“La **recepción de la ejecución penal** en el cuadro de los derechos humanos llega, salvo anticipos menores, cuando éstos agotan su tránsito (...) No en balde es en el **ámbito penal donde con mayor fuerza se delata el vigor democrático o autoritario de una Constitución. Ahora también la ejecución de penas inicia su papel en este territorio.**

Dos ordenes de normas, a veces desconectadas entre sí, como capas superpuestas, obra en diversos artífices, ofrece la materia penitenciaria constitucional. Es pertinente conservar ambas: la más antigua funda la humanización en el trato carcelario, consecuente con el penitenciarismo clásico; la más reciente, que no obsta a la otra, procura la readaptación social del penado, congruente con el pensamiento científico de esta hora.”⁹⁶

Congruente con la idea de no conculcar más derechos que los necesarios para la efectiva aplicación de la pena, nuestros más altos tribunales han establecido jurisprudencia al respecto, en la cual, se plasma en forma indudable que las garantías de que goza el gobernado son ejecutivas aún durante la pena, que compurga el reo por la comisión de un delito:

⁹⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA. Luis, PENOLOGÍA 3ª ed, México, Porrúa, 2003, p. 94.

⁹⁶ GARCÍA RAMÍREZ Sergio, LA PRISIÓN 1ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 47.

“SUSPENSIÓN DE DERECHOS PREVISTA POR EL ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. ALUDE A LAS PRERROGATIVAS DEL CIUDADANO.

Una correcta interpretación del artículo 38, fracción II, de la Carta Magna, **permite considerar que la suspensión de derechos por causa de un proceso criminal** por delito que merezca pena corporal, **alude a los derechos políticos o prerrogativas del ciudadano**, contempladas por el artículo 35 del mismo cuerpo de leyes, como son: votar en las elecciones populares, poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión teniendo las calidades que establezca la ley, asociarse para tratar los asuntos políticos del país, tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional para la defensa de la República y de sus instituciones; aun cuando la pena privativa de la libertad también produce suspensión de algunos derechos civiles como son los de tutela, curatela, apoderado, defensor, albacea, síndico, interventor, árbitro o representante de ausentes, sujeto a concurso, a quiebra o suspensión de pagos; incapacidades parciales que duran todo el tiempo de la condena y operan, algunas veces, por ministerio de ley y otras por declaración judicial; **pero no así a la capacidad de comparecer en juicio para ejercer los propios derechos naturales, de los cuales goza todo individuo jurídicamente capaz.**⁹⁷

Otras garantías como la no extradición de reos políticos, lugares separados para cumplir penas y que éstas deben ser con base en los principios de capacitación para el trabajo y educación como medios para la readaptación de los reos, hombres y mujeres por separado, el traslado de reos sólo con su consentimiento expreso y la posibilidad de cumplir sus penas en los centros más cercanos a su domicilio, son garantías de las cuales goza plenamente el reo, como lo expresa el artículo 18 de la Constitución:

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base

⁹⁷ **IUS 2006** DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia, número de registro 214820, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tomo 69, Septiembre de 1993, tesis V.1o. J/23, p. 38.

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 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.

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.

Derechos que además de ser sustantivos también se proclaman como derechos adjetivos cuando el último párrafo del artículo 19 de la Constitución llega al grado de sancionar esas conductas contrarias a las garantías del procesado:

“Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución, en las cárceles, **son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.**”

Otra importante garantía instituida a favor del reo es la consagrada en el artículo 22 de la Constitución que prohíbe la imposición de ciertas penas y extiende a todas aquellas inusuales y trascendentales:

“Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.”

Con lo anterior queda evidenciado que durante la ejecución de la pena, los reos sujetos a ella, gozan de las garantías constitucionales no privadas o restringidas por la pena, aun cuando fueron encontrados responsables por la comisión de un delito, más aún, las garantías que nuestra Constitución establece en materia penal, no deben ni pueden ser restringidas durante el proceso ni en la fase de averiguación previa, pues ello impacta en forma directa contra el gobernado que aún no es culpable ante la ley, afectando en forma sustancial su defensa.

2.4 LA DE ACCESO A LA JUSTICIA IMPARTIDA POR TRIBUNALES.

Según el artículo 17 de nuestra Constitución, todo gobernado tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales, como a continuación se aprecia:

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. (...)"

Este artículo comienza por imponer la prohibición de la venganza privada, lo que en si mismo implica la existencia de instituciones que impartan la justicia desde un ámbito legal, como derecho del ciudadano y obligación de las instituciones del Estado en cuya jurisdicción queda la función monopólica de resolver los conflictos.

Así, con la idea de crear instituciones fuertes e imparciales que puedan impartir justicia en el ámbito del derecho constitucional, se hace la división de poderes conforme al artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuya segregación se crea el Poder Judicial de la Federación que tiene como principal función la de resolver controversias. Lo que en otras palabras nos dice Hobbes:

“...el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal y como lo hemos manifestado, es consecuencia necesaria de la pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo o la realización de sus pactos y la observancia de las leyes...”⁹⁸

Creado el poder judicial con el primordial encargo de administrar justicia, se crea la prohibición para el particular de hacerse justicia por propia mano, más aún, cuando se impide ejercer violencia para reclamar algún derecho, de dichas prohibiciones, surge el derecho correlativo de tener tribunales que administren justicia al gobernado y con ello se crea la jurisdicción.

El concepto de jurisdicción, implica una limitación territorial dentro de la cual el poder judicial puede desempeñar sus atribuciones y más técnicamente, proporciona el ámbito de validez para que el poder judicial desarrolle su función de dirimir conflictos.

Ahora bien, cabe aclarar que materialmente no todos los tribunales que administran justicia pertenecen al Poder Judicial, como lo es caso del Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa y Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, Junta Local de Conciliación y Arbitraje, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje; sin

⁹⁸ HOBBS. Thomas, LEVIATAN trad. Manuel Sánchez Sarto, 2ª ed., 12ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 137.

embargo, estos entes de la administración que dirimen controversias, se encuentran fuera del Poder Judicial en forma incongruente y sólo para efectos presupuestarios, pues materialmente su función es judicial y se ajustan a sus principios.

En materia penal cuya interpretación y aplicación de la ley se realiza por mandato constitucional, en forma estricta, no existen tribunales que funcionen ordinariamente y puedan determinar responsabilidad criminal, ni juzgar a la luz de leyes creadas *ad hoc*, para juzgar hechos determinados, por lo que debemos mencionar lo dispuesto por el artículo 13 constitucional que impone límites al derecho punible y señala:

“Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. (...)”

Con el fin de evitar resoluciones autoritarias, se implanta esta importante garantía que reconoce el derecho del gobernado de ser juzgado por Instituciones “tribunales” imparciales y sujetándose a los plazos límite para ello, con lo que se pretende impedir que la dilación del proceso sea un obstáculo para la justicia; al respecto el Doctor Ignacio Burgoa opina lo siguiente:

“La garantía de seguridad jurídica establecida en favor del gobernado en este caso, se traduce en la imposibilidad que tienen las autoridades judiciales de retardar o entorpecer indefinidamente la función de administración de justicia, teniendo, en consecuencia, la obligación de sustanciar y resolver los juicios ante ellas ventilados dentro de los términos consignados por las leyes procesales respectivas.”⁹⁹

La garantía de acceso a la justicia impartida por tribunales, no encuentra su límite en la sola creación de la instancia, sino que además, deberán tener las características de emitir sus resoluciones dentro de los plazos y términos que

⁹⁹ BURGOA ORIHUELA Ignacio, LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES 33ª ed, México, Porrúa, 2001, p. 638.

fijen las leyes; emitir sus resoluciones en forma pronta, completa e imparcial; en forma gratuita; con independencia. Como el propio artículo 17 lo señala en forma expresa.

Con respecto a la administración de justicia en forma expedita, en materia penal se establecen plazos máximos en la Constitución, a los cuales se debe sujetar el procedimiento penal, así en la detención, el afectado debe ser puesto a disposición de la autoridad sin dilación alguna; en la retención del inculcado por el Ministerio Público no podrá exceder de 48 horas y 96 horas tratándose de delincuencia organizada; la detención judicial no podrá exceder de 72 horas sin que se justifique con un auto de formal prisión (prisión preventiva) o auto de libertad con las reservas de ley (libertad sujeta a proceso); durante el proceso, será juzgado antes de 4 meses cuando la pena máxima del delito que se le imputa sea menor de 2 años y antes de 1 año cuando exceda de ese límite.

Ahora bien, la garantía de acceso a la justicia impartida por tribunales, es genérica y alcanza a todas las materias de la ciencia jurídica, sin embargo, en materia penal adquiere peculiaridades propias cuando se le concede al Ministerio Público el monopolio del ejercicio de la acción penal y cuando la acción represiva del Estado puede privar o limitar al gobernado de su libertad, bienes o derechos, ya sea como parte de la sanción o impuesta como una medida precautoria, siempre con la pretensión de llegar a la verdad de los hechos y hacer justicia:

“Concluimos así que el Ministerio Público es autónomo en sus funciones, **no estando limitado por ningún poder, sino tan sólo por las leyes.** Es la aplicación justa de la ley, causa y fin último de la misión del Ministerio Público.”¹⁰⁰

¹⁰⁰ CASTRO V. Juventino EL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO 12ª ed., México, Porrúa, 2002, p. 53.

Esta garantía, se debe estudiar conjuntamente con la de debido proceso legal, según la cual, el Estado se encuentra impedido para limitar o privar al gobernado de su libertad, derechos o bienes, sin que previamente se haya agotado el juicio y que se encuentra plasmada en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional; juicio que sólo puede llevarse a buen termino cuando se tramita ante autoridad competente y que en el caso que nos ocupa son los tribunales del Poder Judicial Federal.

Al respecto de ésta garantía, el artículo 23 de la Constitución limita el proceso penal cuando instituye que ningún juicio criminal deberá de tener más de tres instancias, imponiendo otro limite que impide que la resolución de las controversias se postergue de forma indefinida y propiciando que efectivamente se emitan resoluciones definitivas que pongan fin a la disputa. Al respecto el Doctor Ignacio Burgoa manifiesta:

“Ello obedeció al desiderátum de **no prolongar indefinidamente un juicio penal** mediante la creación penal de múltiples instancias en las que quedaría siempre *subjudice* la inocencia o culpabilidad de un acusado difiriendo inhumanitariamente el pronunciamiento definitivo sobre su condena o absolución”¹⁰¹

Otra disposición que alude a la garantía de justicia impartida por tribunales, es la establecida en inciso a), fracción IV, del artículo 20 constitucional que establece el derecho del gobernado de ser juzgado en audiencia pública, con la pretensión se hacer de la sanción una cuestión ejemplar y darle claridad a la administración de justicia. Al respecto el jurista Lara Espinosa afirma:

¹⁰¹ BURGOA ORIHUELA Ignacio Dr., LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES 33ª ed., México, Porrúa, 2001, p.666.

“La audiencia pública tiene como propósito esencial la de terminar con el secreto de los procedimientos penales y evitar el torcimiento en la administración de justicia.”¹⁰²

Otra importante garantía prevista por la norma suprema en relación con la justicia impartida por tribunales, es la establecida en el artículo 21 de la Constitución cuando indica que la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, que especialmente en materia penal alcanza su grado máximo de protección, pues al referirse a la pena como castigo, establece el monopolio del poder judicial para imponer sanciones a las conductas tipificadas como delitos.

“Este mandamiento supremo, constituye un atributo otorgado al órgano del Estado, llamado Poder Judicial, que **lo faculta como el único para imponer sanciones penales**, excluyendo, en consecuencia, a cualquier otra autoridad para realizar un acto de imperio de esa naturaleza.”¹⁰³

Para concluir, la garantía de acceso a la justicia impartida por tribunales en materia penal, implica varios momentos, primero; el crear propiamente la instancia judicial; después, someter al Ministerio Público que en averiguación previa actúa como autoridad, para considerarlo parte en el proceso; que durante el proceso se respeten los plazos y las formalidades del debido proceso legal; que ningún juicio criminal puede extenderse por más de tres instancias; que la sentencia deberá ser pública y que la imposición de la pena es exclusiva del Poder Judicial.

2.5 LA DE AUDIENCIA.

¹⁰² LARA ESPINOSA. Saúl, LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL 2ª ed, México, Porrúa, 1999, p.301.

¹⁰³ LARA ESPINOSA. Saúl, Idem. p. 317.

Genéricamente la garantía de audiencia se encuentra prevista a lo largo de nuestra historia constitucional, pues ya en la Constitución de Apatzingan se contemplaba esta garantía en el artículo 31:

“Artículo 31.- Ninguno debe de ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente.”¹⁰⁴

Para la Constitución de Federal de 1857, se estableció la norma en la fracción V del artículo 20 que disponía:

“Artículo 20.- En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías:
V. Que se le oiga en defensa por sí o por personas de su confianza, o por ambas, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que, o los que le convengan.”¹⁰⁵

Más cercano a nuestra actual garantía de audiencia y con una similitud importante en su redacción y sentido, el artículo 14 de la Constitución Federal de 1857 dispone:

“14.- No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicable a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley.”¹⁰⁶

Garantía que actualmente se encuentra consagrada en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, y que a la letra dispone:

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

¹⁰⁴ TENA RAMÍREZ. Felipe, LEYES FUNDAMENTALES DE MÉXICO 1808-1999 , 22ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 35.

¹⁰⁵ TENA RAMÍREZ. Felipe, *Idem.* p. 609.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 607.

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

La garantía de audiencia, en un principio, fue concebida para funcionar en materia penal y debía instrumentarse antes de cualquier acto judicial, momento en el cual se le daría la oportunidad al gobernado de entrar en comunicación directa con el juez, es decir, ser oído por quien tendrá que decidir su situación jurídica y antes de que efectivamente se lleve a cabo ese acto de autoridad.

Sin embargo, nuestra garantía de audiencia se transformo siguiendo la legislación anglosajona, específicamente la *Bill of Rights, Amendment V* y la *Amendment XIV*, por la garantía de debido proceso legal y es hasta nuestra actual Constitución de 1917, que se amplía la protección de la garantía de audiencia a los juicios civiles, pues antes de ello, sólo era aplicable a la materia penal por una interpretación del Jurista Ignacio L. Vallarta y que entonces fungía como Presidente de la Suprema Corte; al respecto el Doctor Burgoa nos narra:

“Los debates del Congreso Constituyente se suscitaron en torno de la expresión “privado de la vida” que empleaba el artículo 26 del proyecto... la comisión redactora lo retiro para enmendarlo y a cuyo efecto formulo una nueva disposición... La precipitación con que el Congreso Constituyente aprobó el nuevo precepto proyectado dejo inadvertidas dos substituciones de dos conceptos que alteraron substancialmente el primitivo precepto... La primera... estribo en remplazar el acto de autoridad condicionado (*privación* de la vida, la libertad o la propiedad), por el procedimiento judicial, supeditando las sentencias a la aplicación exacta de la ley. **De esa manera se abandonó desaprensivamente la idea del artículo 26 del proyecto, en el sentido de consignar la garantía de audiencia previa a todo acto de privación**, para instruir una garantía de legalidad exacta en materia judicial a través de la expresión: “Nadie puede ser juzgado ni sentenciado”. La segunda

substitución consistió en haber empleado el concepto de leyes por el de formas...ya que **sustituyo el derecho de “ser oído” mediante determinadas formalidades judiciales** por la exigencia de que todo fallo civil o penal debería contener la referencia exacta sin discrepancia alguna de la ley “dada con anterioridad” al caso concreto de que se conociese.”¹⁰⁷

Ahora bien, tenemos que el procedimiento penal inicia con la noticia *criminis* y la potestad del Ministerio Público para ejercitar la acción penal ante el Juez de la causa, dicha conducta constituye la tesis; luego la garantía de audiencia es el derecho que tiene el procesado de oponerse a la acusación y por ende constituye la antítesis de la acusación, por lo que será al juzgador a quien le corresponda realizar la síntesis, en la cual se determinara la responsabilidad penal o no del procesado.

Es decir, como ya lo comentamos nuestra actual garantía de audiencia apunta más a la garantía de debido proceso legal, pues no se limita únicamente a ser escuchado en el juicio, sino que además, se debe dar oportunidad al procesado de realizar una defensa adecuada contra la acusación que le imputa el Ministerio Público y finalmente que la defensa pueda efectivamente tener una ingerencia en el resultado del juicio, por lo que se debe contar con todos los instrumentos jurídicos que lo hagan posible.

De lo anterior se colige, que en la actualidad nuestra garantía de audiencia se encuentra integrada de cuatro derechos, 1) un juicio previo al acto de privación; 2) que el juicio se siga ante los tribunales previamente establecidos; 3) que durante el proceso se respeten las formas del debido proceso legal; 4) que sea juzgado conforme a las leyes vigentes con anterioridad al hecho. Tal y como lo ha manifestado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis:

¹⁰⁷ BURGOA ORIHUELA Ignacio. Dr. LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES 33ª ed, México, Porrúa, 2001, pp. 526 y 527.

“PROPIEDAD INDUSTRIAL, CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 208, 232 Y 233 DE LA LEY DE LA, QUE PREVIENEN EL PROCEDIMIENTO PARA DECLARAR NULO O EXTINTO EL REGISTRO DE UNA MARCA. NO VIOLAN LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.

Los artículos mencionados de la Ley de la Propiedad Industrial, no vulneran la garantía contenida en el artículo 14 de la Constitución referida a la previa audiencia que debe respetar todo acto de autoridad. Todo acto de autoridad que implique privación de alguno de los bienes tutelados en el mismo artículo 14 de la Constitución Federal, debe cumplir con los derechos que integran la garantía de audiencia y que son los siguientes: 1. Que la privación se realice mediante juicio, esto es, a través de un procedimiento que se efectúa ante un órgano estatal; tal procedimiento significa una serie de etapas que concluyen en una resolución que dirime una controversia. 2. Que el juicio sea seguido ante los tribunales previamente establecidos; por tribunales no sólo se entiende aquellos órganos que pertenezcan al Poder Judicial y que normalmente desempeñen la actividad judicial, sino a cualquiera que realice una función materialmente jurisdiccional, es decir, que aplique normas jurídicas generales a casos concretos en controversia. 3. En el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, que se manifiestan principalmente en el derecho de defensa y en la facultad de aportar pruebas y, 4. Que la privación se realice conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Los artículos 208, 232 y 233 de la Ley de la Propiedad Industrial respetan al artículo 14 de la Constitución, pues la cancelación de algún título registrado ante la Secretaría de Industria y Comercio se realiza a través de un procedimiento que concluye en la resolución correspondiente. Tal procedimiento se ventila ante la misma secretaría es decir, un órgano del Estado con facultades jurisdiccionales para resolver sobre el registro cuestionado; se otorga al presunto afectado la oportunidad de hacer valer consideraciones y presentar las pruebas que estime pertinentes, dentro de los plazos que la misma secretaría fije y, evidentemente, el juicio se sigue de acuerdo con las leyes expedidas con anterioridad del hecho de que se trata.”¹⁰⁸

La garantía de audiencia en materia penal, opera desde la fase de averiguación previa, pues en ella se admite el derecho del indiciado de emitir su

¹⁰⁸ IUS 2005 DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, tesis aislada, número de registro 233681, Instancia: Pleno, Materia Constitucional Administrativa, Séptima Época, tomo 26 primera parte, p. 96.

declaración preparatoria, ofrecer y desahogar pruebas, sin embargo, ese derecho sólo nace cuando el indiciado ha sido detenido o se presenta ante el Ministerio Público. Por lo que la garantía de ser oído antes del acto de privación, es conculcada en ésta materia cuando el indiciado es detenido y con ello, es objeto de un acto de autoridad privativo de libertad sin que previamente al acto de privación haya tenido la oportunidad de ser oído. Tal acontecimiento es un resabio del sistema inquisitorio, en el cual el proceso se mantenía en secreto del acusado al mismo tiempo que se le compelia a la confesión.

De lo anterior se puede apreciar la importancia de la garantía de audiencia en materia penal, que se erige como el primer instrumento legal que protege al gobernado contra actos de autoridad encaminados a privar de uno o varios derechos al gobernado, por lo que es una pieza fundamental en el Estado de Derecho tal y como lo manifiesta el Jurista Lara Espinosa:

“...es a través de esta garantía, en el que encontramos el **puntal jurídico más sólido** sobre el que se sostiene un autentico Estado de Derecho, dado que en él se protegen los más vitales derechos del gobernado, y particularmente del hombre, al consagrarse la tutela de la vida, la libertad, las propiedades y posesiones o derechos...”¹⁰⁹

Sin embargo, a pesar de lo trascendental de esta garantía, existen excepciones a la garantía de audiencia que se encuentran establecidas en las propia Constitución y que en el caso son dos; la establecida en el artículo 33 para los extranjeros indeseables; y la expropiación contenida en el artículo 27 segundo párrafo tratándose siempre que sea por causas de utilidad pública.

A las anteriores excepciones constitucionales deben agregarse las establecidas por la jurisprudencia, tratándose de leyes fiscales con fines

¹⁰⁹ LARA ESPINOSA. Saúl, LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL 2ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 81.

recaudatorios; en materia penal cuando se dicta el auto de prisión preventiva. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha explicado con el siguiente subterfugio:

“PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA, ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE.

Si bien es cierto que el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la privación de la libertad de una persona sin previo juicio, también lo es que el artículo 18 de la misma Ley Suprema autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad; por tanto, dado que ambos preceptos son de igual jerarquía y que conforme al artículo 1o. de la propia Carta Magna las garantías que ella otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, la regla de que nadie puede ser privado de su libertad sino mediante juicio, se encuentra restringida en el caso de los procesados por delitos sancionados con pena privativa de libertad. Así, **la prisión preventiva constituye una excepción justificable** a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.”¹¹⁰

Creemos que esta interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es desafortunada, pues el artículo 18 de la Constitución no establece ninguna excepción a la garantía de audiencia previa, cuando afirma “Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva”; más aún cuando expresamente se menciona el contenido del artículo 1º, según el cual las garantía sólo pueden ser limitada en los términos y condiciones que la propia Constitución establezca, luego, si de la lectura del texto del artículo 18 no existe disposición expresa que restrinja la garantía de audiencia, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación inventaron una excepción que no

¹¹⁰ IUS 2005 , DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, tesis aislada, número de registro 196720, Instancia: Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Materia Penal Constitucional, VII, Marzo de 1998, tesis P. XVIII/98, p. 28.

existe en la Constitución, que crea la paradoja de sancionar (prisión preventiva) para poder saber si se debe sancionar (prisión como sanción penal).

Entonces los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación debieron analizar la garantía de audiencia y la prisión preventiva a la luz de la teoría de la colisión de derechos y así poder establecer un punto en el cual se respete la garantía de audiencia y se haga posible imponer la prisión preventiva como medida cautelar.

Lo que necesariamente nos lleva a concluir, que en materia penal más que en ninguna otra materia, el constituyente otorgo al gobernado la garantía de audiencia, como instrumento jurídico que se yergue precisamente para la protección de la libertad personal del gobernado sujeto a procedimiento penal y evitar la arbitrariedad del Estado.

2.6 LA DE PRUEBA.

Genéricamente la garantía de prueba, se encuentre establecida a nivel constitucional en el artículo 14, pues forma parte del denominado “debido proceso legal” o “formalidades esenciales del proceso” y consiste en el derecho de acreditar los hechos discutidos y cuyo esclarecimiento resulta indispensable para la resolución del conflicto sometido a la jurisdicción del juzgador. Así lo considerado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia:

“FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.-

La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del

procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La **oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas** en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.”¹¹¹

Así la prueba es sinónimo de honesto, bueno, probadum, experiencia, hacer fe; por lo que constituye el único medio por el cual el juzgador puede conocer los hechos discutidos, pues él resulta ajeno a los acontecimientos sometidos a su jurisdicción. Sin embargo la prueba puede ser aportada por las partes, por terceros e incluso por el propio juzgador, con el objeto de tener certeza sobre los hechos y poder decidir el derecho aplicable al caso en concreto.

En materia de procedimiento penal, la Constitución reconoce a favor del enjuiciado, un sistema de prueba libre, según lo registra la fracción V, del inciso A) del artículo 20 que sobre el tópico dispone:

“Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:
A. Del inculpado:
V. Se le recibirán los **testigos y demás pruebas que ofrezca**, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.”

Así para que verdaderamente cobre aplicación práctica la garantía de prueba en el procedimiento penal, resulta indispensable que se permita ofrecer pruebas y que las pruebas sean valoradas por el juzgador al momento de dictar

¹¹¹ **IUS 2005** DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia, número de registro 900218, Instancia: Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación, Materia Constitucional, Novena Época, Apéndice 2000, tomo I, tesis: 218, p. 260.

sentencia para que puedan influir verdaderamente en el resultado del fallo, luego, debemos distinguir cinco elementos que integran la garantía de prueba: 1) el objeto de la prueba, que constituye el hecho que se trata de acreditar; 2).- la carga de la prueba, a quien le corresponde probar; 3).- el procedimiento probatorio, ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo; 4).- los medios de prueba, humanos, materiales y técnicos, y; 5).- los sistemas de valoración de la prueba, por medio de tasa, libre apreciación o mixto.

El otras materias, se obliga al oferente de la prueba a manifestar cual es el objeto de la prueba, sin embargo, en materia penal no sucede ello, existiendo un sistema de libre prueba por el cual es admisible toda clase de prueba siempre que sea conducente y no sea contra derecho. Principio que es recogido por el artículo 206 del Código Federal de Procedimiento Penales:

“206.- Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente y no vaya contra derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario podrá por algún otro medio de prueba establecer su autenticidad.”

Por lo respecta a la carga de la prueba, en principio corresponde al Ministerio Público quien realiza la acusación, pero es relevado de la carga cuando se niega la acusación y afirma hechos distintos, situación en la cual se sigue la regla general de que quien afirma esta obligado a probar, principio que es acogido por el artículo 248 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

Artículo 248.- El que afirma esta obligado a probar. También lo está el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho.

Igualmente este principio es reconocido por el criterio del Poder Judicial Federal en la tesis de jurisprudencia:

“PRUEBA, CARGA DE LA, EN MATERIA PENAL.

En puridad, el Ministerio Público debe justificar que un hecho tipificado por la ley como delito, ha sido perpetrado y que determinada persona lo ejecutó, y demostrado esto, sólo ante la afirmación contraria del inculpado corresponde a éste la carga de la prueba de su inocencia, esto es, sólo ante la comprobación por parte del representante social de que se ha perpetrado un hecho catalogado por la ley como delito y establecido el nexo causal entre la conducta humana y ese tipo, corresponde al acusado la demostración de que falta una de las condiciones de incriminación, bien por ausencia de imputabilidad, por mediar estados objetivos de justificación o excusas absolutorias.”¹¹²

En cuanto al procedimiento probatorio, se reconoce una diferencia en materia penal, pues al procesado se le auxilia con los medios de apremio para obtener la comparecencia de sus testigos. Por lo que es necesario que exista la oportunidad de probar en favor del gobernado:

“Por ende toda ley procesal debe instituir dicha oportunidad en beneficio de las partes en conflicto jurídico y, sobre todo, en favor de la persona que va a resentir el acto de privación”¹¹³

En cuanto a la valoración de la prueba, ésta se da propiamente en la resolución, por lo que ya no pertenece a la garantía de prueba, luego, contra una mala apreciación de la prueba sólo existe el recurso de alzada, mediante el cual se pueden hacer valer violaciones a los sistemas de apreciación de la prueba, ya sea mediante la tasa, de libre apreciación o mixto, éste último el que rige en nuestro proceso penal. Tanto en materia federal (artículo 279-290) como en el Distrito Federal (artículo 246-261).

¹¹² IUS 2005 DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, tesis aislada, número de registro 220851, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Penal, Octava Época, tomo IX, Enero de 1992, p. 220.

¹¹³ BURGOA ORIHUELA Ignacio, LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES 33ª ed, México, Porrúa, 2001, p.557.

Por lo que concluimos, que el derecho constitucional a la prueba en el procedimiento penal, se instituye a favor del enjuiciado y consiste en conceder la oportunidad de oponerse a la acción y ofrecer todos aquellos medios de convicción por los cuales se pueda conocer la verdad sobre los hechos materia de estudio, para que la autoridad pueda decir el derecho aplicable al caso concreto.

2.7 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

El principio de seguridad jurídica mediante el cual todo ciudadano se reputa ante la ley como inocente, y por ende, debe ser tratado como tal hasta en tanto no sea declarado culpable, es un principio de buena fe necesario para garantizar que el gobernado no sufrirá castigo alguno, hasta en tanto no exista prueba suficiente que rompa dicha presunción.

En nuestra legislación constitucional se reconoció la garantía de presunción de inocencia en el artículo 30 de la Constitución de Apatzingan:

"30.- Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado"¹¹⁴

Sin embargo, posteriormente a esa norma constitucional las subsecuentes incluyendo la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, no prevén la garantía de presunción de inocencia en forma expresa, lo que implica un retroceso legislativo que impacta directamente en todo el desenvolvimiento del procedimiento penal y una omisión grave del Poder Constituyente.

¹¹⁴ TENA RAMÍREZ. Felipe, Idem. p. 29.

Ante la ausencia de tal principio en la norma constitucional, debemos acudir a la legislación secundaria e incluso a los tratados internacionales que en términos del artículo 133 de la Constitución, son ley suprema. Pues la presunción de inocencia fue reconocida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 y dos años más tarde a la Constitución Francesa de 1791 en los siguientes términos:

“Artículo 9.- Todo hombre se presume inocente hasta que sea declarado culpable”.

De igual forma, tras la segunda guerra mundial y con el objetivo firme de que los derechos humanos dejen de ser una mera declaración y se conviertan en ley positiva, el 10 de febrero de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas, proclama la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en la cual reconoció en su artículo 11 el derecho a la presunción de inocencia:

“Artículo 11.

1.- Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se le **presuma su inocencia** mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2.- **Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos** según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”¹¹⁵

Igual disposición se encuentra contemplada en el artículo 8 de la Convención Americana sobre derechos Humanos de 1969, ratificada por nuestro país y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, por lo que de conformidad con nuestro derecho constitucional, ésta disposición es válida y coactiva en nuestro país como norma suprema:

“Artículo 8. Garantías Judiciales (...)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se **presuma su inocencia** mientras no se establezca legalmente su

¹¹⁵ SEPÚLVEDA Cesar. DERECHO INTERNACIONAL , 16ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 684.

culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:”

Otra disposición de índole internacional y positiva, es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por México y publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de enero de 1981, que dispone:

“Artículo 14 (...)

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se **presuma su inocencia** mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.(...)”

De lo anterior se demuestra que en términos del artículo 133 de la Constitución, los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado y publicados en el Diario Oficial de la Federación son ley suprema en nuestro país, por lo que si bien es cierto, por no estar contemplado en el texto de la Constitución no la podemos denominar “garantía”, si es un derechos tutelado en ley vigente y positiva, por lo que su aplicación resulta procedente y exigible ante los órganos del Estado.

Aunque nuestra legislación constitucional omite ése principio y la legislación secundaria hasta hace poco tiempo contemplaba el supuesto contrario, es decir la presunción de dolo, como lo plasmó el legislador en el “*Código Penal, Artículo 9.- La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario*”, sin embargo, por reforma de 1983, esta figura anacrónica quedó derogada y con ello se logró la vigencia plena de ese derecho del inculpaado, acorde con otras garantías y con los tratados internacionales vigentes.

En el ámbito nacional, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que la garantía de presunción de inocencia se encuentra implícita en la garantía de debido proceso legal y sistema acusatorio, como explica en la siguiente tesis:

“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.-

De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.”¹¹⁶

De igual forma y al resolver la contradicción de tesis 68/2005-PS, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció que aún durante el juicio el

¹¹⁶ **IUS 2005** DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, tesis aislada, número de registro 921223, Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, materia Constitucional, Novena Época, tomo I, Const., P.R. SCJN tesis 151, p. 376.

procesado goza de la garantía universal de presunción de inocencia, en la siguiente jurisprudencia:

“DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN. LA SOLA MANIFESTACIÓN DEL INculpADO RESPECTO A QUE DESCONOCÍA LA EXISTENCIA DEL NARCÓTICO TRANSPORTADO, NO DESVIRTÚA LA EXISTENCIA DEL DOLO.

El delito contra la salud en su modalidad de transportación de narcótico requiere para su actualización del acreditamiento del dolo, mismo que corresponde probar al Ministerio Público de la Federación, atento al principio de presunción de inocencia, recogido implícitamente en la Constitución Federal. Al ser el dolo un elemento subjetivo la prueba idónea para acreditarlo es la confesión del agente del delito, empero ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial o de indicios. Para acreditar el dolo en el delito señalado, es menester probar que el agente del delito tenía pleno conocimiento, entre otros elementos, de la existencia del narcótico que transportó. Lo que, en los términos anteriormente anotados, corresponde probar al Ministerio Público. Sin embargo, cabe aclarar que la sola manifestación del inculpado respecto a que desconocía la existencia del narcótico que transportó, no puede por sí sola, acreditar la ausencia del dolo, ni desvirtuar su existencia, sino que la misma únicamente constituye un indicio más, que tendrá que valorar el juzgador, al momento de determinar la acreditación o no del dolo, como elemento del delito, por supuesto, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, esto es, tomando en consideración la mecánica de los hechos conforme a todas las constancias que obren en el expediente, sin que con ello se vulnere el principio universal de presunción de inocencia, pues ello no implica que la mera negación respecto de uno de los elementos del delito, como lo es el dolo, implique que el mismo se encuentra desvirtuado, toda vez que si obran en la causa diversos medios probatorios, aportados no sólo por la representación social sino incluso por el propio sujeto activo del delito o su defensa, mediante los cuales se acredite, aun de manera circunstancial, el dolo, no puede establecerse que la sola afirmación respecto al desconocimiento del narcótico, desvirtúe la existencia del dolo, sino que la misma únicamente constituye un medio probatorio más, que deberá ser valorado por el juzgador al momento de dictar sentencia.”¹¹⁷

¹¹⁷ **IUS 2006** DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia, número de registro 177029, Novena Época, Materia Penal, Instancia: Primera Sala, tesis 1ª./J.117/2005, XXII Octubre de 2005, p. 253.

Consagrado el derecho de presunción de inocencia, es de destacar que de ahí surgen tres consecuencias; la primera que la carga de la prueba en principio se establece al Ministerio Público quien debe acreditar la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, requisitos sin los cuales no procede el ejercicio de la acción penal; segunda, que inculcado no puede ser constreñido, (coacción, presión física o psicológica, ni amenaza alguna) por ningún medio para declarar en su contra, bajo el apercibimiento de declarar nula dicha confesión; tercero, que en caso de que exista duda, se deberá absolver al reo, bajo el adagio de que “es preferible un delincuente en la calle que un inocente en la cárcel”, denominando a este principio, como “*in dubio pro reo*”.

En tal circunstancia, el derecho de presunción de inocencia se encuentra tipificado no sólo para eventualmente proteger a un inocente contra la reacción organizada del Estado e incluso de la propia víctima del delito, sino que además y por su propia naturaleza protege al infractor de la ley, hasta en tanto no se acredite plenamente su responsabilidad y que a su favor no opera ninguno de los elementos negativos del tipo, sobre éste particular Cesare Beccaria dice:

“A un hombre no se le puede llamar reo antes de la sentencia del juez, **ni la sociedad puede negarle su protección pública**, si no cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se le otorgo.”¹¹⁸

Luego, toda persona debe gozar de la presunción de su inocencia más allá de cualquier duda, hasta en tanto no se declare sentencia condenatoria y ésta adquiera la calidad de firmeza legal, evitando que el indiciado sea castigado para averiguar si se debe o no castigar, pues es sólo cuando efectivamente se declara su responsabilidad ante la ley que se le puede

¹¹⁸ BECCARIA. Cesare DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS , 2ª ed, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa, 1974, p. 119.

someter a una restricción o privación de derechos. Evitando así la arbitrariedad y el abuso del poder represor del Estado.

2.8 ADECUADA DEFENSA.

En nuestro sistema constitucional, ése derecho se encuentra plasmado a nivel constitucional para la materia penal, por lo que adquiere el rango de garantía individual instituida por el legislador en el artículo 20, inciso A), fracción VII y IX que a la letra dispone:

“Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

Del inculcado:

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

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,”

Esta garantía se encuentra íntimamente ligada con los siguientes derechos; 1) derecho de no auto-incriminarse, 2) a ser informado del nombre de su acusador, naturaleza y causas de la acusación, 3) rendir declaración preparatoria, 4).- el de pruebas, 5) el derecho de ser careado y 6).- tener un defensor. Derechos que constituyen un triunfo de los derechos del hombre ante el proceso penal y que en un sistema acusatorio son la antítesis de la acusación.

La garantía de adecuada defensa implica por lógica que el acusado conozca la acusación y así pueda formular una defensa que reste valor a las pruebas e indicios presentados por el acusador, pudiendo alegar además, que

sus pruebas no son idóneas para sostener la acusación o bien que son insuficientes para acreditar la plena responsabilidad del acusado.

“La defensa es, por tanto, el derecho de probar contra la prueba, derecho a demostrar que la **autoridad probó errónea o insuficientemente**. Es, en último termino, actividad que versa sobre la perfección de las operaciones o la **idoneidad de los medios de prueba**: el medio menos idóneo o la operación menos perfecta proporcionados por el Ministerio Público o el juez, deberán ceder ante los mejores que la defensa aporte.”¹¹⁹

La importancia de la defensa radica en que sólo a través esa contradicción probatoria se puede llegar al conocimiento de los hechos materia de disputa legal y únicamente mediante el esclarecimiento de los hechos el juzgador puede decidir que norma jurídica aplicar al caso en concreto. Igual consideración realiza el Doctor Zamora-Pierce:

“Ante la pretensión penal, como **tesis** que sostiene en forma monopólica el Ministerio Público, la **defensa sostiene la antítesis** y queda reservado al poder jurisdiccional el efectuar la **síntesis**. Luego entonces, si se concibe al juicio como la necesaria síntesis de acusación y defensa, no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; esto lleva a destacar, por razones de lógica y legalidad, que la defensa, en cuanto concepto contrario a la pretensión penal, **es de igual rango y necesidad que ésta**.”¹²⁰

El Poder Judicial Federal, ha emitido criterio en el cual señala en que consiste la garantía de adecuada defensa y hasta donde alcanza ésta en la etapa de averiguación previa, en la siguiente jurisprudencia:

DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.
SU EJERCICIO NO ESTÁ SUBORDINADO A QUE EL
MINISTERIO PÚBLICO TENGA QUE DESAHOGAR
TODAS LAS DILIGENCIAS QUE PRACTIQUE CON LA

¹¹⁹ HERRERA LASSO Y GUTIÉRREZ. Eduardo, GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL , 1ª ed., México, INACIPE, 1979, p. 54.

¹²⁰ ZAMORA-PIERCE. Jesús, GARANTÍAS Y PROCESO PENAL , 8ª ed., México, Porrúa, 1996, p. 255.

PRESENCIA DEL INCULPADO O SU DEFENSOR
(INTERPRETACIÓN DE LAS FRACCIONES IX Y X DEL
ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL).

Del análisis sistemático y teleológico del contenido de la exposición de motivos que dio origen a las reformas al artículo 20 de la Constitución Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, así como de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y de sus debates, se advierte que con la finalidad de regir las necesidades sociales y económicas imperantes en nuestro país y erradicar viejas prácticas vejatorias e infamantes a que se encontraba sujeta una persona en la investigación de los delitos, el Poder Constituyente sentó las bases para que en la fase jurisdiccional el presunto responsable de un delito **contara con una defensa adecuada** consistente en **dar oportunidad** a todo inculpado de aportar pruebas, promover los **medios de impugnación** frente a los actos de autoridad que afecten los intereses legítimos de la defensa, exponer la **argumentación** sistemática del derecho aplicable al caso concreto y utilizar todos los beneficios que la legislación procesal establece para la defensa, pero además **hizo extensiva las garantías del procesado en esa fase a la etapa de la averiguación previa, con la salvedad de que debe ser "en lo que se adapta a la naturaleza administrativa de la misma"**, lo que significa que según lo permita la naturaleza de las actuaciones o diligencias que deban desahogarse en la averiguación previa, podrán observarse cabalmente las garantías que el inculpado tiene en la fase jurisdiccional. Ahora bien, si se toma en consideración, de acuerdo a lo anterior, que dentro de la averiguación previa la garantía de defensa adecuada deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones en las que directa y físicamente participe o deba participar la persona involucrada en la investigación, siempre y cuando así lo permita la naturaleza de las citadas diligencias, es inconcuso que el debido cumplimiento de tal garantía no está subordinado a que el Ministerio Público forzosamente y de manera ineludible tenga que desahogar todas las diligencias que practique en la mencionada etapa investigatoria con la presencia del inculpado o su defensor y menos aún que si no lo hace así sus actuaciones carecerán de valor probatorio. Lo anterior, porque de estimar lo contrario se llegaría al extremo de transgredir el artículo 16 de la Constitución Federal, en el que se considera al Ministerio Público en la averiguación previa como una autoridad con imperio a quien exclusivamente le corresponde resolver si ejerce o no la acción penal en la investigación que practique, así como consignar los hechos ante el juzgado competente de su adscripción, en el perentorio término de 48 horas, si encuentra

que se reúnen los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.”¹²¹

Así cualquier gobernado tiene derecho a una defensa adecuada, como una garantía que va más allá de la sola oportunidad de defensa, pues para que se pueda calificar de adecuada, es necesario que se cumpla con otros derechos básicos del indiciado, desde la etapa de averiguación previa y durante el proceso, tanto en las formas como en los plazos.

2.9 NO INCRIMINACIÓN.

En tiempos recientes, se consideraba a la confesión como la prueba de máxima, la prueba reina, así durante el procedimiento inquisitorio el defensor tenía como principal objetivo lograr la confesión del acusado y una vez obtenida, la presencia del defensor resultaba innecesaria, tal y como lo describe el “*Directorio para uso de los inquisidores aragonenses*”, documento en el cual se encuentra contenida la esencia del procedimiento inquisitorio o secreto; sin embargo este fuero religioso suprimió la tortura y el tormento como medios de conseguir la confesión como nos lo indica Von Litz: “*la Inquisición fue el primer tribunal que abolió el tormento*”,¹²² primero por el desuso y después formalmente, mientras que los tribunales civiles de la época continuaron aplicándolo en forma cotidiana.

Durante el Renacimiento y a partir de las nuevas teorías humanistas llega a “Las Trece Colonias” la prohibición al fiscal de compeler al reo para que declare en contra de sí misma, plasmada en las “*Bill of Rights*” el 15 de Diciembre de 1791, en la enmienda cinco:

¹²¹ IUS 2005 , DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia, número de registro 181578, Instancia: Primera Sala, Materia Penal, Novena Época, tomo XIX, Mayo de 2004, tesis 1a./J. 31/2004, p. 325.

¹²² VON LIZT. Franz, TRATADO DE DERECHO PENAL tomo I, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, p. 341

“AMENDMEN V

“Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un grán jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.”

En nuestra legislación nacional, la Constitución de Cádiz de 1812 señala en su artículo 291 la garantía de no incriminación:

“Artículo 291.- La declaración del arrestado será sin juramento, que ha nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio.”¹²³

Al respecto la Constitución de Apatzingan, establece una presunción legal de inocencia y limita ésta presunción cuando se produce la confesión:

“Artículo 30.- Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado.”¹²⁴

En las Bases y Leyes Constitucionales de la Republica Mexicana de 1836. (Las Siete Leyes), se señala en los artículos 47 y 49, la garantía de no incriminación y la prohibición de usar el tormento como instrumento para lograr la confesión del inculpado:

“LEY TERCERA

Artículo 47.- Dentro de los tres días en que se verifique la prisión o detención, se tomara el presunto reo su declaración preparatoria; en esta caso se le manifestará la causa de este

¹²³ TENA RAMÍREZ. Felipe, Op. Cit., p. 94.

¹²⁴ TENA RAMÍREZ. Felipe, idem. p. 35.

procedimiento y el nombre del acusador; si lo hubiere; y tanto esta primera declaración, como las demás que se ofrezcan en la causa, serán recibidas sin juramento del procesado, por lo que respecta a sus hechos propios.

Artículo 49.- Jamás podrá usarse del tormento par la averiguación de ningún género de delito.”¹²⁵

Para la Constitución Federal de 1857, que aún hoy sirve de marco a nuestra actual Constitución señala en su artículo 20, las garantías de los criminales, sin que se establezca en forma contundente la garantía de no incriminación:

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

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

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

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

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

V. Que se le oíga en defensa por sí o por personas de su confianza, o por ambas, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que, o los que le convengan.”¹²⁶

De forma más nítida, en nuestra actual Constitución de 1917 y también en el artículo 20, se establece con mayor claridad esta garantía de no incriminación de la siguiente forma:

“Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

Del inculpado:

(...)

II. **No podrá ser obligado a declarar.** Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

¹²⁵ Ibidem. p. 238.

¹²⁶ Ibidem. p. 609.

III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

(...)

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.

Como lo podemos apreciar, en nuestra actual Ley Suprema se encuentra establecida en forma nítida y contundente la garantía de no incriminación y que ésta opera desde la fase de averiguación previa sin ningún requisito ni limitación.

En nuestra legislación secundaria, se encuentra regulada tal disposición constitucional mediante las normas que regulan la confesión en los artículos 136 y 137 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en el artículo 207 del Código Federal de Procedimientos Penales:

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal
Artículo 136.- La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 137.- La confesión es admisible en cualquier estado del proceso, hasta antes de pronunciarse la sentencia definitiva.

Código Federal de Procedimientos Penales

Artículo.- 207.- La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo, materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictarse sentencia irrevocable.”

Por otro lado, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por medio de la contradicción de tesis numero 29/2004, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, (ahora Primero en Materia Penal del mismo circuito) y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. (22 de septiembre de 2004); en la cual ha expresado las diferencias que existen con la garantía de defensa, como a continuación lo expresa:

“DERECHO DE DEFENSA. SUS CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS CON LA GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN.

El derecho genérico de defensa se distingue de la garantía de no autoincriminación ya que otorga al inculcado el derecho a una defensa adecuada mediante actos positivos, mientras que la segunda garantía referida, supone la inactividad del sujeto sobre el que recae la imputación, es decir, el derecho frente a la autoridad de no confesar o confesarse culpable, el derecho de defensa recae en otros derechos subjetivos comprendidos en las fracciones IV, V, VI, VII del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que consisten en la facultad para carearse con quien deponga en su contra, ofrecer pruebas para comprobar su inocencia, obtener los datos que constan en el expediente, ser informado de los derechos que a su favor consigna la Constitución, ser asistido por un defensor o persona de confianza y ser juzgado en audiencia pública. Consecuentemente, el derecho de defensa comprende derechos específicos en los que el inculcado puede manifestarse activamente para probar su inocencia y las correlativas obligaciones de la autoridad de proveer la información necesaria para una defensa adecuada, así como de desahogar las pruebas que ofrezca.”¹²⁷

De una correcta interpretación de la garantía de no incriminación, se desprenden dos acciones que componen esta garantía, por un lado la facultad del indiciado o procesado de callar, no decir nada, ante la imputación de un

¹²⁷ **IUS 2006** DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia, número de registro 179608, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Materia Constitucional-Penal, XXI, enero de 2005, tesis 1ª. CXXIV/2004, p. 414.

delito, y la otra, la prohibición de emplear contra el indiciado o procesado, cualquier método de coacción para lograr su confesión.

2.10 LIBERTAD CONTRA LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Debemos entender como prisión preventiva, una medida cautelar por medio de la cual se priva de la libertad personal al gobernado que se le imputa un delito, en aras del bienestar social, con la finalidad de preservar la coexistencia pacífica de los gobernados. Pues de lo contrario presumiblemente el imputado tratará de escapar o borrar las evidencias de su delito.

Sin embargo, conforme las reglas dogmáticas de cualquier Estado de Derecho antes que un juez pueda imponer una pena, es necesario que se determine la responsabilidad penal del acusado, la que sólo se puede determinar mediante juicio previo, en el que se tiene la certeza que el acusado violó la ley penal. De igual forma en un Estado de Derecho, los gobernados gozan de una garantía de buena fe, que les permite gozar de la presunción de inocencia, hasta en tanto no se acredite su responsabilidad.

Así tenemos que para pasar de un extremo al otro, es necesario transcurrir por varias etapas, así todo comienza con la presunción de inocencia que es destruida cuando el Ministerio Público realiza la imputación en la averiguación previa, es ahí cuando el imputado es el posible responsable, luego, cuando el Ministerio Público decide realizar la consignación ante el Juez de la causa es porque considera que existen elementos en la averiguación previa para determinar la probable responsabilidad, por lo que si el juez de la causa coincide con ese juicio, dictará auto de procesamiento donde al pasar por

el filtro se ratifico la probable responsabilidad del acusado y, finalmente al dictar la sentencia definitiva, si el juez de la causa esta plenamente convencido, dictara sentencia condenatoria en la cual se determina la plena responsabilidad del reo.

1).- <u>Presunción</u> de inocencia	Como modo de vida de cualquier gobernado.
2).- <u>Posibilidad</u> de responsabilidad criminal	Con la imputación del Ministerio Público.
3).- <u>Probabilidad</u> de responsabilidad criminal	Con la consignación del Ministerio Público y la confirmación del auto de procesamiento, por el Juez de la causa.
4).- <u>Certeza</u> de de responsabilidad criminal	En la sentencia definitiva de responsabilidad criminal, dictada por el juez.

Así entre más avanzo el procedimiento penal, el sufrimiento del procesado se incrementa, y al llegar al proceso, el juez puede dictar el auto de formal prisión, es decir, la prisión preventiva del procesado en tanto se averigua si se debe castigar, como nos lo expresa Carnelutti:

“Ahora conviene añadir que la penosidad del juicio tiene un carácter progresivo en el sentido de que el sufrimiento aumenta en razón del adelantar en el proceso; también la sospecha, procura al sospechado un sufrimiento, más este sufrimiento es menor que el causado por la inculpación, y este último, a su vez no es tan grave como el sufrimiento de la condena. (...) Es cierto que la gravedad de la instrucción no equivale a la del debate; sin embargo, también la pendencia de una institución criminal perjudica a la persona contra la cual el proceso se

instruye; basta pensar en la posibilidad de la detención preventiva para que el perjuicio se haga manifiesto.”¹²⁸

Ante el tormento que significa la prisión preventiva, se estableció a favor del procesado, el derecho a obtener su libertad provisional, que en nuestro derecho constitucional se plasmo por primera vez en el artículo 296 de la Constitución de Cádiz de 1812:

“296.- En cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal, se le pondrá en libertad dando fianza.”¹²⁹

Disposición normativa en la cual se contemplaba el beneficio de obtener libertad provisional, como un derecho para el procesado, sólo si, el delito por el que se sigue el proceso no amerita pena corporal, pero introdujo la idea de que era necesario justificar la prisión provisional por medio de resolución judicial motivada y dictada en breve plazo; idea que permaneció inmutable hasta la Constitución Política y Social de 1917, en la que se concedió ese beneficio para los delitos considerados no graves, cuando el termino medio aritmético de la pena es menor de cinco años:

“Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculcado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

¹²⁸ CARNELUTTI. Francesco, CUESTIONES SOBRE EL PROCESO PENAL , México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal-Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, 2006, p. 146.

¹²⁹ TENA RAMÍREZ. Felipe, Op. Cit. p. 94.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;(...)

X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención. (...)"

Además ésta garantía se encuentra limitada, pues es sólo para los primodelincuentes y por ultimo, al arbitrio del juez quien a petición del Ministerio Público puede negar la libertad si el Ministerio Público aporta pruebas suficientes para concluir que la libertad del procesado, puede poner en riesgo al ofendido o a la sociedad.

Más aún, se establece la prohibición de imponer prisión preventiva por más tiempo del máximo que señala la ley para el delito por el cual se sigue el proceso y, que en todo caso, el tiempo que dure la prisión preventiva ha de computarse como parte de la pena para el caso de ser hallado responsable penalmente.

Como complemento a estas disposiciones, debe tomarse en consideración lo que dispone el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se señalan los requisitos para negar la libertad provisional:

“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.

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

Es decir, para que haya lugar a prisión preventiva el proceso debe estar avanzado al grado de que la responsabilidad penal del procesado es probable.

En el artículo 18 constitucional, se establece que sólo por delitos que ameriten pena privativa de libertad, habrá lugar a prisión preventiva:

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. **El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas** y estarán completamente separados.

Norma que además agrega que el lugar para la ejecución de la prisión preventiva será distinto del destinado para compurgar penas.

Ahora bien, entendemos que la detención preventiva se encuentra compuesta por dos etapas, la primera, cuando se dicta orden de aprehensión, la cual no puede exceder de 72 horas, y la segunda, cuando se dicta auto de formal prisión o prisión preventiva, la cual se puede prolongar durante todo el tiempo que dure el proceso y siempre que no exceda del plazo máximo señalado como pena para el delito que se investiga. A no ser que se dicte a favor del procesado la libertad provisional bajo caución o bajo protesta.

El artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala la facultad que tiene el Ministerio Público para decretar la libertad provisional en la averiguación previa:

“Artículo 271.- El Ministerio Público que conozca de un hecho delictuoso, hará que tanto el ofendido como el probable responsable sean examinados inmediatamente por los médicos legistas, para que éstos dictaminen, con carácter provisional acerca de su estado psicofisiológico.

El Procurador determinará mediante disposiciones de carácter general el monto de la caución aplicable para gozar de la libertad provisional en la averiguación previa.

Cuando el Ministerio Público decrete esa libertad al probable responsable lo prevendrá para que comparezca ante el mismo para la práctica de diligencias de averiguación, en su caso y concluida ésta ante el juez a quien se consigne la averiguación, quien ordenará su presentación y si no comparece ordenará su aprehensión, previa solicitud del Ministerio Público mandando hacer efectiva la garantía otorgada.

El Ministerio Público podrá hacer efectiva la garantía si el probable responsable desobedeciere sin causa justificada, las órdenes que dictare.

La garantía se cancelará y en su caso se devolverá cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal o una vez que se haya presentado el probable responsable ante el juez de la causa y éste acuerde la devolución.

En las averiguaciones previas por delitos que sean de la competencia de los juzgados de paz en materia penal o siendo de los juzgados penales cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión el probable responsable no será privado de su libertad en los lugares ordinarios de detención y podrá quedar arraigado en su domicilio, con la facultad de trasladarse al lugar de su trabajo, si concurrieren las circunstancias siguientes:

I.- Proteste presentarse ante el Ministerio Público que tramite la averiguación, cuando éste lo disponga;

II.- No existan datos de que pretenda sustraerse a la acción de la justicia;

III.- Realice convenio con el ofendido o sus causahabientes, ante el Ministerio Público de la forma en que reparará el daño causado, en su caso, cuando no se convenga sobre el monto, el Ministerio Público con base en una estimación de los daños causados, en la inspección ministerial que practique, en las versiones de los sujetos relacionados con los hechos y en los demás elementos de prueba de que disponga, determinará dicho monto;

IV.- Que tratándose de delitos por imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, el presunto responsable no hubiese abandonado al lesionado, ni participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas;

V.- Que alguna persona, a criterio del agente investigador del Ministerio Público, fundado en los datos que recabe al respecto, se comprometa, bajo protesta, a presentar al probable responsable cuando así se resuelva;

VI.- En caso de que el indiciado o la persona a quien se refiere la fracción anterior, desobedecieren sin justa causa las órdenes que dicte el Ministerio Público, se revocará el arraigo y la averiguación previa será consignada en su caso, solicitando al juez competente la orden de aprehensión o de comparecencia en su contra, según corresponda; y

VII.- El **arraigo** no podrá prolongarse por más de tres días transcurridos éstos el arraigado podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de que el Ministerio Público, si así procediese, consigne la averiguación y solicite la orden mencionada.

En los artículos 135 y 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, se contiene disposición similar donde se faculta al Ministerio Público para conceder la libertad del inculpado durante la averiguación previa siempre que no se trate de delito grave y se garantice la reparación del daño:

“Artículo 135.- Al recibir el Ministerio Público Federal diligencias de averiguación previa, si hubiere detenidos y la detención fuera justificada, hará inmediatamente la consignación ante los tribunales si se cumple lo previsto en el párrafo primero del artículo 134, si tales requisitos no se satisfacen, podrá retenerlos ajustándose a lo previsto en los artículos 193, 194 y 194 bis. Si la detención fuere injustificada, ordenara que los detenidos queden en libertad.

El Ministerio Público dispondrá la libertad del inculpado, en los supuestos y cumpliendo los requisitos establecidos por el artículo 399 para los jueces, sin perjuicio de solicitar su **arraigo** en caso necesario. El Ministerio Público fijara la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustraerá a la acción de la justicia, ni al pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos. Tratándose de delitos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al inculpado que hubiese incurrido en el delito de abandono de personas o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o cualquier otra sustancia que produzca efectos similares. Cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente.

Cuando el Ministerio Público deje libre al indiciado, lo prevendrá a fin de que comparezca cuantas veces sea necesario

para la práctica de diligencia de averiguación previa, y, concluida ésta, ante el juez ante quien se consigne quien ordenara su presentación y si no comparece sin causa justa y comprobada, ordenara su aprehensión, mandando a hacer efectiva la garantía otorgada.

El Ministerio Público podrá hacer efectiva la garantía si el indiciado desobedeciere, sin causa justificada, las ordenes que dictare.

La garantía se cancelara y en su caso se devolverá por el Ministerio Público, cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal. Consignado el caso, tal garantía se considerará prorrogada tácitamente, hasta en tanto el juez no decida su modificación o cancelación.”

“Artículo.- 399 Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o durante el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño.

Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.

II.- Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

III.- Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso; y

IV.- Que no se trate de algunos de los delitos considerados como graves en el artículo 194.

La caución a que se refiere la fracción III y las garantías a que se refieren las fracciones I y II, podrán consistir en deposito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.”

De esa forma queda claro que la libertad provisional es una garantía establecida a favor del procesado que opera durante la averiguación previa, durante el proceso, básicamente con los mismos requisitos y límites, es decir, opera cuando existe la posibilidad y aún cuando existe la probabilidad de responsabilidad penal del procesado, sin embargo, ésta institución jurídica encuentra su limite cuando se impone como condición al procesado que garantice la reparación del daño, de un delito del cual aún no es responsable y que además garantice las sanciones pecuniarias, pero más grave resulta

cuando se imposibilita su concesión tratándose de la investigación o proceso por un delito considerado grave.

Situación que deja en desventaja a los sectores de la población con menos recursos, quienes tienen que enfrentar un proceso penal en su contra en reclusión preventiva y sin la posibilidad de pagar un abogado particular que dirija su defensa. Por lo cual se deben buscar mecanismos que aseguren la aplicación de la justicia, al mismo tiempo que se respeten a cabalidad las garantías del gobernado.

En Estados Unidos de Norte América, el Procurador General Robert J. Kennedy hizo una recomendación en el sentido de poner en libertad a los procesados siempre que no exista riesgo sustancial de que el procesado pueda dejar de asistir a juicio, demostró que la presunción de que el procesado se evade de la acción de los tribunales es infundada:

“Antes de esa recomendación, la policía, del total de arrestados por delitos federales, solamente puso en libertad sin caución a un **6 por ciento**. Para abril de 1965, el **39 por ciento** fue puesto a libertad sin caución y en el año de 1974 solamente un **8.5 por ciento es sujeto a prisión preventiva**, siendo notablemente escaso el número de casos de acusados que dejaron de asistir a su juicio, por ejemplo en un Distrito de Michigan, donde el 84 por ciento de acusados detenidos fueron liberados sin caución en 1965, solamente uno de los 711 liberados faltó.”¹³⁰

Así a nivel mundial existe la tendencia de evitar en lo posible la detención preventiva y sustituirla por otras medidas cautelares que no impliquen privación de la libertad personal, como son, la libertad vigilada, el arresto domiciliario, el arraigo y otras similares; pues en nuestra Constitución se da mayor importancia al delito que se investiga como elemento objetivo para determinar si se concede

¹³⁰ BARRITA LÓPEZ. Fernando, PRESIÓN PREVENTIVA Y CIENCIAS PENALES 3ª ed, México, Porrúa, 1999, pp. 170 y 171.

o no la libertad provisional, a diferencia de la mayoría de las legislaciones contemporáneas, en las cuales se toma en mayor consideración la calidad del procesado.

La garantía de libertad provisional no es otra cosa que la puesta en práctica de la libertad personal del gobernado, que no puede ser limitada en tanto el juzgador de la causa no tenga la certeza de que el procesado es responsable penalmente del delito que se le imputa, evitando con ello, que la prisión preventiva se constituya en un tormento innecesario y una práctica intimidatoria de política criminal.

2.11 APLICACIÓN ESTRICTA DE LA LEY.

La garantía de estricta aplicación de la ley, presupone la existencia de una norma anterior al hecho sobre el cual se pretende hacer efectiva la consecuencia de derecho, es decir, la sanción de la ley. La aplicación en forma estricta provee a la norma de uniformidad en la aplicación, donde a la misma acción siempre le corresponde la misma sanción legal.

Así, ésta garantía implica la existencia de un Estado de Derecho según el cual todo acto de autoridad se debe emitir conforme a las facultades concedidas con anterioridad al hecho y que el acto de autoridad debe estar debidamente fundado y motivado, principio que descansa sobre la idea de aplicar la norma en forma precisa. Acción que es en si misma un bien, como medio para regular la convivencia pacífica del hombre en sociedad, que en frases coloquiales significa medir con la misma regla a todos.

En materia penal, se hace patente esta garantía en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se distingue de la materia civil, en la cual, se puede emitir resolución atendiendo a los principios

generales de derecho, a diferencia de la materia penal en la que existe la prohibición expresa de alejarse de lo que dispone la ley en tratándose de la imposición de penas.

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

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

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios 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.

Tenemos que el constituyente quiso proteger al gobernado contra el poder opresor del Estado, imprimiendo rigor jurídico a la sanción, y con ello evitar que se imponga pena alguna que no fue concebida para el hecho que se sanciona y que en materia penal mayormente consiste en imponer pena privativa de la libertad personal. Así lo declara el General Don. Venustiano Carranza en el proyecto de Constitución:

“Por esta razón, lo primero que debe hacer la Constitución política de un pueblo es garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana, para evitar que el gobierno, a pretexto del orden o de la paz, motivos que siempre alegan los tiranos para justificar sus atentados, tenga alguna vez de limitar el derecho y no respetar su uso íntegro, atribuyéndose la facultad exclusiva de dirigir la iniciativa individual y la actividad social, esclavizando al hombre y a la sociedad bajo su voluntad omnipotente.”¹³¹

¹³¹ **HISTORIA LEGISLATIVA Y PARLAMENTARIA DE LA CONSTITUCIÓN** , Dirección General de Documentación y Análisis, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000, Reforma al artículo 20 del 05 de febrero de 1917, periódico oficial 30.

Cabe aclarar, que la aplicación exacta de la ley no significa que se deba aplicar literalmente pues dado el carácter general y abstracto de la ley no se puede concebir como completamente autónoma y debe entenderse que la aplicación estricta de la ley responde al adagio de *nullum crimen nulla poena sine lege*, como oposición a la imposición de penas por analogía y aún por mayoría de razón, por lo que sólo las penas tipificadas para el delito de que se trate son las que se pueden aplicar.

“Pero la interpretación jurídico-penal tiene una peculiaridad, por cuanto rigen, para la fundamentación de la pena, normas restrictivas. Las mismas se encuentran en la expresión en el principio: no hay pena sin ley, NULLA POENA SINE LEGE (como lo ha formulado FEUERBACH...”¹³²

El rigor jurídico que se imprime en la materia penal, sólo entra en acción cuando se trata de la imposición de penas, pero no cuando se trata de apreciar las pruebas y los hechos en litigio, pues ahí, el juez aplicando su criterio decidirá tomando en cuenta los elementos de convicción, si condena o absuelve al procesado situación que no significa arbitrariedad, pues en todo caso el juez deberá fundamentar su resolución y motivarla debidamente.

La garantía de exacta aplicación de la ley penal, proviene del *due process of law*, consagrado en las enmiendas V y XIV de la Constitución Americana, imponiendo restricciones al Estado para imponer penas con leyes retroactivas o privativas, que fue recogida por la legislación nacional en la Constitución Política y Social de 1917, así como en la doctrina y en la propia jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL,
GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA
TAMBIÉN A LA LEY MISMA.-

¹³² MEZGER Edmundo, DERECHO PENAL Parte General, 2ª ed, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, p. 64.

La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, **la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada** prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República.¹³³

En el *common law* ingles, con la instauración de los *bill of attainder* el Parlamento aplicaba sanciones sin la intervención del Poder Judicial y dicho antecedente sirvió para que en nuestra Constitución mexicana se prohibiera imponer sanciones con base en leyes privativas, que a su vez tiene como consecuencia que el Poder Judicial sea la única autoridad facultada para imponer sanciones, por lo que la garantía de estricto derecho se desarrolla a la par de la función judicial como órgano protector de las garantías individuales.

Así la garantía de exacta aplicación de la ley penal, contenida dentro de la garantía de legalidad, se constituye como la piedra angular de un Estado de Derecho, según el cual, las autoridades sólo pueden actuar con fundamento en las competencias y atribuciones que determinen las leyes, y que en materia penal no se puede imponer pena alguna sino esta decretada con anterioridad al hecho y tiene una exacta correspondencia con el hecho que la ley considera como delito, acorde con lo expresado por el Doctor Ignacio Burgoa:

¹³³ **IUS 2005** DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Tesis Aislada, número de registro 901735, Instancia: Pleno, Novena Época, Materia Constitucional, fuente apéndice 2000, Tomo I, Const, P.R., tesis 1062, p. 747. Genealogía Tomo I, Tesis P.IX/95, Mayo de 1995, p. 82.

“...si dicha disposición legal no consigna la pena que ha de imponerse a su autor, la autoridad correspondiente no puede aplicar ninguna sanción penal, ya que, mediante dicha aplicación se infringirá el mencionado precepto de la Constitución. Éste es el sentido en que tomarse el adverbio “exactamente” empleado en la disposición constitucional que comentamos, es decir, como indicativo de la expresa correspondencia fijada por una disposición legal entre un hecho delictivo y una determinada penalidad.”¹³⁴

La garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, opera de pleno derecho cuando propiamente se impone una pena en la sentencia, pero aún antes de esta fase procesal, se debe observar en el auto de formal prisión y en la orden de aprensión, respecto de los requisitos constitucionales o legales para dictar esas determinaciones, pues con ellas, se afectará un bien tanpreciado como la libertad.

“La exigencia de “exactitud” rige a los tres conjuntos de la posible aplicación: ley, hecho y sujeto... Este ideal se realiza, o debería realizarse, en una sentencia definitiva, pero no opera en su totalidad en las resoluciones provisionales como la Orden de Aprehensión y el Auto de Formal Prisión, para cuyo dictado permite la Constitución que el tercer conjunto –autor responsable– tenga tan sólo la calidad de presunto. De ahí la necesidad de que los otros dos conjuntos, ley y hecho, sean precisos cada uno en si mismo y en su relación con el otro, para preservar un mínimo de seguridad, y, en último término, la libertad del acusado.”¹³⁵

En conclusión, ésta garantía como todas la demás protegen al gobernado e imponen restricciones a la potestad del Estado, cuando en materia penal se exige que para los actos de privación se siga juicio en el cual se cumplan las formalidades esenciales del proceso y con una correspondencia exacta entre los hechos que se sancionan y las leyes establecidas con anterioridad. Para la imposición de una sanción penal, ésta sólo puede ser

¹³⁴ BURGOA ORIHUELA Ignacio, LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES 33ª ed., México, Porrúa, 2001, p. 575.

¹³⁵ HERRERA LASSO Y GUTIÉRREZ Eduardo, GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL 1ª ed., México, INACIPE, 1979, p. 21

impuesta por el Poder Judicial y la pena ha de corresponder en forma exacta al delito que se castiga, así como las restricciones temporales impuestas con motivo del procedimiento penal, deben limitarse a lo permitido por la norma suprema y bajo el principio de aplicar sólo la restricción estrictamente necesaria.

2.12 LA DE INTUITO PRO REO.

La Constitución Política y Social de 1917 no ha reconocido en forma expresa ésta garantía, sin embargo este derecho se reconoce en forma expresa en el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que contempla este principio general de derecho:

“Artículo 247.- En caso de duda debe absolverse. No podrá condenarse a un acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa.”

Al respecto existe confusión y contradicción de la jurisprudencia, pues por un lado se reconoce éste derecho y sin embargo, cuando se trata de analizar la confesión del acusado, se toma de ella únicamente lo que le perjudica, lo anterior se puede ver en los siguientes criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“DUDA ABSOLUTORIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO.
El aforismo "in dubio pro reo" no tiene más alcance que el consistente en que en ausencia de prueba plena debe absolverse al acusado.”¹³⁶

¹³⁶ IUS 2005 DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia, número de registro 213021, Octava Época, Materia Penal, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo 75, marzo de 1994, tesis VII.P.J/37, p. 63.

La anterior tesis, impone un límite al principio que legalmente no esta contemplado y la siguiente tesis lleva ese limite al extremo contrario, es decir, la presunción de culpabilidad, bajo el aforismo “piensa mal y acertaras” pues concede mayor valor a las declaraciones que perjudican al reo que a aquellas que lo benefician, analizando injustamente la misma prueba, pues por un lado, las diligencias del Ministerio Público gozan de la presunción de legalidad y buena fe y en cambio las declaraciones del procesado gozan de presunción de culpabilidad y mala fe:

“CONFESIÓN. VALOR DE DIVERSA DECLARACIÓN DEL REO. CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA TESIS DE JURISPRUDENCIA NUMERO 78, DEL APÉNDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN 1917-1965, SEGUNDA PARTE, PRIMERA SALA, PÁGINA 171.

Si el inculpado, en su demanda de garantías alega que debió tomarse en cuenta la versión que dio originalmente y no la rendida en preparatoria, diciendo que es de aplicarse la jurisprudencia que se refiere al principio de inmediatez de las declaraciones, cabe decir que no es correcto su argumento, dado que la indicada jurisprudencia debe interpretarse en el sentido que el declarante en su posterior versión de los hechos, busque beneficiarse, variando la declaración original, que produjo con más cercanía a la fecha de la realización de los hechos; y **si la modificación posterior perjudica al que la hace, debe estarse a la misma, porque está en la naturaleza humana que el individuo tienda a evitarse perjuicio**, buscando la preservación de su persona, por lo que cuando sucede lo contrario, siempre que esto sea verosímil, debe estimarse más apegado a la realidad histórica; de otra manera se llegaría al absurdo de que negando un ilícito, si después se acepta, tal aceptación no sería admisible.”¹³⁷

Luego, nos encontramos ante un sistema jurídico que en la praxis, privilegia el encontrar culpables e imponer castigos antes de buscar la verdad histórica y desempeñar su función de impartir justicia, pues iniciado el procedimiento penal cualquier prueba presentada por cualquier parte puede ser utilizada en detrimento del indiciado y por lógica del procedimiento

¹³⁷ **IUS 2005** DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis aislada, número de registro 220101, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Penal, tomo IX, marzo de 1992, p. 164.

contradictorio, sólo las pruebas de descargo pueden beneficiar al procesado, produciendo una contienda injusta en cuanto a su sistema probatorio.

A nivel mundial, existe el principio de presunción de inocencia, de cuya teleología surge el principio in dubio pro reo bajo el aforismo de que “es preferible un culpable en la calle que un inocente en la cárcel”, así, cuando no existe prueba que demuestre plenamente la culpabilidad del acusado, más allá de cualquier duda razonable, se debe optar por absolver al procesado.

Debemos precisar que el término “más allá de cualquier duda razonable” es una expresión tomada del derecho anglosajón y aplicable mayormente al jurado de ciudadanos, por lo que la “duda” a la que aludimos entra en el elemento subjetivo de la responsabilidad penal y se presenta sólo en la psiquis de quien debe decidir si se castiga o no.

Así tenemos que el principio de intuición pro reo, opera en nuestro país de pleno derecho y ello acontece sólo en una de las tres hipótesis siguientes: la primera, cuando el juzgador valora las pruebas y en consecuencia, si se encuentra firmemente convencido de la responsabilidad del acusado decide dictar una sentencia condenatoria; la segunda es la situación contraria, pues si el juzgador se encuentra convencido de la inocencia del procesado emite una sentencia absolutoria; y la tercera posibilidad, y en la cual resulta aplicable este derecho, es cuando el juzgador no está plenamente convencido ni de la responsabilidad ni de la inocencia del procesado, situación en la cual, ante la duda que existe en el ánimo del juzgador, deberá optar por absolver al procesado.

“Sin embargo, se comprende por sí mismo que al menos en la sentencia no cabe otra solución que decidir el caso, a pesar de la conciencia acerca de que **no se conoce la verdad**. La pregunta inmediata reza ahora ¿Qué decisión se debe tomar? **Rige allí,**

precisamente el principio in dubio pro reo, como criterio de solución del caso”¹³⁸

Por lo que es necesario puntualizar que no basta que existan simplemente varias interpretaciones a la ley o específicamente al tipo que se imputa para que opere este principio como algunos tratadistas lo consideran, pues no es en ésta la etapa del proceso donde opera el principio in dubio pro reo, ni en la imputación del tipo, ni en la valoración del juzgador al estimar que la conducta desplegada por el sujeto activo del indicito se ajusta al tipo penal descrito, pues en ésta última hipótesis la duda gira en torno a la voluntad del legislador y no como beneficio del procesado. Duda o laguna jurídica que en todo caso se debe resolver conforme a las reglas de interpretación normativa y en su caso conforme a los principios generales de derecho.

Situación diversa, en la cual se puede aplicar el derecho de in dubio pro reo, pues éste incide directamente en la responsabilidad y no en la tipicidad. De lo anterior se desprende que únicamente el juzgador de instancia puede aplicar es derecho a favor del procesado, como lo dispone la siguiente jurisprudencia:

“DUDA, CALIFICACIÓN EN CASO DE.

El problema de la duda sobre si el acusado cometió o no el delito que se le imputa, **conciérne únicamente a los tribunales de instancia y no a los de amparo**, quienes sólo analizan y califican la constitucionalidad de los actos reclamados.”¹³⁹

En conclusión, el principio in dubio pro reo es el derecho reconocido por la ley penal y la jurisprudencia, bajo el cual se reconoce que la interpretación judicial es un acto de voluntad racional y que la racionalidad de la sanción debe encontrarse fuera de cualquier duda que pueda cuestionar la culpabilidad del

¹³⁸ B.J. MAIER Julio, DERECHO PROCESAL PENAL tomo 1 Fundamentos, 2ª ed., 3ª reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.I., 2004, p. 880.

¹³⁹ IUS 2006 DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia, número de registro 218869, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Penal, Tomo 55, julio de 19992, tesis II.3º. J/13, p.42.

sentenciado, pues bajo el derecho constitucional, no se puede imponer pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Prohibiendo expresamente que ante la duda se imponga la sanción por analogía o aún por mayoría de razón.

CAPÍTULO III.

ANÁLISIS DEL ARRAIGO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

3.1 CONCEPTO DE ARRAIGO.

Como ya lo vimos en el primer capítulo, la definición etimológica de arraigo se encuentra directamente ligada con la idea de restricción para el desplazamiento, que en nuestra materia jurídica surge como una forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones civiles y como medio por el cual se apremia al procesado para que se haga cargo de sus negocios judiciales, ya se en forma personal o a través de representante legal. Ésta institución civil evoluciono a la prohibición judicial de no poder abandonar la jurisdicción del juzgador hasta en tanto no se nombre legitimo representante que haga frente al procedimiento judicial, por lo que paso de una medida precautoria que protegía la acción a un medio judicial de salvaguardar la prosecución judicial.

Actualmente el arraigo de personas opera como una medida cautelar con la cual se protege la prosecución judicial y se garantiza la presencia del procesado, por tanto el conocimiento del juicio, que según la evolución histórica pasó del proceso secreto al público, para garantizar el respeto a los derechos humanos.

Ahora bien, esta medida fue construida como remedio contra aquel procesado que prefiere ocultarse o ausentarse antes de enfrentar un juicio cuyas consecuencias se resiste a cumplir. Así el arraigo tiene como finalidad impedir que el procesado utilice la limitante jurisdiccional como arma para escapar del proceso o como técnica de incumplir una resolución judicial que no le es favorable, o bien, cuando supone que no lo será. Así en nuestro sistema

procesal se puede solicitar ésta medida contra el deudor, los tutores, albaceas, socios y administradores de bienes ajenos, como medida precautoria e incluso como acto prejudicial.

Sin embargo, esta medida drástica puede ser utilizada indebidamente como medio de coacción o simplemente con fines distintos al objetivo judicial, por ello, el solicitante que lo gestiona debe justificar la necesidad de tal medida y en su caso dar fianza suficiente a satisfacción del juez, para responder por los daños y perjuicios que se puedan ocasionar con la medida solicitada, para el caso de que no se emprenda la demanda, sancionando así, con la reparación del daño para el caso de utilizarse esa figura jurídica con fines distintos a la ideología para la cual fue concebido y reconociendo implícitamente que la medida tiene consecuencias perjudiciales para el arraigado.

En el arraigo civil basta la notificación en la cual se prevenga al buscado para que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, instruido y expresado para responder a las resultantes del juicio, lo que implica un mandato judicial de no hacer, una prohibición legal, cuyo incumplimiento se encuentra tipificado como delito, con la pena establecida para la desobediencia a un mandato legítimo de autoridad pública, y en su caso, sujeto a las medidas de apremio que dicte el juez para obligarlo a regresar al lugar del juicio, tal y como lo disponen los artículos 281, 283 y 284 del Código de Penal para el Distrito Federal:

“Artículo 281. Se le impondrá de seis meses a dos años de prisión o de trabajo en favor de la comunidad, al que rehusare prestar un servicio de interés público al que la ley lo obligue, o **desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad.**

La misma pena se le impondrá a quien debiendo declarar ante la autoridad, sin que le aproveche las excepciones establecidas para hacerlo, se niegue a declarar.

Artículo 283. La pena será de uno a cinco años de prisión, cuando la desobediencia o resistencia sea a **un mandato judicial o al cumplimiento a una sentencia.**

Artículo 284. Cuando la **ley autorice el empleo de medidas de apremio** para hacer efectivos los mandatos de la autoridad, la consumación de los delitos de **desobediencia y resistencia de particulares, se producirá en el momento en que se agote el empleo de tales medidas de apremio. (...)**"

Esta figura procesal que tuvo sus cimientos en el derecho civil y que sólo consistía en la restricción de abandonar el lugar del juicio sin dejar antes legítimo representante, evoluciono de una forma insólita en la materia penal, pues ahí se instituyó como una medida cautelar disponible en la averiguación previa, para retener, ya no en una determinada jurisdicción sino en un domicilio específico al arraigado, uno de los primeros países en contemplar este tipo de arraigo domiciliario en materia penal, fue Colombia, en cuya literatura jurídica, más específicamente en el diccionario jurídico, encontramos la siguiente definición:

“Arraigo. Catalán ad: y radicar: radicar. En nuestro sistema procesal, el arraigo es una medida cautelar que, durante la averiguación previa, se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que este cumpla con los requerimientos del Ministerio Público en razón de la investigación de un hecho delictivo.”
140

Como podemos apreciar, en Colombia el objetivo del arraigo no es evitar la sustracción de la justicia del indiciado sino proteger la investigación, pues se impone con el objetivo de que el arraigado cumpla con los requerimientos del Ministerio Público, asegurando la disposición del arraigado en el momento que lo solicite el investigador.

¹⁴⁰ NUEVO DICCIONARIO DE DERECHO PENAL , 2ª ed, Bogota Colombia, Malej, 2004, p. 119.

En nuestro país el arraigo se encuentra regulado en las materias civil, familiar, laboral y penal, como a continuación se aprecia de nuestra legislación vigente, en específico del artículo 235 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

“Artículo 235.- Las providencias precautorias podrán dictarse:
I. Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda; (...).”

“Artículo 238.- No pueden dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en este Código y que exclusivamente consistirán en el arraigo de la persona, en el caso de la fracción I del artículo 235, y en secuestro de bienes, en los casos de las fracciones II y III del mismo artículo.”

“Artículo 242.- El que quebrantare el arraigo será castigado con la pena que señala el Código Penal al delito de desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad pública, sin perjuicio de ser compelido, por los medios de apremio que correspondan, a volver al lugar del juicio. En todo caso se seguirá éste según su naturaleza, conforme a las reglas comunes.”

Nuestra figura civil del arraigo respeta a cabalidad las garantías constitucionales del demandado y tiende a asegurar que las resoluciones judiciales se cumplan, al impedir que las partes en litigio se evadan de la acción de la justicia durante el proceso o terminado éste dejen la sentencia sin ejecución material.

Lo anterior es acorde a la jurisprudencia que en materia civil fue emitida por la Suprema Corte de Justicia en la siguiente tesis:

ARRAIGO.-

La providencia precautoria de arraigo tiene por **finalidad proteger al actor, para que en caso de obtener, no vea defraudado el ejercicio de sus acciones, por la ausencia de la parte demandada**; y no puede considerarse limitada a dejar representación, debidamente expensada para cubrir tan sólo los gastos del juicio, pues si tal efecto no se hace extensivo a las

resultas del juicio, haría totalmente nula la protección que se pretende; con mayor razón debe considerarse así cuando se trata de una sentencia que merced a la apelación, y ante la posibilidad de la interposición del juicio de garantías, se encuentra sub júdice.¹⁴¹

En la legislación laboral se establece el arraigo como una providencia cautelar, cuando se teme que el patrón se oculte o ausente sin que antes haya respondido la demanda que en su contra se interpone, lo que impediría que la justicia formal, nunca alcance su realidad practica para la que fue creada:

LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Artículo 857.- Los Presidentes de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, o los de las Especiales de las mismas, a petición de parte, podrán decretar las siguientes **providencias cautelares**:

I. **Arraigo**, cuando haya temor de que se ausente u oculte la persona contra quien se entable o se haya entablado una demanda; y (...)"

(REFORMADO, D.O.F. 4 DE ENERO DE 1980)

Artículo 859. El **arraigo** se decretará de plano y su efecto consistirá en prevenir al demandado que no se ausente del lugar de su residencia, sin dejar representante legítimo, suficientemente instruido y expensado.

Las anteriores disposiciones fueron creadas para proteger la actividad judicial consistente en impartir justicia, sin embargo, en materia penal el legislador creo el arraigo para los delitos no graves con un doble propósito, el primero dirigido a salvaguardar el proceso jurisdiccional y el segundo dirigido en contra del indiciado cuando se teme que éste se oculte o escape, por lo que se ve afectado en su libertad de transito y su libertad personal, pero no en los mismos lugares destinados para la prisión preventiva, así lo dispone el artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

¹⁴¹ IUS 2005 DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia, numero de registro 913650, Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Materia Civil, apéndice 2000, Tomo IV, Civil, P.R., tesis 42, p. 32.

“Artículo 271.- El Ministerio Público que conozca de un hecho delictuoso, hará que tanto el ofendido como el probable responsable sean examinados inmediatamente por los médicos legistas, para que éstos dictaminen, con carácter provisional acerca de su estado psicofisiológico.

(...)

En las averiguaciones previas por delitos que sean de la competencia de los **juzgados de paz** en materia penal o siendo de los juzgados penales **cuya pena máxima no exceda de cinco años** de prisión el probable responsable **no será privado de su libertad en los lugares ordinarios de detención y podrá quedar arraigado en su domicilio**, con la facultad de trasladarse al lugar de su trabajo, si concurrieren las circunstancias siguientes:

I.- Proteste presentarse ante el Ministerio Público que tramite la averiguación, cuando éste lo disponga;

II.- No existan datos de que pretenda sustraerse a la acción de la justicia;

III.- Realice convenio con el ofendido o sus causahabientes, ante el Ministerio Público de la forma en que reparará el daño causado, en su caso, cuando no se convenga sobre el monto, el Ministerio Público con base en una estimación de los daños causados, en la inspección ministerial que practique, en las versiones de los sujetos relacionados con los hechos y en los demás elementos de prueba de que disponga, determinará dicho monto;

IV.- Que tratándose de delitos por imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, el presunto responsable no hubiese abandonado al lesionado, ni participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas;

V.- Que alguna persona, a criterio del agente investigador del Ministerio Público, fundado en los datos que recabe al respecto, se comprometa, bajo protesta, a presentar al probable responsable cuando así se resuelva;

VI.- En caso de que el indiciado o la persona a quien se refiere la fracción anterior, desobedecieren sin justa causa las órdenes que dicte el Ministerio Público, se revocará el arraigo y la averiguación previa será consignada en su caso, solicitando al juez competente la orden de aprehensión o de comparecencia en su contra, según corresponda; y

VII.- El arraigo no podrá prolongarse por más de tres días transcurridos éstos el arraigado podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de que el Ministerio Público, si así procediese, consigne la averiguación y solicite la orden mencionada.

Como se aprecia con claridad, el legislador quiso conceder un beneficio al indiciado cuando es sujeto de investigación por un delito no grave y en el cual se considero que la prisión preventiva como medida cautelar era demasiado severa, por lo que se le permite al procesado ser sujeto de una medida de seguridad en su propio domicilio, con las comodidades inherentes, de las cuales no gozaría en los lugares destinados para los sujetos sometidos a prisión preventiva.

Más aún, la medida contempla como un beneficio tratándose de delitos no graves, suavizaba la prisión preventiva privativa de la libertad personal, por la diversa de arraigo domiciliario, que sólo restringe la libertad ambulatoria y la consideramos sólo como restrictiva, pues el arraigado podía salir de su domicilio para y trasladarse a su lugar de trabajo.

En materia federal, se establece una distinción entre el “arraigo domiciliario” bajo el cual se impone la restricción de abandonar su domicilio por un plazo de 30 días y el diverso “arraigo” como la prohibición de abandonar una demarcación geográfica determinada que puede ser impuesta hasta por 60 días; en este caso el destinatario de tal medida no es del todo claro, pues indica que será “la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, como lo señala el Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 133bis:

“Artículo 133 Bis.- La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, **a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal**, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El **arraigo domiciliario** o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo

estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales, en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica. Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse.

Si bien, el destinatario de tal medida no es del todo claro, los plazos si lo son, pues se establece para el caso de “arraigo domiciliario” el límite de 30 días como plazo máximo y con la precisión de que éste sólo debe prolongarse el tiempo estrictamente necesario —reconociendo el principio de mínima intervención— sin embargo dicho plazo se encuentra al margen de nuestra Constitución pues ni el acto de privación, ni el plazo se encuentra ajustado a lo previsto en el artículo 14 constitucional, aunque dicha diligencia tiene su ejecución entre la *noticia criminis* y hasta antes de la consignación de la averiguación previa ante el Juez. Sin embargo dicha medida atiende el mismo espíritu benevolente que en materia local del Distrito Federal, pues entendemos que esta medida es aplicable sólo cuando el delito que se investiga es de pena alternativa o no privativa de libertad, tal y como dispone el segundo párrafo del artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales:

Artículo 135.- Al recibir el Ministerio Público Federal diligencias de averiguación previa, si hubiere detenidos y la detención fuere justificada, hará inmediatamente la consignación a los tribunales, si se cumple lo previsto en el párrafo primero del artículo 134; si tales requisitos no se satisfacen, podrá retenerlos ajustándose a lo previsto en los artículos 193, 194 y 194 bis. Si la detención fuere injustificada, ordenará que los detenidos queden en libertad.

El Ministerio Público **dispondrá la libertad del inculcado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos** establecidos por el artículo 399 para los jueces, **sin perjuicio de solicitar su arraigo en caso necesario**. El Ministerio Público fijará la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustraerá a la acción de la justicia, ni al pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos. Tratándose de delitos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al inculcado que hubiese incurrido en el delito de

abandono de personas o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares. **Cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente.**(...)

Así lo confirma el artículo 205 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el cual queda claro que el arraigo es una medida de excepción para aquellos casos en que la prisión preventiva no es posible y existe riesgo de que el probable responsable se evada de la acción de la justicia:

Artículo 205.- Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado **no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia**, el Ministerio Público podrá solicitar al juez, fundada y motivadamente, o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, **el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale**, sin que en ningún caso pueda exceder del máximo señalado en el artículo 133-bis o bien tratándose de la averiguación previa o bien en el proceso por el término constitucional en que este deba resolverse.

Como se puede ver, en materia federal el arraigo domiciliario es un caso de excepción, pues contempla la posibilidad de liberar al indiciado de la prisión preventiva por la naturaleza no grave del delito que se le imputa y sustituirla por el arraigo domiciliario, siempre que exista temor fundado de que el indiciado se pueda sustraer de la acción de la justicia y que el Ministerio Público lo solicite debidamente fundado y motivado.

Este tipo de “arraigo domiciliario”, constituye un beneficio para los involucrados en delitos menores, en los cuales la prisión preventiva resulta demasiado severa, por lo que es preferible dejar en libertad al probable responsable, y sólo si, existe riesgo fundado de que se pueda sustraer de la

acción de la justicia se emplea el arraigo domiciliario como medio eficaz de impedir la evasión de la justicia.

Sin embargo recientemente se incorporo a la legislación mexicana otro tipo de arraigo previsto en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, que es muy distinto en naturaleza a los ya analizados y sin embargo el legislador tuvo el desatino de nombrarlo nuevamente con el nombre de “arraigo”, así se desprende del artículo 12 de la ley citada:

“Artículo 12.- El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el **arraigo** de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.”

Como se puede ver, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, instituye el arraigo como una forma de dotar al Ministerio Público Federal de mayor plazo para integrar debidamente la averiguación previa, es decir, ante la incompetencia del Ministerio Público para realizar la investigaciones necesarias y concluir que efectivamente existen elementos de prueba que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, así lo deja en claro la exposición de motivos de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada:

“b) **Arraigo domiciliario para la debida integración de la averiguación previa** que se dictará por el juez a solicitud del Ministerio Público y podrá prolongarse hasta por noventa días. El Código Federal de Procedimientos Penales prevé que dicha prolongación del arraigo podrá ser hasta por sesenta días para cualquier delito; y dada la complejidad que encierran las

investigaciones relativas a delincuencia organizada, se justifica que dicha ampliación sea hasta por noventa días, que es **un término necesariamente útil para la debida integración de las averiguaciones.**¹⁴²

Así, se priva de la libertad personal y ambulatoria al arraigado hasta en tanto, el Ministerio Público Federal cuente con elementos suficientes para consignarlo como probable responsable, es decir, una detención anticipada a la detención preventiva y que al contrario de los anteriores casos, se emplea en delitos considerados como graves.

En este caso, no se trata de un beneficio para el indiciado, pues se encuentra contemplado para los delitos graves y se distingue de la retención Ministerial, pues en este caso no es necesaria la flagrancia ni el caso de urgencia, también se distingue de la prisión preventiva, pues el Ministerio Público aún no cuenta con elementos que acrediten el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad del indiciado.

Por lo anterior, debemos considerar a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada como una ley de excepción, tal y como lo considera el Licenciado Salas Chávez, respecto de su artículo 12 y que es extensivo a toda la ley:

“Por lo que hace al arraigo señalada en el artículo 12, no aporta nada nuevo a lo señalado en el Código Federal de Procedimientos Penales; es decir sólo incorpora una figura ordinaria del Derecho Procesal Penal, en una **ley de excepción**”¹⁴³

Por lo que hace al elemento personal que sufre el arraigo, no queda claro si ésta se encuentra destinada al indiciado sobre quien recae ya una imputación

¹⁴² DIARIO DE LOS DEBATES Cámara de Senadores, LVI Legislatura, año II, 19 de Marzo de 1996, diario 2.

¹⁴³ SALAS CHÁVEZ Gustavo R. EL SISTEMA PENAL MEXICANO. ESTADO, JUSTICIA Y POLÍTICA CRIMINAL 1ª ed., México, Porrúa, 2002, p. 237.

en su contra—y de quien el Ministerio Público Federal pretende obtener ayuda para esclarecer los hechos que se le imputan— o bien se trata de un sujeto ajeno a la imputación criminal, pues como la norma lo indica, la imputación de “HECHOS” no puede por si sola equipararse a la diversa “imputación de HECHOS DELICTUOSOS” o “imputación de DELITO”, con esta situación puede ser sujeto de arraigo una persona distinta al imputado, ¿Cuál es el limite? La imaginación, o en todo caso, la perversidad del Ministerio Público Federal.

En cuanto a los efectos del arraigo, la imposición de esta medida implica la privación de la libertad personal y ambulatoria del arraigado, bajo la promesa legal de que en caso de cooperar con la investigación de los hechos que se le imputan, se abreviara el plazo del arraigo. Sin embargo, dicha cooperación se encuentra sujeta a todos los grados de discrecionalidad y autoritarismo pues no existe un parámetro objetivo con el cual se pueda determinar fehacientemente que el arraigado ha puesto todo de su parte para cooperar con la investigación de los hechos o bien se ha abstenido de dicha cooperación. Dejando esa promesa legal en la voluntad caprichosa de la autoridad, quien a pesar de haber obtenido información fidedigna del arraigado, simple y sencillamente puede concluir que el arraigado no ha cooperado suficientemente y negar la reducción del plazo del arraigo.

Pero sólo por un momento seamos ingenuos, muy ingenuos, y supongamos que el arraigado coopera con la investigación del delito que se le imputa y por ende, confiesa su participación, estrategia criminal, funciones de sus cómplices y entrega elementos para dismantelar la organización delictiva; entonces, el Ministerio Público Federal atendiendo a esa cooperación, ¿abreviará el plazo del arraigo?, según la promesa legal y atendiendo a la ingenuidad de nuestra suposición y a la buena fe de Ministerio Público Federal, ello debería acontecer efectivamente, pero no es así, pues una vez obtenidos los elementos necesarios para consignar la averiguación previa ante el juez de

la causa, la calidad jurídica del arraigado pasará a ser, la de procesado, como probable responsable del delito que ya confeso, pero como además el delito que se investiga, es un delito grave, por lo cual será puesto en prisión preventiva sin ninguna posibilidad a acceder a la libertad bajo caución.

De ahí que podamos aseverar que el artículo en comento contiene una trampa legal, cuando asegura que el tiempo del arraigo se abreviará, si y sólo si, el arraigado coopera con la investigación del delito por el cual fue arraigado, pero en cambio omite decir que en caso de cooperar, será nuevamente privado de su libertad personal, con la única diferencia de que entonces se llamará prisión preventiva.

Situación muy conveniente para la efectividad del Ministerio Público Federal, pero muy desafortunada para quien sufre la medida de arraigo, bajo la cual, primero se le priva de su libertad personal, después se compele a confesar, y más aún, se compele a realizar el trabajo del Ministerio Público Federal, ayudar al esclarecimiento del delito por el cual se le arraigo, bajo la falsa promesa de reducir el tiempo de arraigo, dejándolo sólo con dos opciones, 1).- cooperar con la investigación y en su caso confesar, y 2).- sufrir el arraigo por todo el tiempo que fue autorizado.

Al respecto nuestro ex-procurador de Justicia Rafael Macedo de la Concha, al analizar el arraigo contenido en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, señala la siguiente definición de arraigo:

“El arraigo como **medida cautelar** de carácter personal, preceptuado en el artículo 12 de la ley en estudio, **se distingue de la prevista en el Código Federal de Procedimientos Penales en su objeto, que es la participación del arraigado en la dilucidación de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.**”¹⁴⁴

¹⁴⁴ MACEDO DE LA CONCHA. Rafael, DELINCUENCIA ORGANIZADA , 1ª ed, México, INACIPE, 2004, p 32.

Como se desprende de la anterior definición, el objeto del arraigo descrito en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, contiene un doble propósito, el primero como medio de conseguir tiempo extra para la debida integración de la averiguación previa; y el segundo, pretende que el propio arraigado participe en el esclarecimiento de los hechos que dieron origen a la investigación ministerial.

Es necesario puntualizar que en la figura civil, se pide al gestor de la medida cautelar, que justifique la necesidad de la medida y que garantice los posibles daños y perjuicios que se puedan ocasionar con la medida; sin embargo, en materia penal y a pesar de que aquí adquiere mayor severidad la medida, el Ministerio Público Federal no responderá de los daños y perjuicios que se causen con tal medida, pues en todo caso la responsabilidad subsidiaria del Estado se debe demandar mediante procedimiento autónomo y no en la vía de privilegio, mediante el incidente de daños y perjuicios, donde exclusivamente se pedirá que se haga efectiva la garantía ya otorgada.

Como ya se dijo, el arraigo empleado en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada permite privar de la libertad personal a una persona sujeta a investigación ministerial, acto de privación que debe reunir los requisitos constitucionales para esos actos de autoridad, sin embargo, tal y como esta contemplado dicha privación acontece aún antes de que la persona sujeta a investigación adquiriera la calidad de probable responsable, luego, el Ministerio Público Federal, no cuenta con los elementos suficientes para solicitar la orden de aprensión ni la retención ministerial.

Si no existen elementos que acrediten el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad del indiciado, surge la interrogante ¿Qué elementos son necesarios para que el Ministerio Público Federal solicite el arraigo? y ¿Cuáles

son los elementos que considera el juzgador están debidamente acreditados, fundados y motivados, para conceder dicha medida cautelar? Más aún, los elementos normativos que deben ser tomados en consideración, como lo son las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, son tan genéricos y vagos que dejan abierta la posibilidad al juzgador de tomar cualquier elemento y omitir cualquier otro.

Entonces la potestad del Ministerio Público Federal y del juzgador ante lo abierto e impreciso de la norma, debe hallar en la garantías individuales un límite para eliminar ese dejo de autoritarismo y que lo podemos encontrar en lo establecido en el artículo 14 de la Constitución, que en forma contundente limita todos los actos de privación.

Luego, podemos encontrar protección jurídica en los derechos fundamentales establecidos en la Constitución contra el arraigo descrito en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, sin que para ello sea necesario una gran actividad intelectual, pues basta una simple lectura del numeral 14 que contrastado con el artículo 12 de la LFCDO, hace fehaciente que dicha privación de la libertad personal, se encuentra muy lejos de ajustarse a los actos de privación autorizados por la norma suprema.

Sin embargo, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien es el máximo garante de la constitucionalidad, esta vision clara se ha convertido en penumbra, pues ha emitido jurisprudencia que no llena el silencio de la norma legal ni protege al gobernado contra la inconstitucionalidad de arraigo, pues sólo se limita a decir que dicha medida es privativa de libertad de transito y personal, sin declarar abiertamente que la norma por si sola es inconstitucional:

“ARRAIGO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL Y DE TRÁNSITO.

La orden de arraigo **no sólo afecta la libertad de tránsito sino también la personal**, por lo que en términos de los artículos 133 y 136 de la Ley de Amparo, **procede la concesión de la suspensión provisional** respecto de actos de esa naturaleza, pues al concederse esa medida, se obliga a la parte quejosa a permanecer durante el tiempo que se le fije, en un determinado inmueble, sin que pueda salir de éste.”¹⁴⁵

No obstante que es claro, que la medida de arraigo en materia penal tiene como objetivo restringir la libertad personal del arraigado, la jurisprudencia considera que la suspensión se debe conceder sólo para los efectos de que el arraigado continúe arraigado, dejando de tomar en consideración que se solicita la suspensión de la orden de arraigo y no del arraigo mismo. Convirtiendo una violación constitucional en una violación continuada, perpetrada momento a momento bajo la dejadez de los tribunales que controlan la constitucionalidad. En contradicción de tesis, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considero que el arraigo previsto en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, constituye un acto de privación de la libertad personal, y en tanto eso, es posible conceder la suspensión provisional, como a continuación se indica:

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

¹⁴⁵ IUS 2005 DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, tesis aislada, número de registro 194739, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Penal, Tomo IX enero 1999, tesis I.4º.P.18, p 828. (tesis que contendió en la contradicción de tesis 3/99-PS).

relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma ley.”¹⁴⁶

Si nuestro máximo tribunal de constitucionalidad ha determinado que el diverso arraigo contenido en Código Federal de Procedimientos Penales, es por su naturaleza restrictivo de libertad, tanto en la especie libertad de tránsito como en la de libertad personal, pareciera una cuestión fácil concluir que el arraigo contenido en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada resulta inconstitucional, y por ende, el resultado de un amparo impetrado en contra de la orden de arraigo debe concluir con la concesión del Amparo y Protección de la Justicia de la Unión, pero en la práctica no es así.

El arraigado que escoge defender sus garantías individuales mediante el Juicio de Amparo, debe enfrentarse a dos grandes problemas, el primero relativo a la suspensión, pues por tratarse de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, los delitos investigados y con motivo de los cuales se impone el arraigo son considerados por la ley como graves, lo que en materia de amparo se traduce en que la suspensión se concede para el efecto de que el quejoso quede a disposición del Juez de Distrito en el lugar en que éste señale y a disposición de la autoridad responsable para continuar con el procedimiento, conforme al quinto párrafo del artículo 136 de la Ley de Amparo:

Artículo 136.- Si el acto reclamado afecta la libertad personal, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito únicamente en cuanto a ella se refiera, quedando a disposición de la autoridad que deba juzgarlo, cuando el acto emane de un procedimiento del orden penal por lo que hace a la continuación de éste. (...)
Cuando la orden de aprehensión, detención o retención, se refiera a delito que conforme a la ley **no permita la libertad**

¹⁴⁶ **IUS 2006** Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Contradicción de Tesis, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Tomo X, noviembre de 1999, tesis 1ª./J.78/99, p. 55. (Entre las sustentadas por una parte, por los Tribunales Colegiados Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito).

provisional bajo caución, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito en el lugar en que éste señale, únicamente en lo que se refiera a su libertad personal, quedando a disposición de la autoridad a la que corresponda conocer del procedimiento penal para los efectos de su continuación. (...)"

Conforme a esta disposición el Juez de Distrito opta por mantener al quejoso en el mismo lugar en que está cumpliendo el arraigo, perpetuando la violación a sus garantías individuales, pues así lo ha establecido la jurisprudencia de la Suprema Corte en la siguiente tesis:

“ARRAIGO DOMICILIARIO POR LA COMISIÓN DE UN DELITO GRAVE. SI EL ACTO RECLAMADO CONSISTE EN LA ORDEN QUE LO DECRETA, LA SUSPENSIÓN DEBE OTORGARSE PARA EL EFECTO DE QUE EL INculpADO QUEDE A DISPOSICIÓN DEL JUEZ DE DISTRITO EN CUANTO A SU LIBERTAD PERSONAL SE REFIERE Y A DISPOSICIÓN DE LAS AUTORIDADES RESPONSABLES PARA LA CONTINUACIÓN DE LA ORDEN RECLAMADA.

La tesis de jurisprudencia 1a./J. 78/99, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, página 55, de rubro: "ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.", que establece que el arraigo es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, es obligatoria para los tribunales federales y locales, de acuerdo con lo contemplado en el numeral 192 de la misma ley; por tanto, si el acto reclamado en un juicio de amparo indirecto consiste en una orden de arraigo domiciliario por la comisión de un delito considerado grave por la ley, la suspensión debe otorgarse para el efecto de que el quejoso quede a disposición del Juez de Distrito, en cuanto a su libertad personal se refiere y a disposición de las autoridades responsables **para la continuación del arraigo reclamado**, por lo que de ninguna manera puede otorgarse esa medida cautelar para el efecto de que el peticionario de garantías quede en libertad provisional bajo caución, **toda vez que por tratarse de delito grave, la ley no permite otorgar ese beneficio**, de acuerdo a lo previsto en la fracción I del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos."¹⁴⁷

¹⁴⁷ IUS 2006 DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, tesis aislada, número de registro 181208, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Penal, Tomo XX julio de 2004, tesis 1.7º.P.50 P, p. 1678.

El segundo problema que tiene enfrenta el quejoso en el Juicio de Amparo, es que el tiempo en que tarda la tramitación del mismo, que es entre tres y seis meses, impide que se dicte sentencia de fondo, pues una vez debidamente integrado el expediente se cumple el plazo máximo de 90 días de arraigo. En ese momento concurren dos posibilidades, que se ponga en libertad al arraigado por falta de elementos o bien que se consigne ante el Juez de la causa; sin embargo en ambas posibilidades sucede ya por que cesan los efectos del acto reclamado o bien por cambio de situación jurídica, causa de improcedencia del amparo prevista en el artículo 73 de la Ley de Amparo, y por ende, se decreta el sobreseimiento del juicio sin entrar al fondo de la cuestión efectivamente planteada; finalmente la autoridad ministerial consigue su propósito y en cambio el arraigado es violentado en sus garantías individuales sin obtener la protección de la justicia federal.

Por todo lo anterior, el arraigo contenido en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, lo definimos como una medida de apremio solicitada por el Ministerio Público Federal y aprobada por el Juez, mediante la cual, se priva de la libertad personal a una persona que no puede ser sujeta de retención ministerial ni de prisión preventiva por falta de elementos en la averiguación previa, y que es sujeta de reclusión en el lugar que el Ministerio Público Federal determine, bajo su custodia y vigilancia, con el objeto de integrar debidamente la averiguación previa, coaccionando física y psicológicamente al arraigado para que coopere con la investigación de los hechos que se le imputan y por los cuales puede ser procesado y sentenciado.

3.2 LA PRIVACIÓN LEGAL DE LA LIBERTAD.

En la naturaleza el hombre se encuentra en libertad, que sólo es sometida parcialmente cuando se organiza en sociedad y encuentra límites a su conducta en el bien de la comunidad y la preservación del conglomerado

humano; dentro del Estado, el hombre libre que goza de la presunción de inocencia sólo puede ser privado de su libertad mediante el poder del Estado sólo cuando se cumple con los requisitos mínimos señalados en la Constitución, pues de cualquier otra forma la privación de la libertad resulta contraventora de las garantías individuales plasmadas en nuestra máxima ley.

Nuestra Constitución insta en su artículo 14 los requisitos que el Estado debe cumplir para imponer al particular cualquier acto de privación y que son: que el acto de privación se encuentre precedido de un juicio, que el proceso sea seguido ante tribunales previamente establecidos, que durante la tramitación se respeten las formas esenciales del debido proceso legal y que la sentencia resuelva la cuestión efectivamente planteada conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado.

Como se aprecia, el Estado se encuentra obligado a satisfacer estos requisitos antes de cualquier acto de privación, más aún, cuando el acto de privación se encamina al bien jurídico de mayor jerarquía, del cual se puede privar a un gobernado, en nuestro derecho mexicano, la libertad.

No obstante que esta garantía Constitucional es clara, nuestra propia Constitución establece casos de excepción, contemplados en el artículo 16 que en lo conducente señala:

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.

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

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación

alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

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

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

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

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en 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 éste precepto constitucional se regula la orden de aprensión, la cual debe ser emitida por la autoridad judicial, y sólo si, el delito que se imputa es sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y se acredita el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado.

Dictada la orden de aprehensión por el Juez, la autoridad ejecutora debe en primer termino localizar al indiciado y detenerlo, poniéndolo de inmediato a disposición del juez quien dicto tal medida, quien a su vez tiene 72 horas para decidir su situación jurídica. El procedimiento anterior puede ser dividido en dos momentos; el primero de la detención física y el segundo de la prisión preventiva, que es una medida cautelar para saber si debe o no castigar, al respecto de la prisión preventiva el Doctor en Derecho Jesús Zamora Pierce, nos indica:

“Si, conforme a tal principio únicamente podemos privar a un hombre de sus derechos con posterioridad y como resultado del

juicio en el que se le declare culpable, y si la prisión preventiva es una privación de derechos que se impone sin previo juicio, entre ambos existe una contradicción abierta e irreducible. Hay quien pretende escapar de esa inevitable conclusión afirmando que la prisión preventiva no es una pena, ni conlleva una privación de derechos, sino que es tan sólo una medida procesal cautelar y provisional. Semejante afirmación es un sofisma, hermano gemelo de aquel otro que, en siglos pasados, elaboraron en latín doctos juristas para convencernos de que la tortura no era una pena, sino un medio procesal lícito para investigar la verdad. Nuestra propia Constitución reconoce la sustancial identidad entre ambas cuando dispone que el tiempo cumplido en detención preventiva se computara para el pago de la pena de prisión impuesta en sentencia.”¹⁴⁸

Estamos de acuerdo en la contradicción indicada por el Doctor Zamora Pierce, sin embargo, al estar contemplada directamente en la Constitución, no se puede validamente concluir que es inconstitucional, pues las normas constitucionales no pueden ser y dejar de ser al mismo tiempo, luego, tanto la prisión preventiva como la propia orden de aprehensión se encuentran ajustadas a derecho y son constitucionales, pues son supuestos de excepción a las garantías individuales, contemplados en la propia Constitución.

Otra excepción encontrada en el ordenamiento supremo, es el caso de detención en flagrancia, cuando se sorprende al delincuente en el mismo momento en que comete el delito, por lo que en ese supuesto la Constitución autoriza a cualquier individuo a detener al delincuente y ponerlo de inmediato ante la autoridad judicial, en donde se decidirá si se le pone en prisión preventiva, o bien, si se deja en libertad bajo sujeción a proceso. Pero la ley secundaria también ha considerado que existe flagrancia cuando el delincuente es perseguido materialmente después de cometer el delito, y también cuando es encontrado en posesión de los frutos del delito o señalado directamente por la víctima del delito, tal y como se dispone en la fracción II y III del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales:

¹⁴⁸ ZAMORA PIERCE Jesús, GARANTÍAS Y PROCESO PENAL 13ª ed., México, Porrúa, 2006, p. 428.

Artículo 193.- Se entiende que existe **flagrancia** cuando:

I. El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;

II. Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente, o

III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.

En esos casos, el Ministerio Público decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad, o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o alternativa. (...)"

Al respecto nuestros más altos tribunales han ampliado la flagrancia a los actos inmediatamente posteriores de su ejecución como se puede ver de la siguiente tesis:

“FLAGRANTE DELITO, AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE.

Por flagrante delito no sólo debe entenderse el momento actual en que el infractor de la ley realiza el acto antijurídico que puede y debe motivar su aprehensión por cualquier persona, en términos del artículo 16 constitucional, cuanto más por agentes de la Policía Judicial Federal, sino también los inmediatamente posteriores a su ejecución.”¹⁴⁹

Otra privación de la libertad en forma legal, es la realizada por el Ministerio Público en casos de urgencia, se considera que hay urgencia cuando por razón de horario, lugar o cualquier circunstancia no se pueda acudir ante el

¹⁴⁹ **IUS 2006** DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, tesis aislada, número de registro 219725, Octava Época, Instancia Tribunales Colegiados, Materia Penal, tomo IX, abril de 1992, p. 506.

juez para solicitar la orden de aprensión, en cuyo caso, el Ministerio Público puede ordenar su retención siempre que el acuerdo sea dictado ajustándose a lo dispuesto por el artículo 16 constitucional y por ende no podrá exceder de 48 y el doble tratándose de delincuencia organizada. En el artículo 193bis del Código Federal de Procedimientos Penales regula el caso de urgencia:

“Artículo 193 bis.- En casos **urgentes** el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten:

- a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en el artículo siguiente;
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y
- c) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad.”

Como se puede apreciar, ésta excepción mediante la cual la autoridad, puede privar de la libertad personal, debe ser dictada por escrito y en el cual se funde y motive legalmente la necesidad de la mediada, así como que se existan los indicios suficientes para acreditar que el retenido intervino en la comisión de un delito señalado por la ley como grave, que existe riesgo fundado de que puede sustraerse de la acción de la justicia y que no se puede acudir ante el juez para solicitar la orden de aprehensión.

Fuera de estos tres casos de excepción contemplados en la propia Constitución, no puede ni debe existir ninguna otra privación de la libertad, pues al respecto la Constitución es clara y previene en su 1º artículo que las garantías reconocidas en el texto supremo sólo pueden restringirse o suspenderse en los casos que expresamente se reconocen en la propia Constitución:

“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. (...)”

Criterio que es acorde con el sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando indica que las garantías sólo pueden ser restringidas cuando en el propio texto constitucional encuentran su excepción:

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. LA REGULACIÓN ESTABLECIDA EN UN PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO PUEDE APLICARSE POR ANALOGÍA CUANDO PREVÉ EXCEPCIONES A REGLAS GENERALES ESTABLECIDAS EN LA PROPIA NORMA FUNDAMENTAL. Como lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para colmar una laguna o vacío legislativo en el Texto Constitucional únicamente debe acudir a aquellas disposiciones que por su naturaleza puedan aplicarse de manera extensiva, por lo que tratándose de disposiciones de aplicación estricta, como sucede en el caso de las normas que prevén excepciones, solamente podrán aplicarse a los supuestos para los que fueron creadas, sin que sea válida su aplicación analógica o por mayoría de razón, ya que de proceder en estos términos se dejaría de acatar la voluntad del Constituyente.

Consulta a trámite 1/2004-PL. Derivada de la petición de Elva López Heredia, relacionada con el recurso de queja 53/2004, del índice del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. 8 de mayo de 2006. Mayoría de siete votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Disidentes: Juan Díaz Romero, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juan Díaz Romero. Encargado del engrose: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rafael Coello Cetina.

El Tribunal Pleno, el veintinueve de junio en curso, aprobó, con el número LVI/2006, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintinueve de junio de dos mil seis.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Sistema Informático, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Instancia: Pleno, Tesis P.LVI/2006, Tomo XXIV agosto de 2006, p. 13.

De lo anterior resulta claro que el arraigo establecido como medida cautelar en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, constituye un acto de privación de la libertad personal, sin que dicha medida cautelar sea una excepción a la garantía de libertad personal consagrada en el texto supremo y sin cumplir los requisitos y plazos máximos previstos para los actos de privación, por lo tanto, es una privación legal por estar contenida en una ley, pero sin sustento constitucional por no encontrarse contemplada como excepción en la ley suprema.

3.3 DELITOS CONTRA LA SOCIEDAD.

Desde tiempos remotos se hizo una distinción entre delitos privados y delitos públicos, en Roma el delito es reconocido como fuente de obligación, los delitos privados *delicta maleficia* exclusivamente causan daño a los particulares, por ende sólo ellos pueden perseguirlos, en cambio los delitos públicos denominados *crimina*, ponen en peligro a toda la comunidad y por ello es el Estado quien los persigue y sanciona con penas públicas.

En la actualidad ésta distinción aun es valida y se refleja en las facultades de que aún goza el Ministerio Público para actuar de oficio, pues en los delitos privados, para que pueda iniciar su investigación ministerial y tenga competencia para ejercer sus facultades es necesario la querrela de parte ofendida, caso contrario en los delitos públicos, pues ahí, es el Ministerio Público quien actuando de oficio inicia las indagaciones aún contra la voluntad la víctima, pues en ese caso actúa en representación de la sociedad, cuyo interés público apunta a que no quede impune la comisión de un delito que no sólo daña a la víctima, sino que por su naturaleza o violencia impactan a la sociedad en general.

Algunos autores clasifican al delito por su gravedad, conforme a la teoría clásica se distinguen tres niveles de gravedad; las faltas, los delitos y los crímenes, al respecto el Doctor Fernando Castellanos Tena nos indica:

“Tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas clasificaciones. Según una distinción bipartita se distinguen los delitos de las faltas; la clasificación tripartita habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones. En esta división se consideran crímenes los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; por faltas o contravenciones, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.”¹⁵¹

De lo anterior se puede apreciar que la gravedad del ilícito se encuentra directamente vinculada a las facultades concedidas al Ministerio Público para actuar de oficio, pues a mayor gravedad superior será el impacto social causado con la conducta delictiva y mayor será el interés de la sociedad en reprimir esas conductas antisociales, al respecto el Doctor Fernando Castellanos Tena nos indica la clasificación del delito por su forma de persecución:

“Como una reminiscencia del periodo de la venganza privada, se conserva en las legislaciones un grupo de delitos que sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes. Estos delitos son llamados delitos privados o de querrela necesaria, cuya persecución sólo es posible si se llena el requisito previo de la querrela de la parte ofendida. Manuel Rivera Silva —entre otros— opina que no deben existir delitos perseguibles según el criterio de los ofendidos: el Derecho Penal tan sólo debe tomar en cuenta intereses sociales y, por lo mismo, no abrazar situaciones que importen intereses de carácter exclusivamente particular. Si el acto quebranta la armonía social, debe perseguirse independientemente de lo que quiera o no la parte ofendida y si por cualquier razón vulnera únicamente intereses particulares,

¹⁵¹ CASTELLANOS Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL 29ª ed., México, Porrúa, 1991, p 135.

ese acto debe desaparecer del catálogo de los delitos para ir a hospedarse a otra rama del derecho.”¹⁵²

En nuestra legislación, se reconoce a los delitos graves y no graves, así como los perseguibles de oficio y los que es necesario querrela de parte, en el Distrito Federal para distinguir los delitos graves de los que no lo son se emplea una solución matemática, en la cual, si el término medio aritmético de la pena de prisión es mayor a cinco años se considera como grave, lo anterior se desprende de lo dispuesto por el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

“Artículo 268.- Habrá caso urgente cuando concurren las siguientes circunstancias: (...)
Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos.”

En materia federal existe otro sistema mediante el cual se hace una enumeración exhaustiva de los delitos federales considerados como graves, según se desprende de lo dispuesto por el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales que señala:

Artículo 194.- Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:
I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes: (...)
II. De la **Ley Federal contra la Delincuencia Organizada**, el previsto en el artículo 2. (...)”

¹⁵² CASTELLANOS Fernando. Op. Cit. p. 144.

La agravación de los delitos obedece al creciente interés de la sociedad por erradicar o disminuir a su mínima expresión la comisión de ciertos delitos, que tienen un impacto social profundo provocando incertidumbre social, sin embargo, en nuestro Código Penal, el legislador sin una idea directriz de política criminal ha abusado del endurecimiento de las penas y de la puerta fácil de convertir casi todos los delitos en graves, lo que no ha remediado el problema de fondo.

En cambio en los últimos años hemos sufrido las consecuencias de la introducción constante de figuras jurídicas extranjeras, que en otras latitudes funcionan bien, pero que al trasplantarlas a nuestro andamiaje legal han carecido de sustento constitucional o viabilidad práctica por falta de técnicas adecuadas, dando como resultado la contaminación de nuestro sistema jurídico con acciones ineficaces para combatir el delito y que hacen de las normas de excepción una práctica general con la consecuente falta de sistematización legal.

Así el delito sus formas y consecuencias parecen ser un mal imposible de erradicar pues a pesar de numerosos intentos, el crimen se sigue manifestando como una característica de la vida en sociedad, como una energía mutable y permanente, así lo indica el jurista Sergio García Ramírez:

“Hace más de un siglo algunos criminólogos italianos, encabezados por Alfredo Nicéforo, aseguraron que el delito es una forma de energía social que tampoco desaparece. La energía y el delito se transforman, cambian, adquieren nuevas presentaciones.”¹⁵³

El creciente número de delitos y el rezago judicial tanto en la etapa de averiguación previa como en el proceso, aunado a factores como la desigualdad económica azuzada con las crisis financieras reiteradas que sufrió

¹⁵³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, DELINCUENCIA ORGANIZADA 4ª ed., México, Porrúa, 2005. p. 1.

nuestro país, fue el caldo de cultivo perfecto para que surgiera una nueva forma de criminalidad, cuando los delincuentes deciden hacer del delito una industria, surge la llamada delincuencia organizada. Al respecto el Licenciado Gómez del Campo, nos proporciona la siguiente definición de delincuencia organizada:

“La delincuencia organizada es la reiteración de actividades delictivas, con la intención de explotar bienes y servicios con finalidades eminentemente lucrativas, formada por una estructura jerárquica, es escalafonada, donde existe una sola cabeza y en la que las funciones se encuentran perfectamente definidas, a nivel de recursos humanos, materiales y financieros necesarios para llevar a cabo la operación”¹⁵⁴

Este tipo de organizaciones delictivas que hacen de su ocupación ordinaria la comisión del delito, desarrollan actividades programadas y reiteradas que impactan directamente a la sociedad de tres formas distintas, la primera, con la misma comisión del delito; la segunda, con la organización clandestina y secreta que surge como un nuevo mal que aqueja a la sociedad, pues para organizarse jerárquicamente emplean medios violentos que traspasan a la sociedad en general, los llamados “ajustes de cuentas”; el tercer lugar, con la pretensión de la organización criminal de lograr el monopolio del delito y con ello la acaparamiento de las ganancias y de ahí, surgen delincuentes dispuestos a aniquilar la competencia delictiva, desarrollando una guerra que tiene como escenario la vía pública. Por lo anterior queda claro que esta nueva forma de criminalidad impacta severamente a la sociedad en general y ponen en riesgo la seguridad nacional, como en forma espléndida lo subraya el Licenciado Gustavo Salas Chávez:

“Por el daño que causan estas conductas no pueden seguir siendo vistas con la ligereza con que actualmente se les trata, ya que trastocan las estructuras del Estado y afectan gravemente las condiciones de gobernabilidad de Este.”

¹⁵⁴ GÓMEZ DEL CAMPO DÍAZ BARREIRO Bernardo, LA DELINCUENCIA ORGANIZADA 1ª ed., México, Porrúa, 2006, p. 22.

“Por lo que hace a los delitos que **afectan la seguridad pública**; han sido definidos como aquellos que **generan en la población una sensación de incertidumbre**, en cuanto a su esfera personal, de sus seres queridos, o de su patrimonio, pudiendo cualquiera persona ser susceptible de verse afectado de manera directa por estos, estando generalmente asociados a conductas violentas motivadas por fines económicos o sexuales.”¹⁵⁵

En el mismo sentido, coincide el ex-procurador Rafael Macedo de la Concha:

“Afirmar que la delincuencia organizada se ha convertido en uno de los grandes desafíos del Estado moderno podría parecer obvio. Sin embargo, reflexionar sobre las causas de este poder devastador que amenaza la existencia misma de la sociedad, así como examinar el impacto de estas empresas en la vida política y económica, no lo es.”¹⁵⁶

De lo anterior, podemos afirmar que la distinción entre delitos públicos y privados sigue vigente, ahora más que nunca pues ante ésta nueva forma y peligrosidad del crimen, resulta imperante que el órgano investigador de delitos cometidos por la delincuencia organizada tenga la facultad de iniciar su investigación de oficio, pues la gravedad con que este tipo de delitos impactan a la sociedad amenaza la destrucción de la paz pública y amedrentan la denuncia del delito.

El impulso de leyes especiales o de emergencia, como la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada promulgada el 7 de noviembre de 1996, debe contrarrestar estos males dotando al Ministerio Público Federal de facultades para iniciar su investigación de oficio, sin embargo en la ley aprobada se privilegia la restricción de las garantías individuales y se dejó de lado el combate efectivo del fenómeno delictivo, pues la propia ley impone la

¹⁵⁵ SALAS CHÁVEZ Gustavo R. EL SISTEMA PENAL MEXICANO 1ª ed., México, Porrúa, 2002, pp. 226 y 227.

¹⁵⁶ MACEDO DE LA CONCHA Rafael, DELINCUENCIA ORGANIZADA 1ª ed, México, INACIPE, 2004, P. 15.

restricción al Ministerio Público para actuar de oficio, como lo dispone su artículo 38 en el segundo párrafo:

Artículo 38.- En caso de que se reciban informaciones anónimas sobre hechos relacionados con la comisión de los delitos a que se refiere esta Ley, el Ministerio Público de la Federación deberá ordenar que se verifiquen estos hechos. En caso de verificarse la información y que de ello se deriven indicios suficientes de la comisión de estos delitos, se deberá iniciar una averiguación previa, recabar pruebas o interrogar a testigos a partir de esta comprobación, pero en ningún caso dicha información, por sí sola, tendrá valor probatorio alguno dentro del proceso.

Para el ejercicio de la acción penal, se requerirá necesariamente de la denuncia, acusación o querrela correspondiente.

Así la regulación de la delincuencia organizada no puede ni debe ser utilizado como pretexto para restringir las libertades y garantías consagradas en nuestra Constitución como derechos fundamentales, pues este tipo de leyes deben estar encaminadas a perseguir a los delincuentes, y no constituirse como un agravio más para los ciudadanos que ya viven como rehenes de la delincuencia.

3.4 LIMITE TEMPORAL DEL ARRAIGO.

Como ya lo analizamos, existen diferentes tipos de arraigo, pero el que nosotros analizamos, es el contenido en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, que impone la privación de la libertad personal por el plazo máximo de 90 días.

Al respecto, la redacción de la norma deja mucho que desear pues comienza por afirmar que el arraigo se prolongara por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa, sin embargo, dicho parámetro es completamente arbitrario, pues existe identidad entre la

autoridad que solicita el arraigo y la que determina si la averiguación previa se encuentra debidamente integrada o no, el Ministerio Público Federal, quien tiene a su arbitrio seguir con la investigación o dejar la investigación por días o semanas, sin avance alguno en la investigación, o peor aún, con independencia de la nula investigación del delito. Y sin que al respecto exista control judicial alguno que obligue al Ministerio Público Federal a dar por concluido el arraigo en forma anticipada o a presentar informe sobre el avance de la investigación.

Luego, la disposición de que el arraigo sólo se prolongara por el tiempo indispensable para la debida integración de la averiguación previa, es sólo un buen deseo, pues en la practica la medida cautelar dura por todo el tiempo que fue autorizado por el juez, pues al respecto el Ministerio Público Federal busca la confesión del arraigado, más que su exoneración.

Por lo que respecta al límite temporal de 90 días, en primer lugar es un plazo excesivo, que fue planteado en la exposición de motivos de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, como una simple extensión del plazo ya previsto para el arraigo contenido en los Códigos del Procedimientos Penales:

“Aún cuando también se recomienda por la legislación comparada el uso de retenciones por mayores plazos de los presuntos responsables, para asegurar que otros miembros de la organización criminal no se comuniquen con el detenido durante la retención, y facilitar su captura, la iniciativa consideró oportuno no adoptar por ahora dicha medida y, en cambio, si hacer uso del arraigo domiciliario ya previsto en los códigos de procedimientos penales, ampliando solamente su duración con autorización judicial.”

Lo anterior constituye un engaño, pues ya analizamos la distinción básica entre el arraigo restrictivo de la libertad de transito y el arraigo domiciliario

privativo de la libertad personal, pero que al legislador le paso desapercibido cayendo burdamente en el engaño de la homofonía.

El segundo engaño y el segundo criterio para considerar el plazo como excesivo, es que el llamado arraigo domiciliario, no es ejecutado en el domicilio como su nombre lo indica, sino en un domicilio diferente a su lugar de residencia, y que incluso, puede implicar el traslado a otra entidad federativa, con las consecuencias de aislamiento que ello conlleva.

Así es, pues en la práctica se somete al arraigado a la privación de su libertad personal en una “casa de seguridad” de la policía, o también denominado “Casa de Arraigo de la Procuraduría General de la Republica”, que dicho sea de paso, no existe jurídicamente, pero que en la realidad se encuentra ubicada en la calle Doctor Morones Prieto, número 43, colonia Doctores, Delegación Cuauhtemoc, en el Distrito Federal; así cualquier persona sujeta a arraigo, independientemente del área geográfica en que radique el afectado, será sometido a la privación de su libertad, en el mejor de los casos, por elementos de la Procuraduría General de la Republica, o bien, por grupos de elite, -con el armamento inherente a su cargo- y trasladado al centro de arraigo, lugar que también cuenta con fuertes dispositivos de seguridad, tanto interna como externa, donde finalmente permanece durante el plazo autorizado por el Juez que generalmente es de 90 días.

Al respecto del plazo máximo, la ley es clara y establece 90 días como limite máximo, sin embargo, si el Ministerio Público Federal puede solicitar el arraigo por un tiempo inferior, generalmente 30 días, al cabo de los cuales solicita la prorroga de la medida por otros 30 días y una tercera para completar los 90 días y llegar al limite legal. El peligro de esta conducta radica en que el arraigado que impugna esta decisión ineludiblemente se encontrara con la desventaja de los plazos judiciales y para el caso específico del Juicio de

Amparo, el sobreseimiento del mismo cada vez que deja de existir el acto reclamado y es sustituido por uno nuevo, o bien, cuando con motivo del cambio de situación jurídica, de arraigado a procesado sobreviene causa de improcedencia. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado la siguiente tesis de Jurisprudencia:

“ARRAIGO. CESAN SUS EFECTOS CUANDO CON MOTIVO DE LA EMISIÓN DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN SE HAYA LEVANTADO DICHA MEDIDA PRECAUTORIA.

Si a través del juicio de amparo se reclamó la orden de arraigo decretada por un Juez de Distrito, pero ésta fue levantada con motivo de la emisión de la orden de aprehensión que se obsequió en contra del quejoso, ello trae como consecuencia que tal acto reclamado deje de surtir sus efectos, pues los mismos sólo rigen hasta el momento en que se integra la averiguación previa por la cual se ejerce la acción penal, feneciendo su vigencia cuando el órgano encargado de la persecución de los delitos concluye su actividad investigadora y es la autoridad jurisdiccional la que decide la situación jurídica del indiciado, esto es, cuando en uso de sus facultades determina si procede o no el libramiento de la orden de aprehensión respectiva, actualizándose así la causal de improcedencia prevista en la fracción XVI del artículo 73 de la Ley de Amparo.”¹⁵⁷

De lo que podemos concluir, que se han dejado amplias facultades al Ministerio Público Federal para poder prolongar el arraigo hasta su límite máximo y en cambio el arraigado no goza de ninguna seguridad para impedir el arraigo ni tampoco para evitar que se prolongue hasta el límite máximo, por lo que se ve obligado a resistir la coacción física y psicológica que implica la ejecución del arraigo.

¹⁵⁷ CATALOGO ELECTRÓNICO , Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis numero de registro 189206, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Materia Penal, Semanario Judicial de la Federación, XIV, agosto de 2001, tesis 1ª. LXXXIII/2001, P. 168.

3.4.1 LIMITE LEGAL.

Como ya se dijo en anteriores líneas, el límite temporal para el arraigo es el de 90 días, sin embargo, aún cuando es lo establecido en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada dicha “medida provisional” se encuentra muy lejos de los límites legales para la retención ministerial que es de 48 horas, y muy lejos de la detención judicial que es de 72 horas.

No obstante las reformas Constitucionales para regular lo concerniente a la delincuencia organizada, la Constitución no prevé plazos tan amplios para esa “cuasi-prisión preventiva” pues aún cuando la Procuraduría General de la Republica impulso a la par de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, diversas reformas constitucionales, lo cierto es, que aún con las adiciones constitucionales la detención mediante el arraigo carece fundamento constitucional.

Entonces debemos concluir que el límite establecido en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, de 90 días para el arraigo es un límite que originalmente se basa en el arraigo antiguo, empleado en el Código Federal de Procedimientos Penales, como una medida precautoria restrictiva de la libertad de tránsito y que por impulso de la Procuraduría General de la Republica, mutó su naturaleza a este arraigo creado *ad hoc* para la delincuencia organizada, que implica la privación de la libertad personal, detención, y que por ello, debe ajustarse a los plazos máximos establecidos en la Constitución para la retención ministerial y la detención ante el juez de la causa. Pues en la propia ley se reconoce que la privación de la libertad se deberá llevar a cabo en lugares distintos de los destinados a la prisión preventiva:

“Artículo 42.- La autoridad deberá mantener reclusos a los procesados o sentenciados que colaboren en la persecución y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada, en establecimientos distintos de aquéllos en que estos últimos estén reclusos, ya sea en prisión preventiva o en ejecución de sentencia.”

Si de la naturaleza jurídica del arraigo se puede diferenciar claramente de la pena y distinguir a la prisión preventiva, se concluye, que el plazo de 90 días para el arraigo es legal, pero nunca constitucional. Pues por su naturaleza restrictiva de libertad personal debe ajustarse a estas privaciones legales de la libertad contempladas en nuestra Constitución como excepción a la garantía de libertad, pues la imputación en contra del arraigado no es en grado de certeza, ni en grado de probabilidad, luego únicamente puede ser en grado de posibilidad y al efecto la orden debe cumplir con los mismos requisitos que impone la Constitución para los actos privativos.

3.4.2 ABREVIACIÓN DEL PLAZO.

El artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, contempla una promesa legal, cuando afirma que el tiempo de arraigo se puede acortar, si sólo si, el arraigado coopera con la investigación de los hechos que se le imputan.

Pero recapitulemos, el arraigado es un individuo sobre el cual aún no pesa imputación en su contra en grado de probabilidad, su calidad es sólo la de sospechoso y es puesto en custodia mediante la fuerza pública, contra su voluntad, resguardado en un inmueble con todas las medidas policiales de seguridad inherentes, a disposición del Ministerio Público Federal y por un plazo que puede llegar hasta 90 días, y ya dentro de esa difícil situación, se le promete que en caso de cooperar en el esclarecimiento de los hechos que se le imputan se abreviara el plazo del arraigo.

Ante este escenario, más parece que se trata de una coacción para confesar, que una prerrogativa para el arraigado que decida cooperar con la justicia, tal y como lo podemos apreciar de un análisis a la política criminal seguida por la Procuraduría General de la Republica en los últimos años:

a) En el año de 1992, divulgó un anteproyecto de ley para combatir el crimen organizado, propuesta que fue examinada ante la opinión especializada de los juristas, el 8 de abril de 1992 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la insigne Universidad Nacional Autónoma de México; foro en el cual se puso de manifiesto las contravenciones a la norma suprema por lo que finalmente dicho anteproyecto no se sometió ante el foro legislativo.

b) En 1995 influidos por legislaciones vigentes en otros países, que también sufren el embate del crimen organizado, surge de la Procuraduría General de la Republica el 18 de marzo de ese año, un proyecto de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, que contraviene directamente preceptos constitucionales, sin embargo, no optaron por ajustar la ley a la Constitución sino todo lo contrario, se impulso una reforma Constitucional que diera sustento a la ley propuesta, reformando los artículo 16, 21, 22 y 73 fracción XXI, de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así se aprecia de la exposición de motivos de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada:

“CÁMARA DE ORIGEN: SENADORES
EXPOSICIÓN DE MOTIVOS
México, D.F., a 19 de marzo de 1996
INICIATIVA DEL EJECUTIVO
C.C. SECRETARIOS DE LA CÁMARA DE SENADORES
DEL HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN,
P R E S E N T E S.
Con esta misma fecha el Ejecutivo Federal y los señores
legisladores del Honorable Congreso de la Unión presentamos

una iniciativa de reformas a los artículos 16, 21, 22 y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Con el fin de que esa Soberanía cuente con mayores elementos para valorar la reforma constitucional mencionada, también sometemos a su consideración la presente iniciativa de Ley para su discusión y, en su caso, aprobación, especialmente en aquellos artículos que suponen la reforma constitucional antes mencionada, los cuales tendrán razón de ser siempre que se hayan aprobado los cambios constitucionales propuestos.¹⁵⁸

Como se puede ver, la iniciativa de ley presentada por el Ejecutivo, pretende a través de una reforma constitucional, darle vida a una ley que desde su concepción atenta contra las garantías individuales, sin embargo, en lugar de adecuar la ley a la Constitución se pretende mediante la reforma constitucional ajustar la Constitución a la Ley secundaria, lo cual no sólo se encuentra en contra de la lógica y la razón, sino que además, pugna contra la supremacía constitucional y los derechos humanos, así como con la idea de que estos son imprescriptibles como han sido reconocidos internacionalmente, en el artículo 2º de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y en los preliminares de la Declaración Universal de los Derechos Humanos respectivamente y que en términos del artículo 133 de la Constitución son ley suprema:

Declaración Francesa de los Derechos del Hombre

“Artículo 2.- El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”¹⁵⁹

Declaración Universal de Derechos Humanos 1948

CONSIDERANDO que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;¹⁶⁰

¹⁵⁸ HISTORIA LEGISLATIVA Y PARLAMENTARIA , Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Documentación y Análisis, Materia Penal, CD-ROM, 2000.

¹⁵⁹ ENCYCLOPEDIA ENCARTA Biblioteca de Consulta, DVD, Microsof Corporation, 2002.

¹⁶⁰ Idem.

Pero las anteriores suspicacias son sólo el comienzo, pues el texto legal permite completa libertad y discrecionalidad al Ministerio Público Federal cuando no deja claro si es el propio Ministerio Público o el Juez de la causa quien decidirá si el arraigado ha cooperado con la investigación ministerial, más aún, no existe parámetro objetivo para determinar si la cooperación es suficiente para abreviar el plazo o no, en cuyo caso la autoridad a pesar de haber recibido información verídica, puede decir que dicha cooperación no es suficiente para reducir el plazo de arraigo.

No obstante la promesa de abreviar el plazo de arraigo, en el caso de que el arraigado coopere con la investigación y aún con la buena fe del Ministerio Público Federal, quien deseoso de cumplir con la promesa legal, abreviara el plazo de arraigo, el mismo sólo tendría el efecto de consignarlo ante el juez de la causa, pues por la naturaleza grave del delito de delincuencia organizada, sería puesto en prisión preventiva sin opción de libertad provisional bajo caución, lo anterior si se analiza el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada conjuntamente con el artículo 35, que dispone:

Artículo 35.- El miembro de la delincuencia organizada que preste **ayuda eficaz** para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, **podrá** recibir los beneficios siguientes:

- I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;
- II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;
- III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y

IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.

En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez tomará en cuenta además de lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción IV de este artículo, la autoridad competente tomará en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.

Así el arraigado que decida confesar durante el plazo que dura el arraigo, no conseguirá su libertad como falsamente se le hace creer, en cambio, seguramente conseguirá auto de formal prisión, sin posibilidad a libertad provisional y una reducción de la condena, a la cual, seguramente no accederá pues en la mayoría de los casos la condena por estos delitos, supera la expectativa de vida del reo.

Analizada jurídicamente queda claro que la norma contiene una trampa legal, mediante la cual se coacciona física y moralmente al arraigado para cumplir con el fin que se propone, integrar debidamente la averiguación previa y que el arraigado participe en la investigación ministerial confesando su delito y denunciando a sus cómplices.

3.5 FINES DEL ARRAIGO.

Los fines del arraigo son muy claros en la ley, pues basta leer la última parte del artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada para identificar sus dos fines directos:

Artículo 12.- El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se **prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación** de que se trate, sin que exceda de noventa días, **con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan** y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.

Podemos apreciar que se expresan dos fines, el primero para la debida integración de la averiguación previa y el segundo con el objeto de que el arraigado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y que a continuación se estudiaran con mayor detenimiento.

3.5.1 MEDIDA CAUTELAR PARA LA INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Como medida cautelar, para asegurar la debida integración de la averiguación de que se trate, sin embargo, no queda claro en que ayuda la cuasi-detención, el arraigo, a que la averiguación quede debidamente integrada; pues en primer lugar el hecho de que la averiguación este debidamente integrada, no garantiza su consignación, pues existe la posibilidad de que realizadas las investigaciones correspondientes el Ministerio Público Federal determine el no ejercicio de la acción penal; y en segundo lugar, el sólo hecho de que arraigar a un indiciado, no aportara por si solo, elementos que acrediten el cuerpo del delito ni su probable responsabilidad en el delito que se investiga.

Sin embargo, atendiendo a que se trata de una supuesta medida cautelar y aún cuando en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada no se

menciona, éste tipo de arraigo intenta asegurar la prosecución judicial, pues en materia penal no se puede llevar el juicio en rebeldía del reo, pues durante el proceso existen actos personalísimos que no pueden ser ejecutados ni por el defensor ni por representante alguno; sin embargo, en la especie aún no existe ningún proceso en contra del arraigado, por lo cual ese fin es sumamente dudoso.

Más aún cuando se impide la acción penal de oficio, pues el Ministerio Público Federal se encuentra imposibilitado para ello en términos del artículo 38 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada:

Artículo 38.- En caso de que se reciban informaciones anónimas sobre hechos relacionados con la comisión de los delitos a que se refiere esta Ley, el Ministerio Público de la Federación deberá ordenar que se verifiquen estos hechos. En caso de verificarse la información y que de ello se deriven indicios suficientes de la comisión de estos delitos, se deberá iniciar una averiguación previa, recabar pruebas o interrogar a testigos a partir de esta comprobación, pero en ningún caso dicha información, por sí sola, tendrá valor probatorio alguno dentro del proceso.

Para el ejercicio de la acción penal, se requerirá necesariamente de la denuncia, acusación o querrela correspondiente.

Otra posibilidad, es que el arraigo sirva para preservar las huellas del delito, pues se teme que en libertad el indiciado pueda ocultar o desaparecer las huellas del delito y con ello el fracaso del proceso. Con respecto a este posible fin, no declarado en la ley, queda claro que por tratarse de delincuencia organizada, sólo será útil, si en un solo evento se arraiga a todos los miembros de la organización, pues de lo contrario la medida cautelar es ineficiente, pues los otros miembros de la organización delictiva que aún se encuentren en libertad podrán ocultar o destruir las pruebas.

Se reitera que la ley es poco clara cuando somete al indiciado al arraigo con la finalidad de integrar debidamente la averiguación previa, pues es obvio que el éxito de la investigación depende de la eficacia del Ministerio Público Federal en investigar el ilícito, es decir en su acción, y no viceversa en la falta de acción o detención del indiciado.

3.5.2 COMO PRUEBA.

El segundo fin explícito del arraigo es que el propio arraigado participe en la investigación de los hechos que se le imputan, lo que en palabras más explícitas significa la pretensión del Ministerio Público Federal de contar con un coadyuvante de la investigación que proporcione los elementos de cargo necesarios para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Así las cosas, el Estado imprime su fuerza contra el arraigado, cuando es puesto en custodia y obligado a permanecer en una “casa de arraigo” y una vez situado en esa deplorable condición, se le solicita su cooperación con la investigación ministerial. Ahora bien, surge la interrogante ¿Cómo se puede cooperar con la investigación, si se está privado de la libertad? Con la única posibilidad con que aún cuenta el arraigado, y que sin duda es lo que se busca con la imposición del arraigo, a través de la confesión del delito.

Luego, si la única forma en que el arraigado puede cooperar con la investigación ministerial es con la confesión, y queda claro que el delito que se investiga es grave, es claro que dicha confesión lo hará padecer la pena y no como se le hizo creer, que se reduciría el plazo de arraigo.

Más aún, se debe tomar en consideración, que la sola confesión del arraigado, no trae para él ningún beneficio, pues ya en esta situación para

lograr algún beneficio debe ir más allá de confesar su participación en el delito, sino que además debe aportar elementos para la consignación de otros elementos de la delincuencia organizada, tal y como lo señala la fracción II del artículo 35 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada:

“Artículo 35.- El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, **podrá** recibir los beneficios siguientes: (...)

II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y **éste** aporte indicios para la consignación de **otros** miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;”

Sin embargo, a pesar de confesar su participación y aportar indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, ello tampoco es ninguna garantía de acceso al beneficio de reducción de la pena, pues todavía queda a criterio del juez considerar que los elementos aportados fueron sustanciales para la consignación de otro miembro de la delincuencia organizada, y que además, él otro miembro sea en la jerarquía criminal, superior a la del arraigado, y por ultimo, que la información suministrada sea corroborada con otros medios de prueba, lo anterior aun cuando parezca ficción, se encuentra establecido en el artículo 36 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada:

Artículo 36.- En caso de que existan pruebas distintas a la **autoinculpación en contra de quien colabore con el Ministerio Público** de la Federación, a solicitud de éste **se le podrán reducir las penas** que le corresponderían hasta en tres quintas partes, **siempre y cuando, a criterio del juez,** la información que suministre se encuentre corroborada por otros indicios de prueba y sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador.

Del análisis de las anteriores disposiciones legales nos queda claro, que esta ley es responsable del fracaso institucional contra la delincuencia organizada, pues por un lado se inclina por transgredir las garantías individuales, y por el otro, busca que los propios delincuentes se conviertan en verdugos de otros delincuentes de mayor jerarquía o peligrosidad, y después de ello, ser objeto del castigo del Estado y las posibles represarías del crimen organizado. Al respecto el Jurista italiano, Doctor Ottavio Sferlazza, manifiesta lo siguiente:

“...el sistema de justicia penal ha fracasado, y ha fracasado porque no ha cumplido con los objetivos para los cuales ha sido diseñado; y no hay duda que son totalmente válidas las críticas que se han formulado en torno de su falta de funcionalidad, ya que lejos de ser un sistema eficaz, que garantice la adecuada protección de los intereses de la sociedad, se ha convertido en un instrumento con el que frecuentemente se incurre en abusos de poder y, por ende, en detrimento de los derechos de los ciudadanos.”¹⁶¹

Crítica que se puede aplicar a nuestro país, pues en caso de que el arraigado confiese su delito, esa prueba de auto-incriminación, se usa en su contra y se consigna la averiguación previa ante el juez de la causa, con los efectos consecuentes, la orden de aprensión y la prisión preventiva, tal y como lo ha sostenido la Jurisprudencia:

“ARRAIGO. CESAN SUS EFECTOS CUANDO CON MOTIVO DE LA EMISIÓN DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN SE HAYA LEVANTADO DICHA MEDIDA PRECAUTORIA.

Si a través del juicio de amparo se reclamó la orden de arraigo decretada por un Juez de Distrito, pero ésta fue levantada con motivo de la emisión de la orden de aprehensión que se obsequió en contra del quejoso, ello trae como consecuencia que tal acto reclamado deje de surtir sus efectos, pues los mismos sólo rigen hasta el momento en que se integra la averiguación previa por la cual se ejerce la acción penal, feneciendo su

¹⁶¹ SFERLAZZA Ottavio, PROCESO ACUSATORIO ORAL Y DELINCUENCIA ORGANIZADA trad. Dr. Salvatore La Barebera, 1ª ed., México, Fontamara, 2005, p. 31.

vigencia cuando el órgano encargado de la persecución de los delitos concluye su actividad investigadora y es la autoridad jurisdiccional la que decide la situación jurídica del indiciado, esto es, cuando en uso de sus facultades determina si procede o no el libramiento de la orden de aprehensión respectiva, actualizándose así la causal de improcedencia prevista en la fracción XVI del artículo 73 de la Ley de Amparo.”¹⁶²

Confesión de auto-incriminación, que viola las garantías individuales que en materia penal, establece nuestra Constitución, específicamente la fracción II del artículo 20 que dispone:

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculcado:

II. **No podrá ser obligado a declarar.** Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

Como se aprecia, el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, no sólo es violatorio de garantías por constituir un acto ilegal de privación de la libertad, sino que además, por contener una finalidad alejada del derecho cuando se emplea el arraigo con el fin de conseguir la confesión del inculcado, pues la sola privación de la libertad cuando no se pone al inculcado en forma inmediata a disposición del Juez, por si sola, es suficiente para presumir que existió coacción y por ende sus declaraciones carecen de validez, tal y como en forma expresa se ha reconocido en el Código Federal de Procedimientos Penales:

Artículo 134 Código Federal de Procedimientos Penales
(...)

¹⁶² IUS 2006 DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, jurisprudencia, numero de registro 189206, Instancia: Primera Sala, Novena Época, Materia Penal, tesis 1ª.LXXXIII/2001, XIV agosto de 2001, p. 168.

En caso de que la detención de una persona exceda los plazos señalados en el artículo 16 de la Constitución Política citada, se presumirá que estuvo incomunicada, y las declaraciones que haya emitido el indiciado no tendrán validez.

Coacción física y moral que se ejerce contra el detenido para conseguir su confesión tal y como lo ha interpretado la jurisprudencia en la siguiente tesis:

CONFESIÓN. CARECE DE VALOR PROBATORIO POR SI SOLA CUANDO EL ACUSADO ESTUVO DETENIDO DURANTE CINCO DÍAS, O MÁS, SIN SER PUESTO A DISPOSICIÓN DEL JUEZ RESPECTIVO, PUES ELLO HACE PRESUMIR COACCIÓN MORAL EN EL RENDIMIENTO DE SU DECLARACIÓN.

Si el acusado estuvo detenido durante cinco días o más, y en contacto con la policía sin que se pusiera a disposición del juez instructor, independientemente de la violación constitucional que ello implica y la cual no corresponde estudiar en el amparo desde esa perspectiva; sin embargo, tal circunstancia indudablemente produce sobre el acusado una coacción moral que afecta su mente para declarar con plena libertad y necesariamente le resta validez a la confesión que rindió ante el ministerio público el cual está al mando de la policía judicial. Si no hay ninguna otra prueba que robustezca dicha confesión, debe decirse que ésta, dadas las condiciones dentro de las cuales se rindió, no tiene el valor de convicción suficiente para comprobar, por sí sola, la responsabilidad del acusado en el delito materia de la condena.¹⁶³

Acorde a este criterio, podemos concluir que el arraigado es sometido efectivamente a la privación de su libertad lo que constituye un acto de coacción física, y cuando la privación de la libertad se prolonga en el tiempo tiene el efecto de coaccionar moralmente al arraigado, estos dos efectos son impuestos con unidad de propósito, conseguir que el arraigado coopere con la investigación del delito y la única forma posible que tiene a su alcance es a través de su confesión.

¹⁶³ **IUS 2006** DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación Semanario Judicial de la Federación, Tesis de Jurisprudencia, número de registro 213335, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Penal, Tomo 74, Febrero de 1994, tesis II.3º. J/67, p. 53.

Lo anterior es violatorio de la garantía de no autoincriminación, pero dicha conducta no sólo queda en la falta de constitucionalidad, pues además la conducta ajusta perfectamente en el delito de abuso de autoridad y en el delito contra la administración de justicia, previstos respectivamente en la fracción XIII del artículo 215 y la fracción XII del artículo 225 del Código Penal Federal:

“Artículo 215.- Cometén el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes:

XIII.- Obligar al inculcado a declarar, usando la incomunicación, la intimidación o la tortura, y”

“Artículo 225.- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

XII.- Obligar al inculcado a declarar, usando la incomunicación, intimidación o tortura;”

Al respecto la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, define la tortura en su artículo 3 como sigue:

“3.- Comete el delito de tortura el servidor público que con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos **con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido**, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o accidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad.”

Se concluye, que la finalidad del arraigo contenido en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, consistente en la pretensión de conseguir que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan, y con ello, pueda abreviarse el plazo de arraigo, por lo que constituye una coacción física y psicológica para conseguir la confesión del todavía “sospechoso” y utilizarla como prueba en su contra en el proceso penal, lo que

es ilegal, contrario a la Constitución e incluso dicha conducta se adecua perfectamente a los delitos de abuso de autoridad; delito en contra de la administración de justicia y al delito especial de de tortura.

3.6 PERSONALIDAD Y REPRESENTACIÓN DEL ARRAIGADO.

Como el titulo de nuestro punto presenta una pluralidad de significados, es pertinente aclarar que con personalidad, nos referimos a la situación jurídica particular del individuo sujeto a procedimiento penal; y con representación a la personería por medio del cual un individuo realiza actos en nombre de otro y en su beneficio y en el caso en particular, en el procedimiento penal al papel del defensor.

En primer lugar, debemos decir que la personalidad del arraigado no es clara, pues durante el arraigo el Ministerio Público Federal aún no cuenta con elementos que acrediten el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad del arraigado, por ello la averiguación previa no se encuentra consignada, no es sujeto de proceso, si es sujeto de investigación ministerial, pero no es claro si pesa sobre el la calidad de probable responsable, u otra, como puede ser la de denunciante, testigo o tercero.

Sólo en la estructura de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se encuentra una directriz que nos indica cual es la calidad jurídica del arraigado, pues dicha disposición se encuentra regulada dentro del Capítulo Segundo del Título Segundo, que disponen:

“TÍTULO SEGUNDO
DE LA INVESTIGACIÓN DE LA DELINCUENCIA
ORGANIZADA
(...)
CAPÍTULO SEGUNDO
DE LA DETENCIÓN Y RETENCIÓN DE **INDICIADOS**”

De lo anterior se puede apreciar que el arraigo fue ideado por el legislador para el indiciado, es decir, aquella persona sujeta a investigación ministerial, en la cual se tienen indicios de la responsabilidad criminal del investigado, en grado de posibilidad, sin embargo dentro de la exposición de motivos de la ley, se menciona solamente como sospechoso:

“Así, pues, es necesario considerar la conveniencia de intervenir comunicaciones privadas e investigar electrónicamente la privacidad de los **sujetos sospechosos** de participar en la delincuencia organizada, siempre y cuando medie la autorización de un Juez Federal que certifique la sustentación racional de los indicios con que cuenta la investigación, a fin de evitar la aplicación indiscriminada de esta medida. Asimismo, es necesario dotar de validez procesal a las pruebas que se obtengan por esta vía.”

Aplicando el método deductivo, de lo general a lo particular, existe la presunción de inocencia sobre todos, por lo que es necesario que el Ministerio Público encuentre elementos para creer fundadamente que un sujeto pudo cometer un delito y entonces ser sujeto a investigación en grado de posibilidad. Un grado mayor de incriminación, es cuando no sólo existe la posibilidad sino incluso la probabilidad, es entonces cuando el Ministerio Público Federal puede solicitar al Juez, se inicie el proceso penal. Siguiendo con el ejercicio el grado de incriminación de certeza sólo llega en la sentencia y entonces es cuando es posible y valido jurídicamente imponer la pena.

Lo anterior es relevante, pues dependiendo del grado de incriminación que pese sobre un sujeto, será el nivel de garantías que a su favor puede ejercer el gobernado, y el limite del Estado para imponer sanción o medida precautoria. A mayor grado de incriminación mayor injerencia del Estado y a menor incriminación menor injerencia del Estado.

De lo que se colige, que el arraigado se encuentra en calidad de indiciado o sospechoso, es decir, responsabilidad criminal en grado de posibilidad, por tanto, en el primer nivel de injerencia del Estado, intervención mínima en la cual no se puede imponer sanción alguna, ni ejecutar acto alguno de privación, como consecuencia, únicamente es admisible que el Ministerio Público Federal pueda dictar actos de molestia, que en todo caso deben ajustarse a lo previsto por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo cual en el caso no se cumple pues aún con esta incipiente sospecha de responsabilidad, el Ministerio Público Federal con autorización del juez, someten al indiciado al arraigo sin colmar siquiera los requisitos legales para los actos de molestia, mucho menos, los necesarios para ejecutar un acto de privación.

En cuanto a la representación del arraigado y su posibilidad de designar un defensor, se encuentra mermada desde el mismo momento en que es privado de su libertad, pues se ve impedido físicamente para buscar un abogado adecuado para la defensa de sus intereses, más aún, cuando el arraigo se verifica en una entidad federativa diversa a su lugar de residencia habitual.

Una segunda problemática para la debida defensa del arraigado, es la de acceso a la investigación ministerial, pues el artículo 13 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada establece la reserva de las actuaciones, lo que nos recuerda la investigación secreta seguida en el proceso inquisitorio:

“Artículo 13.- A las actuaciones de averiguación previa por los delitos a que se refiere esta Ley, **exclusivamente deberán tener acceso el indiciado y su defensor, únicamente con relación a los hechos imputados en su contra**, por lo que el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares guardarán la mayor reserva respecto de ellas, sin perjuicio de que el indiciado o su defensor, en base a la información recibida, puedan presentar las pruebas de descargo que juzguen oportunas.

No se concederá valor probatorio a las actuaciones que contengan hechos imputados al indiciado, cuando habiendo solicitado el acceso a las mismas al Ministerio Público de la Federación, se le haya negado.”

No obstante se hace una distinción entre los hechos que se imputan al arraigado y aquellos que no, es claro que al impedir el acceso a todos los datos que consten en la averiguación previa, se estará siempre en riesgo de no presentar una defensa adecuada del arraigado, al carecer de todos los elementos para ello, no sólo de los “hechos imputados” sino además de todos los delitos, medios y víctimas relacionados con la investigación ministerial.

Situación que se complica aún más cuando además de la reserva de las actuaciones en la averiguación previa, existe una denuncia o noticia criminal por parte de un “testigo protegido”¹⁶⁴, a quien se le guarda en secreto su identidad durante toda la averiguación previa, como lo dispone el artículo 14 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada:

“Artículo 14.- Cuando se presuma fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada deberá, a juicio del Ministerio Público de la Federación, mantenerse bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal.”

Por todo lo anterior, representar como defensor a un arraigado es una tarea compleja y frustrante, primero por la imposibilidad jurídica de obtener la libertad del arraigado, en segundo lugar por el sigilo con que se manejan los datos que constan en la averiguación previa, y en tercer lugar, cuando existe la

¹⁶⁴ Nota del autor.- Los testigos protegidos sólo guardan su identidad durante la averiguación previa, y durante el proceso sus datos son revelados, regresando al testigo al riesgo del cual se quiso proteger, y en la averiguación previa vulnera los derechos del indiciado, cuando se le impide saber el nombre de su acusador, limitando su posibilidad de defensa, por lo que ningún objetivo práctico se consiguió con esta medida incompleta y mal elaborada por parte del legislador, lo que es más claro cuando se analiza el artículo 38 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en donde se limita la acción de oficio del Ministerio Público Federal y por tanto es imprescindible la querrela o denuncia de l testigo que no es protegido.

figura de “testigo protegido”, por lo que nos encontramos también ante una disminución considerable a la garantía de adecuada defensa.¹⁶⁵

3.7 DEFENSA LEGAL DEL ARRAIGADO.

Una vez resueltos los problemas de representación, el abogado debe elaborar una estrategia de defensa acorde a las necesidades del arraigado, que ante las condiciones imperantes, busca como primer objetivo recuperar su libertad.

Sin embargo, aún con una adecuada y diligente defensa legal, existen candados legales que impiden una defensa digna y justa del arraigado, el primero de ellos surge antes de que se pueda darse la representación, pues es el Ministerio Público Federal quien solicita la orden de arraigo, sin que antes de dicha diligencia el afectado tenga conocimiento de su calidad de inculpado y es el juez de la causa quien autoriza dicha medida, sin que medie audiencia en la que sea escuchado el arraigado ni antes de dictada la orden, ni posterior a ello, pues recordemos que no es presentado ante el juez, por lo cual, la autoridad que solicita la medida es la misma que lo resguarda.

La segunda problemática surge del plazo y la picardía del Ministerio Público Federal, quien acostumbra solicitar el arraigo por 30 días al cabo de los cuales solicita la prórroga hasta completar el plazo máximo de 90 días, lo que dificulta la adecuada defensa, pues los plazos para resolver la revocación o la apelación, exceden del plazo por el cual se autorizó la medida cautelar, por lo que obtener una resolución favorable con éstos medios de impugnación en vía de legalidad son ineficaces en la práctica para recuperar la libertad del arraigado.

¹⁶⁵ Nota del autor.- Lo anterior sin considerar que todos los abogados que defienden a personas relacionadas con la delincuencia organizada entran a la llamada lista negra de los abogados, que lleva la Procuraduría General de la República.

En virtud de que existe violación a las garantías del afectado, existe la posibilidad de interponer el Juicio de Amparo Indirecto y solicitar la suspensión del acto, lo que jurídicamente dota al arraigado de un medio de defensa eficaz y expedito, sin embargo, contra el Amparo existe otro candado legal, bajo el cual aun cuando se concede la suspensión provisional, dicha medida no tiene la efectividad que debería tener por una desafortunada interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien considera adecuado concede la suspensión para el efecto de que el arraigado continúe arraigado:

“ARRAIGO DOMICILIARIO POR LA COMISIÓN DE UN DELITO GRAVE. SI EL ACTO RECLAMADO CONSISTE EN LA ORDEN QUE LO DECRETA, LA SUSPENSIÓN DEBE OTORGARSE PARA EL EFECTO DE QUE EL INculpADO QUEDE A DISPOSICIÓN DEL JUEZ DE DISTRITO EN CUANTO A SU LIBERTAD PERSONAL SE REFIERE Y A DISPOSICIÓN DE LAS AUTORIDADES RESPONSABLES PARA LA CONTINUACIÓN DE LA ORDEN RECLAMADA.

La tesis de jurisprudencia 1a./J. 78/99, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, página 55, de rubro: "ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL.", que establece que el arraigo es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, es obligatoria para los tribunales federales y locales, de acuerdo con lo contemplado en el numeral 192 de la misma ley; por tanto, si el acto reclamado en un juicio de amparo indirecto consiste en una orden de arraigo domiciliario por la comisión de un delito considerado grave por la ley, la suspensión debe otorgarse para el efecto de que el quejoso quede a disposición del Juez de Distrito, en cuanto a su libertad personal se refiere y a disposición de las autoridades responsables **para la continuación del arraigo reclamado**, por lo que de ninguna manera puede otorgarse esa medida cautelar para el efecto de que el peticionario de garantías quede en libertad provisional bajo caución, toda vez que por tratarse de delito grave, la ley no permite otorgar ese beneficio, de acuerdo a lo previsto en la

fracción I del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”¹⁶⁶

Así se concede jurídicamente la suspensión provisional, e incluso la definitiva, sin embargo la suspensión material nunca se lleva a efecto, porque la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que la suspensión no tiene alcances restitutorios, ni siquiera cuando se trate de actos de tracto sucesivo, los cuales se encuentra en consumación ante la perpleja contemplación del Poder Judicial Federal, pues por tratarse de la investigación de delitos graves que no alcanzan el beneficio de la libertad provisional, la excarcelación o en este caso la liberación del arraigado, no son dables en la suspensión, ni en la provisional, ni en la definitiva.

Sin embargo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emite un criterio sesgado, pues deja de tomar en consideración que se solicita la suspensión de la orden de arraigo y no la suspensión del arraigo en si mismo, pues se ataca la inconstitucionalidad de la orden, por no ajustarse a lo establecido en la Constitución y no sus efectos materiales, pues de tomar como cierta la premisa de la Corte, se llegaría al absurdo, por ejemplo: que la autoridad pueda llegar a imponer la pena capital al procesado y negarse la suspensión provisional porque ésta no tiene efectos restitutorios. Situación contraria a la teoría garantista con la cual fue ideado el Juicio de Amparo.

Por lo que respecta a la audiencia constitucional, la tramitología inherente al juicio y el rezago del Poder Judicial Federal, impiden que la sentencia de fondo se pronuncie antes de que la medida cautelar encuentre su fin en el plazo, dando paso al sobreseimiento, por la causal prevista en la fracción XVI del artículo 73 de la Ley de Amparo:

¹⁶⁶ **IUS 2006** Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, tesis número de registro 181208, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Penal, tesis aislada I.7°.P.50 P, XX, Julio de 2004, p. 1678.

Artículo 73.- El Juicio de Amparo es improcedente:
(...)
XVI.- Cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado;

Lo anterior es causado por la dilación en la resolución del Juicio de Amparo, pues en promedio la sentencia de fondo será emitida seis meses posteriores a la presentación del Juicio de Amparo, fecha en la cual el acto reclamado se encontrara consumado de forma irreparable y habrá dejado de surtir efectos, lo anterior si tomamos en consideración el plazo estimado por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“SUSPENSIÓN, TERMINO PARA LA RESOLUCIÓN DEL JUICIO DE GARANTÍAS.

Aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis que aparece publicada bajo el número 299 de la Cuarta Parte, Tercera Sala del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1985, en la página 858, ha establecido jurisprudencia en el sentido de que para fijar la fianza de un año como suficiente para la resolución del juicio de garantías, éste ya no opera actualmente, puesto que con posterioridad a la publicación de dicha tesis, las reformas a la Ley de Amparo que agilizan su trámite, así como la creación de un número mayor de tribunales colegiados en el primer circuito, ha permitido que el término para la resolución del juicio de garantías se reduzca notablemente, por lo que ya no debe tomarse en consideración el término de un año, sino el de **seis meses**.”¹⁶⁷

Situación que resulta contraria a derecho, pues se permite la violación a las garantías de forma impune y reiterada, porque la materia del Amparo no es preservada para la sentencia de fondo, es decir, que la suspensión provisional no esta cumplimiento con ése importantísimo fin para el que fue ideado.

Al respecto el derecho comparado nos da un ejemplo de redacción legal, pues un país como Italia, que en su historia moderna el nacimiento de su

¹⁶⁷ IUS 2006 DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia, número de registro 221265, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Civil, tomo VIII, noviembre de 1991, tesis I.3º.C. J/17. genealogía Gaceta No 47, p. 69.

“Estado Nación” se encuentra directamente vinculado al crimen organizado y que por ende ha padecido los estragos de este terrible mal, no por ello ha optado por la violación a los derechos fundamentales, pues ha establecido un procedimiento de averiguación previa, en donde se respeta la igualdad procesal, es un juez quien controla el curso de la indagación y el valor de las pruebas presentadas en la misma con el método contradictorio, en donde se impone la prohibición de imponer medidas de seguridad en forma arbitraria, según nos lo narra Ottavio Sferlazza:

“El art. 273 de nuestro Código de Procedimiento Penal prevé que nadie puede ser sometido a medidas cautelares si no existen en su contra **indicios graves de culpabilidad**. El juez, además, antes de disponer de la detención, de un indiciado, tiene que valorar la subsistencia de las exigencias de detención preventiva las que están constituidas: por el peligro de alteración de las pruebas, el peligro de fuga y el peligro de reincidencia.”¹⁶⁸

Al introducir frases como la prohibición de imponer medidas cautelares, a menos que existan indicios graves de culpabilidad, deja en claro que para la imposición de estas medidas, es necesario un nivel más alto de incriminación que la simple sospecha y no como sucede en nuestro país, en donde es suficiente la incriminación en grado de posibilidad o simplemente la sospecha para aplicar el arraigo contenido en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Así las cosas, y conocidos los caminos jurídicos queda claro que la defensa jurídica del arraigado se encuentra mermada por disposiciones legales, por prácticas jurídicas realizadas por el Ministerio Público y por las interpretaciones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado en detrimento de la protección a las garantías individuales.

¹⁶⁸ SFERLAZZA Ottavio, PROCESO ACUSATORIO ORAL Y DELINCUENCIA ORGANIZADA trad. Dr. Salvatore La Barebera, 1ª ed, México, Fontamara, 2005, p.133.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

4.1 LIMITE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO.

La investigación y persecución del delito, es una actividad de orden público e interés general, es por ello que se priva al particular del ejercicio de la acción penal y en su lugar se deja ésta importante tarea en manos de un servidor público, Ministerio Público, quien encuentra límites jurídicos y procesales a sus funciones.

El limite más importante de la función investigadora sucede por lo general en los delitos no graves, en los cuales se requiere de la petición de parte agraviada para que el Ministerio Público pueda iniciar su investigación y que técnicamente se denomina querrela, o bien cuando por el bien jurídico tutelado se afecta el patrimonio del Estado en cuyo caso se necesita la declaratoria de perjuicio, como en los delitos fiscales. Requisitos de procedencia sin los cuales el Ministerio Público se encuentra impedido para iniciar la averiguación previa.

En nuestra legislación federal, se establece un sistema general y otro de excepción, el en primero la investigación y persecución del delito se realiza de oficio, en el segundo en el régimen de excepción, es necesaria la querrela o declaratoria de perjuicio para que el Ministerio Público pueda iniciar la investigación ministerial, así lo señala el artículo 114 del Código Federal de Procedimientos Penales:

Artículo 114.- Es necesaria la querrela del ofendido, solamente en los casos en que así lo determinen el Código Penal u otra ley.

Una vez superado el requisito de procedibilidad, en su caso, el Ministerio Público sólo encuentra límites a su investigación en la legalidad, es decir, en el acatamiento a la norma, desde el reglamento hasta la Constitución pues en un Estado de derecho no es deseable que con la investigación de un delito, se cometan actos de autoridad que violen derechos, menos aún, que esas violaciones puedan hacer nugatorios los derechos fundamentales de todo gobernado.

El límite legal del Ministerio Público, es puesto entredicho cuando la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada deja amplio margen de discrecionalidad al Ministerio Público quien puede dirigir su investigación contra un sospechoso y solicitar la trasgresión del sistema general de garantías individuales, cuando pide la intervención de comunicaciones o solicita el arraigo domiciliario. Desde el proyecto de Ley discutido en la Cámara de Diputados se reconoció dicho peligro, tal y como en forma atinada lo señala la Diputada Isabel Molina Warner del Partido de la Revolución Democrática:

“La diputada Isabel Molína Warner: Compañeras y compañeros: Estoy aquí con una profunda tristeza porque sé que es inevitable que esta ley se va a aprobar. Ya fue decidido. Lo único que nos queda es el derecho al pataleo. (...) esta propuesta va a tener un efecto fundamental sobre la vida de todos nosotros, un efecto del que pocos mexicanos están concientes, incluyendo, desde luego, a la mayoría de los que están aquí sentados y a los senadores que la aprobaron antes que nosotros. (...)

(...) este proyecto que ustedes van a aprobar hoy, forma parte de la imposición de Estados Unidos sobre nuestro país. El sistema que vamos a adoptar hoy, aquí en la Cámara, es un sistema que en Estados Unidos ha demostrado ser ineficaz y además ha sido muy cuestionado por las violaciones a los derechos humanos que ha ocasionado (...) **Tal vez el principal problema de la ley es la discrecionalidad, porque el imperio de la ley es sustituido por la calificación.** ¿Y quién nos va a calificar? En México hasta ahora habíamos seguido tradicionalmente el

derecho romano; **éramos inocentes hasta que no nos demostraran que éramos culpables.** La policía tenía que actuar dentro de un marco legal, al menos teóricamente. Ahora los demonios se han de soltar y esta policía, que aun con los controles de la ley, actuaba como actuaba, **ahora va a poder actuar sin controles de la ley.** Ellos van a tener la capacidad de decidir que ustedes son sospechosos, van a poderlos detener sin ninguna prueba, van a poder confiscarles su bienes sin haber demostrado que son culpables. Esto es lo que ustedes están aprobando, señores diputados. Significa que ahora permanentemente vamos a vivir en un estado de excepción. (...) Al permitir que la policía emplee las mismas armas que los delincuentes y luche sin respeto a las reglas, la nueva ley no logra sino promover la corrupción policíaca. (...) Yo que tengo poca imaginación, me puedo imaginar muchas situaciones en que esto se va a aplicar contra enemigos políticos o simplemente enemigos. Al fijar la posición del PRD, el diputado Mauro González Luna mencionó un estudio del Comité de Justicia del Congreso de Estados Unidos, que hizo una valoración del uso de estos métodos. Sus conclusiones son contundentes. Manifestaron ante todo una gran preocupación por los daños y perjuicios a terceros inocentes y piden que el Congreso ponga restricciones efectivas a los métodos de trabajo de los operativos encubiertos. Piden que se definan límites claros y que la justicia se balancee contra la efectividad. Esta ley que estamos aprobando, que ustedes están aprobando hoy, incluye cuestiones que en Estados Unidos están siendo discutidas, debatidas, criticadas. Así como nos venden tecnología caduca para nuestras industrias, ahora nos están vendiendo tecnología caduca para la impartición de justicia. Y es que, bueno, como en Estados Unidos hay algunos límites al poder del gobierno, entonces ellos tienen que cuidar de no pisar demasiado los derechos humanos de los norteamericanos. Pero en México, como los mexicanos estamos indefensos, no tienen que tener el mismo cuidado y esa ley que en Estados Unidos ya resulta caduca, en México resulta que apenas la estamos aprobando. Con esta ley se sustituye la legalidad y la certeza jurídica por la arbitrariedad, el autoritarismo y la discrecionalidad. Pero con su aprobación, que no dudo que va a ocurrir dentro de unos minutos, ya veremos, ya pagaremos las consecuencias y será la historia la que los juzgará.”¹⁶⁹

La restricción de derechos so pretexto de orden, bien común o paz, son elementos utilizados por los dictadores para oprimir al pueblo, como lo recuerda el Diputado Luis Sánchez Aguilar del Partido de la Revolución Democrática:

¹⁶⁹ DIARIO DE LOS DEBATES Cámara de Diputados, Legislatura LVI, III año, 28 de Octubre de 1996.

Con su permiso, señor Presidente; compañeras y compañeros diputados. Esta Cámara pretende aprobar hoy, con el apoyo de la aplanadora prianista, además de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, (...) so pretexto de combatir lo que considera el fenómeno más peligroso en materia delictiva, la que llevan al cabo organizadamente quienes se unen para ello. (...) **Los autores de estos textos suponen que es su deber establecer normas duras para atacar las mencionadas conductas, aunque para ello tengan que crear un brazo oculto del poder, que persiga, vigile y espíe a los ciudadanos, como en los peores regímenes totalitarios** previos a la Segunda Guerra Mundial. Normas que promuevan la delación, como en la Gestapo alemana o en la Ovrana italiana o como en la Stassi de Honnecker o la Dina de Chile. (...) En términos maquiavélicos lo que propone aquí la mayoría prianista es: el fin justifica todos los medios. (...) lo cierto es que a nadie le van a aplicar esas medidas, porque de lo que se trata es de **la creación de un aparato totalitario de persecución y no de protección de los ciudadanos.** (...) Esa supuesta confidencialidad se usa para el chantaje. Como en los mejores tiempos de **Edgar Hoover**, quien utilizó el conocimiento de los asuntos amorosos de John F. Kennedy y de Robert Francis Kennedy para chantajearlos permanentemente; Si eso hacía Hoover con el FBI y con el contrapeso del Congreso de los Estados Unidos, ¿qué no harán nuestros preclaros policías!

(...) la Secretaría de Hacienda y Crédito Público practique auditorías a personas físicas y morales que sospeche sean miembros de la delincuencia organizada. (...) **para acentuar el clima de terrorismo fiscal**

Que se intervengan las comunicaciones privadas "que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos. Sólo faltaron los mensajes telepáticos, (...)

Esta fracción Social Demócrata se pregunta entonces dónde quedan los derechos del ciudadano, por no decir los derechos del sujeto que es espionado, de quien está sometido al espionaje legalizado del procurador Lozano Gracia.

(...) el PAN engaña a la población porque el fin, compañeras y compañeros diputados, no justifica los medios. La fracción Social Demócrata **denuncia que detrás de esta iniciativa subyace otra intención muy diferente a la propalada en el dictamen que se comenta**, tanto por el dictamen global que aquí fue leído, como por la fijación (sic) de posición por parte del PRIAN.

(...) **De lo que aquí se trata es de combatir a los enemigos del Estado, como en todo régimen fascista, (...)**¹⁷⁰

No obstante que ante la legislatura se hizo ver la restricción de garantías individuales en forma discrecional y de los peligros que ello conlleva, se aprobó la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada sin ninguna modificación al respecto, con el objetivo claro de reducir las garantías individuales que son percibidas por la Procuraduría General de la República como obstáculos a la eficaz lucha contra la delincuencia organizada, ello queda claro de la exposición de motivos original de esta ley:

“II. LA DELINCUENCIA EN MÉXICO

(...)

II.4. Necesidad de nuevas estrategias

(...)

Debe recordarse que la delincuencia organizada atenta contra los principios básicos de la vida comunitaria y de la esencia estatal, generando descomposición social e inestabilidad política. Lo anterior debilita el Estado de Derecho y la capacidad efectiva de las instituciones públicas para defender los derechos fundamentales del ser humano. Por tal razón, resulta incuestionable que **no puede tratarse igual a las personas que cometen delitos ocasionales por razones de orden pasional, circunstancial, de apremio económico, etc., que a quienes cotidianamente asumen patrones de conducta profesional para atentar contra el Estado y la sociedad.** Por ello, la lucha eficiente contra la delincuencia organizada es un presupuesto **necesario para fortalecer al Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos en México.**

(...)

La especialidad de que debe estar revestido el combate a este fenómeno criminal, dadas sus características, **exige considerar nuevas alternativas** político criminales, **que posibiliten una actuación más eficaz** de los órganos que tienen la función de investigarlo, perseguirlo y juzgarlo; algunas de estas alternativas, por supuesto diferentes a las tradicionalmente aplicadas, **seguramente implicarán ciertas excepciones a la aplicación general de algunas de las garantías individuales,** ya que en el esquema actual resulta prácticamente imposible con estas restricciones el desmembramiento de las organizaciones y sólo se pueden obtener resultados parciales respecto de la

¹⁷⁰ **DIARIO DE LOS DEBATES** Cámara de Diputados, Legislatura LVI, III año, 28 de Octubre de 1996.

investigación de delitos concretos, con efectos para personas en lo particular. Pero en la aplicación de esas medidas de excepción, se procura que ellas estén siempre estrictamente controladas por el Poder Judicial Federal.

Así, pues, es necesario considerar la conveniencia de intervenir comunicaciones privadas e investigar electrónicamente la privacidad de los sujetos **sospechosos** de participar en la delincuencia organizada, siempre y cuando medie la autorización de un Juez Federal que certifique la sustentación racional de los indicios con que cuenta la investigación, a fin de evitar la aplicación indiscriminada de esta medida. Asimismo, es necesario dotar de validez procesal a las pruebas que se obtengan por esta vía.”¹⁷¹

Exposición de motivos que es peligrosa, en cuanto pretende limitar el régimen general de garantías individuales imponiendo una serie de excepciones para aquellos gobernados que por infortuna sean considerados por el Ministerio Público Federal como sospechosos y como consecuencia de esa sospecha ser sometidos a investigación ministerial de un delito considerado de delincuencia organizada.

La sola limitante a las garantías individuales y el establecimiento de un régimen de excepción permanente, es un mal por sí mismo, pues socava la estructura jurídica nacional cuando ataca directamente la norma suprema, sin embargo, no se trata de una mera violación formal, pues las disposiciones de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada imponen una pena efectiva a un gobernado a quien conforme nuestro sistema garantista aún se le presume inocente.

Así el arraigo no sólo tiene efectos contra el gobernado que sufre la medida, pues además se pone en riesgo al Estado de Derecho cuando sus ciudadanos encuentran disminuidas sus garantías individuales y la Constitución se vulnera impunemente por los órganos del Estado, impulsando una política

¹⁷¹ **HISTORIA LEGISLATIVA Y PARLAMENTARIA CONSTITUCIONAL** CD-ROM, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial Federal, Materia Penal, 2000.

criminal que permite a la autoridad, violar la ley tanto como el propio delincente la viola, en el mismo sentido se pronuncia el Licenciado José de Jesús Borjon Nieto:

“Hemos visto, en la presente obra, los **peligros** que implica abrir espacios a un Derecho penal y **una Política Criminal que no respete los límites que le impone la Constitución** y los derechos fundamentales. (...)

El Derecho penal es, ya de por si autoritario, como expresión del ius puniendi del Estado y máxima expresión de la soberanía en el Derecho Internacional Público. Sin embargo, como señala Muñoz Conde aquí se trata de un poder “más autoritario de lo normal, de un derecho penal que se ha colocado de rodón, “por la puerta falsa” de un ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían (sic) unos derechos fundamentales”¹⁷²

La iniciativa de ley propuesta formalmente por el Ejecutivo Federal, pero que fue estudiada y elaborada materialmente por la Procuraduría General de la Republica, contiene la propuesta de restringir el régimen general de garantías individuales y para atemperar esa situación pone como candado que dichas restricciones sean aprobadas por el Poder Judicial, quien deberá valorar los elementos presentados por el Ministerio Público para justificar la necesidad de las medidas.

A sabiendas de que la nueva ley contra la delincuencia organizada, pretende establecer excepciones a las garantías individuales, el Poder Legislativo busco acotar tales excepciones para impedir los abusos, así en primer orden se busco que el Poder Judicial fuera un filtro de legalidad a las pretensiones del Ministerio Público, en segundo termino para los casos específicos se busco limitar su aplicación para no llegar al abuso, así para el caso de intervención de comunicaciones privadas, se estableció como delito la intervención sin autorización previa del Juez, para el caso de confiscación se

¹⁷² BORJON NIETO José Jesús. COOPERACIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA 1ª ed., México, INACIPE, 2005, pp. 314 y 315.

bienes productos del delito se propuso la creación de un registro público de bienes asegurados. A pesar de los esfuerzos del legislador por evitar la arbitrariedad, al respecto del arraigo no se estableció ningún medio de control, ni responsabilidad del Ministerio Público, para el caso de que éste abuse de la media cautelar.

Así acontece cuando la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada no establece ningún criterio ni requisito de la solicitud del Ministerio Público de arraigo domiciliario, ni tampoco existe ningún requisito legal para que el Juez pueda valorar si la petición hecha por el investigador fue realizada con forme a derecho.

Estos amplios márgenes de discreción no son fortuitos, más bien son producto de la ingenuidad legislativa, pues se modificó y autorizó el “arraigo domiciliario”, ya sea por que fue engañado con su homónimo el “arraigo”, o bien por ignorar los alcances de dicha medida, que resulta ser sustancialmente diferente de la ya existente, tanto por su naturaleza jurídica como por su alcance y fines. De esta forma el texto aprobado contiene modificaciones sustanciales pues el arraigo propuesto originalmente se encontraba contenido en el artículo 15 que dice:

“ARTÍCULO 15.- Si los **plazos de retención** del indiciado fueren insuficientes para la debida integración de la averiguación previa, el juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público Federal y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el **arraigo** de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, y con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares, y que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días.”¹⁷³

¹⁷³ DIARIO DE LOS DEBATES Cámara de Senadores, LVI Legislatura, año II, 19 de Marzo de 1996, diario 2.

Proyecto original que contempla al arraigo domiciliario como una excepción cuando concluido el plazo de retención ministerial, la averiguación previa no se encuentra debidamente integrada y el delito que se investiga es de los contemplados como delincuencia organizada, por lo que se propone el arraigo domiciliario con el único fin de que el Ministerio Público Federal cuente con un plazo mayor para la debida integración de la averiguación previa.

La redacción original y la aprobada finalmente son diametralmente distintas, pues en la primera opera como una extensión o prórroga de la retención ministerial, que ya tiene como presupuesto que ésta se haya emitido conforme a la Constitución. Limite jurídico que no sobrevivió a la estulticia parlamentaria y en cambio se estableció el arraigo domiciliario como una detención previa a la retención ministerial y a la prisión preventiva.

Ya vimos como se desvirtuó su naturaleza, ahora veremos como se modifica su finalidad, ello se puede apreciar de la comparación de la iniciativa de ley y su exposición de motivos, de las cual resulta una contradicción en su motivo y fin; en la exposición de motivos se señala la figura del “arraigo domiciliario” como una simple extensión del plazo del “arraigo” ya previsto en el artículo 133bis del Código Federal de Procedimientos Penales, sin embargo, ya en la ley,. el artículo 15 del texto original propone al arraigo domiciliario como una extensión del plazo de retención ministerial con el fin de integrar debidamente la averiguación previa y en el texto finalmente aprobado del artículo 12, se estableció el arraigo como una privación de la libertad anterior a la retención ministerial, a la detención judicial y a la prisión preventiva y agrego otra finalidad, que el arraigado coopere con la investigación de los hechos que se le imputan.

Como se puede ver, el Ejecutivo Federal en combinación con la Procuraduría General de la Republica indujeron al error al Poder Legislativo,

cuando mencionan al arraigo domiciliario sólo como una extensión del plazo previsto en el Código Federal de Procedimientos Penales y el legislador no se conformo con ser engañado, sino que además empeoro la norma propuesta cuando elimino el previo agotamiento del plazo de retención ministerial y por ende su control constitucional y agrego una segunda finalidad que atenta contra la garantía de no auto—incriminación.

Así se empleo un homónimo, una figura jurídica ya conocida el “arraigo”, para establecer otra novedosa el “arraigo domiciliario”, cuyas diferencias ya analizamos en el punto 3.1 de esta obra, concluyendo que el primero es RESTRICTIVO de la libertad de transito y el segundo es PRIVATIVO de la libertad personal.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se pronuncio sobre la inconstitucionalidad del arraigo previsto en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, pues considero que en la averiguación previa aún no existen datos que conduzcan a establecer que el arraigado tenga una responsabilidad ni en grado de probabilidad, por lo que dicha orden se considero contraria a los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución.

Es así como nuestro arraigo civil, evoluciono en la metería penal federal y posteriormente sufrió una mutación, en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada con el “arraigo domiciliario” donde sus elementos originales y los nuevos se funden en una institución amorfa, que contraviene expresamente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tanto por sus consecuencias ineludibles como por la expectativa de resultado.

En consecuencia, queda claro que no existe mejor límite a la actividad del Estado que los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en

el texto supremo, pues ningún crimen justifica otro crimen para combatirlo, ello retrocedería nuestro Estado de Derecho, a la Ley del Talion, consideración que es apoyada con la doctrina jurídica especializada:

“Los vínculos entre terrorismo y derechos humanos. **No es justificable que para combatir un crimen** como el terrorismo, el Estado o la sociedad internacional **se aparten de normas fundamentales** incluyendo las relacionadas la (sic) protección de los **derechos humanos y privan (sic) a los presuntos responsables de garantías procesales.** No pueden ser admisibles lecturas en el sentido de que, puesto que los terroristas cometen actos deleznable, su proceso penal puede llevarse a cabo con un grado menor de respeto a sus derechos humanos.”¹⁷⁴

Ante las situaciones de hecho, sólo queda un límite a la actividad del Ministerio Público Federal, cuando el afectado puede acudir ante el Poder Judicial a solicitar se respeten sus garantías individuales.

Entonces, el texto supremo es la última oportunidad del afectado para detener la actividad ignominiosa del Estado. Así, debemos confiar en la valentía de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para erigirse como el principal instrumento de control constitucional y defender el texto supremo de embates mediáticos que distorsionan la integridad del sistema jurídico mexicano.

Hay que recordar que la norma primigenia del Estado, es la Constitución, su defensa protege el bien común y su respeto garantiza la paz social, por lo que no pueden alegarse causas de seguridad nacional o bien común para establecer un régimen de excepción a las garantías individuales, pues no existe bien jurídico superior a la Constitución, ni mayor riesgo para la nación que su inobservancia.

¹⁷⁴ BUSCAGLIA Edgardo GONZÁLEZ RUIZ Samuel. REFLEXIONES EN TORNO A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA 1ª ed., México, INACIPE ITAM, 2005, p. 385.

4.2 INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

La inconstitucionalidad del arraigo contenido en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se puede encontrar primeramente en el proceso legislativo que le dio origen, pues a saber, se pretende una especie de “constitucionalización” de la ley, cuando lo jurídicamente correcto es que las leyes se ajusten a la Constitución y no viceversa.

Así es, pues durante el proceso legislativo que dio origen a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, se impulsaron reformas a la constitución para adecuarla a la ley federal. Sin embargo el esfuerzo fue poco productivo, pues finalmente ésta ley secundaria resulta inconstitucional como desde su concepción.

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, resulta inconstitucional casi en su totalidad, pues comienza por violar el principio de lesividad y tipifica un delito que carece bien jurídico dañado, sancionando con una pena muy severa a quien forme parte de la delincuencia organizada, es decir a quien por desgracia tenga cualquier tipo de contacto con una empresa ilícita jerárquicamente organizada, con división del trabajo y amplio poder económico. Así lo considera el Licenciado Luis Felipe Agripino:

“...con el reconocimiento de un bien jurídico supra individual de carácter colectivo, o bien, a partir de la protección de bienes jurídicos individuales susceptibles de afectarse a través de la delincuencia organizada, por la estructura del tipo contenido en la LFCDO, nos encontramos con una segunda vertiente del problema. **La descripción típica: (...) representa una ruptura con el principio de lesividad**, que debe prevalecer en el sistema de derecho democrático.

El señalamiento de la exposición de motivos y la propia estructura del tipo nos conducen a desentrañar dos vertientes:

primeramente, **el reconocimiento de un bien jurídico superior a los intereses individuales**; por otra parte, **la forma en que estos se reconocen y tutelan en el tiempo.**”

Se adelanta la barrera de punibilidad sancionando actos que en su contexto normal **serían meramente preparatorios** —o ni siquiera eso— a la afectación de los bienes jurídicos que se consagran en el tipo. Así, no obstante que entre la acción típica y la lesión de los bienes jurídicos existe un amplio margen, parece que el legislador tomo en consideración que la propia acción es peligrosa per se y por ende, es digna de considerarse punible.”¹⁷⁵

Con esta inercia de voluntad dirigida a sancionar a los miembros de la delincuencia organizada, el legislador analiza y aprueba la figura del arraigo domiciliario contenido en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, pero comete un desatino cuando prejuzga la responsabilidad del arraigado, pues equipara al arraigado en forma automática con la calidad de delincuente peligroso.

Lo anterior tiene sustento, pues claramente la ley establece el arraigo domiciliario sólo para los miembros de la delincuencia organizada, media precautoria, que en teoría, no se puede aplicar a los delincuentes comunes ni aquellos que aún cometiendo un delito grave no son miembros de la delincuencia organizada, luego, el Ministerio Público debiera demostrar en su solicitud los extremos de procedencia. Sin embargo, al respecto la ley es omisa y no dispone cuales son los requisitos para solicitar la orden de arraigo ni cuales son los elementos que toma en consideración el Juez para aprobar la medida. Pero debemos considerar que el Ministerio Público debe contar con la certeza de que se trata de un delito y un delincuente que pertenece a la delincuencia organizada.

Entonces, se estableció un régimen de excepción a las garantías individuales con el objetivo de dotar al Ministerio Público de mejores

¹⁷⁵ GUERRERO AGRIPINO Luis Felipe. LA DELINCUENCIA ORGANIZADA 1ª ed, México, Universidad de Guanajuato-Facultad de Derecho, 2001, pp. 300, 309 y 310.

herramientas para combatir a la delincuencia organizada. Sin embargo, no basta con proponer castigos más severos y métodos de investigación más represivos y menos respetuosos de las garantías, pues recordemos que durante todo el proceso el reo aún se presume inocente. Así para que el sistema jurídico mexicano tenga existo en el combate a la delincuencia, es necesario que los actos ilícitos sean verdaderamente sancionados, y con ello, no dar oportunidad a que los delincuentes hagan del delito su *modus vivendi*, pues ello, no es sólo un reflejo de la sofisticada organización criminal, también pone en evidencia la impunidad con que actúa el delincuente, al grado que puede hacer del delito una empresa redituable durante toda su vida.

Así la tipificación del delito de delincuencia organizada, es un paso hacia atrás en el Estado de Derecho y un paso hacia delante al Estado totalitario, como lo manifiesta en forma inmejorable el Licenciado Luis Felipe Guerrero:

“Queda clara la excepcionalidad de la LFCDO, reflejada en el delito que en ella se regula con respecto a la delincuencia organizada. También, es palpable que la nocividad del Derecho Penal de excepción y su degeneración en el Derecho Penal simbólico significa **una regresión del Estado Democrático, al Estado Totalitario.**”¹⁷⁶

También se puede encontrar la inconstitucionalidad de la ley, cuando el arraigado es privado de su libertad personal sin cumplir los requisitos constitucionales para los actos de privación, es decir, que antes exista comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del afectado, lo que se traduce en un castigo para saber si se debe investigar.

Tomando en consideración que el Ministerio Público aún no cuenta con elementos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del

¹⁷⁶ GUERRERO AGRIPINO Luis Felipe. LA DELINCUENCIA ORGANIZADA 1ª ed, México, Universidad de Guanajuato-Facultad de Derecho, 2001, p. 371.

inculpado y sin embargo, con la simple imputación del Ministerio Público hacia el arraigado de quien sospecha es miembro de una organización criminal, una mínima incriminación a una pena cierta, pues el investigador no se encuentra obligado a señalar a cual organización delictiva pertenece, ni cual es su actividad o participación en la jerarquía, elementos que fueron considerados por el legislador como indispensables para distinguir la delincuencia organizada.

Entonces los elementos que toma en consideración el Juez para autorizar la orden de arraigo son unilaterales, pues sólo el órgano acusador aporta pruebas sin que el afectado pueda siquiera alegar lo que en su defensa convenga, con lo cual se viola formalmente la garantía de audiencia y materialmente la garantía de libertad personal.

Los dos anteriores motivos de inconstitucionalidad, son más que claros para cualquier jurista, pero aun existen otros motivos de inconstitucionalidad a mi parecer más graves y más peligrosos, me refiero al fin mismo del arraigo de que busca revertir la carga de la prueba, con la propia confesión del arraigado.

Así acontece cuando ¡el indiciado es quien debe demostrar su inocencia!, ¡quien debe aportar datos para la investigación del delito! ¡quien debe confesar! ¡quien tiene que delatar a sus cómplices de mayor peligrosidad o jerarquía! y ¡quien sufre la pena!, primero la de arraigo, continuando con la prisión preventiva y concluyendo con la pena como sanción por la comisión del delito.

Esa absurda pretensión de que el indiciado participe en los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo hace que dicha norma contravenga la garantía de no auto incriminación y la de no compeler a declarar, conductas que no sólo rayan en lo anticonstitucional, sino que además se ajustan perfectamente en tres delitos, I) el de abuso de autoridad; II) el delito contra la administración de justicia, previstos respectivamente en la fracción XIII

del artículo 215 y la fracción XII del artículo 225 del Código Penal Federal; III) así como en la descripción típica del delito especial de Tortura previsto en el artículo 3 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Más aún, la violación es tan evidente y el encono tan acendrado que la aplicación del arraigo domiciliario descrito en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, contiene tanto elementos de tortura física, como de la especie psicológica.

Lo anterior es reprobable en un Estado de Derecho, pues basta con contrastar el arraigo con las garantías constitucionales para concluir que dicha acción es contraria a la Constitución y directamente trasgresora de estas garantías:

I).- La garantía de **audiencia previa** y requisitos mínimos para los **actos de privación** contemplada en el artículo 14, pues el arraigado sólo puede acudir ante el juez cuando ya se encuentra sujeto de arraigo.

II).- La garantía de **acceso a la justicia** impartida por Tribunales establecida en el artículo 17, pues sólo el Ministerio Público tiene acceso a la jurisdicción y el arraigado no.

III).- La garantía de **no auto incriminación** y prohibición de cualquier **incomunicación y tortura** prevista en el artículo 20 inciso A) fracción II, pues se le compele psicológicamente a confesar y para ello se le priva de su libertad personal.

IV).- La de **prueba** prevista en el artículo 14 segundo párrafo y 20 fracción V, cuando no puede presentar pruebas ante el juzgador para demostrar la improcedencia de la orden de arraigo.

V).- La de **presunción de inocencia** prevista en tratados internacionales, en la legislación penal federal y reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como garantía contenida en la genérica de formas del debido proceso en el artículo 14. Pues sin pruebas ni indicios suficientes de culpabilidad es tratado como delincuente.

VI).- La de **adecuada defensa** prevista en la fracción VII y IX inciso A) del artículo 20: cuando se impone la reserva de las actuaciones ministeriales y se mantiene en secreto la identidad del denunciante.

VII).- La de **legalidad y exacta aplicación** de la ley prevista en el artículo 14 tercer párrafo. Pues es un acto de excepción a las garantía que no se encuentra contemplado en la Constitución, dichas excepciones son de interpretación y aplicación estricta y sólo pueden estar contempladas en la propia ley suprema.

VIII).- La garantía de **in dubio pro reo**, reconocida por la jurisprudencia. Pues al existir contradicción entre la norma suprema y la Ley Federal, se debe aplicar la más benéfica al reo, y por identidad en la materia se debe invocar la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que el arraigo contenido en el artículo 122bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua es inconstitucional.¹⁷⁷

Si bien respecto de otras violaciones al régimen general de garantías individuales se busco limitar a la autoridad, ello no ocurrió para el caso del arraigo domiciliario, cuyo límite existe claramente en la legislación civil cuando

¹⁷⁷ Nota del autor.- Esta resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo fue posible porque se analizo mediante la acción de inconstitucionalidad.

se impone la reparación del daño y para la procedencia de la medida es necesario otorgar fianza.

Así es claro que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición y el Estado debe reparar el daño cuando emplea el arraigo domiciliario en forma desmedida y sin causa justificada, al respecto en forma brillante el Senador Héctor Sánchez López expresa lo siguiente:

“Por otro lado, conforme lo señala el artículo 12, si bien es cierto que deben de tomarse medidas para evitar que un presunto delincuente se sustraiga de la acción de la autoridad, también disponerse la **reparación del daño, en el caso que el arraigo a que se refiere este artículo no hubiere sido justificado.**”¹⁷⁸

No obstante la puntualización, la Cámara de Diputados paso por alto la observación y decidió aprobar el arraigo domiciliario sin ninguna restricción ni responsabilidad del Estado, por lo que esta figura jurídica es una carta abierta para el abuso y la violación a las más elementales garantías individuales.

Sin embargo, a pesar de la evidente inconstitucionalidad del arraigo domiciliario, la figura jurídica ha logrado subsistir a los medios de control constitucional por más de diez años, utilizando los resquicios legales y convirtiéndose en un aliciente para gobernantes mesiánicos que buscan actuar sin ningún limite, lo que verdaderamente constituye un peligro para el bienestar social, la seguridad nacional y el Estado de Derecho.

Así el arraigo domiciliario contenido en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, viola en forma tan ofensiva nuestro ordenamiento supremo, que no puede ni debe, seguir en nuestra legislación positiva nacional.

¹⁷⁸ LANZ CARDENAS José Trinidad Lic. DIARIO DE DEBATES Senado de la Republica, Legislatura LVI, año III, primer periodo ordinario, diario 11, 15 de octubre de 1996.

4.3 DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Tuvimos oportunidad de analizar la flagrante violación constitucional del artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, y también vimos que los medios de defensa constitucional han fracasado, la acción de inconstitucionalidad ya caduco, la controversia constitucional no opera, el control difuso fue impedido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y el Juicio de Amparo se ha topado con las causales de improcedencia previstas en la fracción X y XVI del artículo 73 de la Ley de Amparo.

Ante la ineficacia del control constitucional se impone la necesidad de derogar el arraigo domiciliario, con la finalidad de preservar el orden jurídico nacional y proteger al gobernado contra la arbitrariedad del Estado, quien con la sola sospecha impone penas que son contrarias al sistema jurídico de derecho y al texto supremo que constituye el dogma sobre el cual descansa el marco jurídico nacional.

Sin embargo, la derogación de esta norma implica serias complicaciones de índole políticas, pues primero es necesaria la voluntad del legislador la cual es dudosa, pues el costo político de derogar normas diseñadas contra la delincuencia organizada es alto para los partidos políticos enfrascados en la lucha del poder, y en segundo lugar, será necesario encontrar mecanismos legales que incrementen la efectividad del Ministerio Público Federal sin menoscabo de las garantías individuales de los gobernados.

Los anteriores problemas surgen de la ineficacia de los sistemas de control constitucional, pues según nuestra división de poderes, la responsabilidad de guardar la Constitución es facultad de la Suprema Corte de

Justicia de la Nación, por lo que además de la derogación de la norma se impone la necesidad de encontrar nuevos mecanismos de defensa constitucional que reparen los resquicios legales para garantizar la adecuada protección de la norma suprema.

No obstante que la inconstitucionalidad del arraigo domiciliario es evidente, el legislador no se ha sensibilizado sobre la problemática de tener esta figura procesal que viola garantías individuales e impone una restricción al régimen general de garantías individuales, sino por el contrario, la fracción parlamentaria del Partido Acción Nacional durante la legislatura LVIII, elaboro un proyecto de reforma con el siguiente titulo:

“Para adicionar el artículo 16 de la Constitución Política Federal; con el propósito de **eleva a rango de constitucional la medida precautoria del arraigo** para prevenir y combatir la delincuencia organizada, presentada por el Diputado David Rodríguez Torres, del Grupo Parlamentario del PAN, en la sesión del lunes 28 de abril de 2003”¹⁷⁹

Dicha iniciativa sigue con la absurda idea de constitucionalizar una ley, sin que de por medio existan motivos para considerar que la supremacía constitucional ha dejado de tener vigencia. Pues al respecto ningún hábil legislador ha copiado otra ideología que sustente todo el edificio legal de una nación en la constitucionalización de leyes ignominiosas.

Esta iniciativa en su exposición de motivos comete error tras error, pues comienza por suponer que todos los sujetos de arraigo son delincuentes, prejuzgando su responsabilidad, para continuar con el desatino y pensar que el Juicio de Amparo y la suspensión permiten la evasión de estos ya prejuzgados delincuentes, lo que evidentemente es mentira pues conforme a la Ley de

¹⁷⁹ DIARIO DE DEBATES , Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, 28 de Abril de 2003.

Amparo la suspensión provisional no tiene efectos restitutorios, sin embargo el proyecto de ley manifiesta lo siguiente:

Exposición de Motivos

Actualmente, en este edificio Legislativo se esta llevando a cabo una serie de sesiones docentes, dentro de las cuales hemos tenido la oportunidad de escuchar a un connotado jurista Magistrado Federal en Materia Penal, quien al estar impartiendo sus cátedras y experiencias en Derecho Penal y Procesal Penal, tuvo a bien comentar la necesidad de reforzar constitucionalmente la figura del arraigo para la impartición de justicia, con el propósito de disminuir la cantidad de juicios de amparos que se promueven por criminales altamente peligrosos, que protegiéndose en la Constitución argumentan como actos violatorios de garantías la medida precautoria del arraigo, “según esto por constreñir su libertad”. Sin embargo, vemos que la mayoría de los peticionarios de garantías en este sentido, son individuos relacionados con la delincuencia organizada, con un poder económico y en ocasiones político muy fuerte, que les ha permitido contratar abogados especialmente dedicados a la defensa de este tipo de sujetos peligrosos, que dada la naturaleza de la organización son capaces de corromper a cualquier autoridad con tal de obtener los beneficios de la ley.

Ante tal situación, debemos reforzar la figura jurídica de arraigo, para que pueda disminuirse el obsequio de suspensiones provisionales mediante el juicio de amparo a los delincuentes que participan en el crimen organizado, se debe concientizar a la sociedad en general de que el amparo es para quien realmente debe de ser protegido por esta figura. El candado jurídico debe de ser contemplado desde diversos aspectos; individual, económico social, y político, es decir, la libertad, no debe ser motivo de abuso por parte del ciudadano, de ahí que la normatividad se deba de ajustar precisamente a ese tipo de individuos, que por su conducta son considerados criminológicamente hablando como individuos peligrosos y algunos hasta reincidentes, mismos que debido a las conexiones que tienen, sí existe el temor fundado de que se sustraigan a la acción de la justicia.

La presente adición, obedece a una política criminal ajustada a las necesidades sociales por las que atraviesa nuestro país, así vemos cotidianamente, que los delincuentes más buscados dada su alta peligrosidad por estar relacionados con la Delincuencia Organizada, se tornan invulnerables cobijados en la Ley de Amparo, lo que impide a la autoridad integrar debidamente la averiguación previa y seguir un proceso adecuado, por ello mismo, es muy importante contemplar en la Constitución Federal la figura jurídica del arraigo, no como un capricho del

Legislador, sino atendiendo a un reclamo social que constantemente se ve atacada por este tipo de individuos, que por circunstancias jurídicas adversas evaden la acción de la justicia.”¹⁸⁰

Motivos desatinados, pues no sólo prejuzgan la responsabilidad criminal del arraigado quien hasta ese momento únicamente es sospecho, sino que además ven la posibilidad de contratar un abogado como algo censurable y lo que es peor, según ésta exposición de motivos “la libertad, no debe ser motivo de abuso por parte del ciudadano”, sin que antes el legislador haya recapacitado en atender y entender que es el Estado quien no debe abusar ni de la privacidad, ni de la libertad del ciudadano.

Motivos y desatinos que reflejan un sentimiento irreflexivo y anticonstitucional producto de la ignorancia jurídica y sus instituciones, cuando sacrifican la libertad personal en aras de la seguridad colectiva, pero dejan de tomar en consideración que la inseguridad no deriva exclusivamente de la delincuencia sino además de la leyes que propician incertidumbre jurídica y reducen la protección de los derechos humanos, por lo que a fin de cuentas, el gobernado no delincuente, se ve sujeto a dos males, la criminalidad y la violación a sus garantías individuales, imponiendo males mayores a los ya existentes con una justificación que no basta, como se aprecia a continuación de su exposición de motivos para la reforma:

“Por lo anteriormente expuesto, consideramos necesario fortalecer de elementos jurídicos al Juez, para que a petición del Ministerio Público pueda ordenar como medida precautoria el arraigo a este tipo de individuos, **que de antemano sabemos pertenecen a la Delincuencia Organizada** dada la naturaleza de sus conductas criminosas desplegadas.

Siguiendo el principio del buen Derecho en lo concerniente al arraigo, se debe proteger a la víctima sin perder de vista el orden público como bien jurídico tutelado de la sociedad en general, y no sólo la libertad individual del criminal. La

¹⁸⁰ DIARIO DE DEBATES , Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, 28 de Abril de 2003.

aplicación de esta medida es evitar que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia, pues válido es sacrificar un bien menor, que poner en peligro a toda una sociedad con este tipo de personas.¹⁸¹

A nuestro parecer, la Constitución es la piedra angular de un Estado de Derecho libre y democrático, donde se privilegia la libertad y el respeto a los derechos humanos de los gobernados y se imponen sanciones únicamente mediante juicio previo, por lo que el Sistema Constitucional es el nuevo paradigma de organización jurídica a nivel internacional y que en nuestro país es una realidad que debemos fortalecer y defender. Por el contrario el legislador ha establecido un régimen ordinario de excepción, en el cual se pueden vulnerar las garantías individuales sin previo juicio, so pretexto de combatir el crimen y sin percatarse que con ese combate ilegal también pierde el Estado.

Otra iniciativa de reforma a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, es la propuesta por el Diputado Federal Antonio Marrufo Torres, miembro del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, durante la LIX Legislatura, en la cual se propone modificar la palabra “podrá” por la palabra “deberá”, con la siguiente exposición de motivos:

“EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

Sin duda, uno de los temas de mayor importancia y sensible es el relativo a la seguridad al ser un valor necesario para las personas, indispensable para poder llevar a cabo su proyecto de vida, el ciudadano necesita que no existan amenazas que inhiban e intimiden su integridad, el se su familia y sus bienes. La seguridad es un derecho, y es deber del Estado garantizarlo a la sociedad.

La mejor herramienta jurídica para combatir la Delincuencia Organizada es sin lugar a duda una Ley que de garantía, seguridad y certeza jurídica; gran acierto del Legislativo el decreto mediante el que se creó la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996.

¹⁸¹ DIARIO DE DEBATES , Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, 28 de Abril de 2003.

En la actual Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, encontramos un enorme vacío jurídico en una gran parte de su articulado se menciona la palabra “podrá” por la que otorga una facultad potestativa de hacer o de no hacer a los Tribunales, así como distintas autoridades que tienen la obligación de combatir a la Delincuencia Organizada con aplicación estricta de la ley.

La ambigüedad que implica la palabra “podrá” para la aplicación estricta de la ley no tiene efecto decisivo y determinante para quienes aplican la Ley, ya que no se obliga a acatar la norma aplicable para cada caso que se investiga con relación a la Delincuencia Organizada.

La falta de tecnicismo para la decisión de una norma jurídica, así como la aplicación a la misma, presenta un vicio jurídico al no poder combatirla si su perfeccionamiento no alcanza el sublime derecho.

El sistema mexicano de impartición de justicia debe garantizar su estricta aplicación como lo señala el artículo 17 constitucional, pero debe haber estricta claridad en las leyes fundamentales para combatir a la delincuencia, los ordenamientos que de éste emanen no dejen espacio para ser manipuladas a criterio de las autoridades que tienen la responsabilidad de impartir justicia o por los profesionales del derecho que ante la imperfección de nuestras leyes pudieran buscar beneficios personales.

Compañeras y Compañeros Legisladores, es obligación de esta soberanía, coadyuvar para que existan mejores Leyes, que garanticen una adecuada impartición de justicia ante una sociedad que lo exige, penas más severas para delincuentes de alta peligrosidad y reincidentes, certeza jurídica a quienes son juzgado así como a los que juzgan, el objeto fundamental de esta Reforma es darle a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, certeza jurídica al modificar varios artículos la palabra “podrá” por “deberá”.¹⁸²

La anterior exposición de motivos refleja la preocupación del legislador por crear certeza jurídica y métodos más efectivos para el combate a la delincuencia organizada, lamentablemente también refleja la incompetencia del legislador que la propone. Al respeto debemos analizar la reforma propuesta al artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada:

“Artículo 12 Párrafo único.- El juez “**deberá**” dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las

¹⁸² **DIARIO DE DEBATES** H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, LIV Legislatura.

características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongara por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y **pueda** abreviarse el tiempo de arraigo.”¹⁸³

Queda claro que este proyecto de reforma es una vacilada, pero una necesidad peligrosa, pues sin reparar en la función de control del Poder Judicial, propone la obligatoriedad del Juez de aprobar la orden de arraigo solicitada por el Ministerio Público, circunstancia que haría autoritaria una orden que ya es discrecional.

Pero la ligereza con que se propone ésta iniciativa es tan alarmante, que sólo se limita a la sustitución de la palabra “podrá” por la diversa “deberá” pasando por alto la palabra “pueda” que pertenece al mismo verbo, lo que evidencia un trabajo legislativo poco serio.

La anterior iniciativa reduce el combate a la delincuencia organizada, que es un problema multi—factorial a cuestión de semántica legislativa, cuando el problema debe ser atendido en forma integral y de fondo, sin menoscabo de las garantías individuales como régimen general.

De las dos anteriores iniciativas se aprecia que en verdad no existe voluntad del Poder Legislativo que pueda derogar el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, pues se aprecia que lo que se pretende es modificar la Constitución para purgar los vicios de constitucionalidad, práctica legislativa que es contraria al artículo 128

¹⁸³ **DIARIO DE DEBATES** Cámara de Diputados, LIV Legislatura, artículo 12.

constitucional mediante el cual todo Servidor Público se obliga a respetar la Ley Suprema.

Lo anterior pone de manifiesto que el legislador no sólo actúa de forma contraria a la teoría constitucional, sino que además viola normas fundamentales que previamente se obligo a respetar, es decir comete hechos ilícitos cuando su función pública no se ajusta a la Constitución.

Cabe precisar que para la derogación del artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, es necesario seguir el mismo proceso que para la creación de leyes, como lo señala el inciso f) del artículo 72 de nuestra Constitución:

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.**

Entonces, resulta necesario que además de la voluntad del Poder Legislativo exista concordancia con el Ejecutivo Federal quien será en última instancia quien pueda imponer el veto o la aprobación y publicación de la derogación del artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Ahora bien, como lo señala el artículo 9 del Código Civil Federal, la ley sólo queda abrogada por una nueva, ya sea en forma expresa o tacita:

Artículo 9.- La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposición total o parcialmente incompatibles con la ley anterior.

Sin embargo no existe ningún riesgo perjudicial ante el vacío legal que puede dejar esta ley, pues si bien fue ideada para abatir la criminalidad, queda claro que desde su aprobación hasta la fecha, el arraigo es un instrumento que no ha aportado ningún beneficio a la impartición de justicia y en cambio representa un peligro latente para todo gobernado que puede ser afectado con esta medida cautelar que vulnera garantías individuales.

Lo anterior se demuestra de los seis informes de gobierno presentados por el Presidente Vicente Fox, en los cuales se destacan los supuestos logros en materia de combate a la delincuencia organizada y que a continuación se resumen:

Durante el segundo, tercero, cuarto y sexto Informe de Gobierno del Presidente Vicente Fox Quezada, no existe dato alguno sobre la aplicación y efectividad del arraigo, sin embargo algunos datos importantes podemos encontrar en el primero y quinto, que en lo conducente dice:

Primer Informe de Gobierno

Los principales acuerdos derivados de la X Conferencia Nacional de Procuración de Justicia son los siguientes:

CNPJ/X/02/2001. Se acordó retomar las observaciones al estudio sobre la figura del arraigo, a fin de elaborar una propuesta de iniciativa para incluir la mencionada medida cautelar en la Constitución General de la República.

(...)

Quinto Informe de Gobierno Vicente Fox

Principales Resultados en el Combate a la Delincuencia Organizada

Durante la presente administración la PGR ha fortalecido las áreas de operación e inteligencia especializadas para combatir con mayor eficacia a la delincuencia organizada.

En el periodo de enero a junio de 2004 se iniciaron 487 averiguaciones previas por delincuencia organizada, 106 por operaciones con recursos de procedencia ilícita (ORPI), nueve por asalto y robo de vehículos, 149 por delitos contra la salud, 173 por secuestro, 22 por terrorismo y violación a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y 28 por delitos de tráfico de menores,

indocumentados y órganos; de éstas, en total se consignaron 101.

En el periodo de enero a junio de 2005 se iniciaron 400 averiguaciones previas, 128 por delincuencia organizada, 32 por privación ilegal en su modalidad de secuestro, una por extorsión y 239 por delitos diversos. **Para su integración** se solicitaron y fueron autorizados 93 arraigos, **medida cautelar que se aplicó a 284 personas.**

De enero a junio de 2005, se dictaron 20 sentencias a miembros de la delincuencia organizada, **las cuales representan un castigo de 473 años de prisión.**

Como se puede ver, la efectividad del arraigo debe medirse por su aplicación y no por sus resultados contra la delincuencia, pues el mismo número de solicitudes realizadas por el Ministerio Público Federal fueron autorizadas por los Juzgados Federales, situación que deja muy en claro que el control jurisdiccional no cumple su función.

Sin embargo, 284 personas fueron víctimas de esa pena y únicamente 20 llegaron a sentencia, lo que refleja claramente el abuso de la autoridad en la imposición de tal medida precautoria, cuya ineficiencia está demostrada.

Por todo lo anterior, es procedente la derogación del artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, por ser contrario al texto de la Ley Suprema y por ser un instrumento del cual abusa la autoridad en detrimento de las garantías de los gobernados, sin que tengan adecuados medios de defensa para evitar la medida o bien para sancionar el abuso.

4.4 BENEFICIOS DE LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Los perjuicios que representa el arraigo domiciliario, van más allá de la afectación directa del arraigado, pues la subsistencia de normas contrarias a la

Constitución atentan contra todo el sistema de derecho nacional, al poner el riesgo el dogma de la supremacía constitucional y abrir la puerta a otras violaciones o restricciones a las garantías individuales con pretextos legitimados que conducen al autoritarismo y la omnipotencia del Estado.

Ahora bien, el primer beneficio que podemos obtener de la derogación del arraigo domiciliario, será que el indiciado o sospechoso en una averiguación previa, no sea sujeto de violación a sus garantías individuales, regresando al Ministerio Público al control constitucional de sus acciones, donde encuentra un límite a su potestad investigadora.

En segundo lugar, podremos evaluar de mejor forma la eficiencia del Ministerio Público para combatir la delincuencia organizada, analizando sus verdaderas desventajas técnicas sin enmascarar las estadísticas con un gran número de arraigos y un mínimo número de sentencias condenatorias.

Analizada la impunidad de la delincuencia organizada, se vera que ésta no sólo implica la libertad personal del delincuente, como tampoco, la privación de su libertad garantiza la debida integración de la averiguación previa, pues como ya lo dijimos, el éxito del proceso penal depende de la acción investigadora del Ministerio Público y no de la falta de libertades del procesado o de la disminución de sus garantías.

El principal beneficio de la derogación, es el regreso a la constitucionalidad y a la idea de que las garantías individuales son los derechos mínimos irreducibles e imprescriptibles que tiene el ciudadano contra la actividad del Estado, por lo que se pretende alejar la tentación de un Estado autoritario que controle y subyugue los derechos fundamentales. Que hoy es la privación de la libertad personal y la garantía de no auto incriminación, ya fue la

privacidad de las comunicaciones privadas y la inviolabilidad del domicilio, ¿Qué sigue? ...la incomunicación o la vida.

Así se desprende de la exposición de motivos de la propia Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, como siguiente paso a seguir:

Aún cuando también se recomienda por la legislación comparada el uso de retenciones por mayores plazos de los presuntos responsables, para asegurar que otros miembros de la organización criminal **no se comuniquen** con el detenido durante la retención, y facilitar su captura, la iniciativa **consideró oportuno no adoptar por ahora** dicha medida y, en cambio, si hacer uso del arraigo domiciliario ya previsto en los códigos de procedimientos penales, ampliando solamente su duración con autorización judicial.¹⁸⁴

La anterior problemática tiene como efectos, la inestabilidad jurídica y social del Estado, poniendo en riesgo no sólo la integridad de las personas sujetas a arraigo domiciliario, sino el peligro constante de la rebelión contra las instituciones legalmente establecidas, un aliciente para los alborotadores que buscan sacar beneficios del conflicto y que pueden ser precisamente las organizaciones delictivas que cuentan con los recursos económicos y las armas.

Otro beneficio de la derogación del artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, es que se actualizaría la ley a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ya decidió que el diverso arraigo contenido en el artículo 122bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua es inconstitucional, como a continuación se aprecia de la siguiente jurisprudencia:

¹⁸⁴ **HISTORIA LEGISLATIVA Y PARLAMENTARIA CONSTITUCIONAL** CD-ROM, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial Federal, Materia Penal, 2000.

“ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le

imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.”¹⁸⁵

Ahora bien, plantear la derogación como única solución al problema, sería arriesgado, pues como ya lo vimos ésta solución queda en manos de la caprichosa voluntad política, situación por la cual en un Estado de Derecho como el nuestro, en donde se ejerce el control constitucional por vía de acción ante órgano judicial, es pertinente tener una salida judicial a este tipo de problemas técnico jurídicos.

Para todo gobernado el Juicio de Amparo se alza como el principal medio de protección de sus garantías individuales, sin embargo no resulta eficaz como medio protector cuando el acto reclamado se consumo en forma irreparable, o bien, porque el acto reclamado dejo de tener efectos, situación ante la cual se dicta el sobreseimiento del juicio pues en el dejo de existir el agravio personal y directo, situación acorde con los principios del juicio de amparo.

No obstante, debemos recordar que el juicio de amparo tiene un doble propósito, como protector de las garantías de los gobernados, pero también como garante de la constitución, sin embargo ante la situación presentada anteriormente se deja de lado la defensa constitucional, pues en ése supuesto la Constitución sigue la suerte del quejoso.

Desde éste punto de vista, queda claro que hace falta una reforma a la Ley de Amparo que posibilite la adecuada defensa de la Constitución ante leyes que pugnan directamente contra sus postulados básicos y cuya persona física facultada para continuar con la prosecución del juicio es precisamente el Ministerio Público quien es parte procesal en el Juicio de Amparo.

¹⁸⁵ IUS 2006 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Pleno, tomo XXIII, febrero de 2006, tesis P. XXII/2006, p. 1170. derivada de la acción de inconstitucionalidad 20/2003 promovida por los Diputados de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua, 19 de septiembre de 2005.

CONCLUSIONES.

PRIMERA:

El arraigo domiciliario contenido en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, es inconstitucional por ser un acto de autoridad privativo de la libertad personal, que no reúne los requisitos que marca la constitución para ese tipo de actos, y cuyos requisitos son plasmados en el artículo 14 del texto supremo.

Los requisitos contemplados en el artículo 14 para emitir un acto de autoridad privativo, son que antes de la consumación del acto de privación exista un juicio previo, en donde se respeten las formalidades esenciales del debido proceso legal.

SEGUNDA:

El arraigo domiciliario contenido en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, es inconstitucional por ser un acto de privación de la libertad personal, no autorizado ni contemplado en el texto supremo, y por ser un acto contrario a la garantía de audiencia, y para el cual no existe excepción constitucional que así lo prevea.

La única excepción conocida para la garantía de audiencia es la prevista en el artículo 33, para los extranjeros indeseables, luego, ninguna otra excepción cabe en nuestro sistema de derecho, sin embargo, cuando se dicta el arraigo contra un ciudadano, se le hace saber dicha resolución en el mismo momento en que se ejecuta, sin ninguna oportunidad de acudir ante el oficial del Ministerio Público que lo solicita ni ante el Juez que lo autoriza, por lo que no es oído para tomar dicha determinación, violando con ello, su garantía de audiencia.

La Constitución sólo autoriza como excepciones a la garantía de libertad, la retención ministerial, la detención judicial y la prisión preventiva, por lo que la figura de arraigo domiciliario es una excepción que no se puede aplicar al régimen de garantías constitucionales, pues ello se encuentra prohibido por el artículo 1º primer párrafo.

Las únicas excepciones en materia penal a la garantía de previa audiencia, son el caso de urgencia y la flagrancia, sin embargo el arraigo no se encuentra dentro de estos supuestos de excepción, por ende la ley que lo contempla es contraria a la constitución.

TERCERA:

El arraigo domiciliario contenido en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, es contrario a la Constitución cuando establece fines que no se adecuan a las medidas precautorias, pues no mantienen el estado preexistente sino que generan un cambio de situación jurídica, que tiene la finalidad de coaccionar al arraigado para conseguir la confesión del delito que se le imputa, violando la garantía de no auto-incriminación.

Se impone la restricción de libertad y se somete al arraigado a presión psicológica cuando se le compele a confesar para abreviar el plazo de arraigo, sin embargo, ello sólo es un artificio legal, pues de confesar el delito será puesto en prisión preventiva sin derecho a fianza por ser probable responsable de un delito que la ley califica como grave.

CUARTA:

Los medios de control constitucional han fracasado, ya sea por caducidad como la Acción de Inconstitucionalidad, o por falta de oportunidad en las resoluciones judiciales como en el caso del Juicio de Amparo. Por ello, es necesaria la derogación del arraigo domiciliario como remedio a su

inconstitucionalidad, y por otro lado, la modificación del Juicio de Amparo para efectos de no dejar a la Constitución en estado de indefinición cuando por motivos técnicos o temporales no se dicte sentencia de fondo en forma oportuna y se impugne una ley de inconstitucional.

El Juicio de Amparo deja de proteger a la Constitución, cuando por motivos que atañen sólo al quejoso se dicta el sobreseimiento del juicio, dejando la violación constitucional sin análisis, situación por la cual es necesario se modifique la Ley de Amparo, para que las violaciones constitucionales no queden sin la protección de la Justicia de la Unión, aún cuando se pueda dictar el sobreseimiento al quejoso, y sin embargo, emitir la ejecutoria de fondo con el fin de salvaguardar al Ordenamiento Jurídico Supremo.

PROPUESTAS.

PRIMERA:

La derogación del artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, que además de tener el efecto de desaparecer legalmente el artículo inconstitucional debe redundar en una revisión integral de esta ley, con el fin de dotar al Ministerio Público Federal de los elementos técnicos suficientes para el combate contra la delincuencia organizada, sin menoscabo de las garantías individuales.

Otras alternativas al arraigo que presentan menos afectación al particular, es el empleo de tecnología de localización satelital, con la cual se impide la evasión y se respetan las garantías individuales del afectado.

La propuesta de dotar al Ministerio Público Federal de acción de oficio cuando se trate de la investigación de delitos considerados como delincuencia organizada, lo que implica la modificación del artículo 38 de esa ley.

Consumar la institución del “testigo protegido” y que su denuncia no sea anónima en la averiguación previa pues ello impide que indiciado pueda defenderse adecuadamente, sin embargo, con el fin de garantizar su seguridad durante la averiguación previa, el proceso y la sentencia, se debe iniciar un programa de protección a testigos que implica otorgar nueva identidad al testigo y reubicación geográfica, así como apoyos del Estado para conseguir su adecuada reintegración a la sociedad.

De igual forma, por su importancia en la administración de justicia se debe establecer un programa más eficaz que proteja al Ministerio Público, Juez, Magistrados y demás funcionarios públicos quienes por su actividad contra el crimen organizado ponen en peligro su vida.

Se propone que sean mayores los beneficios del delincuente que confiesa su delito y aporta elementos para desarticular las redes delictivas sin importar su mayor o menor jerarquía o peligrosidad, lo que implica la modificación del artículo 35 y 36 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. Se propone la condonación de la pena, pues con ello se estaría sembrando la verdadera semilla contra la delincuencia organizada, capaz de abatir el crimen organizado desde el interior de su organización.

SEGUNDA:

La modificación de la Ley de Amparo, para los efectos de que cuando se ataque una ley de inconstitucional, la protección al ordenamiento supremo no siga la suerte del quejoso, pues el cambio de situación jurídica o el hecho de que el acto reclamado haya dejado de surtir efectos, no elimina la inconstitucionalidad de la ley que se impugna.

Con lo anterior, se daría oportunidad para que el Poder Judicial Federal, pueda analizar la constitucionalidad del acto reclamado, en tratándose de inconstitucionalidad de leyes, logrando así, perfeccionar la doble naturaleza del juicio de Amparo, como medio de protección del gobernado y como medio de control constitucional.

Por lo que es necesario se reforme la fracción III del el artículo 74, para establece la excepción del sobreseimiento cuando se ataca una ley por inconstitucional, y así se pueda dictar el sobreseimiento al quejoso y la continuación del juicio para los efectos de analizar la constitucionalidad de la ley tildada de inconstitucional. Dicha reforma debe adicionar un párrafo a la fracción III del artículo 74 de la Ley de Amparo para quedar como sigue:

“Artículo 74.- Procede el sobreseimiento:

(...)

III.- Cuando durante el juicio apareciere o sobreviniese alguna de las causa de improcedencia a que se refiere el capítulo anterior.”

Quando se impugne la inconstitucionalidad de una ley, el sobreseimiento se dictara en cuanto atañe al quejoso y el juicio proseguirá hasta analizar la constitucionalidad de la ley impugnada.

BIBLIOGRAFÍA

I.- LIBROS

ALARCÓN OLGUÍN. Víctor, **LIBERTAD Y DEMOCRACIA** tomo 18, colección Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, 1ª ed, México, Instituto Federal Electoral, 1999.

ALIER CAMPUZANO. Jaime, **FACULTAD INVESTIGADORA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESPECTO DE VIOLACIONES GRAVES A GARANTÍAS INDIVIDUALES** , 1ª ed, México, Porrúa, 2005.

ARISTÓTELES, **ÉTICA NICOMÁQUEA** 1ª ed, México, Grupo Editorial Tomo, 2003.

----- **LA POLÍTICA** , 19ª ed., Sepan Cuantos, Tomo 70, México, Porrúa, 2000.

ARNAIZ AMIGO. Aurora, **SOBERANÍA Y POTESTAD** , 2ª ed, México, Miguel Ángel Porrúa.

BARRITA LÓPEZ Fernando, **PRISIÓN PREVENTIVA Y CIENCIA PENALES** , 3ª ed., México, Porrúa, 1999.

BECARIA. Cesare, **DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS** , 2ª ed, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa, 1974, p. 119.

BENEDICTO CALLEJAS. Cesar, **TEMAS SELECTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL** , México, UNAM-Senado de la Republica, 2003.

BORJON NIETO José Jesús. **COOPERACIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA** 1ª ed., México, INACIPE, 2005, pp. 314 y 315.

BURGOA ORIHUELA. Ignacio, **DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO** , 16^a ed, México, Porrúa, 2003.

----- **EL JUICIO DE AMPARO** , 39 ed., México, Porrúa, 2002.

----- **LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES** 33^a ed., México, Porrúa, 2001.

BUSCAGLIA Edgardo GONZÁLEZ RUIZ Samuel, **REFLEXIONES EN TORNO A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA** 1^a ed., México, INACIPE ITAM, 2005, p. 385.

CALVO. Julián, **LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL** Estudios Jurídicos numero 24, 1^a ed., México, UNAM, 2004.

CARNELUTTI. Francesco, **CUESTIONES SOBRE EL PROCESO PENAL** , México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal-Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, 2006.

CARPIZO Jorge y CARBONELL Miguel, **DERECHO CONSTITUCIONAL** , 1^a ed, México, Porrúa-UNAM, 2003.

CÁCERES NIETO. Enrique, **LENGUAJE Y DERECHO** , Colección Nuestros Derechos, co-ed. Cámara de Diputados-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2^a ed, México, 2002.

CASTELLANOS Fernando. **LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL** 29^a ed., México, Porrúa, 1991.

CASTRO V. Juventino, **GARANTÍAS Y AMPARO** , 11^a ed, México, Porrúa, 2000.

----- **EL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO** 12^a ed., México, Porrúa, 2002.

COVÍAN ANDRADE Miguel, Dr. **LA SUPREMA CORTE Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD** 1ª ed., México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C., 2005.

ESPINOZA BARRAGÁN Manuel Bernardo, **JUICIO DE AMPARO** 1ª ed, México, Oxford, 1999.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio, **LA PRISIÓN** 1ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.

----- **DELINCUENCIA ORGANIZADA** 4ª ed., México, Porrúa, 2005.

GÓMEZ DEL CAMPO DÍAZ BARREIRO Bernardo, **LA DELINCUENCIA ORGANIZADA** 1ª ed., México, Porrúa, 2006.

GUERRERO AGRIPINO Luis Felipe. **LA DELINCUENCIA ORGANIZADA** 1ª ed, México, Universidad de Guanajuato-Facultad de Derecho, 2001, pp. 300, 309 y 310.

HERRERA LASSO Y GUTIÉRREZ Eduardo, **GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL** 1ª ed., México, INACIPE, 1979.

HOBBS. Thomas, **LEVIATAN** trad. Manuel Sánchez Sarto, 2ª ed., 12ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

KELSEN Hans, **TEORÍA PURA DEL DERECHO** 13ª ed, México, Porrúa, 2003.

LARA ESPINOSA Saúl, **LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL** 2ª ed, México, Porrúa, 1999.

LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD, 1ª ed, 3ª reimpresión, México, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

LAS GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA, Colección Garantías Individuales, tomo 2, 1ª ed, 3ª reimpresión, México, Poder Judicial de la Federación-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Parte General, Colección Garantías Individuales tomo I, 1ª ed, 3ª reimpresión, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2004, p. 86.

LASSALLE. Ferdinand, **¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?**, 3ª ed, México, Colofón, 1990.

MACEDO DE LA CONCHA Rafael, **DELINCUENCIA ORGANIZADA** 1ª ed, México, INACIPE, 2004.

MAIER B.J. Julio, **DERECHO PROCESAL PENAL** tomo 1 Fundamentos, 2ª ed., 3ª reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.I., 2004.

MALBERG. Carré de, **TEORÍA GENERAL DEL ESTADO** 2º ed, México, Facultad de Derecho UNAM y Fondo de Cultura Económica.

MARTÍNEZ José Luis, **GRECIA** , El Mundo Antiguo, Tomo II, 1ºed, México, SEP, 1988.

MEZGER Edmundo, **DERECHO PENAL** Parte General, 2ª ed, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, p. 64.

PALLARES Eduardo, **¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?** , 4º ed, México, Fontamara, 2000.

PLATÓN, **LA REPUBLICA** , 1ª ed, México, Grupo Editorial Tomo, 2002.

PRIETO SANCHÍS. Luis, **CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO** , cita Zagrebelsky, 2ª ed., México, Fontamara, 1999.

¿QUÉ SON LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD? , 2ª ed., México, Poder Judicial de la Federación Suprema Corte de Justicia de la Nación.

RABASA Oscar, **EL DERECHO ANGLOAMERICANO** 2ª ed., México, Porrúa.

RODRÍGUEZ MANZANERA. Luis, **PENOLOGÍA** 3ª ed, México, Porrúa, 2003.

ROUSSEAU Juan Jacobo, **EL CONTRATO SOCIAL** , 2ª ed, México, Grupo Editorial Tomo, 2005.

SABINO VENTURA. Silva. **DERECHO ROMANO** , 11ª ed., México, Porrúa, 1992.

SALAS CHÁVEZ Gustavo R. **EL SISTEMA PENAL MEXICANO. ESTADO, JUSTICIA Y POLÍTICA CRIMINAL** 1ª ed., México, Porrúa, 2002.

SÁNCHEZ GAVITO. Indalecio, **TEORÍA DEL AMPARO** , 1ª Ed. facsimilar, México, Imprenta del Gobierno Federal en el Ex Arzobispado.

SEPÚLVEDA Cesar. **DERECHO INTERNACIONAL** , 16ª ed., México, Porrúa, 1991.

SERRANO MIGALLÓN Fernando y ARRIOLA WOOG Carlos, compiladores **TEMAS SELECTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL** , 1ª ed., México, UNAM-Senado de la Republica, 2003.

SFERLAZZA Ottavio, **PROCESO ACUSATORIO ORAL Y DELINCUENCIA ORGANIZADA** trad. Dr. Salvatore La Barebera, 1ª ed., México, Fontamara, 2005.

TENA RAMÍREZ. Felipe, **LEYES FUNDAMENTALES DE MÉXICO 1808-1999** , 22ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 35.

TRUEBA URBINA. Alberto, **LA PRIMERA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SOCIAL DEL MUNDO** , 1ª ed, México, Porrúa, 1971.

VÁZQUEZ Rodolfo. **INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y DECISIÓN JUDICIAL** 1ª ed, México, Fontamara, 1998.

VON LIZT. Franz, **TRATADO DE DERECHO PENAL** tomo I, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.

ZAMORA PIERCE Jesús, **GARANTÍAS Y PROCESO PENAL** 13ª ed., México, Porrúa, 2006.

II.- DICCIONARIOS y ENCICLOPEDIAS

DICCIONARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL GARANTÍAS Y AMPARO, BURGOA ORIHUELA Ignacio., 6ª ed., México, Porrúa, 2000.

DICCIONARIO DEL ESPAÑOL USUAL EN MÉXICO, Dirigido por Luis Fernando Lara, 1ª ed, México, El Colegio de México, 1996.

DICCIONARIO JURÍDICO 2000, VCD, Desarrollo Jurídico, Copyright 2000, DJ2K 2307.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO PÉREZ DUARTE y N. ALICIA Elena. Tomo I, 1ª ed., 2ª reimpresión, México, Porrúa, 1985.

DICCIONARIO tomo I, Madrid, REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, ESPASA.

ENCICLOPEDIA MICROSOFT ENCARTA 2002, DVD, Microsoft Corporation, 1993-2001, cd 1.

NUEVO DICCIONARIO DE DERECHO PENAL, 2ª ed, Bogota Colombia, Malej, 2004.

III.- LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Civil Federal.

Código de Comercio.

Ley de Amparo.

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Ley Federal del Trabajo.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada del año 2000

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Constitución Francesa de 1791.

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

The Constitution of the United States of America.

IV.- JURISPRUDENCIA

IUS 2005 DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación.

IUS 2006 DVD, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación.

CATALOGO ELECTRÓNICO , Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Instancia: Pleno, Tesis P.LVI/2006, Tomo XXIV agosto de 2006, p. 13.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. LA REGULACIÓN ESTABLECIDA EN UN PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO PUEDE APLICARSE POR ANALOGÍA CUANDO PREVÉ EXCEPCIONES A REGLAS GENERALES ESTABLECIDAS EN LA PROPIA NORMA FUNDAMENTAL.

CATALOGO ELECTRÓNICO , Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis numero de registro 189206, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Materia Penal, Semanario Judicial de la Federación, XIV, agosto de 2001, tesis 1ª. LXXXIII/2001, P. 168.

ARRAIGO. CESAN SUS EFECTOS CUANDO CON MOTIVO DE LA EMISIÓN DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN SE HAYA LEVANTADO DICHA MEDIDA PRECAUTORIA.

V.- DOCUMENTAL

DIARIO DE DEBATES Cámara de Senadores, Legislatura LVI, año II, Segundo Periodo Ordinario, fecha 19 marzo 1996.

DIARIO DE DEBATES Cámara de Senadores, Legislatura LVI, año III, Primer Periodo Ordinario, fecha 15 octubre 1996.

DIARIO DE DEBATES Cámara de Diputados Legislatura LVI - Año III - Período Primer Periodo Ordinario - Fecha 17 octubre 1996, Número de Diario 14

DIARIO DE DEBATES Camara de Diputados, Legislatura LVI - Año III - Período Primer Periodo Ordinario - Fecha 23 octubre 1996, Número de Diario 16.

DIARIO DE DEBATES Camara de diputados, Legislatura LVI - Año III - Período Primer Periodo Ordinario - Fecha 28 octubre 1996, Número de Diario 19.

VI.- INTERNET y SOFTWARE

COMPILA TRATADOS V , Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

HISTORIA LEGISLATIVA Y PARLAMENTARIA CONSTITUCIONAL CD-ROM, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial Federal, Materia Penal, 2000.

<http://www.notariapublica.com.mx/diccionario.html>

LA JORNADA

Dejan en libertad a Nahúm Acosta

- Santiago Vasconcelos señala que el magistrado en otras ocasiones ha dejado libres a *narcos*
- El ex empleado de la Presidencia afirma que pronto desenmascarará a quienes lo afectaron

ISRAEL DAVILA Y GUSTAVO CASTILLO CORRESPONSAL Y REPORTERO



Nahúm Acosta Lugo fue recibido por sus familiares al salir del penal de máxima seguridad de La Palma, en Almoloya de Juárez FOTO Agencia MVT

Por "falta de elementos para procesar", el juzgado sexto de distrito con sede en Toluca determinó dejar en libertad a Nahúm Acosta Lugo, ex director de giras de la Presidencia de la República, quien fue acusado de delincuencia organizada y de colaborar con el narcotráfico, por sus supuestos vínculos con integrantes de la organización de Joaquín *El Chapo* Guzmán Loera.

Luego de seis días de permanecer encarcelado y tras 52 de investigación policiaca bajo arraigo, en una casa de la Procuraduría General de la República (PGR), Acosta Lugo recuperó su libertad, mientras la Subprocuraduría de Investigación Especializada contra la Delincuencia Organizada (SIEDO) informó que apelará del fallo del juez José Luis Gómez Martínez, quien en tres ocasiones anteriores decidió conceder el beneficio de la libertad a otros integrantes del crimen organizado, pero sus resoluciones fueron revertidas por un tribunal de alzada, según informó José Luis Santiago Vasconcelos.

El titular de la SIEDO aseguró que no sospecha de ningún vínculo del impartidor de justicia con criminales, por lo que no interpondrá ninguna queja ante el Consejo de la Judicatura ni se le iniciará una investigación, aunque sí se procederá a interponer el recurso de apelación contra el auto de libertad, pues la PGR considera que "el juez no valoró correctamente los elementos de prueba presentados e, incluso, desestimó los testimonios de uno de los testigos principales, que en su tercera declaración ministerial aceptó temer por su vida y ya no ratificó en todas sus partes sus declaraciones iniciales de que había sido el narcotraficante Héctor Beltrán Leyva quien le envió 5 mil dólares a Nahúm Acosta Lugo".

La historia

Como se recordará, Acosta Lugo fue detenido el 3 de febrero de este año acusado de ser espía del narcotráfico infiltrado en la casa presidencial; sin embargo, este sábado ganó su primer combate legal, ya que con la declaración de libertad el ex funcionario abandonó el penal de máxima seguridad de La Palma, en Almoloya de Juárez, estado de México.

Su salida de prisión se debió, según el juez de la causa, a que la PGR no pudo acreditar los supuestos vínculos de Acosta Lugo con el narcotráfico, de manera concreta con el *cártel* de Juárez, por medio de los hermanos Arturo y Héctor Beltrán Leyva.

La PGR había solicitado apenas una semana atrás que se enjuiciara a Nahúm Acosta como presunto responsable de delincuencia organizada y delitos contra la salud en su modalidad de fomento.

Sin embargo, desde la emisión de la orden de captura, el juez no la concedió por delitos contra la salud, y ayer se cayó la acusación de delincuencia organizada.

Ayer, en conferencia de prensa, el titular de la SIEDO aceptó el fallo del juez con sede en Toluca, pero aseguró que apelaré, pues ya han tenido al menos tres casos en los que un tribunal de alzada revierte sus decisiones.

Así ocurrió, puntualizó el funcionario, con 16 integrantes de la banda de sicarios conocida como *Los Chachos* y que trabajaban bajo las órdenes de *El Chapo* Guzmán.

Inicialmente los 16 sujetos habían sido acusados en enero de este año de delincuencia organizada y delitos contra la salud; sin embargo, fue el segundo tribunal unitario el que dictó el auto de formal prisión, pues el juez Gómez Martínez los había dejado en libertad, a pesar de que se habían enfrentado a miembros del Ejército antes de ser capturados en Tamaulipas cuando pretendían apoderarse de esa plaza para las operaciones de *El Chapo* Guzmán, y de que se les encontró en posesión de 38 armas largas, 21 de ellas con sistema de ráfaga, y 16 semiautomáticas, así como 14 mil cartuchos, granadas y lanzagranadas.

Santiago Vasconcelos se declaró convencido de que la PGR aportó los elementos suficientes para demostrar que Nahúm Acosta Lugo "es un colaborador" del narcotráfico, no uno de los jefes. Sin embargo, lamentó que en ocasiones haya jueces que no tengan la suficiente comprensión sobre los alcances de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Desenmascarará a sus acusadores

Por su parte, Nahúm Acosta, al abandonar a las 9 de la noche el penal de La Palma, manifestó que el presidente Vicente Fox Quesada fue engañado, y aseguró que en breve desenmascarará a quienes lo trataron de involucrar con el narcotráfico.

Visiblemente abatido tras permanecer una semana en el penal, y antes durante 53 días arraigado por la PGR, Acosta Lugo consideró que su caso es una "vergüenza nacional para el mundo", más aun por el actuar de la PGR, que le hizo "vivir un infierno" con la fabricación de pruebas.

"En su momento vamos a hablar y lo vamos a decir todo. No es posible, porque desde el primer día que me arrestaron les dije que era inocente y que no tenía nada que ver con esto. Engañaron al Presidente. En su momento lo vamos a decir".

A las 21 horas con 10 minutos Acosta Lugo pasó por la aduana principal de la cárcel federal y se refugió en los brazos de su esposa Evelia Cajigas, donde soltó el llanto y reveló que fue objeto de tortura física y psicológica desde que fue arraigado por la PGR el pasado 7 de febrero.

"Ahora me quiero refugiar en mi familia. Estoy destrozado; me destrozaron la vida, la de mis hijos, la de mi madre, la de mis hermanos. Lo único que quiero es estar con mis hijos y que me atienda un siquiatra", expresó ante decenas de micrófonos y cámaras que lo esperaban en el exterior de La Palma.

Acosta indicó que tras días de reflexión analizará la posibilidad de contrademandar al gobierno federal por el daño causado no sólo a él, sino a su familia, y adelantó que regresará "con los nuestros" a su natal Sonora.

"Esto no se puede quedar así... ¿Ustedes creen que si hubiera estado involucrado con esos grupos criminales (el narcotráfico) no hubiera estado preocupado?, pero no, nunca estuve preocupado porque sabía de mi inocencia. Cómo es posible que el subprocurador José Luis Santiago Vasconcelos haya dicho que tuviera millones de dólares, cuando apenas tengo 40 mil pesos en el banco; no es posible. Fue puro sembrar pruebas", señaló.

Acusó al subprocurador Santiago Vasconcelos de presionarlo para que incriminara a personalidades de la política con el narcotráfico, y reiteró que en una carta al Presidente le explicará todo lo que pudo observar del actuar de la PGR y de los funcionarios que la componen.

"Durante el arraigo fui hostigado. Había instrucciones de Vasconcelos para que me cortaran las llamadas. Me golpearon en la SIEDO para que involucrara a otras personas, pero todo eso lo voy a decir".

ANEXO 2

La noticia en el momento que sucede

NOTIVER

[Inicio](#)

[Sociales](#)

[Horoscopos](#)

[Clima](#)

[Publicidad](#)

[Nosotros](#)

[Contáctenos](#)

[Mapa del Sitio](#)

Buscar Artículo:

Título

IR

Secciones

[La Primera](#)

[Sucesos](#)

[El Deporte](#)

[Espectáculos](#)

[Las Columnas](#)

[El Planeta](#)

[Sociales](#)

[Cartones](#)

[Al momento](#)

Calendario

Ago, 2007						
Dom	Lun	Mar	Mie	Jue	Vie	Sab
			<u>1</u>	<u>2</u>	<u>3</u>	4
5	6	7	8	9	10	11
12	13	14	15	16	17	18
19	20	21	22	23	24	25
26	27	28	29	30	31	

Cines



La noticia en el momento que sucede !!

Noticias relevantes

http://www.notiver.com.mx/index.php?tim=&cat_id=Relevantes

La SIEDO lo arraigó 90 días y ahora la Procu!



Más Noticias

Rescatan a 83 balseiros!

- La Armada de México detuvo a 83 cubanos indocumentados que navegaban en botes improvisados por la costa caribeña del país con la posible intención final de llegar

[Publicado: 2007 Feb 27 - 05:50](#)

• La voz del militar retirado y ex responsable de la seguridad de Acayucan, José Fernando Ortíz Candanedo, implora con piedad: "soy inocente y puedo jurarlo ante la tumba de Cirilo Vázquez Lagunes". El ex inspector de la Policía Municipal de aquel lugar sureño,

a Estados Unidos.

Ni la APPO se salva!

• "El movimiento de protesta", han incurrido en "ofensas criminales" que deben ser investigadas

Aparecen tres ejecutados!

• Los cuerpos de tres personas, dos hombres y una mujer,

AL EX INSPECTOR DE ACAYUCAN

*** Reaparece el militar José Fernando Candanedo**

*** "Soy inocente", clama arraigado en Acayucán**

Por Fidel Pérez
Reportero de NOTIVER

La voz del militar retirado y ex responsable de la seguridad de Acayucan, José Fernando Ortíz Candanedo, implora con piedad: "soy inocente y puedo jurarlo ante la tumba de Cirilo Vázquez Lagunes".

El ex inspector de la Policía Municipal de aquel lugar sureño, mismo que permaneció arraigado por 90 días a manos de la SIEDO y liberado para, posteriormente, ser arraigado por la Procuraduría General de Justicia en Veracruz (PGJ), reclama que "no puede ser investigado dos veces por el mismo delito".

Ortíz Candanedo, entrevistado el pasado lunes sólo por tres periodistas acayucqueños, accedió a una entrevista con los medios de comunicación, en presencia de su abogado Miguel Ángel Morales Cortés y suelta en la charla como ocurrieron los hechos:

"El día de los hechos en que dieron muerte a Cirilo Vázquez

Lagunes, yo estaba en mis oficinas cuando recibí una llamada de una supuesta explosión, más tarde me avisaron que había una balacera frente a la Universidad de Acayucan (UDA), entonces, salí por la carretera y llegué por la parte de atrás del Mangal.

“Ahí un policía me dijo que una camioneta los había balaceado, después llegué hasta el lugar donde estaba muerto Cirilo Vázquez, todas las patrullas llegaron al lugar de los hechos, montaron un operativo con apoyo de patrullas de los municipios vecinos y la realidad era que había muerto”.

El ex militar, ante los cuestionamientos, detalló que al expediente de las investigaciones se adjuntó un papel de estraza que, en forma de anónimo, llegó a la PGR.

ACTIVIDADES ILÍCITAS

El documento, indicó, lo involucraba en el homicidio porque supuestamente les parecía sospechoso que el día del homicidio perpetrado en contra de Cirilo Vázquez no estaba ahí con el finado, pero otro documento “decía que Cirilo Vázquez se dedicaba a actividades ilícitas como el narcotráfico y que yo prestaba las patrullas para pasar los cargamentos”.

Ortiz Candanedo refirió que en eso se basó la SIEDO para detenerlo y arraigarlo 90 días en México, pero “siempre he estado abierto a aportar todos los datos necesarios, pues soy inocente, por eso finalmente la SIEDO me absuelve de los cargos que se me hacía que eran delitos contra la salud en su modalidad de fomento, portación de arma de fuego exclusivas del Ejército, homicidio calificado y delincuencia organizada”.



Sin embargo, a la liberación por parte de la SIEDO, Ortiz Candanedo dijo que ya lo esperaba la Policía Ministerial de Acayucan, así como el Agente Primero del Ministerio Público, Ramiro Ramírez Reyes.

“Ahí, me dijeron que sería trasladado en calidad de presentado, pero fui esposado en todo el trayecto, llegando a Acayucan, en las oficinas de la Policía Ministerial, Olivia Reyes, secretaria de la Agencia Segunda, de inmediato me interrogó sobre cuál había sido mi participación en la muerte de Cirilo Vázquez, pero nunca permitieron que tuviera un abogado de confianza como lo marca la ley, más tarde otro secretario de nombre Jair me tomó nuevamente declaraciones.

“Ya una vez que había declarado, me presentaron a una persona que dijo ser abogado y que es el que me representaría. Más tarde llegó un actuario del Juzgado Primero de Primera Instancia, quien me notificó el arraigo solicitado por el Agente Primero del Ministerio Público. Pero creo que no me pueden investigar dos veces por los mismos delitos, si ya la PGR me absolvió por no encontrar elementos que me impliquen realmente en el crimen de Cirilo Vázquez Lagunes, entonces por que la PGJEV me tiene arraigado”, reclamó durante la entrevista.

Ortíz Candanedo, es originario de Gutiérrez Zamora, municipio enclavado al norte de la entidad, negó que haya trabajado para Ponciano Vázquez Lagunes, como se rumora en Acayucan.

SOY INOCENTE

Ortíz Candanedo, insiste: “soy inocente de todo lo que se me pueda acusar, no tengo nada que ver en lo que se me pueda acusar, Cirilo era una persona muy estimada, yo aprecio mucho a su familia, quiero mucho a sus hijas Judith Fabiola y Regina, y a sus hermanos, yo no tenía motivos, causa, razón para tratar de lastimar al amigo Cirilo Vázquez que lo único que hacía era apoyar a la ciudadanía, a la población y a sus hijas en las obras que se hacían en el municipio”. Y agrega, con clemencia: “no tengo ningún resentimiento por que se que las autoridades hacen todo lo posible e imposible por esclarecer el homicidio del señor Cirilo, confío en Dios, en la justicia de México, confío en el gobernador Fidel Herrera y en el Procurador de Justicia, no creo que se busque en mi un chivo expiatorio para darle una satisfacción personal a la familia o a la población, yo lo que deseo es que se continúen las investigaciones y hasta que se de con los responsables, yo soy inocente, yo no hice absolutamente nada que pudiera facilitar, o motivar o hacer algo para hacerle daño al señor Cirilo Vázquez, ratifico que tengo y tenía un especial amistad y cariño hacia la familia”.

[Inicio](#)

[Sociales](#)

[Horoscopos](#)

[Clima](#)

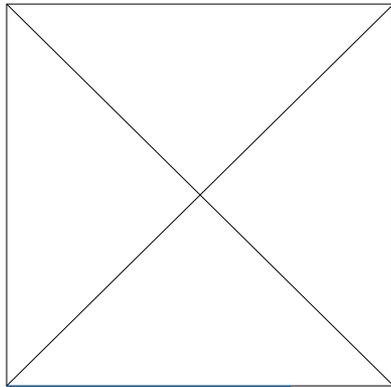
[Publicidad](#)

[Nosotros](#)

[Contáctenos](#) [Mapa del Sitio](#)



ANEXO 3



[Secciones](#)

[Conocenos](#) [Suscripciones](#) [Publicidad](#) [Corresponsalías](#) [Directorio](#) [Contacto](#)

← [Última Edición](#)

← [Otra edición histórica](#)

▣ [Regional](#)

▣ [Estatal](#)

▣ [Nacional](#)

▣ [Internacional](#)

▣ [Deportes](#)

▣ [Negocios](#)

▣ [Vida y Sociedad](#)

▣ [Escenario](#)

▣ [Líquido](#)

▣ [Planeta 21](#)

Suplementos

▣ [Tiempo Libre](#)

▣ [Cachetón](#)

Busquedas

[Búsqueda Histórica](#)

[Búsqueda Avanzada](#)

EDICIONES HISTORICAS

Digital No.: 1039

Impresa: 450



El interrogatorio exhaustivo a que fue sometido la noche del miércoles el arraigado. Foto: PEDRO TOLENTINO

ACAYUCAN VER.
PEDRO SAN JUAN T.
02 de Marzo del 2007

» **Regional / Acayucan**

Siguen buscando pistas

Interrogan a arraigado

El abogado de Ortiz Candanedo dice que fue sometido a tortura psicológica para confundirlo



[Enviar a Mail](#)



[Opina](#)

Tamaño de letra  

La fiscalía especial de la Subprocuraduría de Justicia en la zona sur interrogó nuevamente al coronel retirado José Fernando Ortiz Candanedo, quien está arraigado en la ciudad de Jáltipan, lo ubica como sospechoso de coparticipación y/o complicidad, en la brutal ejecución de Cirilo Vázquez y otras cuatro personas.

Lo anterior ocurrió entrada la noche del miércoles de esta semana, en un marco de seguridad absoluta y lejos de miradas y oídos indiscretos en el interior de la Casa de Huéspedes "San Miguel" de la ex azufreera ciudad, lugar que luce fuertemente resguardado por policías ministeriales y elementos uniformados en color negro, pertenecientes a la Secretaría de Seguridad Pública del Estado.

El abogado Miguel Angel Morales Cortés, defensor del militar en situación de retiro, dejó entrever que el nuevo interrogatorio duró alrededor de tres horas, desde su percepción, a todas luces estuvo enfocado a confundir al arraigado, quien fue sometido a una especie de tortura psicológica, consistente en 48 preguntas.

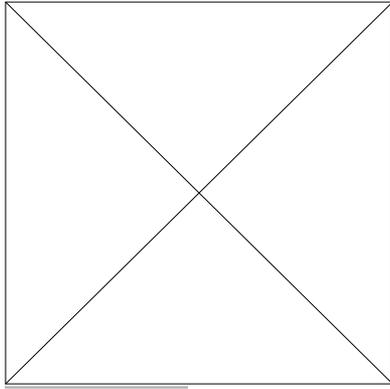
Morales Cortés manejó la posibilidad de que a su cliente se le interrogó con mucho énfasis, con la intención de hacerlo caer en contradicciones, le habrían hecho preguntas repetitivas y algunas de ellas absurdas, como esa de que si



Expresa Tus Ideas con Nosotros

Ahora Tú puedes preguntarle a los Candidatos

Anunciate aquí
www.diariodelistmo.com



recuerda qué color de ropa vestía el domingo 19 de noviembre la alcaldesa Judith Fabiola Vázquez Saut, hija del ganadero ejecutado.

Otras Publicaciones



ANEXO 4

Quintana Roo

Cancún

Riviera Maya

Chetumal

Cozumel

Isla Mujeres

QR desde el exterior

México

El Mundo

Deportes

Multimedia

Bitácoras

Foros

Enlace Caribe

Cancún

Principal

Archivos

« [Nace en Cancún un bebé de 6.4 kilos y 55 centímetros de altura](#) | [Inicio](#) | [Tiene QR fuerte presencia en la Fitur con 30 empresas participantes](#) »

Liberan a arraigado por robo del siglo en Tecamachalco

[Sociedad y Justicia](#)

Ene

29

2007

La Procuraduría General de Justicia del Estado de México (PGJEM) liberó por falta de pruebas a uno de los cuatro arraigados en la investigación del llamado robo del siglo a 168 cajas de seguridad de una sucursal de Banamex, en Tecamachalco.

El colombiano Denise Mape Gavalan, detenido en Cancún, Quintana Roo, y quien se encontraba arraigado como presunto responsable de ese ilícito, fue puesto en libertad por el juez de primera instancia, al determinar que no había elementos de prueba que lo vincularan con los asaltantes.

Al parecer Mape Gavalan había ingresado al país utilizando dos pasaportes y tenía en su poder billetes cuyos números de serie presuntamente pertenecían a parte del botín de dicho asalto.

Por este caso, continúan bajo arraigo el joyero y su esposa, quienes fueron detenidos con fotografías de la sucursal bancaria asaltada, así como el electricista detenido recientemente. **(Fuente: Notimex)**

Enero 29, 2007 03:46 PM

[Enlace permanente](#)

[Recomienda este artículo](#) | Palabras: 144

OTRAS NOTICIAS RELACIONADAS

[Susto de seis bomberos en accidente de helicóptero forestal](#) - Abr 19, 2006

[Transmite TV cubana informe sobre mafia de traficantes de personas: el jefe, cubano residente en Cancún](#) - Abr 11, 2006

[Consignan a pederasta Kenneth Lee Dyer : investigan vinculos con Jean Succar Kuri](#) - Abr 17, 2006

[Combaten cuatro incendios en la zona de Cancún: dos casi apagados](#) - Abr 10, 2006

[Inicia en Cuba juicio a tres mexicanos acusados de traficar con balseros](#) - Abr 12, 2006

[Primeras víctimas de Semana Santa en Cancún y Playa : 2 muertos, 5 heridos](#) - Abr 10, 2006

PUBLICAR UN COMENTARIO

Nombre:

Dirección de correo-e:

URL:

¿Recordar datos personales?

Comentarios: (puede usar etiquetas HTML para el estilo)

[Vista previa](#)

[Publicar](#)

CATEGORÍAS

-
- Deportes (167)
 - Economía (178)
 - Educación (29)
 - Elección 2006 (47)
 - Elección 2008 (13)
 - Especiales (14)
 - Gente (19)
 - Gobierno (543)
 - Huracanes (87)
 - Inversiones (299)
 - LMB (104)
 - Medio Ambiente (350)
 - Medios (39)
 - Narcotráfico (211)
 - Obituarios (1)
 - Política (239)
 - Puerto Morelos (34)
 - Salud (50)
 - Sociedad y Justicia (668)
 - Sucesos (54)
 - Transparencia (42)
 - Turismo (312)
 - Fitur 2007 (3)

ARCHIVOS

- Agosto 2007
- Julio 2007
- Junio 2007
- Mayo 2007
- Abril 2007
- Marzo 2007
- Febrero 2007
- Enero 2007
- Diciembre 2006

-
- Noviembre 2006
 - Octubre 2006
 - Septiembre 2006
 - Agosto 2006
 - Julio 2006
 - Junio 2006
 - Mayo 2006
 - Abril 2006
 - Marzo 2006
 - Febrero 2006
 - Enero 2006
 - Febrero 2005

ENTRADAS RECIENTES

- Cancún, de la meca del empleo a la meca del suicidio
- Proponen revisar concesiones del transporte urbano en Benito Juárez
- Envían a Migración a 17 cubanos
- Capturan a 17 cubanos en Cancún
- Superan procuradores dimes y diretes y acuerdan estrechar redes contra la delincuencia en Yucatán y QR
- Se impone alcalde a transportistas
- Muere trabajador en estadio
- Regresa Calderón a Cancún
- Discuten hoy procuradores de QR y Yucatán sobre el tráfico de cubanos
- Detienen 48 autobuses por cobrar un alza al transporte no autorizada

COMENTARIOS RECIENTES

- **Regentea ex espía prostitución VIP**
Keano escribiÃ³: . . .
- **Ofrecen en venta los Potro-bonos**
vam escribiÃ³: hola buenas tardes mi opinion y punto de vista es. . .
- **Lanzará Atlante campaña para venta de abonos de 17 juegos en Cancún**
ber escribiÃ³: hola yo soy 100% chiva de corazon y que bueno q el. . .
- **Llegan Potros del Atlante a Cancún**
GABA4 escribiÃ³: pues les deseo ke les vaya super bien ahora en su. . .
- **Entregan nuevas playas en Cancún; invierten 235 mdp; crearán arrecifes artificiales para evitar erosión**
shelca escribiÃ³: puedes .viajar en canoa en un río y vuzear con pe. . .
- **Identifica procurador a Mérida como centro de operación financiera de la mafia cubano-americana en México**
julian pacheco escribiÃ³: QUE ESPERA NUESTRO FLAMANTE GOBERNADOR PARA SACAR. . .

ESTADÍSTICAS

2468 Anotaciones
445 Comentarios
Última actualización:
08.12.07 03:41pm

SINDICACIÓN

 Suscríbete vía RSS

En tu mail...

Recibe las noticias de la sección **Cancún** en tu correo electrónico:

Delivered by FeedBurner

Noticaribe 2006. Algunos derechos reservados
Playa del Carmen, Quintana Roo, México
Contacto: noticaribe@gmail.com

ANEXO 5



en en línea

Jueves 08 de Marzo de 2007
 08:27 Hora del Centro
 07:27 Hora de la Montaña
 06:27 Hora del Pacífico

• Quiénes somos • Contáctanos • Nuestros periódicos

Búsqueda de Google

Comarca

Gómez y Lerdo

Policia

México

Migración

Internacional

Finanzas

Opinión

ESTO

Deporte Local

Espectáculos

Comunidad y Cultura

Entrevistas con
 Mario Vázquez Raña

Galerías

Premios Oscar

Nuestra Portada



Sondeo

Consideras que la mujer en México:

- Se ha abierto más espacios
- Sigue igual que hace unos años
- No es reconocida

votar

Policia

Iban a Matar a "El Nelson" si no Confesaba Crimen



"Me levantaron y torturaron los policías ministeriales", fue la manifestación efectuada por Nelson Anibal Hernández Carmona, arraigado en el Hotel California.

sido detenido cuando se dirigía a su trabajo en el municipio de Gómez Palacio, Durango, por agentes de la Procuraduría General de Justicia del Estado, para posteriormente ser cubierto con una bolsa negra en su cabeza y lograr aplicarle la tortura conocida en el argot policiaco como la "playita".

"Fue en una habitación, a la que supongo era el Centro de Readaptación Social a donde me llevaron los agentes ministeriales, donde colocaron mi cabeza, cubierta con una bolsa negra, en un hoyo con agua, sin importarles que me estuviera ahogando, además de golpearme en diferentes partes del cuerpo" recalzó el hoy arraigado, al referir que por lo que escuchaba de ellos es que tenían órdenes de matarlo y enterrarlo en el cerro.

Tras ver su vida en peligro, Hernández Carmona, con lágrimas en los ojos, declaró que pensaba que era el fin de sus días, donde hubo un momento en que terminó por aceptar la muerte de la menor desaparecida, pues pensó que lo matarían.

"Quería ganarles tiempo a los policías para que no me hicieran nada, por eso terminé por declarar que la desaparecida estaba enterrada, pese a que ello no era cierto", manifestó tajantemente el presunto implicado.

Dijo que conocía del caso porque a tres cuerdas de su casa, ubicada en calle Primera de la Antena, de la colonia Nazario Ortiz, estaba una manta de la menor desaparecida", al reiterar que el día en que fue "levantado" por los ministeriales le indicaron que lo desaparecerían si no admitía ser el responsable de los hechos.

Tengo miedo de que ahora que hicieron el cateo en la casa de la calle Primera de la Antena, el Ministerio Público aproveche para sembrar algo, reiterando nuevamente el no haber cometido ningún crimen y que no conocía a la desaparecida.

Anibal Hernández se encuentra arraigado desde el pasado 24 de febrero, bajo la restringida libertad de tránsito, al ser liberada la acción judicial en el Juzgado Tercero Penal, siendo concedida por 15 días luego de la solicitud efectuada por el Ministerio Público de Delitos Contra la Vida y la Salud, instancia que efectúa una investigación por delito de homicidio, en agravio de Adela Yazmín Solís Castañeda, desaparecida desde el dos de junio del 2005.

El arraigo entró en vigor a partir de las tres de la mañana del día señalado, cumplimentándose en el hotel California, ubicado en Diagonal Reforma y Abastos, donde quedó asegurado Hernández Carmona y bajo la vigilancia de cuatro policías ministeriales.

Denuncia Tortura por Parte de Agentes de la PGJE

Noticias de El Sol de la Laguna
 26 de febrero de 2007

Violeta Valenzuela

Torreón, Coahuila .- Arraigado en el Hotel California, fue ubicado Nelson Anibal Hernández Carmona, quien ante los medios de comunicación negó tajantemente haberse entregado de manera voluntaria a las autoridades ministeriales, reiterando que fue "levantado" cuando se dirigía a su trabajo la mañana del miércoles pasado y que además fue torturado para que se declarara confeso en relación a la desaparición de Adela Yazmín Solís Castañeda.

Fue la mañana de ayer, cuando Anibal Carmona, presunto implicado en la desaparición de Adela Yazmín Solís Castañeda, manifestó el haber

PADRES DE DESAPARECIDA EXIGEN PRUEBAS REALES PARA DEMOSTRAR QUE RESTOS ÓSEOS PERTENECÍAN A SU HIJA

Sin aún ser solicitados por la Procuraduría General de Justicia, los padres de Adela Yazmín Solís Castañeda, desaparecida desde junio del 2005, acudieron al Ministerio Público de Delitos Contra la Vida y la Salud, para conocer de las investigaciones que se llevan a cabo.

Los padres de la menor desaparecida, fueron ubicados en el área de espera de la PGJE, alrededor de las 12:30 horas de ayer, en espera de ser atendidos por Nora Elida Solís, Coordinadora del Ministerio Público de Homicidios.

Fue la madre de la jovencita, María Cristina Castañeda Flores, quien reiteró que su hija era conocida como una niña estudiosa, amistosa, alegre y cariñosa, donde desde el día de su desaparición ocurrida en el mes de junio del 2005, en ninguna de las diligencias ministeriales se mencionó a la persona que se encuentra en este momento arraigada (Nelson Aníbal Hernández Carmona), destacando conocer de su existencia hasta ahora en que se llevan a cabo las investigaciones en su presunta responsabilidad.

"Para mí, se me hace raro que hasta ahora el Ministerio Público de Homicidios señale que este sujeto pudo haber tenido alguna relación con mi hija" dijo la afectada madre, destacando que en la última reunión que sostuvieron con personal de la Procuraduría sólo le informaron que seguían investigando y que en las declaraciones no existía ninguna persona señalada respecto a la desaparición de su hija, siendo este contacto efectuado con las autoridades en el mes de enero de este año.

"Gerardo Valdez Segura, agente del Ministerio Público del Grupo Especial con asiento en Saltillo, Coahuila, es quien lleva las investigaciones respecto a la desaparición de nuestra hija", reiteraron los padres de Adela Yazmín Solís Castañeda, al señalar que no buscan de chivos expiatorios en este caso.

"Queremos que se den soluciones para encontrar a mi hija", reiteró tajantemente Manuel Solís, padre de la menor desaparecida, indicando que hasta ahorita ninguna autoridad les ha dado respuesta certera en dónde se encuentra la menor desaparecida.

"Estamos seguros que los supuestos restos encontrados no corresponden al cuerpo de nuestra hija", señalaban con lágrimas en los ojos los afectados padres, reiterando que las autoridades ministeriales tendrán que basarse en pruebas certeras de ADN, para comprobar lo contrario.

"Esto que están haciendo los representantes del Ministerio Público de Homicidios nos deja en una total incertidumbre, pues ahora camina con nosotros una sombra de angustia y de desesperación", señalaba el padre de la menor Adela Yazmín, marcando de una diferencia en los hechos, pues cuando suceden ilícitos como victimar a una persona, se sabe de ello porque se cuenta con un cuerpo, pero aquí no se cuenta con nada, por ello exigieron a las autoridades pruebas concretas.

INVESTIGACIONES POR DESAPARICION DE ADELA YAZMIN CONTINUAN

En caso de tener alguna confirmación sobre los restos óseos asegurados en la finca de la calle Primera de la Antena, llevará al Ministerio Público a ordenar de más diligencias, informó el Delegado de la Procuraduría General de Justicia, Alfredo Hoyos Bañuelos.

Dijo que mediante una diligencia ordenada por el agente investigador del Ministerio Público y con la obtención de una orden judicial de cateo, se iniciaron con las investigaciones y las excavaciones en la calle Primera de la Antena, de la colonia Nazario Ortiz, donde fueron asegurados restos óseos amorfos, mismos que el departamento de servicios periciales se encuentran analizando para establecer mediante bases científicas si se tratan de humanos o no.

Destacó que en caso de tener resultados en un sentido u otro, llevaría a la Procuraduría a efectuar más diligencias, al indicar que con las manifestaciones vertidas del arraigado y con el hallazgo de los restos óseos, lleva al Ministerio Público a actuar de oficio en este caso.

Cuestionado respecto a la tortura policiaca de la cual manifiesta Nelson Aníbal Hernández Carmona, Hoyos Bañuelos señaló que en ello existe una cultura ciudadana, en el sentido de que en cualquier abuso de autoridad tiene que ser denunciado, misma que ya efectuaron los familiares del arraigado ante la Comisión de Derechos Humanos.

Reiteró también que el implicado realizó su confesión de manera libre y espontánea, en relación a las primeras excavaciones que se realizaron en la calle Primera de la Antena, donde afirmó y manifestó ante un agente de la Policía Ministerial que él tenía conocimiento de estos restos óseos.

Sin embargo dijo que la Procuraduría General de Justicia dará pasos fundamentados en las investigaciones que se llevan a cabo, a fin de establecer en el orden cronológico la verdad de los hechos, donde la orden de arraigo va únicamente en la restricción de su libertad de tránsito, al indicar por último que los resultados en los restos óseos asegurados se darán probablemente para el fin de

semana en un resultado de laboratorio concluido.

[Anuncios Google](#)

[Anunciarse en este sitio](#)

Repare su Relacion

Aun cuando su pareja no lo desee. Por menos de US
\$20 garantizado

elrescatarelaciones.com

Lagares Abogados

Despacho canario de vanguardia.

www.lagares-abogados.com

Derechos Reservados Organización Editorial Mexicana S.A. de C.V.

[Quiénes somos](#) | [Contáctanos](#) | [Aviso Legal](#)